

## **SAP de Bizkaia de 11 de julio de 2000**

En Bilbao, a once de julio de dos mil.

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Srs. Magistrados, los presentes autos de Juicio Verbal nº 361/97, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Durango y seguidos entre partes: Como apelante Jose Augusto con Letrado Sr. Saez Salazar y como apelado Rosendo.

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.- La Sentencia de instancia de fecha 13 de Noviembre de 1.998 es de tenor literal siguiente:

"FALLO: Que estimando la demanda presentada por el procurador Sr. Bengoa Losa, en nombre y representación de D. Rosendo contra D. Jose Augusto, debo declarar y declaro que no existe servidumbre de paso alguna sobre la finca descrita en el hecho primero de la demanda y a favor de la finca del demandado, conforme se especifica en el plano que se adjunta como documento nº 2 de la demanda (marcado en rojo), y ello con imposición de las costas causadas en esta instancia si las hubiere a la parte demandada".

SEGUNDO.- 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 por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el nº 63/99 de Registro y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para la deliberación y resolución.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite el Ilmo. Sr. Magistrado DÑA. GEMA TOMÁS MARTÍNEZ.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso de apelación por la representación del demandado D. Jose Augusto contra la sentencia de instancia que declaraba inexistente la servidumbre de paso sobre la finca propiedad del demandante D. Rosendo, señalada con el nº NUM000 del BARRIO000 en Castillo y Elejabeitia, quien ejercita en este procedimiento acción negatoria de la misma.

Se reafirma en esta alzada el recurrente sobre la existencia de tal servidumbre de paso por entender que han quedado acreditados los elementos fundamentadores de este derecho.

SEGUNDO.- En el ejercicio de la acción negatoria de servidumbre, corresponde probar al demandado la existencia de la misma y no al demandante la inexistencia del gravamen a su dominio. En este caso, debe acreditar D. Jose Augusto la realidad de ese derecho de servidumbre a través de la finca de D. Rosendo para acceder al caserío de su propiedad, denominado Latzeko, dado que es él quien alega y afirma la limitación del pleno dominio de bien afectado.

Habida cuenta que el paso objeto de conflicto atraviesa una finca sita en territorio aforado, es aplicable al caso el artículo 128 de la Ley 3/92, de 1 de julio de Derecho Civil Foral del País Vasco, que establece que la servidumbre de paso se adquiere en virtud de título o por prescripción de veinte años, modificando así para Bizkaia el artículo 539 del Código Civil, según el cual las servidumbres discontinuas sólo pueden adquirirse en virtud de título. Así mismo, la disposición transitoria cuarta de dicha ley afirma que "la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta ley aprovechará al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción".

En cuanto a la existencia de un título del que resultase la realidad de la discutida servidumbre de paso, de los aportados por la demandada, el número 1 adjunto a la contestación, de fecha 1949, no prueba cuál sea la servidumbre a la que alude en relación al caserío "Latzacoa", dada su indeterminada localización que hace imposible su identificación con aquella a la que se refiere el pleito. Por otra parte, no consta ningún otro título, contrato o sentencia firme de los que resulte su acreditación.

Descartada la constancia de título, sólo por prescripción de veinte años, según la norma antedicha, podría adverbarse dicha servidumbre. Para ello, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pacífica, pública e ininterrumpida. De la prueba realizada en instancia no resulta suficientemente probada la concurrencia de estos requisitos.

Así, en primer lugar, no ha quedado acreditado el uso de la misma por el demandado durante ese plazo. Se aporta en aras a tal fin solamente la declaración testifical que persigue su confirmación y los únicos traídos a juicio son los testimonios prestados de la hija y el yerno del demandado, y por ello debe valorarse con cierta prudencia las afirmaciones vertidas en ellos. No se ha solicitado el testimonio de ningún vecino del lugar que pudiera aportar algún otro dato sobre el uso del camino.

Así mismo, en segundo lugar, en la confesión judicial del demandante reconoce que se ha utilizado ese paso, pero que entre 1962 y 1991 no se ha hecho uso del mismo (posición 5ª). Es a partir de esa fecha cuando comienzan las desavenencias, las cuales

motivaron ante los hechos obstativos del demandante, reveladores de la oposición a la utilización de ese paso, una denuncia de D. Jose Augusto ante la Ertzaintza, que dio lugar a Diligencias Previas posteriormente archivadas. La declaración realizada por el demandante ante la Policía Autónoma (folios 78 y ss) no confirma, como pretende hacer ver el demandado, la existencia de la servidumbre.

En consecuencia no se ha acreditado por el demandado en virtud de qué título adquirió esa servidumbre, así como tampoco el uso ininterrumpido de la misma durante veinte años que hubieran dado lugar a la correspondiente prescripción adquisitiva. Siendo esto así, puede concluirse de lo dicho que no hay base alguna para estimar que la finca del actor D. Rosendo esté gravada con una servidumbre de paso.

Debe confirmarse por lo tanto la sentencia de instancia.

TERCERO.- Dada la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia de instancia, se imponen las costas de esta alzada a la parte recurrente conforme a lo establecido en el artículo 736 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

VISTOS los preceptos legales citados, y demás pertinentes y de general aplicación.

En virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

### **FALLAMOS**

Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Jose Augusto contra la sentencia de fecha 13 de noviembre de 1998, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Durango, en autos de juicio verbal nº 361/97, de que este rollo dimana, debemos confirmar la referida resolución con expresa imposición de las costas de esta alzada al apelante.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.