

SAP de Bizkaia de 9 de septiembre de 2013

En la Villa de BILBAO (Bizkaia), a 9 de septiembre de 2013.

En nombre de S. M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección 5ª de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 210 de 2013, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Gernika (Bizkaia), y del que son partes como demandantes, D. Alberto y Dª Sara , representados por el Procurador D. Carlos Muniategui Landa y dirigidos por el Letrado D. Carlos Sebastián Ipiña y como demandados, Dª Berta y D. Felipe, representados por la Procuradora Dª Mª Cruz Celaya Ulíbarri y dirigidos por la Letrada Dª Amaia García Barbero, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª Mª ELISABETH HUERTA SÁNCHEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO .- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 16 de enero de 2013 sentencia cuya parte dispositiva dice literalmente: "FALLO: **Estimo parcialmente la demanda** formulada por el Procurador Sr. Muniategui Landa, en nombre y representación de Dª Sara , contra D. Felipe y Dª Berta y **declaro el derecho de propiedad** de la demandante sobre el terrero en que se ubica el acceso principal a la Casería Urkiza-Aurre, sin que proceda expresa condena en costas.

Estimo sustancialmente la demanda reconventional formulada por la Procuradora Sra. Celaya Ulíbarri, en nombre y representación de D. Felipe y Dª Berta, contra Dª Sara y **declaro la existencia de una servidumbre de paso** a favor de las fincas de la planta baja al frente de la casa Urquiza-Aurre del sur, finca NUM000 de Bakio inscrita en el Registro de la Propiedad de Gernika-Lumo a nombre de Dª. Berta , y de la finca de la planta alta de la casa Urquiza-Aurre del Sur, finca NUM001 de Bakio inscrita a nombre de D. Felipe , sobre la finca NUM002 también de Bakio con las siguientes características:

- La servidumbre de paso discurre por el camino de entrada de la Casería Urquiza-Aurre al Este con el camino carretil.
- Dicho paso tiene unas medidas de 14,75 m. de largo por 3,15 m. de ancho junto al camino carretil que se van ensanchando palatinamente hasta los 4,70 m. que alcanza en el lado que linda con la Casería Urquiza-Aurre.

- Que dicho paso está ubicado en la porción de terreno que linda en su lado Este con el camino carretil, en su lado Oeste con la fachada principal de la Casería Urquiza-Aurre, en el lado Sur, con el triángulo de terreno propiedad de D. Felipe, y en el lado Norte, con resto de terreno del pertenecido de la parte demandante.

Igualmente condeno a la demandada en reconvenición D^a Sara a estar y pasar por tal declaración y a que se consienta la inscripción registral, sin que proceda expresa condena en costas".

Con fecha 28 de enero de 2013, por el Procurador D. Carlos Muniategui Landa, en representación de D. Alberto y D^a Sara , se presentó escrito interponiendo recurso de aclaración de la sentencia dictada con fecha 16 de enero de 2013, procediéndose a dictar auto de aclaración con fecha 11 de febrero de 2013, cuya parte dispositiva dice literalmente: "**PARTE DISPOSITIVA:** Se estima la aclaración solicitada por el Procurador Sr. Muniategui Landa, en nombre y representación de D^a Sara , en relación con la Sentencia n^o 3/13, de 16/01/2013, en el sentido de que la servidumbre declarada lo es para el paso de personas y vehículos.

No ha lugar a efectuar otras aclaraciones".

SEGUNDO .- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D^a Sara y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previo emplazamiento de las partes. Personado en tiempo y forma el apelante, y personada también la parte apelada, se siguió este recurso por sus trámites.

TERCERO .- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, haciéndose constar que la duración del soporte audiovisual del Juicio es de una hora, 41 minutos y 18 segundos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La representación de D^a Sara apela la sentencia dictada en primera instancia y solicita su revocación parcial en lo que se refiere a la existencia de la servidumbre de paso adquirida por usucapión y al alcance y contenido de este se refiere, aquietándose con el resto de los pronunciamientos, aduciendo para ello que en los casos dudosos debe tomarse una postura favorable a la propiedad del inmueble y por ser la existencia de una servidumbre una limitación del derecho de propiedad reconocido en el artículo 348 del Código Civil , debe probarse de forma clara y aquí, si bien no se ha negado el uso del paso por parte de los demandados, lo fue por mera tolerancia de los actores y no a título de dueño por parte de los demandados y así se desprende del propio texto de la sentencia apelada, el propio Sr. Alberto reconoció en 1972 que "toleraron

siempre el uso del paso", la entrada principal fue siempre la ubicada frente a la fachada principal del caserío pero dicha entrada dejó de ser común cuando el caserío se dividió en tres viviendas, además no ha transcurrido el plazo de 20 años previsto en la Legislación Foral, pues aun admitiendo que en el año 1955 la posesión del paso existía, en el año 1972 no se habían alcanzado los 20 años.

