

## **SAP de Bizkaia de 19 de diciembre de 2003**

En Bilbao a diecinueve de diciembre de dos mil tres.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Bilbao

integrada por las Ilmas. Magistrados del margen los presentes autos de Juicio de Menor Cuantía 508/00, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Barakaldo y seguidos entre partes: como apelantes, Antonieta y Luis Pedro, representados por el Procurador Sr. Basterrechea Aldana y dirigido por el Letrado, Felix Escribano y como apelados, Adolfo y Estíbaliz, representados por la Procuradora Sra. Bajo Auz y dirigidos por el Letrado, Guillermo Zuberdia Suarez y COMUNIDAD DE PROPIETARIOS C/ DIRECCION000

Nº NUM000 DE SANTURCE, en situación procesal de rebeldía.

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial los antecedentes de hecho de la sentencia recurrida en cuanto se relacionan con la misma.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que la referida sentencia de instancia de fecha 13 de Julio de 2001 es del tenor literal que sigue: FALLO: Que desestimando la demanda formulada por el Procurador, Sr. Basterrechea, en nombre y representación de D. Luis Pedro y de Dª Antonieta, contra D. Adolfo, Dª Estíbaliz y contra COMUNIDAD DE PROPIETARIOS DE LA DIRECCION000 Nº NUM000 DE SANTURCE no ha lugar a efectuar las declaraciones pretendidas en dicha demanda, absolviendo a los demandados de las pretensiones en su contra deducidas; todo ello, con expresa imposición de costas a los demandantes.

Contra la presente resolución cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días contados desde el siguiente al de la notificación y que se tramitara de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, aplicables en el presente procedimiento, de conformidad con lo establecido en la Disposición Transitoria Primera de la citada Ley.

Así por esta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes por la Representación Procesal de Antonieta y Luis Pedro se interpuso en tiempo y forma Recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y dado traslado a las demás partes por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos la formación del presente Rollo al que correspondió el número 769/01 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Que por providencia de la Sala de fecha 14 de Junio de 2003 se señaló para deliberación, votación y fallo del recurso el día 12 de Noviembre de 2003.

CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo PONENTE para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado DOÑA ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Insta la parte apelante la revocación de la resolución recurrida y en su lugar se dicte otra en cuya virtud se estime íntegramente la demanda en su día interpuesta. En justificación de tal petición y en motivación del recurso señalaba y en lo que a la determinación de la servidumbre petitionada atañe en primer lugar, en cuanto al título que la Escritura de 1.969 de Declaración de Obra Nueva aportada por el Sr. Adolfo, documento 5 de su contestación, describe la situación de varias fincas y en los términos que describe, estimando que de su interpretación lleva al hecho incuestionable de que el único paso que existe para acceder a los patios interiores de los inmuebles referidos entre los que se encuentra el local del apelante, llevaba a entender que existe título que lo define y consecuentemente, la finca cuya propiedad se atribuye el Sr. Ernesto y el inmueble nº NUM000 de la DIRECCION000 está gravada con una servidumbre de paso para poder acceder a los patios interiores de los propios inmuebles o de otros por ser el único acceso. En segundo lugar señalaba en todo caso la adquisición de la servidumbre de paso conforme a lo dispuesto en el art. 128 de la Ley 3/92 sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco y con relación a lo dispuesto en el art. 1.960 del C.c. y en punto a la prescripción de 20 años y ello en función de los argumentos que determinaba. Señalaba a mayor abundamiento la prueba practicada que a tales efectos estimaba determinante. Por último, y en congruencia con la existencia que afirmara de la servidumbre de paso precisaba aquellos argumentos que en cuanto a la anchura de la servidumbre estimaba eran correspondientes, y por último en cuanto a la afirmación de las obras que como predio dominante le era permitido establecer.

La parte apelada instaba la confirmación de la resolución recurrida al estimar la misma y por los argumentos que explicitaba ajustada a derecho.

SEGUNDO.- Ciertamente el presente procedimiento que no se plantea como de fácil resolución, en punto a la necesaria fijación de la existencia o no de servidumbre, viene precisada en torno a dos cuestiones fundamentales a saber si la servidumbre de paso aquí debatida existe en base a título o, en su caso, en función de la prescripción.

Así la parte hoy apelante demandante señalaba en su demanda efectivamente como justificación de la servidumbre a su favor instada tanto el título (las escrituras públicas que lo certifican) y la prescripción citando en este sentido el art. 128 de la Ley 3-92 de 1 de julio sobre el Derecho Civil foral.

