

SAP de Álava de 24 de junio de 2005

La Audiencia Provincial de Vitoria-Gasteiz compuesta por los Iltmos. Sres. D. Iñigo Madaria Azcoitia, Presidente, y D. Jaime Tapia Parreño, y D. Iñigo Elizburu Aguirre, Magistrados, ha dictado el día veinticuatro de junio de dos mil cinco.

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIANº 148/05

En el recurso de apelación Rollo de Sala nº 28/05, procedente del Juzgado de Primera Instancia núm.

5 de Vitoria, Autos de Juicio Verbal núm. 390/04, promovido por D. Juan Pedro dirigido por el Letrado D. Jesus Angel Larrinaga Guzmán y representado por el Procurador D. Juan Usatorre Iglesias, frente a la Sentencia dictada en fecha 30.11.04. siendo parte apelada D. Luis Angel y D. Gerardo dirigidos por el Letrado D. Ignacio Lazpita Garagalza y representados por la Procuradora Dª Pilar Elorza Barrera. Ha sido Ponente el Iltmo. Sr. Presidente D. Iñigo Madaria Azcoitia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En la mencionada fecha se dictó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Vitoria Sentencia cuya Parte dispositiva dice: "Que desestimando la demanda formulada por el Procurador Sr. Usatorre, en nombre y representación de D. Juan Pedro, frente a D. Gerardo y D. Luis Angel, representados en autos por la Procuradora Sra. Elorza, debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los pedimentos frente a los mismos ejercitados. Todo ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte actora".

SEGUNDO.- Frente a la anterior resolución, se interpuso, en tiempo y forma, recurso de apelación por la representación de D. Juan Pedro, recurso que se tuvo por interpuesto mediante providencia de fecha 11.01.05, dándose el correspondiente traslado a la contraparte por diez días. Por la Procuradora Sra. Elorza Barrera en representación de D. Luis Angel y D. Gerardo, se presentó escrito oponiéndose al recurso, elevándose, posteriormente, los autos a esta Audiencia Provincial.

TERCERO.- Recibidos los autos en la Secretaría de esta Sala, mediante proveído de 08.02.05 se mandó formar el Rollo de apelación, registrándose, turnándose la Ponencia y no habiéndose solicitado la práctica de prueba y no estimándose necesaria la

celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 10 de Febrero de 2005.

CUARTO.- En la tramitación de este recurso se han observado las prescripciones legales fundamentales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- D. Juan Pedro presentó demanda frente a D. Gerardo y D. Luis Angel en relación con el terreno existente entre las casas de su respectiva propiedad, sitas en la localidad de Contrasta (Álava) reclamando que se declare que dicho terreno pertenece a ambas partes por mitades, así como que se declare la nulidad de la inscripción registral practicada en favor de los demandados del 100% de dicho terreno y que se ordene al catastro la correcta inscripción y determinación de la propiedad.

La sentencia de instancia desestima la demanda sobre la base de considerar que el único título que refiere la existencia de un solar entre las casas de los litigantes es el que ostentan los demandados, escritura de compraventa de 11 de octubre de 1973, mientras que el título del actor no contiene ninguna referencia a dicho terreno o solar.

El actor se alza frente a la sentencia alegando error en la valoración de la prueba, al considerar que el título por él aportado comprende asimismo de "borde con su era", por lo que a su juicio no es correcta la afirmación de la sentencia según la cual el título de los demandados es el único que se refiere al terreno litigioso y además ése título, en cuanto a la descripción de las circunstancias necesarias para su inscripción, se otorgó sobre la base de las declaraciones verbales de los interesados. Considera igualmente que es un error la apreciación de la sentencia de instancia en cuanto considera que el terreno litigioso figuraba como de titularidad pública, aunque sí mantiene que existía una calleja cuya propiedad pertenece a ambos litigantes, al entender que ese terreno, conforme a la costumbre del lugar, colindante con Navarra, puede considerarse como belena o etxeoarte (helechales) término tomado del Derecho Foral Navarro y en esa consideración, existiendo duda sobre la titularidad del terreno considera aplicable el *art. 386 del Código Civil*, según el cual el terreno se distribuirá a partes iguales. Destaca que la existencia de ventanas en la casa del recurrente revela que el terreno no es propiedad exclusiva de los demandados. En relación con la superficie considera que el título de los demandados no ofrece claridad. Reitera que el título de su propiedad es más antiguo y aparece inscrito desde 1950, por ello preferente, describe la propiedad como casa y era que limita al norte con la casa de los demandados. Finalmente hace mención a la testifical del Sr. David, quien afirma que el terreno servía de paso a la era del actor para trillar; a la existencia de dos muros, uno contrafuerte en la calle de abajo que se construyó cuando ésta fue asfaltada y otro que sirve para cierre de la serrería ubicada en terreno de su exclusiva propiedad.

