

## **SAP de Bizkaia de 10 de mayo de 1995**

En Bilbao, a diez de mayo de mil novecientos noventa y cinco.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Srs. Magistrados del margen, los presentes autos de Juicio de Cognición nº 179/93, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Durango y seguidos entre partes: Como apelante Andres asistido del Letrado Sr. Mikel Saez Salazar; y como apelado Angel, que no impugna el recurso.

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 3 de septiembre de 1.993, es del tenor literal siguiente: Fallo: Que estimando la demanda interpuesta, por el Procurador Sr. Bengoa en nombre y representación de D. Angel contra D. Andres con Procurador Sra. Asategui, debo declarar y declaro libre de servidumbre, la zona de precio sito a la izquierda del edificio nº 21 del Bº San Martin, de la localidad de Castillo y Elejabeitia, siendo de cuenta de la demandada el pago de las costas procesales”.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes por la representación del demandado se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación que, admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y emplazadas las partes para ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos, comparecen las partes; ordenándose a la recepción de los autos y personamientos efectuados, la formación del presente Rollo al que correspondió el nº 48/94 de Registro y el que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Que hecho el oportuno señalamiento y convocadas las partes para la vista del Recurso, se celebró éste ante la Sala el pasado día 8 de Mayo de 1.995, en cuyo acto el Letrado de la parte apelante Sr. Mikel solicitó la revocación de la Sentencia de instancia y se estime otra por la que se desestime la demanda interpuesta y estime la demanda reconventional planteada con expresa imposición de costas en ambas instancias a la parte demandante.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

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

VISTO, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada Dª NEKANE BOLADO ZARRAGA

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- Estimados los pedimentos de la demanda y declarado, en consecuencia, por la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que la finca del demandante, descrita en hecho 1º de la demanda y sita en el término municipal de Castillo Elejabeitia se halla libre de toda servidumbre de paso a favor de la que es propiedad del demandado descrita en hecho 2º de aquel escrito y que, por tanto, éste carece de derecho de paso sobre la citada finca del actor, contra dicha sentencia estimatoria -desestima la demanda reconventional- se alza el presente recurso interpuesto por el demandado D. Andrés, reiterando en esta alzada los argumentos esgrimidos en la instancia y por tanto, insistiendo en la necesidad del paso por la finca del actor y la adquisición de servidumbre de paso por usucapión al ser, según su tesis, de aplicación el artículo 128 de la Compilación Foral.

SEGUNDO.- Conviene sentar como premisa básica y en relación a la valoración que la parte recurrente efectúa de la sentencia recaída en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Durango de 9 de febrero de 1993 sobre interdicto de recobrar la posesión que falló en favor del hoy recurrente y en contra del recurrido, que, como es obvio, este documento no es apto para producir el efecto de cosa juzgada y así lo dispone el art. 1658 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice «en el juicio posesorio sólo se trata de proteger el hecho de la posesión sin plantearse para nada a quién pertenece el derecho, cuestión que debe ventilarse dentro del juicio declarativo correspondiente», Además en dicha sentencia, es patente que no añade nada en absoluto a la carencia de efectos de intitulación de la servidumbre como derecho real limitativo del dominio, porque como dice la jurisprudencia sólo es posible adquirir la servidumbre de paso, como discontinua que es, por medio de título sea contractual o reconocimiento del dueño sirviente o bien del prevenido en el art. 541 del Código Civil o por medio de sentencia judicial, pero nunca por prescripción adquisitiva por prohibirlos los arts. 537 y 539 de dicho Cuerpo legal salvo que se trate de la posesión inmemorial comenzada antes de la promulgación del Código Civil (SS. 7-1-1920 que invoca la Ley 15, Título 31 de la Partida 3ª y la Disposición Transitoria primera de aquel texto sustantivo y SS. 3-7-1961 (RJ1961/2877); 14-6-1977 (RJ1977/2881); 6-12-1985 (RJ1985/6324); 21-10-1987 (RJ1987/7306) y 15-2-1989 (RJ1989/966). Sigue diciendo el Tribunal Supremo (SS del TS de 11-12-1987 (R.9416), 30-4-1993 (R.2958) y 5-3-1993 (R. 2007) “Sabido es que la servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse a virtud de título, y a falta del mismo, por la escritura de reconocimiento del predio sirviente, o por una sentencia firme (arts. 539 y 540 del Código Civil). Respecto a la primera vía, la doctrina científica viene definiendo a este “título constitutivo”, como un complejo negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre. Se requerirá por tanto una voluntad negocial suficientemente documentada (art. 1280.1º del Código Civil), que puede manifestar tanto el carácter oneroso como gratuito, y efectuarse mediante actos “inter vivos” o “mortis causa”. A tratarse de un derecho real sobre bienes inmuebles, puede ser inscrito en el Registro para que produzca efectos frente a terceros, debiendo la inscripción figurar como carga en el asiento del predio sirviente, y pudiendo también figurar en la inscripción del predio dominante, pero como una cualidad del mismo. Respecto a la segunda vía de adquisición, la literalidad del precepto legal no admite torcidas interpretaciones: «la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente”. No existe por tanto, dada la prohibición legal, la adquisición por usucapión, ni tampoco es admitida por la jurisprudencia ni por la

