

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación núm. 34 de 2012

S E N T E N C I A N U M . C I N C O

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Fernando Zubiri de Salinas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D. Emilio Molins García-Atance	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a seis de febrero de dos mil trece.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 34/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 25 de mayo de 2012, recaída en el rollo de apelación número 220/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 598/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, D^a. M^a Isabel, representada por el Procurador de los Tribunales D. José Ignacio de San Pío Sierra y dirigida por el Letrado D. Ignacio de Andrés Aguerri y como parte recurrida la Comunidad de Propietarios, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Belén Obón Díaz y dirigida por el letrado D. Guillermo Sinués Armengol.

Es Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Emilio Molins García-Atance.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. José Ignacio de San Pío Sierra, actuando en nombre y representación de D^a. M^a Isabel, presentó demanda de juicio ordinario en ejercicio de acción confesoria de servidumbre de paso contra la Comunidad de Propietarios de la Urbanización en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que: *“Tenga por presentado este escrito, con sus copias, y los documentos que lo acompañan. Y, a su vista, tener por interpuesta demanda en ejercicio de acción confesoria de servidumbre de paso, frente a D^a. Rosa; D. Miguel Ángel; D. Rosa María; D. José Luís; D. Rafael; D^a. Teresa; D. Jesús; D. Ricardo; D^a. M^a Carmen; D^a. María Inmaculada Concepción; D. Óscar; Dña. Susana; D. Aurelio Gabriel casado en régimen consorcial con Dña. M^a del Carmen; D. Moisés casado en régimen de gananciales con D^a. María Peña; D. José María; D^a. Pilar; USD Sociedad Limitada; D. Rafael; D. Tomás; D. Alberto José casado en régimen consorcial con D^a. Ana Cristina; D. José Luis; D. Ignacio José casado en régimen consorcial con Dña. María; D. Rafael casado en régimen consorcial con Dña. Sonia; D. Pedro casado en régimen consorcial con D^a. Ana Cristina; D. Manuel casado en régimen de conquista con D. Ana Cristina; D. Eduardo Celestino José María casado régimen consorcial con D^a. Cristina Carmen; D. Andrés Ignacio; D^a. Gema; D. Jesús casado en régimen consorcial con Dña. María Pilar; D. Francisco Javier; D^a. Carolina; Sociedad Oscense de Inversiones Patrimonial S.L; D. Luis Ignacio; D. Manu; D^a. M^a Pilar; y frente a la Comunidad Propietarios de la Urbanización ; siga el procedimiento por sus trámites y, en su momento, tras la práctica de la prueba que las partes propongan y el Tribunal considere oportunas, dicte sentencia por la que, estimando la acción ejercitada, a) declare la existencia de una servidumbre de paso a favor de la finca de mi mandante, inscrita en el Registro de la Propiedad n° 1 de los de Zaragoza, Sección al tomo, libro, folio, alta 1, Finca n° con referencia catastral, como predio dominante , sobre la Finca Resultante n°, registral n°, denominada “vial privado” como predio sirviente, propiedad los demandados, acordando su inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente; b) Condenar a la demandada Comunidad de Propietarios de la Urbanización a reponer en su estado inicial el “camino de paso” que linda con la finca propiedad de mi*

mandante, de cuya posesión ha sido despojado, retirando los ‘postes’ colocados con intención de impedir el acceso a su finca, en el plazo máximo de diez días desde la fecha de la sentencia, bajo apercibimiento de que si no lo ejecutare, se realizará, a su costa, por la actora; c) Se requiera a la Comunidad de ‘Propietarios de la “Urbanización ” para que retire y desmonte la puerta de entrada que comunica el Camino Fuente de la Junquera con el acceso a la finca de mi patrocinada, o se le provea a la actora de la combinación técnica necesaria para la configuración de un mando a distancia que permita accionar su apertura desde el exterior. Acordando su emplazamiento, con entrega de las copias de este escrito y documentos acompañados, para que, si interesa a su derecho, se personen y lo contesten en término legal. Con expresa condena en costas a la demandada. OTROSÍ DIGO: que, al derecho de mi parte interesa el recibimiento del presente pleito a prueba, a cuyo fin designo, para en su día y si por los demandados impugnasen documentos aportados por copia, los archivos de la Gerencia del Catastro, archivos del Ayuntamiento, Registro de la Propiedad de esta ciudad y Notarial.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes contrarias emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y la contestaran. Por la Procuradora Sra. Utrilla Aznar en representación de D^a Rosa, D. Miguel Ángel, D^a Rosa M^a, D. José Luis, D. Rafael, D. Jesús y D^a M^a Teresa, se presentó escrito allanándose a la demanda interpuesta de contrario.