Las premisas fundamentales son las expresadas en cuanto a la base jurídica sobre la cual se asienta la petición de la actora hoy apelante.

En torno a la servidumbre de paso, debe esta Sala hacer suyos los argumentos jurídicos y jurisprudenciales recogidos en el fundamento tercero de la resolución recurrida en cuanto relacionan la naturaleza de las servidumbres y en concreto la naturaleza jurídica de la servidumbre de paso y los modos y medios de adquirir misma. En este sentido esta Sala solo debe apostillar como lo hace la Sentencia de la A.P. Vitoria de 28 de Marzo de 1.985 señala.... La servidumbre de paso, por virtud de lo establecido en el art. 532 del C.c. es discontinua y solo puede ser adquirida en virtud de título, de conformidad con lo prevenido en el art. 539 C.c. por lo que la falta de éste solamente puede ser suplida por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente o por una sentencia firme (art. 540C.c.) con la sola excepción de aquellas servidumbres que se pierden en la noche de los tiempos que pueden adquirirse por prescripción inmemorial,..... En otro punto sigue señalando la citada resolución.... La expresión título a que se refiere el art. 540 C.c. equivale a título documento, que no puede sustituirse por la doctrina de los actos propios, en función de que ésta pueda hacer referencia a actos de mera tolerancia o de la cortesía que nunca puedan perjudicar a quien los otorga hasta el punto de gravar su finca con una servidumbre, siendo así que aquella tolerancia puede revestir dos modalidades: la de permitir que se realice el paso, o incluso, la de, por mera liberalidad, realizar actos que lo faciliten sin que por ello la posesión pueda quedar afectada.....

En resumen: señalar que en orden a la servidumbre de paso, como la que nos ocupa, y ya sea esta aparente o no aparente, solo puede adquirirse en virtud de título art. 539 del C.c. a salvo la prescripción inmemorial ( se hará, no obstante, posteriormente determinación sobre la prescripción prevista en el art. 128 Ley Civil foral).

Debe una vez expresado lo que antecede, apostillarse, y dada la determinación que en torno la valoración de la prueba se efectúa por la parte apelante que como señala la A.P. de Alicante S<sup>a</sup> 2 de Diciembre de 1.998... La valoración probatoria es facultad de los Tribunales sustraída a los litigantes, que si pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza principio de rogación-, pero sin que puedan tratar de imponerla a los Juzgadores. El Juzgador que recibe la prueba puede valorarla de forma libre, y nunca de manera arbitraria, transfiriendo la apelación al Tribunal de Segunda Instancia el conocimiento pleno de la cuestión, pero quedando reducida la alzada a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de manera arbitraria o sí, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos del proceso... .

TERCERO.- En cuanto a la premisa de la existencia de título señalar que los Srs. Luis Pedro Antonieta ejercitan la acción de reconocimiento de servidumbre a favor de su propiedad, señalando, que son titulares, propietarios, del local inscrito en el tomo 473, libro 158 de Santurce, folio 200, finca NUM001, descrito en la Escritura de Adquisición como elemento uno, sótano, con una superficie de 225 mts cuadrados, que linda al Norte con Terreno de Servidumbre, por donde únicamente tiene su acceso y un pequeño local sótano, también segregado del elemento n<sup>o</sup> 1; este, casa de la propiedad de la Comunidad y con la número 19 de la misma calle; sur en línea oblicua a la calle, con el resto del solar de la caso por dicho punto, y oeste, con el mencionado pequeño local sótano y casa de los heredero del Sr. Millán. Esta es la básica descripción de la finca. Debe señalarse a continuación que, según recoge la demandante el citado local, actualmente y desde el 12 de Enero de 1.998 esta alquilado a TECNIVENTANA ANFER S.L. se comunica a través de un terreno destinado a paso, propiedad de la Comunidad de Propietarios demandada y, al parecer, consideraba por los

codemandados, Sr. Adolfo y esposa la anchura del paso era desde hace al menos mas de 35 años se corresponde con los actuales 2.90 mts. Aprox., según el plano levantado por el Arquitecto Técnico D. Carlos Daniel. D. Adolfo pretende levantar un tabique para agrandar prácticamente en medio del paso de servidumbre. Desde tales perspectivas, insistimos mantenía la existencia de la servidumbre de paso.

