

SAP de Bizkaia de 2 de marzo de 2005

En la Villa de Bilbao a dos de marzo de dos mil cinco.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de Juicio Verbal 515/03 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Getxo y seguidos entre partes: Como apelante: Antonia, representada por el Procurador Sr. Zubieta Garmendia y dirigida por el Letrado Sr. Esteban Guereca; y como apelado-impugnante: Regina y Agustín, representados por la Procuradora Sra. Frade Fuentes y dirigidos por el Letrado Sr. Aldecoa Echezarraga.

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.- Que la referida Sentencia de instancia, de fecha 25 de Febrero de 2004 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por DÑA. Regina y D. Agustín, con Procurador Sra. Frade y Letrado Sr. Aldekoa, contra DÑA. Antonia, con Procurador Sr. Zubieta y Letrado Sr. Esteban, debo declarar y declaro extinguida la servidumbre de paso existente sobre la finca nº NUM000 propiedad de la actora, condenando a la demandada Dña. Antonia a estar y pasar por dicha declaración absteniéndose de hacer uso del paso sobre la finca referida, y reconociendo el derecho de cierre a los actores de la puerta existente en el muro medianero entre las fincas nº NUM000 y nº NUM001, con expresa imposición a la parte demandada de las costas procesales devengadas en la presente instancia.".

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Antonia, se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, que admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 366/04 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Por providencia de fecha 22 de Noviembre de 2005 se señaló el día 1 de Marzo de 2005 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

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

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA CONCEPCION MARCO CACHO

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la parte demandada D^a. Antonia al considerar que la Sentencia concluye con una declaración errónea de aplicación de los contenidos del *artículo 568 del Código Civil* al considerar que la finca de la apelante ostenta salida a camino público por lo que la necesidad de cruzar el predio de los actores no trae justificación; para la parte apelante no se debió aplicar el precepto mencionado al estar integrado en el capítulo relativo a las servidumbres legales y no la voluntaria a la cual precisamente se refiere el caso; por ello entiende que la aplicación a su vez admitida en Sentencia de la prescripción regulada en el *artículo 128 de la Ley Foral* es concurrente al caso, por mor de ser paso, suficientemente probado, por más de veinte años, a través de la finca de los actores para acceso a su finca; en todo caso interesa la declaración de constitución de signo aparente por el propietario de la finca -de los que traen causa ambos litigantes- que se constituyó al momento de la segregación.

En definitiva considera que el derecho de su defendida al paso por la finca de los actores debe ser reconocido siendo desestimada la acción negatoria de servidumbre que ejerce la parte actora.

Por su parte los actores impugnan la Sentencia aún cuando estime la petición subsidiaria que instaba en el suplico de su demanda, al considerar que la finca de la parte demandada presenta salida a camino público a través de la suya; siendo que deviene de aplicación del *artículo 568 del Código Civil* ; e impugna la Sentencia en fundamento que admite la Sentencia, la aplicación del *artículo 128 de la Ley Foral*, porque considera que en ningún caso puede ser apreciada la prescripción adquisitiva porque se trata de terreno urbano amén de situarse en territorio no aforado.

En lo demás invoca modificación argumental del demandado que invocando en la primera instancia que su finca está enclavada dentro de la de los actores y sin salida a camino público, en la alzada afirma que el supuesto no concurre por ser demostrado que tal situación acaece sin género de dudas; por tanto, la aplicación en su caso de inexistencia de necesidad de pasar por la finca de la parte actora al constar salida propia de la finca de la demandada permite negar por inexistente la servidumbre de paso que la parte demandada viene utilizando, solicitando la confirmación de la Sentencia.

SEGUNDO.- Partiendo de la doctrina jurisprudencial establecida en Sentencia en los fundamentos segundo y tercero en cuanto la "ratio dicendi" de la servidumbre y la carga de la prueba correspondiente a cada parte -actora que niega la existencia del paso- la inexistencia de voluntad de constitución de la servidumbre- y la demandada que ostenta título suficiente acreditativo de la existencia del paso -por mor de existencia de signo aparente creado por el padre de familia o aplicación de la usucapión al albur del *artículo 128 de la Ley Civil Foral*, o por último, por no tener acceso a camino público por estar inutilizado el invocado por la parte actora-; se debe analizar si precisamente concurre el supuesto primeramente invocado al amparo del *artículo 541 del Código Civil* ; esto es, la existencia de signo aparente que se instituyó por el padre de familia, y la utilidad del gravamen cuando constituyendo dos fincas -las registradas con los números NUM001 y NUM000 - cuando con posterioridad se han transmitido a terceros, los hoy litigantes.