Por la Procuradora Sra. Obón Díaz en representación de D. Ricardo; D^a. María Inmaculada Concepción; D. Óscar; Dña. Susana; D. Aurelio Gabriel casado en régimen consorcial con Dña. M^a del Carmen; D^a. María Peña; USD Sociedad Limitada; D. Rafael; D. Tomás; D. Alberto José; D. José Luis; D. Ignacio José casado en régimen consorcial con Dña. María; D. Rafael casado en régimen consorcial con Dña. Sonia; D. Pedro casado en régimen consorcial con D^a. Ana Cristina; D. Manuel casado con D. Ana Cristina; D. Eduardo casado régimen consorcial con D^a. Cristina Carmen; D. Andrés Ignacio; D^a. Gema; D. Jesús casado en régimen consorcial con Dña. María Pilar; D^a. Carolina; Sociedad Oscense de Inversiones Patrimonial S.L; D. Luis Ignacio; D. Manuel; D^a. M^a Pilar; y Comunidad Propietarios de la Urbanización se

presentó escrito de contestación a la demanda interpuesta de contrario solicitando se dictara sentencia absolviendo a sus patrocinados.

No habiendo comparecido los demandados, D^a. M^a Carmen, D. Moisés, D. José María Barcos Martínez, D^a. Pilar Romera Torres, D^a. Pilar Romera Torres, D^a. Ana Cristina y D. Francisco Javier, se declararon en rebeldía y se continuó con la sustanciación del procedimiento.

TERCERO.- El Juzgado de Primera Instancia num. 7 de Zaragoza dictó sentencia con fecha 9 de febrero de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *“FALLO: Desestimando la demanda interpuesta por el Procurador Sr. San Pío Sierra, en representación de María Isabel contra Rosa, Miguel Ángel, Rosa María, José Luis, Rafael, María Teresa y Jesús, Carmen, Moisés, José María, Pilar, Ana Cristina, Francisco Javier, comunidad de propietarios Urbanización , Aurelio Gabriel, María Carmen, USD, S.L., Rafael, Tomás, Gema, Inmaculada Concepcion, Cristina Carmen, Eduardo, Juan Manuel, María Pilar, José Ignacio, María, Susana, Óscar, José Luis, Alberto José, Sonia, Rafael, María de la Peña, Jesús, María Pilar, Sociedad Oscense de Inversiones Patrimoniales, Manuel, Ana Cristina, Ricardo, Andrés Ignacio Nicolás, Luis Ignacio, Carolina, Pedro, Ana Cristina, debo absolver y absuelvo a estos últimos con imposición de costas a la parte actora”*.

CUARTO.- Interpuesto por el Procurador Sr. José Ignacio de San Pío Sierra, en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la parte contraria, que presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia de fecha 25 de mayo de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: *“FALLO: Desestimar el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 9-2-2012, dictada por la Ilma. Sra. Titular del Juzgado de Primera Instancia N° 7 de Zaragoza, en autos número 589/2011 que confirmamos. Imponemos las costas de esta alzada, así como la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal, a la parte apelante”*.

