

SAP de Bizkaia de 4 de septiembre de 2002

En Bilbao, a cuatro de septiembre de dos mil dos.

En nombre de SM. 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 DE MENOR CUANTIA N° 152/99 seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia n° 2 de Gernika-Luno y del que son ,partes como demandantes D. Emilio Y Alejandra , representados por la Procuradora Sra. Celaya y dirigidos por el Letrado Sr. Fernández Hierro, y como demandados-reconvenientes D. Ramón Y Verónica , representados por el Procurador Sr. Muniategui y dirigidos por el Letrado Sr. Aperribai; Rubén Y Begoña , representados por la Procuradora Sra. Esesumaga, quienes se allanaron, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Dª LEONOR CUENCA GARCIA.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 9-2-01 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente: "FALLO: Que estimando en su totalidad la demanda interpuesta por la procurador Sra. Celaya en representación de Emilio y Alejandra , y desestimando en su totalidad la reconvenición formulada por Dª Verónica y Ramón , debo declarar y declaro la existencia de una servidumbre de paso a favor de la finca de la parte demandante que sale a la carretera general y llega hasta el casero propiedad de la actora a través de sus terrenos y de los demás demandados, tal y como se recoge en el documento n° 2 de la demanda, condenando a los demandados a estar y pasar por la anterior declaración y a no realizar acto alguno que obstaculice el libre ejercicio de la servidumbre de paso existente a favor de la parte demandante.- Todo ello con expresa condena en costas a Dª Verónica y Ramón ".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de Ramón Y Verónica y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, previa su tramitación.

TERCERO.- Seguido en recurso por sus trámites, en el acto de la vista por la parte apelante se solicitó la estimación del recurso y la revocación de la sentencia y que se dicte nueva resolución, de conformidad con las alegaciones expuestas en su escrito de fecha 22 de Marzo de 2002 interponiendo el recurso de apelación y en cuyo contenido se ratifica, con condena en costas a la parte actora-apelada.

La parte apelada solicitó la desestimación del recurso formulado de contrario y la confirmación de la sentencia, con imposición de costas en esta alzada a la parte recurrente.

CUARTO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, excepto el plazo para dictar sentencia por la atención a otras causas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante, codemandados-reconvinientes en la instancia, interesa la revocación de la resolución recurrida en la que se ejercita contra ella y los demás codemandados, quienes se han allanado, una acción confesoria de servidumbre de paso a favor de la finca de los demandantes, y que en su lugar se dicte otra por la que, y de modo subsidiario, a.- se desestime la acción confesoria de servidumbre de paso al no concurrir uno de los requisitos necesarios para su prosperabilidad, ya que el predio dominante está indeterminado, como lo evidencia la alusión genérica que se contiene en la demanda respecto de la finca de la parte actora, cuando lo cierto es que son titulares de varias;

b.- de estimarse identificados los predios sirvientes y dominantes, se desestime igualmente la acción ejercitada, pues no se puede, tras una adecuada valoración de la prueba, entender que la Sra. Verónica otorgó su consentimiento ni para la construcción del camino y ni para su uso por los demandantes, de ahí que no debe considerarse adquirida la servidumbre de paso mediante título, y mucho menos, por prescripción, pues ni consta con certeza la fecha de construcción del camino ni que el paso por él de los actores lo haya sido en concepto de titular de un derecho, estando ante un acto meramente tolerado ya por los propietarios de los terrenos presuntamente gravados ya por sus arrendatarios, no pudiendo, por ello, catalogarse su uso como un verdadero acto de posesión;

c.- de entenderse existente la servidumbre de paso, se declare extinguida al amparo del art. 568 C. Civil, ya que como se deduce de la prueba practicada el caserío y pertenecidos de los actores cuentan con otros caminos, al margen del mayor o menor acondicionamiento que precisen, que les permite el acceso desde la finca de su propiedad a un camino público, siendo la pretensión de mantenimiento de la servidumbre un mero capricho o conveniencia, no una necesidad.

