

SAP de Bizkaia de 6 de marzo de 2008

En la Villa de Bilbao, a seis de marzo de dos mil ocho.

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 JUICIO VERBAL nº 60/07, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE LOS DE GETXO y seguidos entre partes como apelante D. Juan María, representado por el Procurador D. Alfonso Bartau Rojas y dirigido por el Letrado D. Ignacio Arzanegui Bareño y como apelado D. Cornelio, representado por la Procuradora D^a Inmaculada Frade Fuentes y dirigido por el Letrado D. José A. Mardaras Camiruaga y D^a María Virtudes, en situación de rebeldía procesal.

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 13 de Septiembre de 2007 es del tenor literal siguiente: "FALLO Desestimar parcialmente la demanda interpuesta por el Procurador Sr Bartau en nombre y representación de D. Juan María defendidos por el Letrado Sr Arzanegi contra D. Cornelio y Dña María Virtudes representados por la Procuradora Sra Frade y defendidos por el Letrado Sr Mardaras y en consecuencia procede desestimar la acción negatoria respecto a la servidumbre de paso y estimar la acción negatoria de servidumbre de aparcamiento.

Al tratarse de estimación parcial cada parte pagará sus costas y las comunes por mitad.

Contra esta Sentencia podrá interponerse Recurso de Apelación en el plazo de cinco días desde su notificación Regístrese esta Sentencia en el libro en el libro correspondiente.

ASI LO PRONUNCIO MANDO Y FIRMO".

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Juan María se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia se dio traslado a la contraparte por término de DIEZ DIAS para impugnación u oposición, verificándolo mediante escrito de oposición. Emplazadas las partes para 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 591/07 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de su clase.

TERCERO.- Que con fecha 11 de Febrero de 2008 se señaló el día 5 de marzo de 2008 para votación y fallo del 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 D^a CARMEN KELLER ECHEVARRIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte apelante se alza frente a la sentencia dictada en la instancia mediante las oportunas alegaciones que motivan el mismo y se recogen en su escrito, la cuales pueden concretarse en sostener que no existe prueba ninguna de uso por parte del demandado del terreno de autos con su vehículo antes de 1970, en que su uso se lo cediera el demandante, cualquier uso que hubiera hecho del mismo sería un uso meramente tolerado, inútil para la usucapión; y puesto que el demandado pensó que el terreno frente a la casa, en lugar de ser dos fincas, una de cada lado de caserío, pertenecía en comunidad a ambas partes, usó de todo el terreno en la conciencia de poder hacerlo como condueño del mismo, por lo que tampoco podría haber usucapido nada, consideraciones que no han sido tenidas en cuenta por la sentencia de instancia por lo que solicita su revocación.

La contraparte se opone al recurso.

SEGUNDO.- Esta Sala en Sentencia de 19/11/04 recogía: " 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 Bizkaia* ; no por ello es incompatible, en el caso que no se estime la pretensión de constitución, conforme al *artículo núm. 564 del Código civil EDL1889/1*, 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 EDL1889/1*, 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 1994 EDJ1994/1833 "... Según reiterada jurisprudencia del T.S. así entre otras S^a de 1 de marzo de 1994 "... 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 1999 EDJ1999/28213 " 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 EDJ2000/71818,

"...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 EDJ1989/11464, 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 EDL1889/1* y *659 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463* 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, 4 de febrero de 1987 EDJ1987/885, 25 de marzo de 1988 EDJ1988/2541 y 16 de febrero de 1989 EDJ1989/1625 -.

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.

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 EDL1889/1 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 EDL1889/1*. 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 EDL1889/1* 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 el presente supuesto cabe mantener así mismo como se recoge en la SAPr. De Asturias de 8/10/07 que:" Debe partirse, pues, de una afirmación que constituye base de la resolución y que asume la apelante: que no se trata de una finca enclavada puesto que

por uno de sus lados linda con un camino. En ese sentido, la única posible base de la impugnación es la interpretación extensa de la jurisprudencia del TS a propósito de la aplicación de los *arts. 564 a 566 del Código Civil EDL1889/1*, es decir el derecho que asiste al titular de una finca enclavada para encontrar paso a través de las heredades vecinas, no solo cuando carece por completo de salida, sino también cuando la existente es reducida, limitada o insuficiente para sus necesidades (como con toda corrección señala en el fundamento primero, citando las TS de 13-6-1989).".