QUINTO.- La representación legal de D^a. M^a Isabel presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recurso de Casación contra dicha sentencia que basó en un único motivo desglosado en dos subapartados, el primero por infracción del art. 571.1.c) del Código del Derecho Foral de Aragón y del art. 545.5 del Código Civil, y el segundo por infracción del art. 570 del Código del Derecho Foral de Aragón y, subsidiariamente, del art. 538 del Código Civil. La parte aprecia la existencia de interés casacional de conformidad con el apartado 3 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Una vez que la Audiencia Provincial lo tuvo por interpuesto, acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 9 de noviembre de 2012 auto por el que se acordó declarar la competencia de esta Sala para el conocimiento del recurso interpuesto y admitir el mismo a trámite. Y se dio traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 16 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De las actuaciones practicadas en las instancias resultan los siguientes hechos relevantes:

Don Joaquín y su esposa doña María Isabel formaron parte de la Junta de Compensación constituida para la ejecución de la urbanización y la actuación compensatoria sobre los terrenos comprendidos en el ámbito del área de referencia 59/2 del Plan General Municipal de Ordenación Urbana de Zaragoza.

La finca por ellos aportada fue adquirida el 25 de abril de 1977 mediante escritura pública de compraventa.

En la descripción de la misma consta en el proyecto de reparcelación – finca número D– una superficie de diez áreas y ochenta y siete centiáreas

según título, si bien se indica que por reciente medición la finca posee una superficie de mil cincuenta y un metros cuadrados; y sus linderos son: Norte,; Sur; Este,; y Oeste,.

En el apartado de condiciones, cargas y gravámenes figura que se halla libre de cargas y gravámenes, y finalmente se expresa que la finca se corresponderá con la finca de resultado número 4.

El 29 de junio de 2001 el Ayuntamiento de Zaragoza aprobó con carácter definitivo el proyecto de reparcelación del área de referencia 59/2 del Plan General de Ordenación Urbana, acordando también expedir certificación para su inscripción en el Registro de la Propiedad, en cumplimiento de lo dispuesto en el Real-Decreto 1093/97, de 4 de julio.

En la descripción de la finca resultante 4, que correspondió –por subrogación de la finca aportada D– a la hoy demandante y a su marido, se menciona una superficie de mil treinta metros con ochenta y nueve decímetros cuadrados, y linda: Norte, finca resultante número 19 de este proyecto de reparcelación, adjudicada como elemento procomunal inseparable a varias fincas resultantes de este proyecto, y Urbanización “Las A”; Sur, finca resultante número 3 y viario de nueva apertura; Este, finca resultante número 19, ya mencionada, y vial de nueva apertura; y Oeste, finca resultante número 3 , Urbanización “Las A” y Río Huerva.

En cuanto a la finca resultante 19, se indica que la misma se encuentra destinada a viario privado, con una superficie de dos mil trescientos ochenta y cuatro metros con noventa y cinco decímetros cuadrados, y en los linderos se describe, en lo que ahora interesa, al Sur, fincas resultantes 4 –de la hoy demandante–, 13, 14, 15, 16, 17, 18, zona verde pública y viario público; y al Oeste, finca resultante 4, Urbanización “Las A”, fincas resultantes 5, 6, 7 ,8 ,9 ,10 y 13, zona deportiva privada, zona verde pública y viario público.

En el apartado de adjudicación, se expresa que la misma se constituye como elemento comunitario de varias de las parcelas resultantes de la reparcelación de naturaleza residencial, las cuales la tienen adscrita en régimen “ob rem” y, por tanto, con carácter inseparable a las mismas. En concreto, la adscripción corresponde a las fincas resultantes 1, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18. Se menciona, asimismo, que las fincas a las que está vinculada tendrán el acceso al garaje de su edificación a través

de la finca 19, a excepción de la finca número 1. No consta reconocida en el proyecto ninguna servidumbre de paso a favor de la finca resultante 4.

La finca de la parte demandante tiene entrada directa desde el camino de la Fuente de la Junquera, vial público. No obstante, la misma posee también una apertura lateral sita en el muro de cerramiento del lindero norte –esto es, camino de herederos en la finca aportada y, ahora, finca resultante 19 destinada a viario privado–, con puerta corredera de garaje de 3,78 metros de longitud, que permitía la entrada y salida de vehículos desde la finca de la demandante, por su lindero norte, hasta el camino de la Fuente de la Junquera. En definitiva, había dos accesos distintos a la finca. Constan actos obstativos al ejercicio de ese paso al menos desde abril de 2011.

