

## **SAP de Bizkaia de 30 de julio de 2004**

En Bilbao, a treinta de julio de dos mil cuatro.

Vistos en grado de apelación ante la Sala Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistradas del margen los presentes autos de juicio verbal nº 357/02 procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Durango y seguido entre partes: como apelante: AUTO ESTACIÓN BARAZAR representado por la Procuradora Sra. Esther Asategui y dirigido por el Letrado D. Txomin Escudero Alonso; y como apelados: D. Jose Daniel Y D<sup>a</sup> Alejandra representados por el Procurador Sr. Sanz Velasco y dirigidos por el Letrado Sr. Gorka Gastaka Greño. 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 1 de abril de 2.003 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Esther Asategui Bizcarra en nombre y representación de la Sociedad Auto Estación Barazar, S.A. Urigoitia Pujana, debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos planteadas, con imposición de costas a la demandante. Así por esta mi Sentencia, lo pronuncio, mando y firmo."

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de Auto Estación Barazar, se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación, que admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y dado traslado a la contraparte por un plazo de diez días, transcurrido el mismo se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial; ordenándose a la recepción de los autos, efectuada la formación del presente rollo al que correspondió el número de Registro 366/03 y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Por providencia de fecha 15 de abril de 2.004 se señaló el día 1 de junio de 2.004 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 ANA ISABEL GUTIERREZ GEGUNDEZ.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

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 inexistencia de la servidumbre de paso a través de la finca de dicha parte apelante, y ello con imposición de costas. En justificación de tal petición y en motivación del recurso expresaba: a) Errónea valoración de la prueba y en la medida en que a su juicio de la prueba practicada no podía derivarse la existencia de la servidumbre de paso. A tal fin analizaba la prueba practicada, llegando a la conclusión precitada. Así señalaba la falta de constancia de cualquier paso. No se dan los requisitos de paso por destino de padre de familia. Igualmente señalaba y hacía especial incidencia en las características y especiales circunstancias del supuesto en que nos encontramos con una parcela pretendidamente gravada con una servidumbre de paso que está ocupada por una estación de servicio. Hacia especial mención y en torno a la prescripción motivando las razones por las que dicho instituto no puede predicarse en el caso concreto de adquisición de la servidumbre. Por último señalaba las especiales características que se determinan en el supuesto concreto y conforme al informe elaborado y prestado por D. Jose Augusto y por el Ingeniero de Caminos Sr. Romeo. Expresaba igualmente las consideraciones que estimaba pertinentes relativas a la aplicación del Derecho Foral.

La parte apelada 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.- Tal y como se ha precisado en el precedente fundamento parte fundamental del recurso se asienta en la determinación de la errónea valoración de la prueba y respecto de tal denuncia, debe señalarse que como sistemáticamente recoge la Jurisprudencia del T.S. así entre otras S<sup>a</sup> de 1 de marzo de 1.994 "... Según reiterada jurisprudencia del T.S. así entre otras S<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> 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<sup>a</sup>, 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.

Con relación 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.

TERCERO.- 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 tercero 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.

Dicha exposición no establece expresas referencias respecto del carácter de la servidumbre de paso en función del carácter de finca urbana o rústica, lo que indudablemente debe ser puesto en relación con el ámbito de aplicación de la mencionada Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco al precisar SECCION PRIMERA. *Ámbito Territorio Artículo 5* "Este Fuero, como legislación civil propia del Territorio Histórico de Bizkaia, rige en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana.". *Artículo 6* "Con la denominación de Infanzonado o Tierra Llana se designa a todo el Territorio Histórico de Bizkaia, con excepción de la parte no aforada de las Villas de Balmaseda, Bermeo, Durango, Ermua, Gernika-Lumo, Lanestosa, Lekeitio, Markina-Xemein, Ondarroa, Otxandio, Portugalete y Plentzia, de la ciudad de Orduña y el actual término municipal de Bilbao. El territorio exceptuado se regirá por la legislación civil general, salvo en cuanto sea aplicable el presente Fuero.". *Artículo 7* "El territorio no aforado, al que se refiere el artículo anterior, estará integrado por el perímetro actual del respectivo núcleo urbano originario y el suelo contiguo al mismo que esté calificado como "urbano" en el planeamiento vigente a la entrada en vigor de este Fuero. De lo que antecede junto con lo razonado en la resolución recurrida permite determinar como ajustado a derecho su aplicación.

Debemos ahora determinar si concurren los requisitos para su determinación en el presente supuesto. En este sentido y en discrepancia con lo mantenido por la parte apelante, debe señalarse que al igual que lo entiende la juzgadora de la instancia puede mantenerse y desde la prueba practicada los siguientes asertos:

- a) El terreno donde se ubica el paso es viable tal y como se refleja de la documental fotografías 15 a) y 15 b) y en el plano que como documento 3 se aporta con la demanda.
- b) Se ha acreditado la existencia de una servidumbre de paso y durante el transcurso de un amplio y prolongado espacio de tiempo y ello mediante la prueba testifical. Verdadera existencia en cuanto que tal paso, no se puede comprender como mero acto de tolerancia de insuficiente consideración.
- c) Como se refleja en la resolución recurrida la existencia de servidumbre mediante el mecanismo de la prescripción no es incompatible con la servidumbre de paso legal o forzosa.
- d) La utilidad de la servidumbre aparece igualmente acreditada.

e) Y por último se dan en la posesión los requisitos para hacer viable la usucapión.

f) Se da el cómputo del plazo de veinte años y ello desde la declaración de que ya en el año 1.966 la finca en la que se ubica la estación de servicio es segregada de otra y pasa a ser finca independientes. Y son fincas independientes desde que la Sociedad vendedora las adquiere pasando a ser predio sirviente la estación de Servicio y el Hostal Barazar pasa a ser finca dominante. Desde la testifical practicada, insistimos queda precisado el hecho del paso en sí y no como mero acto de tolerancia.

Por tanto, de lo aquí sucintamente expuesto, y los propios argumentos recogidos en la resolución recurrida, deben entenderse cumplidos los requisitos para la determinación de la servidumbre y al amparo de lo dispuesto en el *art. 128 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco*, no puede sino desestimarse el recurso de apelación con confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- En cuanto a las costas no procede hacer expresa imposición de las que en su caso se hubieren generado.

Vistos en grado de apelación y demás de general y pertinente aplicación y, en virtud de la Potestad Jurisdiccional que nos viene conferida por la Soberanía Popular y en nombre de S.M. el Rey.

### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de AUTO ESTACIÓN BARAZAR y contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Durango en autos de juicio verbal 357/02 de fecha 1 de abril de 2.003 y de que este rollo dimanara y confirmamos dicha resolución. Todo ello sin expresa imposición de costas.

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 a la que se unirá certificación al Rollo de su razón, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- 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.