SEGUNDO.- Delimitado el objeto de la presente resolución en el fundamento de Derecho precedente, el análisis de lo ajustado a Derecho o no de la sentencia de instancia exigir tener en cuenta que el Tribunal Supremo, Sala Primera, entre otras en su sentencia de 17 de Julio de 2001 ha declarado que " como dijo el Tribunal Constitucional en su sentencia 152/1998, de 13 de julio [cita#J1998/10009], el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial ad quem para resolver cuantas cuestiones se le planteen de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum indicium"; esta Sala, en sentencia de 15 de julio de 1998 [cita#J1998/11950] dijo: La segunda instancia es una fase procesal que permite un nuevo examen completo de la cuestión litigiosa y una revisión de la sentencia dictada; la apelación se extiende a todo el objeto de la primera instancia: así se expresan literalmente las sentencias de esta Sala de 25 de noviembre de 1997 [cita#J], fundamento 1º, y de 5 de mayo de 1997 [cita#J1997/3485], fundamento 3º, primer

párrafo, reiterando lo ya expresado por las sentencias de 7 de junio de 1996 [cita#J1996/4161] y 24 de enero de 1997 [cita#J1997/88], lo que había sido mantenido también por la sentencia del Tribunal Constitucional 3/1996, de 15 de enero [cita#J1996/14]. E insiste la de 28 de marzo del 2000 [cita#J2000/3848]: el recurso de apelación es un recurso devolutivo utilizado contra sentencias definitivas con la finalidad de su sustitución por entender la parte recurrente un error en el juicio."

Así mismo, como ha declarado esta misma Sala en reiteradas resoluciones, la competencia del Tribunal de apelación, dado el alcance que tiene la segunda instancia en la LEC. (carácter devolutivo del recurso de apelación), le coloca en una posición frente a los litigantes que ha de ser la misma que ocupó el Juez de la instancia en el momento de decidir, sin que esté autorizado para separarse de los términos en los que el debate se desenvolvió, debiendo conocer íntegramente sobre la cuestión resuelta en la instancia, con plenitud de jurisdicción o de conocimiento, y pudiendo, por tanto, siempre con respeto al principio de congruencia (art. 359 LEC., actual art. 218 y art. 11 LOPJ.), revocar, adicionar, suplir o enmendar las sentencias recurridas, eso sí, con el único límite adoptado por las partes en el recurso, respecto de aquellas cuestiones litigiosas que hayan devenido firmes por allanamiento de las partes o conformidad, respecto de las cuales la sentencia ha devenido firme y ha adquirido la autoridad de cosa juzgada (art. 408 LEC.), (TS. la S. 7 de Febrero y 14 de Marzo de 1.995; 30 de Diciembre de 1.994, entre otras). Criterio éste que se ve avalado en la nueva LEC de 7 de Enero de 2001, en su art. 456 n° 1 LEC.

Desde esta perspectiva es obvio que no cabe discutir en esta alzada aquellos temas que no lo fueron en la alzada al no hacer de ellos cuestión, por entrañar si así se pretende hacer valer ante el órgano ad quem, " una cuestión nueva", cuya resolución generaría indefensión a la parte que no la propuso al vulnerar el principio de contradicción y defensa; de manera que si la acción ejercitada por la parte actora, ahora apelada, quien se aquieta con la sentencia de instancia, es la confesoria de servidumbre de paso mediante la que se pretende obtener la declaración de la existencia de un derecho real sobre cosa ajena de tal naturaleza a favor de una finca o conjunto de fincas (predio dominante) sobre la finca o conjunto de fincas de los demandados (predio sirviente), las cuales deben estar perfectamente identificadas y determinadas, lo que no es dable, ahora, a la parte apelante es argumentar para obtener la desestimación de la demanda, la indeterminación del predio dominante, cuando en el escrito de contestación a la demanda (f. 86 y ss), tal no se cuestiona, y nadie a lo largo del litigio ha dudado sobre el camino pretendido ni las fincas gravadas con él ni aquéllas a las que sirve, resultando contradictorio que se pretenda alegar la no identificación de la finca y se reconvinga para interesar si se admitiese la servidumbre su extinción al amparo del art. 568 C. Civil por carecer de necesidad de acceso a camino público, al contar con él.

Si ello no fuera suficiente, resulta que la parte apelante con carácter previo al proceso al alegar su oposición, ante la pretensión de la parte actora, en Julio de 1998, de asfaltar el camino de autos, no alega para negarse a ello que desconozca de que camino se trata o a que finca se refiere, sino que se opone a su utilización ante su innecesaridad (doc n° 8 y 9 demanda, admitidos al contestar).