La demandante ejercita una acción confesoria de servidumbre de paso frente a la Comunidad de Propietarios de la Urbanización , y contra los titulares de las fincas resultantes a quienes se adjudica en el proyecto de reparcelación, como elemento comunitario, la finca resultante número 19 ya descrita. En su demanda, presentada el 23 de mayo de 2011, alega la adquisición por usucapión de la expresada servidumbre, con cita del art. 147 de la Compilación del Derecho Civil de Aragón, los artículos 537 y 538 del Código Civil, y los arts. 15, 25, 32 y 34 de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial de Aragón.

Los titulares de la finca resultante número 1 se allanan a la demanda. Los restantes codemandados se han opuesto a la misma por considerar que no se llegó a constituir una servidumbre de paso sobre predio ajeno, dado que el camino de heredad utilizado hasta la reparcelación había servido a todas las parcelas aportadas, conforme a su destino, y por efecto del planeamiento y gestión urbanística, el mismo quedó extinguido, ya que el acceso a las nuevas parcelas debía realizarse a través del vial de nueva apertura: el camino de la Fuente de la Junquera. Se destaca, asimismo, que la adjudicación se efectuó en estado de libertad de cargas y gravámenes, sin que la parte actora, incorporada a la Junta de Compensación, hubiese impugnado o alegado nada en contrario, quedando finalmente canceladas regístralmente las siete fincas aportadas al proyecto, entre ellas la de la demandante, que se convirtieron en veinticuatro nuevas parcelas de resultado, las cuales han sido inscritas en el Registro de la Propiedad.

La sentencia de primera instancia, de 9 de febrero de 2012, desestima la demanda. Se razona que ha existido un plan de reparcelación y que las fincas adjudicadas a las partes lo fueron libres de cargas, tal y como resulta del documento 6 de la demanda, no habiendo formulado la demandante alegación al respecto en la Junta de Compensación, de manera que la pretendida servidumbre ni fue reconocida, ni se fijó indemnización alguna a la actora por la privación de la misma, de forma que la servidumbre de paso adquirida por la Sra. M^a Isabel, se argumenta en la sentencia, estaría extinguida por renuncia de la titular del predio dominante (renuncia tácita) conforme a los artículos 571 CDFA y 546 CC. Se indica también que no cabe alegar nueve años después de la reparcelación unos derechos referentes a una finca que ya no existe y que no se hicieron valer en el momento oportuno; que no es cierto que el antiguo camino de herederos constituya el actual vial privado sobre el que se pretende el paso; y que tras la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación no ha transcurrido el tiempo mínimo que exige la Ley –arts. 568 CDFA y 537 CC– para poder entender constituida la servidumbre por usucapión, siendo en todo caso la utilización por la demandante del vial privado un acto de mera tolerancia de los propietarios demandados.

La sentencia fue recurrida en apelación por la parte actora, y el recurso ha sido desestimado por sentencia de 25 de mayo de 2012 de la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza. En esta resolución se expone en primer lugar, con cita del art. 21 de la LEC y de la STS n° 11/2012, que el allanamiento de uno o varios de los codemandados es válido, pero no vincula a los demás codemandados, ni al contenido de la sentencia, porque existe una sola cuestión litigiosa derivada de una sola pretensión que afecta por igual a todos los demandados y tiene el mismo fundamento y la misma finalidad, por lo que no cabe escindir la decisión en función de las distintas posturas procesales adoptadas. Respecto a la renuncia a la servidumbre, se razona, con cita del art. 546 CC, que la misma puede ser tácita, mediante actos inequívocos, y así debe entenderse producida en el caso enjuiciado por el comportamiento de la actora al aportar la finca a la Junta de Compensación, sin indicación alguna del derecho de servidumbre, y consentir la aprobación del proyecto de reparcelación sin que en la descripción de la