Y en cuanto a las circunstancias de la servidumbre, ninguna prueba demuestra que la adquisición lo hubiere sido para el paso de vehículos, habiendo manifestado Doña Berta que estacionaban los vehículos desde hacía 19 años, pero aunque fuere así, ello no justificaría las medidas reconocidas en la sentencia, como solicitaban los demandados, excediendo dichas medidas de las necesidades del predio sirviente.

SEGUNDO .- A la vista de estas alegaciones y del resultado de las pruebas practicadas la Sala estima, coincidiendo al efecto con la Juzgadora a quo, que la pretensión principal de la parte actora apelante no puede, en modo alguno, prosperar, pues ha quedado suficientemente demostrado en la litis que los demandados reconvinientes, Doña Berta y D. Felipe , hermanos de la recurrente reconvenida, vinieron usando la zona de paso litigiosa de manera pública y en concepto de dueños, sin que se tratara de un mero paso tolerado por los propietarios del fundo sirviente.

En efecto, ello es así por cuanto que no negándose en esta alzada por la parte recurrente el paso de los demandados a través de la porción de terreno litigiosa, lógico por otra parte pues ya lo había reconocido expresamente al contestar a la demanda de Juicio de Cognición interpuesta en el año 1972, al admitir que dicho paso había sido respetado siempre por D. Joaquín y por D. Alberto (esposo fallecido de la recurrente), paso éste que, según se infiere de dicha contestación permitía no sólo "la entrada de personas y vehículos de tracción animal sino también, con mucha frecuencia, vehículos de motor, incluso camiones", reconociendo que en fechas recientes a dicha contestación los demandados introdujeron un camión que transportaba ladrillos y que fueron descargados en su zona de fachada del caserío (hecho cuarto de la contestación), debiendo destacarse a estos efectos, que en la referida demanda interpuesta, los anteriores actores, D: Felipe , D. Vidal y Doña Flora consideraron la franja de terreno usurpada por D. Alberto y Doña Sara como de propiedad común del caserío.

La demanda ejercitada en el año 1972 era ciertamente un tanto confusa en su fundamentación, pues en cierto modo se configuraba como una acción reivindicatoria pero a la luz del contenido de su suplico, se acercaba más al contenido propio de un interdicto de recobrar la posesión, pero en cualquier caso y con independencia del concreto pedimento solicitado, la realidad es que los entonces demandantes sostuvieron y defendieron en sede judicial, que ostentaban un derecho de propiedad sobre la porción actualmente litigiosa, por lo que en definitiva, defendieron en sede judicial que su derecho de posesión común sobre tal posesión lo era a título de dueños, posesión ésta que no ha sido objeto de discusión o controversia por parte de la demandante recurrente sino hasta el mes de diciembre de 2007 en el que la parte actora reconvenida colocó una

puerta en el acceso al caserío, lo que dio lugar a un Juicio de Interdicto de recobrar la posesión, que concluyó con resultado desfavorable para la parte actora recurrente, habiéndose dictado auto el día 10 de enero de 2012, desestimando la oposición a la ejecución de la sentencia dictada en su día; no constando que hasta dicho cierre del acceso, la actora recurrente haya mostrado oposición alguna a la utilización de dicho paso por los demandados, siendo en este procedimiento cuando por primera vez se ejercitó la acción negatoria de servidumbre.

De lo expuesto se desprende nítidamente que la parte demandada-reconviniente ha venido haciendo uso del paso controvertido al menos desde el año 1955 y dicha posesión debe reputarse ejercitada en concepto de dueño, pues así se reivindicó en el Juicio de Cognición del año 1972, por lo que debe reputarse transcurrido con creces el plazo de 20 años del artículo 128 de la Ley 3/1992 del País Vasco para la adquisición por prescripción de la servidumbre de paso, siendo así que la primera actuación de oposición constatada en contra de dicha utilización se remonta al año 2007, como antes se ha señalado, resultando por todo ello correcto y ajustado a derecho el pronunciamiento establecido en la sentencia apelada por virtud del cual se desestima la acción negatoria y se estima la acción confesoria de servidumbre.