La conformación de la propia consideración del local del Sr. Adolfo se determina como elemento número uno lonja única, tiene dos entradas una por la DIRECCION000, otra por el terreno destinado a paso, linda por el Norte con el terreno destinado a paso al Sur con casas construidas por los Srs. Benito y Ernesto, al Este con la DIRECCION000 y al Oeste con propiedad de Millán.

Explicitadas las bases documentales precedentes, se ha incidido como título de adquisición de la servidumbre el plano confeccionado por el Arquitecto Técnico Sr. Carlos Daniel, el que a su vista no puede señalarse reúna las circunstancias precisas para ser entendido como literosuficiente al objeto de incidir en la constitución de servidumbre por cuanto que no se vislumbra establecimiento alguno de servidumbre. En cuanto a las Escrituras correlacionadas debe señalarse: que son datos constatados que los actores tienen el local de su propiedad en un inmueble que se construyó con anterioridad a la construcción del Inmueble de la DIRECCION000 y no consta que se haya propiamente inscrito una servidumbre (en su favor). Que tal y como resulta entre otros documentos, declarado de la sentencia dictada por la Sección V de esta Audiencia de fecha 17 de Julio de de 2.000 que el resto de terreno destinado a paso (exceptuando la propiedad de D. Adolfo) es propiedad de la Comunidad de Propietarios del inmueble señalado con el nº NUM000 de la DIRECCION000 de Santurtzi. Por tanto, el túnel destinado a paso es propiedad de la Comunidad de Propietarios de la DIRECCION000.

Por otro lado y como es de ver de la inscripción registral escritura de los actores hoy apelantes, y puede observarse de su lectura tal y como se destaca en la resolución recurrida, la propiedad de los mismos no linda con paso, al Norte con terreno de servidumbre que como bien se infiere, y ello porque como se ha destacado el citado túnel pertenece a la Comunidad de DIRECCION000 nº NUM000 de Santurtzi, y como cabe exponer, no resulta el citado paso de los títulos.

CUARTO.- Debe ahora hacerse referencia a la segunda cuestión motivo del recurso de apelación, cual es la adquisición por prescripción y al amparo de lo dispuesto en el art. 128 de la Ley 3/1.992 sobre el Derecho Civil Foral del País Vasco.

Como se ha dejado precisado la Ley Foral Vasca permite, al amparo de lo dispuesto en su art. 128, la adquisición de servidumbre de paso por razón de prescripción. Ahora bien debe señalarse y con relación a la prescripción sobre bienes inmuebles y demás derechos reales y en punto a la prescripción adquisitiva que el verdadero fundamento de la prescripción consiste no tanto en sancionar una conducta negligente, como el de otorgar fijeza y seguridad a las situaciones de hecho no contradichas durante cierto tiempo, convirtiéndose en jurídicas en aras de la paz social que el derecho protege.

A los efectos de la prescripción, debatida, la prueba testifical que se reseña en el recurso de apelación, no desvirtúa en nada los elementos básicos al objeto de tal consideración y que son precisados en la resolución recurrida cual es: a) que el local fue adquirido por los actores en el años 1.997; b) que el local de los actores linda al Norte con terreno de servidumbre, siendo que este resulta ser el patio comunal, no estableciendo el terreno

destinado a paso dado que efectivamente dicho local no linda con dicho paso; c) que el túnel es propiedad de la comunidad de Propietarios de la DIRECCION000 n° NUM000 de Santurce, no estando ubicado dicho local en el citado inmueble de DIRECCION000 n° NUM000, y; d) por tanto la conclusión es la que resulta explicitada en la resolución recurrida que no existe derecho de paso, específicamente a favor de los actores.

Por los argumentos explicitados y por los establecidos en la resolución recurrida debe ser desestimado el recurso de apelación.

QUINTO- En cuanto a las costas deben ser impuestas a la parte apelante en función de lo dispuesto en el art. 394 de la L.E.C.

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

### **FALLAMOS**

Que con DESESTIMACION del recurso de apelación interpuesto por la Representación Procesal de Antonieta y Luis Pedro contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia n° 4 de Barakaldo en autos de Juicio de Menor Cuantía n° 508/00, con fecha 13 de Julio de 2001, **DEBEMOS CONFIRMAR COMO CONFIRMAMOS** dicha resolución. Todo ello con imposición de costas de esta alzada a la parte apelante.

Firme que sea la presente resolución devuélvanse los autos originales al Juzgado del que proceden, con certificación de la misma, para su conocimiento y cumplimiento.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio al rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.