Resulta evidente que en el año 1.957 los anteriores propietarios, de los que traen causa los ahora litigantes, adquieren de Diego de la matriz NUM002 sita en Gorliz tras segregación las fincas objeto de la litis; a este momento ambas fincas presentaban acceso a camino público - plano del año 1.957 adjuntado con la demanda-. Así, D. Jose Manuel, esposa y su hijo Alfredo y su esposa, construyen en cada finca edificación simétrica con muro medianero en el límite Este. En el año 1.958 por dicho linde se abre un hueco -puerta- que comunica ambas fincas constando que en todo caso no desaparecía el acceso independiente de cada finca a los caminos públicos. Esta situación continua hasta el año 1.993 en que el Sr. Jose Manuel transmite su finca a la ahora demandada, siendo que el hijo Sr. Alfredo procede al cierre de la puerta con candado - desaparece el vínculo familiar con la edificación contigua- si bien debido a la interposición de un interdicto y bajo la óptica de aquel proceso, la Sra. Antonia obtiene Sentencia favorable; por ello ante la situación que se crea entre ambos colindantes - no hay relación ni parentesco alguno- se acuerda en el año 1.994 realizar la pared divisoria por toda la fachada principal precisamente porque se establecen dos titularidades distintas -recuerdese que las anteriores concurrían en una misma familia-.

Se muestra en este año la voluntad de dividir y aislar ambas edificaciones; es obvio que la segregación y división de las fincas simétricas por cambio de titularidad se verifica en el año 1.994 cuando se levanta un muro de mampostería que delimita y divide por voluntad de ambos colindantes.

En este sentido podemos distinguir si el signo que se alega por la demandada creado por los anteriores propietarios deviene de un acto de administración o disposición, es decir, analizar si en el año 1958 se conformó por ambos colindantes una voluntad cierta y verdadera de establecer y constituir una servidumbre de paso o un mero acceso de facilidad comunicativa familiar; y ello tiene su transcendencia porque el simple dato de instalación de la puerta no constando en ninguna de las dos transmisiones que realizan los Sres. Jose Manuel y Alfredo -véanse escrituras de propiedad que adjuntan ambas partes procesales- que se constituya servidumbre de paso, y por contra se establecen los lindes con acceso independiente desde camino público de ambas fincas, por no constar que devinieran cambios ni en los límites ni en las calles que la rodean-; resultado acreditado por la prueba de reconocimiento judicial, tras el visionado del soporte audiovisual adjuntado, se observa por la Sala que la finca de la demandada tiene acceso a carretera por la que puede circular un vehículo sin dificultad, no teniendo transcendencia que esté con hierbas altas al ser consecuencia de falta de utilización por la demandada en cuanto que admite que accede siempre por la finca de los actores, e igualmente las manifestaciones del Sr. Jose Manuel de que efectivamente su padre accedía por su vivienda.

Esta situación refleja que el acceso que la parte demandada tiene a su vivienda discurre por la finca de la parte actora constituye un mero acto de tolerancia- por ser esta la voluntad que en su momento se establecía como un mero servicio de facilidad comunicativa entre parientes; de ello que esta situación de TOLERANCIA no puede ser constitutiva de derecho real POSESORIO NI MUCHO MENOS DE DUEÑO por cuanto la simple detentación de una cosa o el ejercicio o disfrute de hecho de un derecho real sobre ella en virtud de licencia o mera tolerancia de su dueño no puede traer consecuencias favorables de usucapión de propiedad o posesión a favor de quien se le permite un simple uso.

Igualmente hay que recordar que la constitución del signo aparente debe ser permanente, duradero y no obedecer a meros actos de necesidad como es al caso; siendo así que la voluntad de los transmitentes a los actuales propietarios en cuanto se delimita la propiedad en el momento de construcción del muro divisorio, permite invocar la acción negatoria al decaer la necesidad que originó la apertura de la puerta.

Es más, concurre doctrina que entiende que desde la perspectiva del análisis jurisprudencial no puede ser obviado que si se analiza la concurrencia de los requisitos establecidos en la norma para declarar la constitución del signo aparente, deviene configurada no como un signo constitutivo de actos voluntarios sino de concurrencia de presupuestos legales lo que permite entender que se pudiera alzar como una servidumbre de carácter legal; de ello la posibilidad de que por el nuevo adquirente se revoque en su caso la situación tolerante previamente existente, desapareciendo el signo que invoca aparente.