SEXTO.- Examinadas las actuaciones y fundamentalmente la prueba practicada, debe mantenerse la sentencia recurrida en su parte dispositiva desestimatoria de la acción negatoria de servidumbre, y ello por cuanto tal y como recoge la parte apelante en su escrito del recurso, es en el año 1928 cuando se procedió a la división de la finca original en dos, siendo así que se procedió posteriormente al deslinde de dichas fincas en el oportuno procedimiento y conforme al plano elaborado por el perito actuante en su día y que en este procedimiento ha depuesto en el acto del juicio oral, siendo ello así y consistiendo la pretensión actora en la negación de servidumbre de paso por su antuzano, se dice que no existe prueba ninguna de uso por parte del demandado del terreno de autos con su vehículo antes de 1970, en que su uso se lo cediera el demandante, cualquier uso que hubiera hecho del mismo sería un uso meramente tolerado, inútil para la usucapión, en este sentido, conocido que la mera tolerancia deviene inútil para usucapir, es lo cierto que lo que acaece en el supuesto de autos debidamente acreditado, es el paso que ha de concretarse a la parte de antuzano del actor que da paso al antuzano y entrada a la parte de la finca propiedad de la parte demandada, dejando al margen el uso cedido de otros terrenos que no constituyen el objeto litigioso.

Sentado ello del examen de la prueba practicada en el acto de la vista, así como de la documental aportada a los autos, lo que queda acreditado es que el paso que ahora se cuestiona es el que se venía usando como único paso adecuado y si ello resulta acreditado tras el derribo del horno en su día existente, (testificales de D. Blas, y de los Sr.s Victor Manuel y Eusebio y del perito Sr. Miguel, únicos medios de prueba articulados), no ya solo para el acceso de vehículos, a lo que parece ceñirse el recurso, sino peatonal, dada la ubicación de la finca originariamente única y que se puede apreciar a través de los medios de prueba documentales aportados por las partes, y su posterior delimitación, acreditada la inviabilidad del paso por el otro lado al existir un muro y rampa que por otro lado tampoco puede ser utilizada al encontrarse por demás igualmente deslindada entre los dos antuzanos, no es ya que nos encontremos ante un paso tolerado sino necesario para el acceso de los demandados. Por lo que hace a la alegación relativa a que el

demandado usó de todo el terreno en la conciencia de poder hacerlo como condueño del mismo, no desvirtúa el hecho acreditado de el uso que se hacía del paso cuestionado, no pudiendo imputar a quien deviene lego en la materia a calibrar que por estimar la existencia de un terreno como común no siéndolo, se vea privado del acceso, recordar que la división del caserío proviene como bien indica la parte hoy apelada, de una división hereditaria de lo que fue un caserío único, lo que confluiría en aquél entendimiento, que el demandado pudiera ostentar respecto del uso del terreno relativo, a dicho acceso, el cual si ha quedado acreditado ha venido siendo utilizado y ello dejando al margen como se ha indicado en el presente fundamento el arriendo o cesión que de otros terrenos pertenecientes a la parte actora pudo haber verificado el mismo a

favor del demandado, por este último con independencia de los distintos ocupantes de la finca colindante, todo lo cual determina la desestimación del recurso analizado, en orden a mantener la desestimación de la acción ejercitada en la demanda.

SEPTIMO.- Desestimado el recurso deben imponerse las costas de esta lazada ala parte apelante, *art.s 394 y 398 LEC*.

Vistos los artículos legales citados 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

Que Desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan María, frente a la sentencia de fecha 18 de Septiembre de 2008, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Getxo, en autos de Juicio Verbal nº 60/07, 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.