finca que le fue adjudicada se incluyera servidumbre alguna a su favor. Además, la finca resultante número 19 no contiene referencia alguna a ningún tipo de servidumbre. En cuanto a la posible usucapión tras la actuación urbanística, se expone que ni han transcurrido diez años desde la aprobación definitiva del proyecto hasta la existencia de actos obstativos, producidos en abril de 2011 –hecho sexto de la demanda–, ni puede considerarse suficiente la ejercida sobre el paso para fundar la usucapión – art. 1940 CC y STSJA de 22 de abril de 2008–. Finalmente, en cuanto a la infracción de la base cuarta del Texto Refundido de bases de actuación de la junta de compensación, se reiteran los argumentos ya expresados en los fundamentos precedentes.

SEGUNDO.- La demandante doña María Isabel ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia dictada en segunda instancia.

La parte formula un único motivo de casación que desarrolla posteriormente mediante dos apartados o “submotivos”; en el primero denuncia la infracción del art. 571.1.c) del CDFA o, subsidiariamente, del art. 546 del CC, por considerar la sentencia recurrida que el derecho de servidumbre de paso se había extinguido por renuncia tácita de su titular.

En primer lugar sostiene la aplicación al caso del art. 571 CDFA, a tenor de la disposición transitoria vigésimo tercera, referida al libro cuarto del CDFA, cuyas normas se declaran aplicables a todas las situaciones que en él se contemplan a partir del 1 de enero de 2011. Reitera, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1989 y 1 de abril de 1993, que la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguno y con la expresión indiscutible de la voluntad determinante de la misma, circunstancias que no concurren, a su juicio, en el supuesto de autos. Así, argumenta que existen actos inequívocos de la posesión y uso del derecho de servidumbre por parte del dueño de la finca dominante, como es el hecho de haber requerido que se levantara acta notarial el 20 de junio de 2007 –doc. 9 de la demanda–, para que el notario dejara constancia del estado de deterioro en que se hallaba la calle que constituía el acceso a la vivienda, juzgando el fedatario que el requirente tenía interés legítimo para promover el acta. Y en ella se hizo constar que “la calle

es de acceso a la urbanización y también a la propia vivienda del Sr. requirente”. Por otra parte se razona que en la base cuarta del Texto Refundido de bases de actuación de la junta de compensación se establece: “En los supuestos de subrogación real, los titulares de derechos reales y cargas que sean compatibles con el planeamiento y con la situación y características de la nueva finca, serán adjudicatarios en el mismo concepto en que lo fueren anteriormente”. Y en el caso que nos ocupa, la finca resultante número 4 adjudicada a la demandante lo fue por subrogación real.

TERCERO.- Entrando a conocer del primer motivo del recurso, en cuanto a la normativa de aplicación al caso hay que distinguir entre la vigente el 29 de junio de 2001, fecha de aprobación definitiva del proyecto de reparcelación del área de referencia 59/2, y la que se hallaba en vigor en abril de 2011 en que tuvieron lugar los hechos obstativos mencionados por la recurrente en su escrito de demanda. En junio de 2001 los preceptos aplicables en materia de servidumbres, como bien indica la sentencia recurrida, eran los de la Compilación del Derecho Civil de Aragón –arts. 145 a 148–, y el art. 546 del Código Civil aplicado en ambas instancias por considerarse que concurría la causa de extinción de las servidumbres consistente en la renuncia tácita, mediante actos inequívocos, del titular del predio dominante –art. 546. 5º CC–.

La parte discrepa de dicha conclusión, y niega la existencia de actos concluyentes, terminantes e inequívocos que permitan considerar renunciada la servidumbre.

El problema, a juicio de la Sala, es que no resulta debidamente acreditada la existencia de una servidumbre de paso adquirida por usucapión desde el año 1977 a favor de la finca aportada por la demandante y su marido al proyecto de reparcelación. En efecto, el lindero norte de la misma era un camino de herederos –esto es, una vía que era utilizada por los distintos propietarios de las fincas aportadas como camino de servicio–, que fue incorporado al proyecto de reparcelación, dando lugar tras la aprobación del mismo a una nueva división de las parcelas, producto de la ejecución de la urbanización y la actuación compensatoria dirigidas a la transformación en

solares, con un concreto aprovechamiento urbanístico, de los terrenos objeto de planificación. En esta situación, de utilización hasta 2001 del camino de herederos, no se dan los elementos de un predio dominante y uno sirviente que son precisos para entender constituida una servidumbre de paso, a tenor de lo dispuesto en el art. 530 CC –de aplicación en 2001, como ya se ha indicado–, puesto que la nota distintiva del derecho de servidumbre es la existencia de un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño.

