

## **SAP de Bizkaia de 4 de julio de 2008**

En la Villa de Bilbao, a cuatro de julio de dos mil ocho.

En nombre de S.M. el Rey, por la autoridad que le concede la Constitución.

Vistos por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial en grado de apelación, los presentes autos de Juicio Ordinario nº 301 de 2005, seguidos en primera instancia ante el Juzgado de primera instancia número de Gernika-Lumo y del que son partes como demandante D. Adolfo, representado por la Procuradora Dña. Marta Albizu Orbe y dirigido por el Letrado D. Leoncio Fernández Melcon y como demandados D. Alfredo, representado por la Procuradora Dña. Igone Magunagoitia, D. Jose Pablo y Dña. Soledad, representados por el Procurador D. Carlos Muniategui Landa y dirigidos por el letrado D. Ricardo Amutio Aberasturi y D. Guillermo, representado por el Procurador D. Pedro María Luengo Arrizabalaga y dirigido por el Letrado D. Luis Bustamante Esparza y Dña. Angelina, en situación de rebeldía, siendo Ponente en esta instancia la Ilma. Sra. Magistrado Dña. M<sup>a</sup> ELISABETH HUERTA SANCHEZ.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Se dan por reproducidos los antecedentes de la sentencia apelada.

PRIMERO.- Por el Juzgador de primera instancia se dictó con fecha 25 de abril de 2007 sentencia, cuya parte dispositiva dice literalmente: "FALLO: DESESTIMAR la demanda interpuesta el Procurador doña Maite Albizu Orbe, en nombre de don Adolfo contra don Guillermo, representado por don Pedro María Luengo y doña Angelina, en rebeldía, ABSOLVIENDO a dichos demandados de toda petición contra ellos deducida, con expresa condena en costas a la parte actora de las costas devengadas por ambos.

ESTIMAR la demanda interpuesta el Procurador doña Maite Albizu Orbe, en nombre de don Adolfo contra don Alfredo, don Jose Pablo y doña Soledad POR CAUSA DE ALLANAMIENTO, declarando EN LO QUE A ELLOS SE REFIERE la existencia de las servidumbres de paso denominadas CAMINO A y CAMINO B, en las que la finca de don Adolfo es predio dominante, siendo predio sirviente las que son propiedad de don Alfredo, don Jose Pablo y doña Soledad en la forma que han sido definida en los hechos de esta demanda, debiendo estos abstenerse de cualquier acto que contravenga su ejercicio, con declaración de las costas de oficio. Esta declaración en nada perjudicará a don Guillermo y doña Angelina."

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Adolfo y admitido dicho recurso en ambos efectos se elevaron los autos a esta Audiencia, y se turnaron a esta Sección Quinta, donde se formó el correspondiente rollo señalándose para votación y fallo del recurso el día 2 de julio de 2008.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos en ambas instancias, se han observado las formalidades y términos legales, haciéndose constar que la duración del soporte audiovisual del Juicio es de 53 minutos y 22 segundos.

### **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- La representación de D. Adolfo se alza contra la sentencia dictada en primera instancia y solicita su revocación en el sentido de que se estime íntegramente la demanda interpuesta, aduciendo en defensa de sus pretensiones que no se ha aplicado lo preceptuado en el *artículo 535 del Código Civil*, teniendo el allanamiento de los otros codemandados su importancia, siendo así que quien se allanó fue el propietario único del caserío DIRECCION000 y sus pertenecidos que la parte recurrente propugna como predio sirviente a favor de la finca del actor y el Sr. Alfredo con su allanamiento esté demostrando la razón del apelante, y de este propietario traen su causa los Sres. Jose Pablo y Guillermo, recogándose en el acta de reconocimiento judicial los signos físicos de la servidumbre, signos físicos que refleja el documento nº6 de la demanda, plano firmado por los tres comedandados, en las escrituras de compraventa de los dos codemandados se refleja la existencia de la servidumbre de paso que el Sr. Alfredo se reserva para sí como predio dominante en relación a las fincas que vende a los Sres. Jose Pablo y Guillermo, existiendo concordancia entre lo que se refleja en dichas escrituras y la descripción del plano nº6 y entre el contenido del expediente de segregación, y además está la reunión en el Ayuntamiento de Arbazegi, a la que se cita al recurrente y en la escritura de propiedad del apelante se refleja la servidumbre, existiendo no solo signos físicos sino actos propios del Sr. Guillermo que acreditan su conocimiento y asunción de la situación, revelando los hechos acreditados que el Sr. Guillermo conocía perfectamente lo que había firmado y lo tenía asumido.

SEGUNDO.- A fin de resolver adecuadamente las cuestiones debatidas en la litis debe recordarse que la demanda se fundaba en la consideración de que el predio del demandante DIRECCION001 tenía a su favor una servidumbre de paso, habiendo venido utilizando los caminos A y B a que se refiere la demanda desde tiempo inmemorial, servidumbre cuyo reconocimiento se exigía al amparo del *artículo 128 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco*, que permitía acceder al pertenecido DIRECCION002, propiedad del actor, alegándose ahora al interponer el recurso de apelación que la sentencia apelada ha vulnerado el *artículo 535 del Código Civil*, pero dicha tesis, en el parecer de la Sala, no resulta admisible, tal y como se razonará a continuación.