En consecuencia, no cabe duda de que debe desestimarse el primer motivo aducido para la prosperabilidad del recurso, del mismo modo que huelga cualquier consideración a cerca de si en el caso de los apelantes, y frente a los demás apelados-demandados, Sres.

Rubén y Begoña quienes se allanaron con la demanda y quienes admiten la concertación mediante título de la servidumbre de paso por sus tierras (doc n° 3 demanda), la servidumbre de paso por sus tierras, de existir, fue adquirida por título o no, pues la sentencia de instancia, y con ello se aquieta la parte actora quien tiene el poder dispositivo del proceso al respecto, entiende que no fue así, al no existir el título pretendido, adquiriéndose por prescripción.

TERCERO.- Delimitado en los fundamentos de Derecho precedentes el ámbito de discusión al que la Sala debe dar respuesta, al margen de que se compartan o no la desestimación de la adquisición de la servidumbre por título referida a los hoy apelantes, el análisis de lo ajustado o no a Derecho de tal declaración (acción confesoria), exige tener en cuenta que nadie cuestiona, dado que el camino controvertido se halla en el municipio Muxika la aplicabilidad de la legislación civil foral vasca, y en concreto, de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco de 1 de Julio de 1992 (art. 5), por lo que deberemos estar a lo dispuesto en el Título VI del Libro Primero regulador de las servidumbres de paso (art. 128 y ss), y en su defecto al C. Civil dado su carácter supletorio (art. 3).

Si ello es así, el art. 128 de la Ley 3/1992 y por ello, huelga cualquier discusión doctrinal y Jurisprudencial, en nuestro territorio foral histórico sobre la posibilidad o no de la adquisición de la servidumbre de paso por prescripción, reconoce la posibilidad de su adquisición en virtud de título y por prescripción de veinte años, solucionando la Disposición Transitoria Cuarta los problemas de Derecho Transitorio que La Ley 4/1995 del Derecho Civil de Galicia tiene en esta materia, al establecer que "la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley aprovechará al poseedor a efectos su adquisición por prescripción"

Sentado que se puede adquirir por prescripción, y que tanto doctrina como Jurisprudencia la califican como positiva, ello implica a la luz de los art. 533 y 538 del C°. Civil que el plazo para ello deberá contarse desde el día en que el dueño del predio dominante o el que haya aprovechado la servidumbre, hubiera empezado a ejercerla sobre el predio sirviente. Posesión que lo será en concepto de dueño, (esto es de titular no de la finca sino de un derecho real de servidumbre), pública, pacífica y no interrumpida, debiendo tenerse en cuenta que la simple detentación de una cosa o el ejercicio o disfrute de hecho de un derecho real sobre ella por mera tolerancia de su dueño no puede beneficiar a quien la ejerce a los efectos de usucapión (art. 444, 447, en relación con el art. 1941 y 1942 del C°. Civil).

De lo hasta ahora razonado se infiere que, sin olvidar que la propiedad se presume libre de cargas y gravámenes y que le corresponde al que pretende ser titular de un derecho que limita la propiedad ajena, acreditar su realidad, la dificultad en un supuesto como el presente es determinar si el paso que es obvio nadie cuestiona, tal y como se deduce de una valoración conjunta de la prueba, los actores realizan a través del camino asfaltado que partiendo de la carretera general de Múgica a Morga pasa por las fincas de los hoy apelantes, continua por las de los demandados allanados hasta llegar a la de su titularidad, permitiendo así no solo el acceso peatonal sino también de vehículos al caserío de su propiedad, es un acto meramente tolerado por los Sres. Verónica y Ramón , o se realiza por entender los actores que a favor de su propiedad, caserío y pertenecidos (predio dominante) existe un derecho real de servidumbre y como tal realizan actos de posesión (animus y corpus possedendi), entendiéndolo esta Sala al igual

que la Juzgadora a quo que ello es así y que estamos ante algo más que la mera tolerancia de los hoy apelantes, y ello porque:

a.- aún estimando que es cierto que la Sra. Verónica, titular de las fincas que se ven gravadas por el camino, no firmó en 1964, fecha de la construcción del camino, y por tanto, del inicio de su utilización (prueba testifical y documental) el documento en base al cual se remodela el camino de autos, en el mismo, que es averiguado por sus firmantes, se hace referencia a que se pretende construir, desde el punto denominado "Berastegui", hasta la casa propiedad de la parte actora, un camino, resultando que aquél, conforme al plano que se aporta con la contestación-reconvención, como doc n° 1 y que es elaborado por el correspondiente servicio de la Diputación Foral de Vizcaya, se ubica junto a la carretera general, y por tanto, exige para su construcción atravesar terrenos de los apelantes, debiendo cuestionarnos qué sentido tiene obtener la autorización de unos vecinos, los otros demandados, que sólo nos pueden conceder acceso desde su finca a la propia pero no a camino público si no se contaba también con la autorización de aquéllos que nos podían dar tal acceso, trayendo a colación en este momento una eventual relación de amistad entre las familias (asistencia a boda), ciertamente cuestionada hoy en confesión judicial por las partes.

b.- tal camino, según declaran los testigos (f. 217 y s) es usado para el acceso a la vivienda de los actores y aparece reflejado ya en el proyecto de rehabilitación del caserío visado en 1970 (doc n° 4 demanda), siendo su uso continuo y permanente, habiendo sido objeto de reparación mediante su asfaltado en diversas ocasiones, una de ellas por la Administración Municipal en 1985, para lo que se contó con la autorización de uno de los hermanos de la Sra. Verónica, quien admite que si bien no vive en esa zona sí lo hacía su hermano (posición n° 1 a 3, f. 238 y ss) tal y como declara el testigo Sr. Jon, el alguacil municipal, que recabó las autorizaciones, sin que ante tales labores de reparación se haya acreditado objeción alguna, (pregunta y repregunta n° 5).

Igualmente dicho camino es usado por los hoy apelantes para acceder a sus terrenos al tener que pasar un río, alegando como causa para ello que al hacer el camino los actores destruyeron el puente existente (posición n° 4 a 7 demandada Sra. Verónica, f. 238 y ss), no pudiendo decirse, por ello, vistas sus características, anchura y longitud, junto con la ubicación de caseríos o los buzones de correos al pie de la carretera general, que el camino y su uso sea algo no aparente o clandestino, y sí por contra, conocido para la parte apelante, quienes admiten que no contribuyen a su construcción que fue a cuenta de la causante de la parte actora (posición n° 8), sin que pese a ello conste que hubiera oposición expresa, pues sólo se ha acreditado tal como producida en Agosto de 1998 ante una nueva petición de permiso para el asfaltado, momento en el que no se alega que no exista derecho sobre el camino, sino que debe dejar de pasar por tal "dado que en la actualidad tiene acceso a su casa y terrenos por caminos que discurren por terrenos de su propiedad" (doc n° 8 y 9 demanda), sin referencia alguna al perjuicio que se causa a la familia de los apelantes al no poder cerrar los terrenos para el cuidado del ganado.

De lo hasta ahora razonado cabe colegir que los actores al usar el camino desde su construcción en 1964 como modo de acceso a su vivienda de una manera pacífica e ininterrumpida, sin oposición hasta 1998, sufragando los gastos iniciales, de su construcción y contribuyendo en su caso a su mantenimiento, han realizado verdaderos actos de posesión de un derecho real de servidumbre que con el transcurso del plazo de

20 años que prevé el art. 128 de la Ley Civil Foral Vasca, ha determinado la adquisición real del tal derecho.

CUARTO.- Determinada la existencia de la servidumbre de paso en la forma y con las características que la viene ejerciendo la parte actora, debemos analizar si procede o no la reconvención, mediante la que pretenden los demandados, hoy apelantes, que se declare su extinción, alegando, como causa para ello, en su escrito de interposición del recurso que la misma ya no es necesaria, pues siéndolo en el momento de su constitución en 1964 al dotar a los bienes de la parte actora de acceso a camino público, hoy día ya no lo es pues en 1978 al adquirirse nuevas fincas y reagruparse con las anteriores, se ha dotado a éstas de otra salida a camino público (art. 568 C. Civil.).