doctrina, la adquisición por actos de mera tolerancia, ya que se hace necesaria la expresa voluntad constitutiva del que sufre la servidumbre; pues en las discontinuas, que sólo se usan a intervalos más o menos largos y dependientes de actos del hombre, puede el propietario del predio sirviente haber permitido equívocamente actos de simple dejación o complacencia, pero sin que exista el necesario ánimo constitutivo” Finalmente, " quien postula la limitación de su existencia, es a quien corresponde la carga de la prueba, porque las fincas tienen la presunción “iuris tantum” de ser libres de servidumbres”, según señala la jurisprudencia, Sentencias del Tribunal Supremo de 31 marzo 1902, 15 noviembre 1910, 29 marzo 1964 y 9 abril 1989.

Rechazada la pretensión de la parte recurrente tratando de fundar su derecho de servidumbre sobre el documento judicial recaído en el interdicto de recobrar la posesión, así como la necesidad de dicho paso, por cuanto que está debidamente probado por la documental obrante en autos y por el expreso reconocimiento del demandado en confesión judicial, que tiene acceso directo desde su finca al ser de su propiedad la finca colindante, sentado lo anterior, decíamos, y a la vista de la preinserta exposición doctrinal, resulta clara la aplicación de la misma al caso que en este recurso de apelación estudiamos y la consiguiente desestimación del mismo, por cuanto que no existe título (art. 539 CC) ni sentencia firme (art. 540 CC); Las demás circunstancias que pudieron concurrir, y que el recurrente relata en el desarrollo del motivo, podrían ser a lo sumo actos idóneos para la adquisición de la servidumbre mediante una usucapión no permitida por la Ley, artículos 537 y 539 CC, salvo que se trate de la posesión inmemorial comenzada antes de la promulgación del Código Civil, que obviamente, no es el caso; Tampoco pueden ser equiparados estos actos al reconocimiento del dueño del predio sirviente, exigido de un modo subsidiario cuando se da la ausencia del título. Se trataría en todo caso de actos de mera tolerancia, no expresivos de una voluntad constitutiva, y que, en cualquier caso, son radicalmente distintos a la mencionada «escritura de reconocimiento» que literalmente figura en el mencionado artículo 540 del Código Civil. Resulta insostenible la aplicación del artículo 128 de la Ley 3/1992 de 1 de julio brecha Civil Foral del País Vasco, por cuanto por una a la localidad de Castillo Elejabeitia está excluida de su ámbito territorial -artículo 6- y por otra, en virtud de Dispuesto en la Disposición Transitoria 4ª de dicha Ley Foral.

Es patente que ni la declaración de algunos testigos afirmando que existía un camino o sendero entre las dos fincas por el que tenían acceso los vecinos y el demandado, ni la observación en el acta del reconocimiento judicial llevado a cabo, de que existe un camino (hoy cubierto de hierba) en la finca en cuestión, permiten concluir, como, con desmesurada interpretación, quiere el recurrente, en la existencia de un camino comunitario, desde hace treinta y seis años, entre las fincas del actor y la del demandado que grave la finca de aquél. En consecuencia, ha de ser admitida la acción negatoria de servidumbre de paso interpuesta y debe declararse su inexistencia entre las fincas de los litigantes, lo que conlleva la desestimación del recurso de apelación y confirmación de la resolución recurrida.

TERCERO.- La desestimación del recurso de apelación conlleva la imposición a la parte apelante de las costas de la alzada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 736-1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

## **FALLAMOS**

Que desestimando el Recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora Sra. Asategui Bizkarra en nombre y representación de Andres contra la Sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº 3 de Durango, en autos de Juicio de Cognición nº 179/93 de que este rollo dimana, debemos confirmar e íntegramente confirmamos la resolución apelada, imponiendo a la parte apelante las costas de la alzada.

Firme que sea la presente resolución, remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia, junto con certificación literal de la presente resolución.

Así, por esta nuestra Sentencia, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- 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.