

SAP de Bizkaia de 7 de mayo de 2012

En la Villa de Bilbao, a siete de mayo de dos mil doce.

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

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación los presentes autos de Juicio ordinario N° 1600 de 2.010, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de Primera Instancia Número Seis de Barakaldo y del que son partes como demandante **COMUNIDAD DE PROPIETARIOS de c/ DIRECCION000 n° NUM000 de Barakaldo** representado por el Procurador Doña Rosa Alday Mendizabal y dirigida por el Letrado Don Jon Arana Rey y como demandados Dña. Edurne, Dña. Felisa, Dña. Jacinta, Dña. Marcelina, Don Eutimio, Dña. Olga, Dña. Sacramento, Dña. Violeta, Don Héctor, Dña. Evangelina, Don Jaime, Don Leoncio, Dña. Aurora, Don Nazario, Don Rafael, Don Santiago y Dña. Celestina representados por los Procuradores Dña. Ana Fernández Samaniego y Don Luis López-Abadia Rodrigo respectivamente y dirigidos por los Letrado Don Juan Cruz Hidalgo y Don Rafael Saenz-Cortabarría Fernández respectivamente, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrada Doña MARÍA ELISABETH HUERTA SANCHEZ.

ANTECEDENTES

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el juzgador de primera instancia se dictó con fecha 6 de septiembre de 2011, sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente:

"Se desestima totalmente la demanda interpuesta por COMUNIDAD PROPIETARIOS DIRECCION000 N. NUM000 BARAKALDO contra Santiago, Sacramento, Olga, Rafael, Jaime, Violeta, Jacinta, Leoncio, Edurne, Celestina, Héctor, Felisa, Aurora, Evangelina, Marcelina, Eutimio y Nazario, con imposición a la actora de las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de COMUNIDAD DE PROPIETARIOS c/ DIRECCION000 n° NUM000 de Barakaldo y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia y se turnaron a esta Sección Quinta, donde se formó el correspondiente rollo, señalándose día para votación y fallo del recurso.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, salvo el del plazo para dictar resolución por la acumulación de asuntos de preferente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La representación de la Comunidad de Propietarios de la DIRECCION000 n° NUM000 de Barakaldo se alza contra la sentencia dictada en primera instancia y solicita que revocándose la misma, se estime la demanda interpuesta en su día, argumentando en defensa de sus pretensiones, en síntesis, que la sentencia recurrida no es ajustada a derecho, pues está acreditado que la finca de la actora tiene una superficie registral y registrada de 144 m² desde el 25 de agosto de 1947 y que desde entonces nadie ha perturbado su derecho de propiedad y con la modificación efectuada el 14 de marzo de 2008 se modifica un lindero de una finca agrupada, sin que nuevamente se modifique la superficie de la finca ni el resto de los linderos, el pasadizo tiene una superficie de 35,20 m², mientras que está acreditado que la finca de los demandados no puede lindar con la DIRECCION000, la casa de la actora, n° NUM000 de la DIRECCION000, según muestran las fotografías existentes, linda en todo su frente con la DIRECCION000 y está empotrada entre las dos casas colindantes, los n° NUM001 y NUM002 de dicha calle, existiendo título de dominio de la porción reivindicada, la identificación del objeto de la acción reivindicatoria es claro, debajo de la casa n° NUM000 de la DIRECCION000 y no ha sido discutido por las partes demandadas, y en cuanto al tercer requisito, esto es, la desposesión por los demandados, es evidente, pues han instalado una puerta metálica, apropiándose así del espacio reivindicado, ocupándolo indebidamente desde entonces, siendo el terreno reivindicado parte del suelo registral, de ahí que proceda la estimación de la acción reivindicatoria y la nulidad de la inscripción registral, habiendo quedado acreditado que la casa n° NUM000 de la DIRECCION000 ocupa todo el frente que da a esta calle y que el paso está en suelo propiedad de la recurrente, puesto que la finca n° NUM003, que es la que se encuentra en la zaguera o lindero sur de la casa n° NUM000 de la DIRECCION000 linda con ésta y no con la DIRECCION000, y de la propia descripción hecha por la Promotora constructora de la casa n° NUM004 de la CALLE000 se deduce que la finca NUM005 es la agrupación de las fincas NUM006, NUM003 y NUM007 de 300,10 m² (197,40+89,70+13 m²), y linda al norte con la casa señalada con el n° NUM000 de la DIRECCION000, y la finca NUM003 se halla gravada con la servidumbre de paso para personas establecida en su inscripción 1°, habiendo modificado dicha promotora el 14 de marzo de 2008 la descripción de la finca NUM005 solo respecto del lindero Norte, sin modificarse el este de los linderos ni tampoco la superficie, y en lugar de lindar con el n° NUM000 de la DIRECCION000, linda con la DIRECCION000, siendo materialmente imposible que la finca n° NUM003 linde por el Norte con la DIRECCION000, porque la finca n° NUM000 de esta calle está encajonada entre los n° NUM001 y NUM002, sin que quede espacio alguno para que la finca NUM003 pueda lindar con la DIRECCION000, y aunque la finca n° NUM003 en su descripción inicial establece como lindero Norte la CALLE001, el mismo que fija para la n° NUM008, es evidente el error al efectuar la descripción de la finca n° NUM003, al asignarse como

