

SAP de Bizkaia de 19 de noviembre de 2004

En BILBAO, a diecinueve de noviembre de dos mil cuatro.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO LECN 185/03, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA N° 3 DE GERNIKA y seguidos entre partes, como apelante DÑA. María Dolores Y D. Ángel, representados por la Procuradora Sra. Otalora Ariño y dirigidos por el Letrado Sr. Renobales Barbier y como apelado D. Rogelio representado por la Procuradora Sra. Durango Garcia y dirigidos por el Letrado Sr. Abad Casas.

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 23-12-03 es del tenor literal siguiente:

FALLO Estimar la demanda presentada por D. Rogelio, reconociéndole derecho de servidumbre de paso por el camino integrante de la propiedad de los demandados. Las costas seran sufragadas por los demandados. Notifiquese la presente resolución a las partes. Así por ésta mi sentencia, lo pronuncio, mando y firmo.

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por DÑA. María Dolores Y D. Ángel se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, que admitido por el Juzgado de Instancia y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, por ésta se presentó oposición; Transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, se efectuara la formación del presente rollo al que correspondió el número 113/04 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Que por providencia de dos de septiembre de 2004 se señaló día para deliberación, resolución y fallo del presente recurso el 17 de noviembre de 2004.

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

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada DOÑA MARIA CONCEPCION MARCO CACHO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el recurrente contra la sentencia por entender que efectúa un análisis equivocado de las acciones que ejercita el actor, igualmente erróneamente planteadas; al entender de esta parte resulta totalmente incompatible la posibilidad de accionar la opción de adquisición de la servidumbre de paso ex *artículo 128 de Ley Foral Bizkaina*; la constitución de servidumbre forzosa por enclave de la finca en la de los demandados; y por último, posesión inmemorial que constituye la existencia del paso desde siempre por la finca de los demandados para acceder a la de los actores. Analiza los puestos de ambas acciones y entiende que no puede ninguna de ellas prosperar; además de ser totalmente incompatibles en cuanto los requisitos y demás presupuestos son distintos; alega existencia de otros dos pasos que resalta no utilizados por mera conveniencia del actor, así, como mera tolerancia en su caso del anterior propietario de permitir el paso al apelado por la zona objeto de discusión; inexistencia de signo que conste la existencia del paso, discurrendo el pretendido por la zona que más beneficia al actor y perjudica al recurrente; Alega actos propios del actor de existencia de otros caminos, además del solicitado, por un lado, la falta de interposición de la demanda durante 7 meses y constatación de finca debidamente utilizada; relación del monto indemnizatorio y planteamiento del juicio por un verbal por su escasa entidad económica cuando el demandado lo impugna por entender que es de valor superior; estos datos demuestran que para el actor caben otras posibilidades para acceder a su finca: Impugnación de las pruebas testificales verificadas en el acta del juicio; falta de diligencia en el actor, que no acomete las reparaciones necesarias a realizar en los otros caminos a verificar el paso a su finca; por todo ello, solicita la revocación de la sentencia, con desestimación de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- En primer término se quiere dejar sentado que, la Sala considera que la acción que ejercita el actor se refiere a la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso al amparo del *artículo 128 de Ley Foral de Bikaia* ; no por ello es incompatible, en el caso que no se estime la pretensión de constitución, conforme al *artículo nº 564 del Código civil*, en cuanto de la servidumbre forzosa de paso por ser el único acceso viable a su finca; y por último, el examen y constitución de paso inmemorial con anterioridad al Código civil, a fin de adquirir dicha servidumbre de paso.

La sentencia, es lo cierto que, analizando los argumentos y pruebas adjuntas al procedimiento por los litigantes, establece la conclusión de concurrir los presupuestos establecidos en el *artículo 128 de la Ley Foral* y admitir que procede la prescripción adquisitiva por su existencia en más de 20 años. Así lo expresa de forma explícita en el último párrafo del Fundamento Cuarto.