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 12 de mayo de 2010 de la Sala 3ª, Sección 2ª, «en la actuación urbanística por el sistema de compensación existen tres tipos de operaciones: la primera de aportación por los particulares a la Junta de Compensación de los terrenos de su propiedad, la segunda consistente en la agregación, segregación y agrupación de aquellos a los efectos de determinar cuáles son los terrenos de cesión obligatoria al Ayuntamiento y configurar la estructura de la urbanización, y la tercera, una vez ejecutada la urbanización, la adjudicación a los propietarios de las parcelas resultantes». Y esta adjudicación se hace en proporción a los respectivos derechos de los interesados, teniendo como finalidad esencial la justa distribución de los beneficios y cargas de la ordenación, la regularización de la configuración de las fincas o situar su aprovechamiento en zonas aptas para la edificación con arreglo al Plan. La actora se sometió a la reparcelación, y una vez aprobada la misma, no mostró disconformidad con el resultado de la adjudicación; la configuración de las nuevas fincas de resultado ha impuesto una nueva regulación de aprovechamientos y accesos que claramente excluye la posibilidad de utilización del antiguo camino que hasta entonces había podido servir a las parcelas aportadas, limitando el uso del nuevo vial privado a unas concretas fincas resultantes de naturaleza residencial. Así resulta de la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación sin que consten cargas y derechos inscritos sobre la finca de origen que deban ser objeto de traslado, por subrogación real, a la finca adjudicada –arts. 7 y 11 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de

la ley hipotecaria sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística-.

En definitiva, y por efecto de la indicada reparcelación, ha tenido lugar una nueva regulación de los aprovechamientos y accesos que excluye, como ya se ha indicado, la posibilidad de utilización del antiguo camino que hasta entonces había podido servir a las distintas parcelas aportadas, sin que se haya acreditado la constitución de una servidumbre de paso sobre predio ajeno que permita mantener un uso de los accesos a las fincas que resulta contrario a la planificación finalmente aprobada.

CUARTO.- El segundo apartado o submotivo del recurso se funda en la infracción del art. 570 CDFA –o, subsidiariamente, del art. 538 CC–, reguladores del cómputo del tiempo para la adquisición por usucapión del derecho de servidumbre.

La recurrente expone que aunque partamos del supuesto de que se pudiese considerar extinguida la servidumbre de paso por renuncia tácita, el dueño del predio dominante, finca resultante 4 del proyecto de reparcelación, ha adquirido ese derecho al amparo de los expresados preceptos, porque ha transcurrido el plazo de 10 años entre presentes desde el ejercicio pacífico, ininterrumpido y a título de poseedor del derecho hasta el mes de abril de 2011 en que la demandada exteriorizó por vez primera una conducta obstativa al acceso con vehículos desde el viario público –camino de la Fuente de la Junquera– al inmueble de la actora, a través del vial privado, finca resultante 19.

Para resolver sobre este segundo motivo del recurso la normativa aplicable es ya la nueva regulación contenida en el Código del Derecho Foral de Aragón, conforme a la disposición transitoria vigésimo tercera a cuyo tenor «las normas contenidas en el Libro Cuarto son aplicables de inmediato, desde el 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial, a todas las situaciones contempladas en él».

Así las cosas, el art. 561 CDFA contempla la usucapión –apartado d)– entre los modos de constitución de las servidumbres. Y hay que tener presente que conforme al art. 552.2 del mismo texto legal, es aparente «la

servidumbre que se anuncia por signos exteriores, visibles, materiales, objetivos y permanentes que revelan el uso y aprovechamiento de la misma, siendo servidumbres no aparentes todas las demás». Con esta previsión legal, los preceptos de aplicación al caso para valorar la concurrencia o no de los requisitos precisos para la adquisición de la servidumbre invocada por la recurrente son los arts. 568 y 570 CDFA.