lindero norte el mismo que ya se había asignado e inscrito en el registro al número NUM008, sin embargo y a pesar de que era evidente que al colocar su lindero norte en la DIRECCION000 ocupaba parte del suelo de la casa n° NUM000 y por tanto, ampliaba su cabida, no incrementó su superficie manteniéndola en los 300,10 m2 iniciales y por ello debe estimarse la pretensión de acordar la nulidad de la inscripción n° cuatro de la finca NUM009, en lo que se refiere a la modificación del lindero norte.

Y en cuanto a la acción negativa de servidumbre como se ha acreditado que la finca reivindicada es de su propiedad y la finca está libre de servidumbre alguna a favor de ninguna otra desde su inscripción en el Registro de la Propiedad hace más de 70 años, mientras que la finca NUM010 no está gravada con una servidumbre de paso a favor de las otras tres fincas creadas por la división de la finca NUM011, no siendo aplicables ni el artículo 541 del Código Civil ni el artículo 128 de la Ley 3/1992 de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco, pues la finca NUM010, según su descripción tras la división en cuatro fincas de la NUM011, se destina únicamente para paso de las personas ocupantes o propietarios de las otras tres, n° NUM006, NUM012 y NUM013, y la finca n° NUM014, que está compuesta por la agrupación de tres fincas, entre ellas la citada NUM006, nació registralmente el día 30 de diciembre de 2005, por lo que no ha transcurrido el plazo prescrito para la adquisición del derecho de servidumbre, y por otra parte está acreditado que la finca n° NUM005 cuando se construyó tenía acceso a camino público (CALLE000) y por allí debían acceder a su finca por tal camino público.

SEGUNDO.- A la vista de estas alegaciones y del resultado de las pruebas practicadas, se hace necesario recordar, a los efectos de lo que posteriormente se dirá, que la finca registral n° *NUM012*, independiente desde el año 1947, concretamente desde el 25 de agosto de 1947, se describe registralmente como "Urbana: terreno edificable en la CALLE001 (hoy DIRECCION000) en Baracaldo, mide 144 m2 y linda al Norte con la expresada calle, al Sur con unos terrenos de D. Patricio, al Este, propiedad de D. Juan Manuel, hoy de la viuda de Bernardo, y al Oeste con camino entrada servidumbre".. Es parte segregada de la número NUM011 al folio 41 de este tomo. D. Patricio adquirió aquella finca por compra y accesión, según inscripciones primera y segunda al folio citado y ahora la divide formando cuatro nuevas y estableciendo a favor de ellas, una de las cuales es la de este número, una servidumbre de paso sobre las restantes, que será la finca n° NUM003, al folio 145 de este mismo tomo. D. Patricio inscribe esta nueva finca por división material, con la servidumbre de paso a su favor antes citada".

La actora parte en su demanda de que el edificio en el que se ubica la comunidad está construido en su totalidad sobre terreno propio, ocupando conforme al Registro en planta 144 m2, pero lo cierto es que conforme con la certificación gráfica y registral del inmueble de la DIRECCION000 n° NUM000 (documento n° dos de la demanda) la superficie de la parcela catastral es de 155,14 m2 y que el terreno perteneciente a DIRECCION000 n° NUM000 dispone también de un patio, al que se accede por la zona de acceso a los garajes y finca de los demandados, junto al límite del pasadizo por el que se accede a los locales de los demandados, según reflejan las abundantes fotografías