Igualmente, es procedente recordar que, en cuanto a la valoración de las pruebas practicadas por el Juez de Instancia, que esta Sala tiene establecido que como sistemáticamente recoge la Jurisprudencia del T.S. así entre otras S^a de 1 de marzo de 1.994 "... Según reiterada jurisprudencia del T.S. así entre otras S^a de 1 de Marzo de 1.994 "... prevalece la valoración que de las pruebas realicen los órganos judiciales por ser más objetiva que la de las partes, dada la mayor subjetividad de éstas por razón de defender sus particulares intereses..." Señalando igualmente el T.S. 1^a 30 Septiembre de 1.999" Es constante la jurisprudencia acerca de no quedar alterado el principio de distribución de la carga de la prueba si se realiza una apreciación de la aportada por

cada parte y luego se valora en conjunto su resultado...". En este sentido como señala la A.P. Alicante, Secc. 5ª, S. 30-11-2000, "...Al respecto deben efectuarse unas consideraciones acerca de las facultades revisoras de la Sala sobre la valoración de la prueba practicada por el Juzgador de instancia. Se ha de tomar en consideración que la actividad intelectual de valoración de la prueba se incardina en el ámbito propio de soberanía del juzgador, siendo así que a la vista del resultado de las pruebas practicadas en el acto del juicio el juez a quo resulta soberano en la valoración de la prueba conforme a los rectos principios de la sana crítica, favorecido como se encuentra por la inmediación que le permitió presenciar personalmente el desarrollo de los medios probatorios. En definitiva, cuando se trata de valoraciones probatorias la revisión de la sentencia deberá centrarse en comprobar que aquella aparece suficientemente expresada en la resolución recurrida y que las conclusiones fácticas a las que así llegue no dejen de manifiesto un error evidente o resulten incompletas, incongruentes o contradictorias, sin que por lo demás resulte lícito sustituir el criterio del juez a quo por el criterio personal e interesado de la parte recurrente...". Así en conclusión las partes en virtud del principio dispositivo y de rogación pueden aportar prueba pertinente siendo su valoración competencia de los Tribunales, sin que sea lícito tratar de imponerla a los juzgadores, y por lo que se refiere al recurso de apelación debe tenerse en cuenta el citado principio de que el juzgador que recibe la prueba puede valorarla de modo libre, aunque nunca de manera arbitraria, y por otro que si bien la apelación transfiere al Tribunal de la segunda instancia el conocimiento pleno de la cuestión, esta queda reducida a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio se ha comportado el juez a quo de forma arbitraria o si, por el contrario, la apreciación conjunta del mismo es la procedente por su adecuación a los resultados obtenidos en el proceso.

En lo que se refiere a la valoración de las pruebas testificales, igualmente este Tribunal tiene

establecido que, como señala la S. TS 19/12/89, que es doctrina constante y reiterada de esta Sala la de que la apreciación de la prueba de testigos es discrecional por el Juzgador de instancia y, por tanto, no impugnabile en casación, ya que los *arts. 1248 del Código Civil y 659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* no contienen reglas de valoración probatoria hábiles para fundar el recurso y sólo poseen carácter admonitorio, y no preceptivo, además de que las reglas de la sana crítica tampoco pueden citarse como infringidas, por no constar en norma jurídica positiva alguna - Sentencias, entre otras muchas, de 12 de diciembre de 1986 (RJ/1986/7436), 4 de febrero de 1987 (RJ/1987/680), 25 de marzo de 1988 (RJ/1988/2472) y 16 de febrero de 1989 (RJ/1989/970)-.

TERCERO.- En lo que se refiere a las servidumbres, deben establecerse las siguientes consideraciones: así y en primer lugar, debe señalarse que conforme a las normas de la carga de la prueba corresponde a quien lo alega determinar el derecho de paso y en la forma que se pretende puesto que la propiedad se presume libre.

En cuanto a la acción negatoria de servidumbre debe señalarse que es doctrina jurisprudencial favorecer en lo posible el interés y condición del predio sirviente, por ser de interpretación estricta toda la materia relativa a la imposición de gravámenes y por la concordancia con la presunción de libertad de los fondos y por tanto a quien pretende la limitación del dominio ajeno le corresponde la carga de la prueba.

Debe hacerse mención a la cuestión de la servidumbre por signo aparente de padre de familia. Como en resolución de esta Sala de esta Sala, Sec. 3ª A.P. Vizcaya, de fecha 2-2-1998 se señalaba, a tenor de lo declarado por reiterada jurisprudencia, SS TS 30-12-75, 7-7-83 y 13-5-86 entre otras, para que los Tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre, regulada por el *artículo 541 C.C.*, es indispensable que quien ejercite la acción para conseguirlo acredite debidamente:

- a) La existencia de dos predios pertenecientes al mismo propietario.
- b) Un estado o situación de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical, aplicándose analógicamente al supuesto que se divida una finca pasando a formar dos pertenecientes a diversos propietarios, bien por venta o cualquier otro título traslativo del dominio, ST TS 10-4-54.
- c) Que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común "el padre de familia", no debiéndose entenderse esto en sentido restringido pues no es necesario que el signo aparente de servidumbre lo cree el propio dueño de ambos fundos, sino que constando previamente la servidumbre basta si una vez bajo su titularidad no las hace desaparecer, ello implica y comporta unos resultados equivalentes a la creación por el mismo de dichos signos que implícitamente ha consentido y aceptado.
- d) Que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real.