El art. 568 CDFA, que reproduce el art. 147 de la Compilación, dispone que todas las servidumbres aparentes pueden ser adquiridas por usucapión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, sin necesidad de justo título ni buena fe. Y el art. 570 CDFA establece que el tiempo de la posesión se contará desde el día en que el titular de la finca dominante hubiera empezado a ejercerla sobre la finca sirviente.

En cualquier caso, la expresada usucapión precisa de los requisitos inherentes a la posesión *ad usucapionem*, esto es, la realizada en concepto de titular o dueño del derecho de que se trate y, además, no aprovechando los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño –arts. 444, 1941 y 1942 CC–.

Como acertadamente se argumenta en las sentencias de instancia, hay que afirmar la insuficiencia del paso realizado por la recurrente para fundar la usucapión pretendida. En efecto, tras la aprobación definitiva del proyecto de reparcelación han surgido nuevas fincas resultantes que contienen nuevos accesos desde los viales públicos, habiendo sido objeto toda la zona de diferentes obras para desarrollar el aprovechamiento reconocido a cada una de las parcelas, dando lugar a una progresiva urbanización que ha consolidado la edificabilidad, linderos y, lógicamente, también los accesos aprobados en el proyecto, de forma que la situación tolerada hasta entonces por los titulares del viario privado –las perturbaciones se iniciaron en abril de 2011–, permitiendo el uso del vial, no se puede considerarse suficiente para fundar la usucapión invocada por la parte recurrente.

En todo caso, tampoco podría prosperar el motivo del recurso porque no ha transcurrido el plazo de diez años exigido por el art. 570 CDFA para la constitución de la servidumbre de paso.

Y aunque la parte sostiene hasta tres fechas distintas como término inicial o *dies a quo* del cómputo del plazo invocado –la aprobación, el 25 de septiembre de 1998, del Texto Refundido del proyecto de bases y estatutos del área de referencia 59/2; la constitución de la Junta de Compensación el 2 de diciembre de 1998; y la aprobación inicial, el 22 de diciembre de 2000, del proyecto de reparcelación del área de referencia 59/2–, lo cierto es que hay que estar al día 29 de junio de 2001 en que el Ayuntamiento de Zaragoza aprobó con carácter definitivo el proyecto de reparcelación del área de referencia 59/2 del Plan General de Ordenación Urbana, dados los efectos que dicho acuerdo tiene respecto a la transmisión de las fincas y a la posibilidad de acceso, tras su firmeza, al Registro de la Propiedad –arts. 167 a 169 del Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, de aplicación al caso–. Las fases anteriores, meramente preparatorias del proyecto de reparcelación, son hitos necesarios en la sustanciación de todo el proceso que exige el sistema de cooperación elegido por los interesados, pero la aprobación definitiva es la que establece las nuevas fincas y linderos, y es, por tanto, desde la que cabe entender un eventual inicio del ejercicio del tiempo de la posesión por parte del titular del predio dominante sobre el predio nuevo sirviente.

En definitiva, entre el expresado término inicial y el final o *dies ad quem* –abril de 2011– no ha transcurrido el plazo de diez años preciso para la adquisición por usucapión de la servidumbre cuya constitución defiende la parte recurrente en este motivo del recurso.

Por todo lo expuesto, procede la desestimación del motivo y, con él, la del recurso interpuesto.

QUINTO.- La desestimación del recurso conduce a la confirmación de la sentencia recurrida, si bien se plantean dudas de derecho que aconsejan en este caso la no imposición de las costas devengadas en casación, conforme al art. 398 en relación con el 394, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña María Isabel contra la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 25 de mayo de 2012, que confirmamos.

No se hace expresa imposición de las costas del recurso.

Decretamos la pérdida del depósito constituido, al que se dará el destino legal.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.