obrantes en autos, algunas de las cuales evidencian las distintas tonalidades de pintura, según a que lonja o edificio corresponda, pintura de color blanco en la zona del patio de la actora, teniendo dicho patio una superficie de unos 40 m², por lo que según la tesis de la actora su propiedad sería de al menos 184 m², lo que choca con el dato registral de 144 m². Y es que si se suma la superficie construida sobre el pasadizo para paso de vehículos y personas, daría 151,95 m², superior a los 144 m² del Registro, pero si además se le suman los 40 m² del patio tercero, se alcanzan 191,16 m², muy superior a los 144 m²; ahora bien, si se le suman las superficies del patio trasero con las de las lonjas (108 m²) se obtendrán 147,21 m² y se computa la superficie bajo el voladizo (35,40 m²) se obtendrá una suma de 147,21 m², muy similar a los 142 m² registrados, lo cual apuntaría claramente a que el espacio bajo el pasadizo de acceso desde la DIRECCION000 no es propiedad de la actora.

Y que ello es así viene corroborado por un dato fundamental que la parte actora apelante parece querer desconocer, y es que, según se infiere de la historia registral de las fincas aludidas por este litigio, la finca registral n° NUM014 de Baracaldo fue el resultado de la agrupación de las tres fincas registrales, los números NUM006, NUM003 y NUM007, ubicándose la Comunidad de Propietarios n° NUM000 sobre la finca NUM012, al menos en parte, siendo aquí objeto de discusión el pasadizo, procediendo las fincas, NUM006, NUM012 y NUM003 de una finca común, la NUM015, siendo la finca NUM005 donde se construyó el edificio de la CALLE000 n° NUM004, por lo que vistos los linderos respectivos, si la finca NUM003 linda al norte con la actual DIRECCION000 (antes General Sanjurjo) y por el oeste con camino estrada de servidumbre, la finca NUM005, suma de la NUM003 NUM006 y NUM007, tiene también linde con la DIRECCION000.

La actora manifiesta que es imposible materialmente que la finca NUM003 linde con la DIRECCION000 pero ello no es así, pues olvida que cuando D. Patricio segregó la finca n° NUM011, hizo cuatro partes, la de la comunidad demandante n° NUM012 y las fincas de la parte demandada, n° NUM006 y NUM003, así como la n° NUM013 que pertenecen a personas no demandadas en esta litis, explicándose la segregación de la que luego sería finca n° NUM003 por la necesidad de dar paso a las otras tres fincas segregadas, constituyendo así una servidumbre de paso sobre la finca n° NUM003 a favor de la finca de la comunidad (n° NUM012) dándole así acceso a su patio trasero y a las fincas n° NUM006 de los demandados y la NUM013, a la que no afecta esta resolución.

Es decir, que la finca n° NUM003 tiene una función meramente instrumental, dar paso a las fincas situadas en el interior del inicial conglomerado de finca única, y de ahí que se construya el pasadizo, al ser dueño el Sr. Patricio del suelo y del vuelo, lo que evidencia que la finca NUM003 si colinda con la DIRECCION000 en la parte de pasadizo, aunque por encima de este pasadizo discorra parte de la edificación de la C/ DIRECCION000 n° NUM000, y también que en la descripción registral de esta finca sus medidas no consideran la porción ahora reivindicada por la actora, como antes se ha dicho, porque además había una razón práctica de indiscutible peso pues se trataba de

dar paso desde la actual DIRECCION000 a los garajes del edificio de la CALLE000 n° NUM004 por el túnel o pasadizo.

Por lo expuesto, estando perfectamente acreditado que la porción reivindicada no pertenece a la comunidad demandante, decaen todos los argumentos de la parte actora apelante, y en consonancia con lo expuesto, debe desestimarse el recurso de apelación interpuesto y confirmarse íntegramente la sentencia apelada.

TERCERO.- En cuanto a las costas de esta segunda instancia, procede su imposición al apelante a tenor de lo dispuesto en el vigente artículo 398 párrafo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

CUARTO.- Con pérdida del depósito constituido para recurrir (D.A. 15,9 de la L.O.P.J.) 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 la representación de la Comunidad de Propietarios de la casa n° NUM000 de la DIRECCION000 de Barakaldo contra la sentencia dictada el día 6 de septiembre de 2011, por la Ilma. Sra. Magistrada del Juzgado de Primera Instancia Número seis de Barakaldo, en el Juicio Ordinario n° 1600 de 2.010, del que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, todo ello con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

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

Transfiérase por la Sra. Secretaria el importe del depósito constituido para recurrir a la cuenta de recursos existente al efecto.

MODO DE IMPUGNACIÓN: contra esta resolución cabe recurso de **CASACIÓN** ante la Sala de lo Civil del TS, **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 051811. 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.

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

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por 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.