En efecto, tal y como se señala en la sentencia apelada, la realidad es que el demandante no ha acreditado de ningún modo que haya venido usando esas franjas de terreno por donde, según la demanda y planos aportados, discurren los caminos de servidumbre, posesión que como es sabido, ha de realizarse a título de dueño, pública, pacífica y no interrumpida, no teniendo este carácter los actos de mera tolerancia o complacencia del propietario del supuesto fundo sirviente, acreditación que, de haberse producido la utilización de dichos caminos con el carácter de servidumbre, no le habría resultado difícil, y sin embargo, ninguna prueba concluyente se ha realizado, pues ninguna testifical se ha practicado y desde luego, el allanamiento de los codemandados nada

demuestra al respecto, pues con independencia de las razones que hayan podido tener para allanare, dicha actuación procesal no vincula ni demuestra que el actor hubiese venido cuando ese segmento de terreno que en el plano acompañado a la demanda, como documento nº9, aparece comprendido entre los puntos A' y A", camino éste que es al que únicamente afecta al recurso interpuesto.

Y desde esta perspectiva debe señalarse que en nada puede afectar a lo dicho el contenido del plano acompañado a la demanda como documento nº6, porque dicho plano se elaboró con motivo de la reunión convocada por D. Guillermo, que pretendía abrir un camino nuevo, convocando a todos los vecinos para evitar problemas con unos y con otros, según manifestó en el Juicio D. Bernardo, antiguo alcalde y que estuvo presente en dicha reunión, y ello a pesar de que dicho plano aparezca firmado por los codemandados, por cuanto que el mismo se firmó con ocasión de una reunión que nada tenía que ver con el objeto de este procedimiento y además, y esto es realmente decisivo, el hecho de que en dicho plano se refleje en dos puntos cercanos a la casería DIRECCION000 la expresión camino de servidumbre nada significa, porque solamente aparece esa expresión en dos puntos del trazado de los caminos, pero en sí nada demuestran acerca de cuales son los respectivos predios dominantes y sirvientes, por lo que dichas menciones resultan absolutamente insuficientes para corroborar la tesis sustentada por la parte actora-apelante.

Y en cuanto al resto de la prueba documental, la misma debe reputarse igualmente irrelevante, y así, aunque la sentencia de fecha 28 de agosto de 1987, acompañada a la demanda como documento nº1 y en el que el actor funda su derecho de propiedad sobre el monte Izarza, pertenecido del Caserío DIRECCION001, conocido también como " DIRECCION002 ", se diga que este monte lo divide un arroyo en dos trozos, cada trozo se divide del medio con un camino de servidumbre y confina con Norte, con pertenecidos de Echévarri y Güenechea; por Este con los de Astorkuia; por Sur y Oeste con los de Güenechea, dicha descripción no demuestra que dicho camino de servidumbre sea la que pretenda el actor y mucho menos, que dicho monte sea el predio dominante.

Y lo mismo cabe decir de las escrituras de compra de los codemandados al otro codemandado D. Alfredo porque de las descripciones que se contienen en dichas escrituras, según reflejan los folios 49, 59 y 74 en relación con la servidumbre de paso sobre el monte Errekalde Olacorte, tampoco se deduce de su lectura que dicha servidumbre sea la pretendida por el demandante, pues además de haberse constituido al margen del demandante, pues se reconoce su constitución en unas escrituras en las que éste no fue parte, tampoco se ha practicado prueba complementaria alguna que evidencie, que por sus descripciones, esas servidumbres que se constituyen son las que sostiene el demandante en su demanda, y en tal sentido debe rechazarse esa alegación de que se ha vulnerado el *artículo 535 del Código Civil, así como el 541*, por cuanto que dicha servidumbre vincularía solo a los tres codemandados, pero nada tiene que ver con el demandante, que ni aparece en dichas escrituras, ni mucho menos, se dice que la servidumbre se constituya en favor del pertenecido DIRECCION002. y en cuanto al Acta de Reconocimiento judicial, en sí nada aporta para la resolución de la cuestión debatida, por cuanto que de la misma tan solo se evidencia la existencia de una serie de pistas o caminos, pero que en sí no demuestran la tesis de la parte actora.

Por lo expuesto y no habiéndose desvirtuado la fundamentación de la resolución recurrida, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar aquella íntegramente.

TERCERO.- En cuanto a las costas de esta segunda instancia, procede su imposición al apelante a tenor de lo dispuesto en el vigente *artículo 398 párrafo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

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 de D. Adolfo, contra la sentencia dictada el día 25 de abril de 2007, por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de primera instancia nº1 de Gernika-Lumo, en el Juicio Ordinario nº 301 de 2005, del que dimana el presente rollo, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, todo ello con expresa imposición al apelante de las costas devengadas en esta segunda instancia.

Devuélvase los autos al Juzgado del que proceden con testimonio de esta sentencia, para su cumplimiento.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los 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.