CUARTO.- Desde los anteriores parámetros, vistas las actuaciones, esta Sala entiende que tal y como se recoge en la resolución recurrida, resulta de aplicación lo dispuesto en el *art. 128 de la Ley Civil Foral del País Vasco*, y cuyo análisis al caso concreto efectuado en la resolución recurrida y en concreto en el fundamento cuarto resulta ajustado a derecho y aplicable.

En este sentido y abundando en lo recogido en la resolución recurrida señalar que la *Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco* cuando se recoge DE LAS SERVIDUMBRES DE PASO se redacta este Título dada la omisión en la Compilación de Título dedicado en el Fuero a las prescripciones, omisión que a partir de 1959, y dado que conforme al *Código Civil las servidumbres de paso son imprescriptibles (art. 539)*, ha permitido plantear numerosos litigios en los que se deniega la servidumbre sobre derechos de paso de uso muy antiguo. El art. 128 de esta ley recoge de nuevo la adquisición por prescripción, pero alarga el plazo foral de quince años para acomodarlo al de veinte años propio del Código Civil. Al mismo tiempo se dictan otras dos normas, en los arts. 129 y 130, para resolver los más importantes conflictos que son objeto de litigio.

QUINTO.- Como refiere el juzgador son relevantes los efectos de cumplimiento de los requisitos para la adquisición de la servidumbre, conforme a la Ley Foral, si durante más de 30 años se ha permitido el paso; al respecto los testigos, si bien impugnadas las conclusiones por la parte apelante, es lo cierto que no hay datos que permitan entender que no gocen de imparcialidad o que falten a la verdad; afirman que desde siempre los familiares del actor han pasado por este terreno, e incluso el anterior propietario envía un requerimiento al actor al tiempo de transmitir la finca en la que le informa de que

cese el paso -lo que consta que anteriormente lo permitía- siendo que, añade que lo permitía por mera tolerancia; pero es lo cierto que el hecho de tal supuesto si bien comportaría la desestimación de demanda, no parece muy lógico el admitir que desde siempre se ha permitido el paso, no sólo a la actora, sino también a otros convecinos.

Igualmente, observadas las fotografías adjuntadas, se comprende como única vía de acceso el paso solicitado; observándose que los otros caminos resultan inviables, no siendo de recibo cargar a la parte actora con la reparación de los caminos cuando con anterioridad a la situación de inservibles venía siendo el acceso existente, siendo que el anterior propietario, si bien instala una verja, continúa permitiendo el paso; no se aporta ningún dato de obstáculo o negación durante este tiempo, hasta la adquisición de la finca por los demandados, de impedir el paso a la finca de los actores, por lo tanto, no puede ser apreciada la voluntad de mera tolerancia o complacencia del propietario, de ello que, concurriendo los presupuestos de cara a la adquisición por usucapión, la posesión ha de ser en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida y que no aprovechan para la posesión los actos de carácter posesorio ejecutados en virtud de licencia o por mera tolerancia del dueño, todo ello de conformidad con lo prevenido en los *artículos 1941 y 1942 del Código Civil* a poner en relación con los *artículos 444 y 447 del mismo cuerpo legal*. Acreditación inexistente en este caso, como se ha razonado. Por último, se debe recordar que es de consideración y adecuada atención en el caso, la constatación de signo evidente de su existencia, por lo que no pueden los ahora demandados, negar la existencia del paso.

En conclusión, se ratifica la sentencia en cuanto a la estimación de la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso al albur del *artículo 128 de la Ley Foral de Bizkaia*.

SEXTO.- En cuanto a las costas se imponen a los recurrentes al ser desestimado el recurso.

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 procesal de DÑA. María Dolores Y D. Ángel contra la sentencia de fecha 23-12-03 dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Gernika en autos de Ordinario LECN 185/03 y de que este rollo dimana, debemos Confirmar como Confirmamos dicha resolución con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de la misma, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, 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.