SEGUNDO.- La acción reivindicatoria, *art. 348 de Código Civil*, como reiterada jurisprudencia viene declarando, SS.TS. 3 noviembre 1.993, 10 de febrero y 26 mayo 1.994, requiere de la justificación de tres elementos esenciales o básicos cuales son: el título de dominio; identificación de la finca reivindicada y la desposesión por el

demandados. Identificación que comprende la física sobre el terreno y la jurídica en relación al título.

Tanto la acción reivindicatoria, *art. 348 del Código Civil*, como la declarativa del dominio, participan de requisitos comunes en orden a la necesidad de identificar la cosa y de probar el derecho de propiedad, cuya carga corresponde, en principio, al actor mediante la existencia de un título justificativo del dominio, no siendo imprescindible el escrito, pudiendo utilizarse los distintos medios probatorios reconocidos.

Ahora bien, al actor ¿le bastará probar su mejor derecho frente al demandados? o, por el contrario ¿tendrá que acreditar con plenitud su dominio? La respuesta a lo anterior tiene relación con la subsistencia de la acción publiciana en nuestro derecho.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo al respecto, como ha señalado algún autor, "es contradictoria, y ha mantenido en vigor tres líneas": la acción publiciana como autónoma e independiente, solapada por la reivindicatoria (o la declarativa en su caso) o exigir la prueba plena del dominio.

No obstante, aunque sólo sea desde el punto de vista pragmático, las tendencias doctrinales y jurisprudenciales parecen inclinarse por la virtualidad de la acción publiciana embebida dentro de la reivindicatoria o declarativa de dominio, de forma que se trata de dilucidar el mejor derecho o calidad del título invocado por el actor, no exactamente la prueba plena del dominio, pues en ambos casos lo que sucede es que se oponen dos títulos relativamente incompletos y es preciso determinar la mejor calidad de alguno de ellos evitando la indefinición del dominio.

De otra parte el T.S., entre otras muchas, en S. de 19 de diciembre de 1990, pone de relieve, que en el deslinde no se reclama una cosa cierta y determinada que como propia reclama el actor, sino que, precisamente por la indeterminación de la propiedad que se confunde con la que es colindante, se postula sólo la fijación de hitos, mojones, postes o señales que pongan término a las dudas; por el contrario, la acción reivindicatoria de dominio, que es la acción real por excelencia, obedece al principio romano "ubiquumque sit res, pro domino suo clamat", que en nuestro ordenamiento, cristalizó en el *art. 348.2 CC*, conforme al cual "el propietario tiene acción contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla".

La acción principal ejercitada en la demanda inicial del presente proceso reivindica la titularidad en copropiedad de la finca litigiosa, sin embargo de forma más confusa se pretende una acción de deslinde, invocando el *art. 386 del Código Civil*, que sería en su caso manifiestamente incompatible con el anterior derecho, pues el deslinde presupone una confusión del lindero entre propiedades y la consiguiente incertidumbre sobre la línea que conforma cada propiedad, sin embargo la copropiedad, en el sentido del *art. 392 del Código Civil*, existe cuando una cosa o derecho pertenece proindiviso a varias personas. El deslinde tiene sus propias normas para despejar la incertidumbre o establecer el límite entre propiedades conforme a la acción reconocida en el *art. 384 del Código Civil*, mientras la copropiedad conlleva un derecho de los comuneros a instar su extinción y la división de la cosa común, conforme reconoce el *art. 400 del Código Civil*.