Todas estas consideraciones permiten al Tribunal entender que la puerta que se construyó en el lindero Este de ambas fincas en ningún momento avocaba a la constitución de una servidumbre de paso sino de un mero instrumento de facilidad entre los familiares de acceso conjunto a ambas viviendas vinculada precisamente a la unión familiar.

Al efecto de aplicación al caso de autos entendemos que deviene transcendental por ser supuesto análogo la Sentencia dictada por la A.P. de Asturias en fecha 16 de Febrero de 2.004 que se transcribe en lo que al caso acontece, así: "... TERCERO.- Para justificar la existencia de la servidumbre por destino del propietario de las fincas, se dice que entre ambas existía un paso habilitado por la propietaria inicial de todas ellas, lo que se demuestra por el reportaje fotográfico antiguo unido con la contestación a la demanda y además corroborado por los testigos. La llamada servidumbre por destino del padre de familia, recogida en el *art. 541 del Código Civil*, señala que la existencia de un signo aparente de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considerará, si se enajenare una, como título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente, a no ser que, al tiempo de separarse la propiedad de las dos fincas, se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas, o se haga desaparecer aquel signo antes del otorgamiento de la escritura.

No consta que en el título original de las mencionadas fincas se haga referencia alguna a la existencia de un paso entre ambas, antes al contrario, de la escritura de partición hereditaria de D^a Asunción, practicada en el año de 1940, en ningún momento se hace referencia a tal hipotético paso, mucho más teniendo en cuenta que es en tal momento cuanto se procede a dividir la propiedad, sin que al adjudicarse una parte de la "DIRECCION001", precisamente la colindante más próxima con la parte de "La Regadera" (que junto con la anterior también se adjudicó a los antecesores de los actores), se mencionara respecto a un paso a favor de otras propiedades de la misma herencia, lo que resultaba de toda lógica si se tiene en cuenta que en dicho momento de practicarse la división de las fincas ninguna resultaba enclavada, salvo la sola excepción representada por las fincas "DIRECCION003" y "DIRECCION004", para las que expresamente y por acuerdo unánime de los coherederos procedieron en dicha partición (Nota Final) a imponer sobre la segunda un servicio de paso a favor de la primera.

Con tal acto expreso y concorde de voluntad de los coherederos, que conforme al *art. 1.058* distribuyen la herencia de la manera que tengan por conveniente, dejaron sin

contenido cualquier acto en contrario, aún cuando éste fuera establecido por la causante, a menos que lo dejara impuesto de manera expresa en su testamento, lo que desde luego que no consta. Por lo tanto, el *art. 541* en este caso debe ceder ante el acuerdo particional, pues no debe olvidarse que la partición consentida de forma unánime por todos los coherederos constituye norma suprema incluso por encima de la voluntad del testador, cuando éste no hace por sí la partición, tal y como así lo dispone el *art. 1.058 del CC*.

En todo caso, aún dentro del *art. 541 del CC*, tampoco sería posible dar lugar al argumento de los demandados, al no cumplirse el requisito, puesto de relieve por reiterada jurisprudencia (a modo de ejemplo, la St. de 29-7-2000 EDJ2000/21383), de que el signo aparente "resulte por signos visibles y evidentes que uno de los predios presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titular dominical". Circunstancia que esta Sala estima que no concurre en el presente caso, porque las "DIRECCION000" y "DIRECCION001" colindaban con la carretera general (la primera lo hacía al tiempo de la partición y la segunda todavía lo sigue haciendo, incluso los citados demandados abrieron un amplio portón desde la citada carretera para acceder a la parte posterior de su edificación, algo innecesario de tener derecho de paso por donde ahora intentan exigírselo a los actores). Por lo tanto, el paso litigioso, al no ser necesario para los demandados, quedaba reducido a una situación de hecho motivada por la mera comodidad (el obstáculo que producen las construcciones auxiliares que levantaron en la parte posterior de su "DIRECCION001", como bien refleja el informe pericial) o por la utilización graciosa que pudieran usar otros herederos, como los hoy demandados, en todo caso ajena a la existencia de un verdadero derecho real. Como implícitamente reconoce el propio escrito de interposición del presente recurso, el paso tenía un uso exclusivo, en cuanto necesario, para la propia vivienda de los hoy actores, a fin de acceder "al semisótano de su casa (y) a las edificaciones sitas en la parte posterior".