TERCERO .- Por último, debe igualmente rechazarse la pretensión de la parte recurrente en orden a que se redefina la anchura de la servidumbre a dos metros, petición que se formula al amparo de lo establecido en el artículo 566 del Código Civil , con arreglo al cual "la anchura de la servidumbre de paso será aquélla que baste a las necesidades del predio dominante", porque en primer lugar, las medidas establecidas para el paso reconocido como constitutivo de servidumbre de paso ya fueron reconocidas en el escrito de contestación, a la demanda del Juicio de Cognición del año 1972, en el hecho segundo de dicha contestación si bien con una pequeña diferencia en cuanto a las anchuras inicial y final, pues en dicho escrito se decía literalmente que las medidas actuales (entonces) del acceso eran: "Anchura desde la entrada hasta el caserío frontero, 3,10 m. entre los dos pequeños mochones colocados a los bordes de la entrada; esta anchura va abriéndose hacia el caserío, teniendo al final del pasillo 4,68 m. de anchura", mientras que en la demanda reconvenial y en la sentencia apelada se habló de una anchura inicial de 3,15 m. y de una anchura final de 4,70, cuando lo correcto son 3,10 m. y 4,68 m., por ello debe modificarse el pronunciamiento establecido en la sentencia apelada sobre esta medida, fijándola en 3,10 m y no en 3,15 m. al comienzo y en 4,68 m. al final y no en 4,75 m.

Por el contrario, no cabe dar lugar a modificación alguna al amparo de lo establecido en el artículo 566 del Código Civil , por cuanto que se trata de una petición nueva, articulada por primera vez en vía de recurso, y que podría haberse formulado en su momento, de haberse contestado a la reconvenición, lo cual no se hizo pese a haberse dado traslado a la parte actora en legal forma de la demanda reconvenial, debiendo estarse por ello a las medidas establecidas en la presente resolución.

Lo expuesto conlleva la estimación parcial de las pretensiones de la parte actora apelante y la correspondiente revocación parcial de la sentencia apelada en los términos anteriormente expuestos.

CUARTO .- En cuanto a la costas de esta segunda instancia, a tenor de lo dispuesto en el vigente artículo 398, párrafo 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace especial imposición.

QUINTO .- Devuélvase a la parte recurrente el importe del depósito constituido para recurrir (D. A 15.8 de la LOPJ).

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la representación de D^a Sara, contra la sentencia dictada el día 16 de enero de 2013 por la Ilma. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Gernika-Lumo, en el Juicio Ordinario nº 471 de 2010, del que dimana el presente rollo, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha resolución, en el sentido de establecer que la servidumbre de paso tiene unas medidas de 14,75 m. de largo por 3,10 m. de ancho junto al camino carretil que se van ensanchando paulatinamente hasta los 4,68 m. que alcanza en el lado que linda con la casería Urkiza-Aurre, manteniéndose los demás pronunciamientos de dicha resolución y en el auto de aclaración que no se opongan a ésta y no se hace especial imposición de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

Devuélvase a la recurrente el importe del depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, **si se acredita interés casacional**. El recurso se interpondrá por medio de escrito presentado en este Tribunal en el plazo de **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículos 477 y 479 de la LECn).

También podrán interponer recurso extraordinario por **INFRACCIÓN PROCESAL** ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo por alguno de los motivos previstos en la

LECn. El recurso habrá de interponerse mediante escrito presentado ante este Tribunal dentro de los **VEINTE DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación (artículo 470.1 y Disposición Final decimosexta de la LECn).

Para interponer los recursos será necesaria la **constitución de un depósito** de 50 euros si se trata de casación y 50 euros si se trata de recurso extraordinario por infracción procesal, sin cuyos requisitos no serán admitidos a trámite. El depósito se constituirá consignando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Tribunal tiene abierta en el grupo Banesto (Banco Español de Crédito) con el número 4738 0000 00 021013. Caso de utilizar ambos recursos, el recurrente deberá realizar dos operaciones distintas de imposición, indicando en el campo concepto del resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" código 06 para el recurso de casación, y código 04 para el recurso extraordinario por infracción procesal. La consignación deberá ser acreditada al **interponer** los recursos (DA 15ª de la LOPJ).

Están exentos de constituir el depósito para recurrir los incluidos en el apartado 5 de la disposición citada y quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los/las Ilmos/as. Sres/as.

Magistrados/as que la firman y leída por el/la Ilmo/a. Magistrado/a Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario Judicial certifico.