

SAP de Bizkaia de 21 de mayo de 2009

En Bilbao, a veintiuno de mayo de dos mil nueve.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por los Ilustrísimos Señores Magistrados del margen los presentes autos de procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gernika y seguidos entre partes: Como apelante: D. Carlos Ramón , representado por la Procuradora Dª ELENA REGES GANGOITI y dirigido por la Letrada Dª ANA HERNANDO TOJO y como apelado D. Juan Miguel , representado por la Procuradora Dª ABA BEGOÑA VIDARTE FERNANDEZ y dirigido por el Letrado D. NAZARIO OLEAGA PARAMO.

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 11 diciembre de 2008 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que debo desestimar y desestimo la demanda formulada por el Procurador Sr. MUNIATEGUI en nombre de D. Carlos Ramón contra D. Juan Miguel , absolviendo al demandado de todos los pedimentos contenidos en la demanda.

Se imponen al demandante las costas del procedimiento."

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes por la Representación Procesal de D. Carlos Ramón se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de instancia y dado traslado a las demás partes por un plazo de diez días, por la contraparte se efectuó oposición al mismo. Emplazadas las partes ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos, comparecieron las partes por medio de sus Procuradores, ordenándose a la recepción de autos y personamientos efectuados la formación del presente Rollo al que correspondió el número 83/09 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Por providencia de fecha 17 de abril de 2009 se señaló el día 20 de mayo de 2009 para deliberación, votación y fallo del presente recurso.

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. Mª CONCEPCIÓN MARCO CACHO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Insta la parte apelante la revocación de la resolución recurrida y en su lugar se dicte otra en cuya virtud se estime la demanda en su día interpuesta y se declare la existencia de la servidumbre de paso en el camino objeto de litigio a favor del mismo, y ello con imposición de costas.

En justificación de tal petición y en motivación del recurso expresaba:

Incongruencia de la sentencia así como errónea valoración de la prueba y en la medida en que a su juicio de la prueba practicada debía derivarse la existencia de la servidumbre de paso.

A tal fin analizaba la prueba practicada, llegando a la conclusión precitada. Así señalaba que la convicción de la juzgadora de instancia de la inexistencia de la servidumbre de paso se funda única y exclusivamente en una contradicción entre las testificales propuestas por el apelante, de manera que la actora y apelante no llega a demostrar la utilización del camino objeto de litigio durante el tiempo necesario para la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso de 20 años establecida en el *art. 128 LDCFPV*.

Igualmente señalaba que, la juzgadora entiende más verosímil la versión de la parte apelada que la de la apelante, discrepa en este aspecto el apelante al entender que a dicha conclusión llega la juzgadora de modo sorprendente mediante una apreciación errónea de las manifestaciones vertidas por los testigos.

Considera el apelante, igualmente, en relación con la contradicción estimada por la juzgadora entre el testigo D. Fidel y D. Gustavo , que no tiene razón de ser, ya que la única posible contradicción radica en el tiempo que declaran ambos testigos que llevaba en desuso el camino, siendo que ambos manifiestan que ha sido reciente su falta de uso, habiéndose usado desde siempre y aunque el primero dice "hasta hace pocos años" y el segundo "hasta hace 2 o 3 meses" en relación con la interrupción en su uso, entiende el apelante que no existe tal contradicción en la valoración de dichas testificales.

Se firma por el apelante haber quedado acreditada la existencia del camino en base a la prueba documental e informe topográfico aportado, así como por las testificales practicadas, ya que en todas ellas se corrobora la existencia del camino. Siendo un dato relevante la existencia de rebaje en la calzada de acceso al mismo.

Por su parte el apelado instaba la confirmación de la resolución recurrida al estimar y por los argumentos que explicitaba y esgrimía, y expuesto sucintamente la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.-¿Establecidos los parámetros en los que las partes establecen la litis ante esta alzada debemos partir de que se alega como principal motivo errónea valoración de las pruebas por parte del Juzgado; estimando el recurrente que la correcta ponderación de las manifestaciones de los testigos junto con los documentos aportados con la demanda; constatan la pública, pacífica e ininterrumpida posesión por su defendido del camino cuyo paso se reivindica adquirido por el transcurso de más de 20 años en aquellas condiciones.

Por ello como primer punto debemos recordar que de conformidad al *art 128 LFB* ,y en relación a las servidumbres, establecerse las siguientes consideraciones, así 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 Bizkaia*; 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.

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. 5^a, 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 aquélla 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)-.

En lo que se refiere a las servidumbres, 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 fundos y por tanto a quien pretende la limitación del dominio ajeno le corresponde la carga de la prueba.

En esta línea, corresponde al actor, y en este caso apelante, la carga de la prueba de la existencia de la prescripción adquisitiva de la servidumbre de paso mediante la posesión que deberá ser pública, pacífica e ininterrumpida durante el tiempo de 20 años (*artículo 128 LDCFPV* en relación con los *artículos 1940 y 1941 CC*).

TERCERO.- En consecuencia debemos revisar la prueba a los efectos de establecer si quien insta obtener el derecho de la servidumbre del paso por el camino objeto de los autos y que nadie controvierte como existente, ha sido usucapido por el actor; y debemos estar a las pruebas aportadas; en este sentido la fundamental que las partes desarrollan en el momento de su práctica y cuyo soporte audiovisual queda constatado en disco, del que ha sido visionado por el Tribunal, son principalmente las testificales de las partes; que duda cabe y no puede ser negado las contradicciones de los propuestos por el actor, que no llegan ni siquiera al acuerdo de cuando dejó de ser inutilizado el camino, lo cual evidencia cierta subjetividad en sus manifestaciones y que la Sala no les otorga el suficiente valor de prueba definitiva y concluyente para acreditar el hecho que invoca el actor, mas cuando las tesficales del demandado al contrario son contundentes negando que el camino sea usado durante estos años, alegando afirmar que al menos desde más de veinte no es usado por nadie, ni se extraen por él pinos.

En definitiva, si bien no puede ser negado que el camino existe-documental topográfica-es lo cierto que la acción planteada por el actor se asienta en que se le conceda el derecho de servidumbre de paso, la cual para ser ganada conforme a lo establecido en el mencionado *art. 128 LFB* debe haber sido poseída por él de forma pública, pacífica e ininterrumpida durante más de 20 años, circunstancias que no concurren conforme al resultado probatorio analizado y que comporta claramente la desestimación de la demanda.

CUARTO.- Desestimado el recurso las costas se imponen al recurrente.

VISTOS los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general aplicación.

FALLAMOS

Que con DESESTIMACIÓN del recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Carlos Ramón contra la Sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Gernika-Lumo, en autos de Juicio Verbal nº 385/08, de fecha 11 de diciembre de 2008 y de que este rollo dimana, debemos CONFIRMAR como CONFIRMAMOS dicha resolución y con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Firme que sea la presente resolución, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia, con certificación literal de esta resolución, para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por las Ilmas. Sras. Magistradas que la firman y leída por la Ilma. Magistrada Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.