Concluyendo con esta causa de oposición de los demandados, no existe servidumbre dado que los coherederos de mutuo acuerdo determinaron las circunstancias fácticas por las que habría de quedar dividida o partida la herencia entre ellos; ni tampoco puede admitirse que existió una constitución de la servidumbre por destino de la antecesora de las partes litigantes.

CUARTO.- Resta determinar si existe enclavamiento y por ello la constitución de un paso forzoso o servidumbre legal del *art. 564 del Código Civil*. En este particular debemos señalar que los demandados ni tienen a su favor título judicial alguno que constituya a su favor la mentada servidumbre, ni tampoco la solicitan mediante la oportuna reconvencción, algo absolutamente preciso para que esta Sala pudiera entrar a conocer de la presente cuestión. Como quiera que la referida servidumbre de paso es discontinua, como reiteradamente así lo tiene declarado la jurisprudencia (Sts., entre otras muchas, de 10-6-67 y 5-3-93 EDJ1993/2191), poco importa el tiempo en que haya venido utilizándose, pues sólo puede constituirse de tal manera forzosa mediante una sentencia que así lo declare, lo que, por otro lado, vendrá motivado no por la reiteración o existencia del paso, sino por el enclavamiento de la finca, como igualmente lo dispone el citado *art. 564* y sgts "...". Hasta aquí la reseña jurisprudencial.

TERCERO.- Lo anteriormente expuesto, conduce a entender que en el caso de autos debe partirse de la premisa de inexistencia de voluntad constitutiva de servidumbre

alguna por lo que difícilmente podremos aplicar ya la constitución de signo aparente por el padre de familia para constituir un derecho de servidumbre de paso -por el razonamiento expuesto en el antecedente fundamento- ya de usucapión por transcurso del plazo para apreciar la prescripción adquisitiva por mor del *artículo 128 de la Ley Foral* en cuanto que en ningún momento se permitió el paso con carácter de permanencia ni a título de dueño ni de mera posesión porque como indica la Sentencia de la A.P. de Vizcaya, Sección Cuarta, de 8 de Marzo de 1.999, para que prospere esta institución debe acreditarse "... haberse poseído la servidumbre al menos, desde los últimos veintiún años, y puesto que según la *Disposición Transitoria 4ª de la antecitada Ley* "la posesión de una servidumbre de paso comenzada a efectos de su adquisición por prescripción", que concurren los requisitos para la usucapión, por parte de los demandados, de la servidumbre de paso debatida. Nada procede objetar en cuanto a la aplicación de la referenciada normativa, bien entendido que, de cara a la adquisición por usucapión, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida y que no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño, todo ello de conformidad con lo prevenido en los *artículos 1.941 y 1.942 del Código Civil* a poner en relación con los *artículos 444 y 447* del mismo cuerpo legal, también dignos de consideración y adecuada atención en el caso."

Acreditado que durante estos años no se ha utilizado el acceso por la puerta instalada en el lindero.

Este de ambas edificaciones -o fincas- ni a título de poseedor ni a título de dueño sino de mera tolerancia y de buena relación por vínculo familiar, deviene de inaplicación el supuesto invocado sin necesidad de analizar el ámbito territorial de vigencia de esta Ley por ser cuestión intrascendente al desestimar la premisa básica -no hay uso a título de dueño- de la que se permite el cómputo del plazo de adquisición.

CUARTO.- Todo lo expuesto lleva a confirmar la resolución recurrida si bien por la argumentación expuesta, debiendo ser desestimado el recurso de apelación, y estimando la impugnación al declarar la Sala que no existió una servidumbre de paso.

En cuanto a las costas entendemos que aún cuando se estime la demanda y la impugnación, en este caso concurren una serie de circunstancias en cuanto a poder surgir dudas de hecho y de derecho que permiten aplicar la excepción a la regla general de imposición cuando se estima la demanda -*artículo 394.1 de la L.E.C.*

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

FALLAMOS

Que con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Antonia y con estimación de la impugnación formulada por la representación procesal de Regina y Agustín, contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 5 de Getxo en autos de Juicio Verbal 515/03 de fecha 25 de Febrero

de 2004, debemos confirmar y confirmamos dicha Sentencia por los argumentos de esta resolución y sin expresa imposición de costas en ninguna de las dos instancias.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra Sentencia a la que se unirá certificación al Rollo de su razón, la 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.