Y así al respecto de esta causa de extinción de la servidumbre, resulta que tanto la doctrina como la Jurisprudencia (Tribunal Supremo, Sala Primera, S. 22- de Noviembre de 1963, 31 de Enero de 1970, 15 de febrero de 1989, y 23 de Marzo de 2001, entre otras), así se infiere de la propia incardinación del art. 568 del C° Civil, entienden que sólo es aplicable a las servidumbres legales de paso, y no a las demás, nacidas por virtud de título o por prescripción, pues en ambos casos son de carácter voluntario, pues, en este último caso, la dejación en la oposición del titular del predio sirviente es por su sola voluntad, de modo que para que una servidumbre como la de autos pueda extinguirse deberá darse alguna de las causas del art. 546 C°. Civil. Ahora bien, es lícito reconocer que para un sector doctrinal son voluntarias todas las constituidas por acuerdo de los interesados, con independencia de que, en el caso de servidumbre de paso, hubieran podido ser exigidas coactivamente al amparo del art. 564 C. Civil, o de que su contenido coincida con el previsto en la ley, puesto que el acuerdo excluye la necesidad exigida legalmente para la constitución coactiva; mientras que otra corriente doctrinal inspirada en el principio de libertad de la propiedad y del ejercicio de los derechos conforme a las reglas de la buena fe eludiendo el abuso de Derecho (art. 7 C. Civil), de la que se hace eco la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 23 de Marzo de 2001, entiende que, en estos supuestos, exigencia del paso conforme al art. 564) estamos ante una servidumbre forzosa aunque conste en el título voluntario, pues éste tuvo como finalidad sustituir el acto coactivo (judicial o administrativo, en su caso).

Si ello es así, dada la causa alegada por la parte apelante para la extinción de la servidumbre, en los términos planteados en esta alzada, que no son otros que la desaparición de la necesidad del uso del camino al contar con otro acceso a camino público por agregación de fincas, para su aplicación a la servidumbre de autos y siguiendo la última tesis doctrinal sería necesario que la parte apelante hubiera acreditado que la servidumbre declarada hubiera sido precisa al tiempo de su constitución y que más tarde han variado las circunstancias, lo que ciertamente no ha conseguido por cuanto que sosteniendo la parte demandante que la situación de las fincas es igual en cuanto a los accesos a camino público, los apelantes no han logrado probar que las fincas cuya adquisición se reconoce de la demanda en 1978 hayan facilitado el acceso a camino público, en la medida en que en la EP de 1978 se produce la compra de un porcentaje de las fincas de autos a sus hermanos y la donación por su madre del resto, siendo, por ello, la unidad patrimonial igual que la anterior, con pequeños matices que no inciden, y que los caminos que dice dan acceso a camino público sean susceptibles de quitar la utilidad del actual, pues:

a.- el denominado en el plano doc nº 1 de la contestación, camino rosa-marrón con acceso que va desde el camino verde cuya titularidad pública parece admitir indiciariamente el Ayuntamiento (oficio, f. 371)), discurre por terrenos de los demandados Sres. Rubén y Begoña , para entroncar con el camino naranja en la finca de los actores, sin que conste que sobre el mismo ostenten éstos derecho real de servidumbre, por lo que no se puede imponer tal gravamen a terceros para extinguir la servidumbre de autos.

b.- el denominado camino amarillo que parte del citado camino verde y discurre por terrenos de los actores o en su límite (posición nº 3 y 4, f. 309 y ss) nos encontramos no solo que no se prueba la utilidad necesaria para el desarrollo de la actividad familiar de los actores, pues como se reconoce en el informe pericial de su extensión total hasta la casa, sólo 75 m están asfaltados y el resto no, siendo un camino de hierba impracticable que requiere su acondicionamiento, sino que tampoco se acredita que no existiera ya en el momento de la construcción del camino en 1964, pues los actores, en confesión, lo califican como camino carretil y de tal ya se habla en los títulos de las fincas de la Sra. Emilio , causante del actor, como ya existente en el momento de la construcción del camino.

En consecuencia, no acreditadas las modificación de circunstancias desde cuando se constituyó, ni la necesidad forzosa de su constitución entonces, no puede decirse que concurra la causa de extinción alegada, de ahí, junto con lo razonado en la sentencia de instancia, proceda la desestimación del recurso, y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- En relación a las costas procesales de esta alzada, dada la desestimación del recurso procede su imposición a la parte apelante (art. 398 nº 1 LEC.)

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Sr. Muniategui en nombre y representación de Verónica y Ramón , representados en esta alzada por el Procurador Sr. Arenaza, contra la sentencia dictada el día 9 de febrero de 2001 por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Gernika-Lumo, en los autos de Juicio de Menor Cuantía nº 152/99 a que este rollo se refiere, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución con expresa imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Devuélvase los autos al Juzgado de procedencia, con testimonio de esta sentencia para su cumplimiento.

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

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