En cualquier caso, el actor no acredita que en el título que presenta se encuentre incluido el terreno de autos o la copropiedad sobre el mismo, por lo que no se cumple

uno de los requisitos esenciales para el éxito de la acción reivindicatoria, pues la referencia que en dicho título se hace a un borde y era no comprenden el terreno litigioso.

El propio argumento que se viene a utilizar como título directo para el reconocimiento de la copropiedad, fundado en la costumbre del lugar, pone de relieve la anterior carencia probatoria.

TERCERO.- Si bien es inaplicable en este Territorio Histórico el Derecho Foral Navarro, sin embargo el argumento en que pretende sustentar el actor su derecho de copropiedad viene fundado en su esencia en la invocación de la costumbre, aunque ésta ilustrada por ese Derecho que contempla un derecho real en relación con determinados terrenos ubicados entre casa "etxeoarte" o "balenas".

Conforme reiterada Jurisprudencia, de la que es muestra la S.TS. 12 de marzo de 2002, la costumbre, mencionada en el Código Civil como segunda fuente de derecho, tiene como notas características las de que se trata de una fuente independiente, pues nace y se desarrolla al margen de la ley; subsidiaria, ya que cumple una función supletoria de la norma jurídica positiva; y secundaria, en cuanto no rige para ella la máxima "iura novit curia" y quién alega su aplicación ante los órganos judiciales deberá probar su existencia, contenido y alcance, lo que no será necesario "si las partes estuviesen conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público" así se expresa el *art. 281.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil*.

Si bien la vigencia del Derecho Foral Navarro no ofrece duda y no precisa prueba, al ser derecho interno, sin embargo la aplicación como costumbre en el territorio de autos de la institución regulada en la Ley 376, según la cual "se presumen comunes a las edificaciones los vanos entre las fincas urbanas conocidos con el nombre de «belenas» o «etxeoartes»", no aparece acreditada, pues pese a la proximidad física de los territorios y la doctrina invocada, no se aporta prueba alguna de que efectivamente en el supuesto de autos el terreno litigioso se tuviera en tal consideración, como plasmación de esa forma de pertenencia en común, que en su configuración tradicional incluso desborda en ámbito privado exclusivo de los colindantes al servir igualmente de paso entre calles. Prueba que corresponde al actor conforme a lo dispuesto en el *art. 217 L.E.C.* y por tanto, en su defecto, debe perjudicar las pretensiones ejercidas con la demanda.

CUARTO.- En otro orden de cosas, retomando el concreto y definido ámbito de la acción reivindicatoria, debe establecerse, como expresa la sentencia de instancia, que los demandados presentan un título suficiente, que revela una evidente apariencia de propiedad, pues de forma clara y precisa describe el terreno de autos "casa, con un solar a la derecha entrando, pertenecido de la casa" desde la escritura de compraventa de 11 de octubre de 1973. Frente a ese título el actor no justifica mínimamente poseer derecho de propiedad alguno en relación con el terreno de autos, sin perjuicio de las servidumbres que pudieran resultar consolidadas, y por ello, entre las partes, no existe indefinición del dominio ni cabe confrontar la calidad de los títulos, al carecer el esgrimido por el actor de la prueba necesaria de que realmente pueda entenderse incluido en el mismo el terreno litigioso. Razón que impide estimar sus pretensiones ni siquiera entrar más allá en la valoración o eficacia del título que opuso los demandados, pues en el presente proceso no puede confrontarse con otros de naturaleza pública o privada ajenos al actor.

QUINTO.- Por lo expuesto y razonado debe desestimarse el recurso siendo procedente confirmar la sentencia de instancia, imponiendo al recurrente las costas de la alzada, conforme a lo dispuesto en el *art. 398 L.E.C.*.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de general y pertinente aplicación

FALLAMOS

DESESTIMANDO EL RECURSO DE APELACIÓN INTERPUESTO POR D. Juan Pedro CONTRA LA SENTENCIA DICTADA EN EL JUICIO VERBAL SEGUIDO BAJO NUM. 390/04 ANTE EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA NUM. CINCO DE VITORIA-GASTEIZ, DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS LA MISMA IMPONIENDO AL RECURRENTE LAS COSTAS DE LA ALZADA.

Frente a la presente resolución no cabe interponer recurso ordinario de clase alguna. Con certificación de esta sentencia remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia para su conocimiento y ejecución.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.