

SAP de Bizkaia de 27 de abril de 2009

En Bilbao, a veintisiete de abril de dos mil nueve.

Visto en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 337/07, procedente del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 1 DE GERNIKA y seguido entre partes: Como apelante Daniela representada por la Procuradora Sra. Canivell Chirapozu y dirigida por el Letrado Sr. Garaitagoitia Inunciaga y como apelada que se opone al recurso Esther y Lázaro representados por la Procuradora Sra. Gutiérrez Aretxabaleta y dirigidos por el Letrado Sr. Aróstegui Llona.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sentencia de instancia de fecha 2 de Abril de 2008 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: DESESTIMAR la demanda interpuesta por la Procurador doña Itxaso Esesúmaga Arrola, en nombre de doña Daniela contra doña Esther y don Lázaro representados por la Procurador doña Jone Uribarri Ortiz de Barrón, ABSOLVIENDO a estos de toda petición contra ellos deducidas, con expresa condena en costas a la parte actora."

SEGUNDO.- Publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 445/08 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para votación y fallo.

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

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado DÑA. LOURDES ARRANZ FREIJO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se articulaba en la demanda en primer lugar una pretensión de declaración de una servidumbre de paso, pretensión que se fundamentaba en el *art.120 de la LCFPV*, al haberse adquirido por prescripción de 20 años.

Tal pretensión es desestimada, al estimar la Sentencia que la actora no había acreditado el uso del terreno para la utilización de su predio, a título de dueño, pública, pacífica e ininterrumpidamente.

De tal desestimación, se derivaba también, la de la segunda pretensión, que era la de reintegro del 50 % importe abonado para la conservación de tal servidumbre, al ser la misma inexistente y, porque además el precepto que se invocaba como fundamento de esa reclamación< el *art.543 del C.c.*>, lo único que autorizaba al dueño del predio dominante (la actora) era a realizar las obras a su costa, pero nunca a reintegrarse del dueño del predio sirviente.

Tal pretensión de reintegro, y de realización de nuevas obras es abordada por la Sentencia de instancia, desde la regulación de la comunidad, *ex. Art.395 del C.c.*, concluyendo que tampoco tal precepto resultaba de aplicación, pues la demandante no había acreditado ni su ejecución ni su abono, y porque además, en cualquier caso, tampoco se había justificado su necesidad, por lo que no podía exigirse su pago al copropietario.

En consecuencia se desestima íntegramente la demanda presentada.

SEGUNDO.- Frente a dicha resolución se alza la demandante sustentando su recurso en la alegación de error en la valoración del resultado de la prueba practicada.

En cuanto a la declaración de servidumbre, se afirma que en contra de lo concluido en la Sentencia, ha quedado probado que el caserío y la servidumbre de paso se han destinado a la actividad agraria durante generaciones, habiéndose acreditado la necesidad de paso del recurrente y de sus antecesores atendiendo a la orografía del lugar, y careciendo de otra salida a la vía pública.

Tales alegaciones no desvirtúan los razonamientos que llevaron a la Juzgadora de instancia a negar la declaración de la servidumbre, porque la hoy recurrente se limita a afirmar que no probar el uso de tal paso, pues en contra de lo que alega la única prueba practicada al respecto, la certificación emitida por la Diputación Foral, no ratifica tal uso agrícola por su parte, y no existiendo ninguna otra prueba, el uso en tal concepto durante 20 años no puede darse por probado.

La necesidad de la servidumbre o la ausencia de otra salida, son cuestiones que en nada inciden en lo resuelto, pues fundándose la acción declarativa en la prescripción, lo único que se tiene que acreditar es su uso durante el tiempo marcado por la Ley, y la recurrente no lo ha hecho.

TERCERO.- Con respecto a las obras, tanto las ya realizadas, como las pendientes de realización, se alega que se ha acreditado su necesidad y su importe.

En cuanto a las ya realizadas, su necesidad se sustenta en los informes del aparejador Luis Pablo, que se incorpora al informe pericial, y del Aparejador municipal Juan Francisco; y en cuanto a su importe, se justifica por las estimaciones del dictamen pericial que se acompañó a la demanda, realizado por la Arquitecto Técnico María Antonieta, y por las facturas que se acompañaron como doc. 7. Se reclamaban por este concepto, 2850 euros.

Pues bien en este punto, a la vista del informe emitido por los Aparejadores arriba mencionados en la fecha de realización de las obras, y de la testifical de Benedicto, consideramos acreditado que la cumbrera se encontraba en mal estado de conservación, siendo necesaria y urgente su reparación, que se acometió conforme al criterio del aparejador Sr. Constancio, siendo llevada a efecto por el Sr. Benedicto.

Por tanto, tratándose de una obra necesaria que afecta a elementos comunes, los demandados deberán reintegrar a la actora la mitad de su importe en virtud de lo dispuesto en el *art.395 del C.c.*

Lo que sin embargo no podemos estimar acreditado es el importe que se reclama por este concepto, pues la valoración del dictamen pericial no se ve corroborada por las correspondientes facturas, entendiéndose por ello que tal valoración es excesiva, y que debe limitarse a los importes realmente acreditados, que se recogen en las facturas aportadas como docs. 7 y 8 de la demanda, por un importe total de 1035,54 euros, por lo que los demandados deberán reintegrar 517,77 euros, con los intereses legales correspondientes desde la reclamación judicial, en el acto de conciliación de 20-09-2002.

CUARTO.- Con relación a la pérdida de terreno que se dice se ha sufrido por la realización de las obras, también la prueba existente es insuficiente porque a la vista de la prueba practicada (testifical y pericial), no puede afirmarse con rotundidad que el terreno de la recurrente se viese más afectado que el de la recurrida, y por tanto la valoración del informe pericial carece de toda base.

QUINTO.- En cuanto a las obras necesarias pendientes de realización, estimamos compartiendo el criterio del Juzgador de la instancia, que de la prueba practicada no ha quedado debidamente probado, que las obras de acondicionamiento deban realizarse en la forma que pretende la recurrente, pues el informe realizado a instancias de la demandada pone en entredicho tal criterio, y además en ningún caso podemos entender justificado el importe que por tal concepto se reclama, al estimarse excesivo por un profesional del ramo (el Sr. Benedicto), careciendo de toda base las valoraciones que aplica el informe pericial.

SEXTO.- La estimación parcial del recurso, supone la estimación parcial de la demanda, por lo que no se hará pronunciamiento sobre las costas en ninguna de las dos instancias (*arts. 394 y 398 LEC*).

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que estimándose parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de Daniela contra la Sentencia de fecha 2 de Abril de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Gernika, en el procedimiento PRO.ORDINARIO L2 337/07, de que el presente rollo dimana; debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución y con estimación parcial de la demanda a abonar a la actora la cantidad de 517,77 euros y los intereses legales desde la fecha del acto de conciliación (Diciembre de 2002).

Sin pronunciamiento sobre las costas en ninguna de las dos instancias.

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