

SAP de Bizkaia de 29 de enero de 2009

En Bilbao, a veintinueve de enero de dos mil nueve.

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 nº 405/07 procedentes del Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Gernika y seguidos entre partes: Como apelante, Begoña representada por el Procurador Sr. Carnicero Santiago y dirigida por el Letrado Sr. Martinez Gala y como apelado Lorenza y Santiago ambos representados por el Procurador Sr. Apalategui Carasa y dirigido por el Letrado Sr. Loroño Mugarza, y Pedro Jesús, Cosme, Javier, Apolonia, Josefa, Virginia, Valeriano, Alfredo Y Estela todos ellos rebeldes en esta instancia.

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 21 de julio de 2008 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora Dña. Itxaso Esesumaga Arrola, en nombre y representación de DÑA. Lorenza y D. Santiago, contra DÑA. Begoña, D. Pedro Jesús, D. Cosme y DÑA. Josefa, D. Javier y DÑA. Apolonia, DÑA. Virginia y D. Valeriano, D. Alfredo y DÑA. Estela, debo declarar y declaro que la finca propiedad de la demandada DÑA. Begoña se halla gravada con una servidumbre de paso para personas, animales y vehículos de todas clases, hasta camino público, y por el límite colindante con las fincas nº NUM000 y NUM001, con la indemnización legal que se determine en ejecución de sentencia, a favor de la descrita como Monte castañal y arbolar llamado "Goikobaso", cuya descripción en el Registro de la Propiedad es "que linda al Norte con otro de Don Pio ; al Sur con tracción, a favor de las fincas de los actores y para acceso y servicios agrícolas y forestales de aquéllas, con otro que administra Don Ángel Jesús ; al este, con el de la casa Martinguena y al oeste, con los de dicha casa y Yondogoyena y de Raquel ; mide seiscientos estados, equivalentes a dos mil doscientos ochenta metros cuadrados", condenando a la demandada a estar y pasar por dicha declaración, y a que no perturbe a los propietarios de la parcela nº NUM002 en la quieta y pacífica posesión, uso y disfrute de la referida servidumbre, ordenando la expedición de mandamiento dirigido al Registro de la Propiedad de Gernika para la debida constancia de la inscripción de la existencia de la servidumbre de paso, tanto en las inscripciones del predio sirviente como en el dominante, y todo ello con imposición de costas a la parte demandada, absolviendo a los demandados D. Pedro Jesús, D. Cosme y DÑA. Josefa, D. Javier y DÑA. Apolonia, DÑA. Virginia y D. Valeriano, D. Alfredo y DÑA. Estela de las pretensiones formuladas en su

contra, sin hacer expresa condena en las costas causadas."

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes por la Representación Procesal de Begoña 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 527/08 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Por providencia de fecha 8 de enero de 2009 se señaló el día 28 de enero 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 CARMEN KELLER ECHEVARRIA

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -Se alega por la parte apelante que el fallo de la sentencia se apoya exclusivamente en declaraciones testificales, las del primer proceso interdictal, emitida por familiares de los actores y de parte interesada en este pleito, sin tener en cuenta los detalles que evidencian contradicciones y sin apreciar tacha alguna, frente a lo que opone la parte la prueba documental, títulos de propiedad, la propia carta remitida en su día por la actora y fotografías aportadas. Las partes apeladas personadas se oponen al recurso.

SEGUNDO. -La Sentencia de esta misma Sección de fecha 30/07/04, recogía:" 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 EDJ1998/9856 se señalaba, a tenor de lo declarado por reiterada jurisprudencia, SS TS 30-12-75 EDJ1975/487, 7-7-83 y 13-5-86 EDJ1986/3158 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 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.

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 SECCIÓN 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 cómo 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 1966 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. "Así mismo la Sentencia de esta Sección de 19/11/04, recoge " 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, discurriendo 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 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.

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 EDJ1998/9856 se señalaba, a tenor de lo declarado por reiterada jurisprudencia, SS TS 30-12-75 EDJ1975/487, 7-7-83 y 13-5-86 EDJ1986/3158 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 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.*"Recordar que y por lo que hace a la resolución hoy combatida aplica el *artículo 128 de la Ley 3/1992, de 1 de Julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco* y, por lo tanto, partiendo de la circunstancia que declara acreditada de haberse poseído la servidumbre al menos, desde los últimos veinte años, y puesto que según la *Disposición Transitoria 45 de la antecitada Ley* "la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley aprovecharía al poseedor a efectos de su adquisición por prescripción", y establece que concurren los requisitos para la usucapión, por parte de los demandados, de la servidumbre de paso debatida.

Debe efectuarse en contestación y análisis de los términos del recurso esgrimido, que la sentencia del procedimiento interdictal que posteriormente fue confirmada por la S.4ª de esta Audiencia Provincial, y siempre teniendo en cuenta lo que ya recoge la resolución de instancia, esto es que pese a carecer de fuerza de cosa juzgada no cabe duda que sirve como antecedente lógico en las resoluciones declarativas y que lo acreditado en dicho procedimiento es apto como medio de prueba a valorar en el presente, recoge como hecho acreditado la posesión del paso inveterado, por la finca de la demandada, siendo frecuente y pacífico. La resolución dictada en la alzada, confirma la resolución indicada y si bien y por ello posteriormente se da razón a los hoy recurrente, se pronuncia en el sentido de ser cuestión ajena al procedimiento entonces debatido, el otro portillo existente en la finca nº NUM003, propiedad de la entonces demandada, con el camino carretil, ya que se ha acreditado la colocación de un candado en noviembre de 2001, tras la carta remitida por la actora, y a la que también en este proceso se hace referencia, pero establece así mismo que ello no ha impedido el paso desde el camino público a la

finca nº NUM003 ya que se acreditó que además del portillo con el candado, hay una escalera de acceso, y que de la finca de la demandada tras acceder de la forma indicada se accedía a la finca de la demandada y de ésta a la de la actora. Y rechaza la resolución la versión de la parte hoy también apelante de que resultaba ya imposible el acceso para los actores, a través de la finca nº NUM003, porque era imposible al haberse cerrado el paso desde noviembre de 2001. Pero es que a mayor abundamiento, lo que en este procedimiento por tanto viene adverbado es el paso existente de la finca de la actora a la de la demandada, paso al que hacía referencia el anterior procedimiento interdictal, y que por dicho paso se accedía al camino carretil. A mayor abundamiento la resolución de la S.4ª recoge el rechazo al motivo esgrimido por la parte recurrente basado en una errónea apreciación de la prueba, estimando correcta la efectuada por la sentencia de primera instancia, tanto documental, como interrogatorio de parte y testigos propuestos por ambas partes, familiares y ello por el conocimiento que tienen del caserío Janena, dividido en dos partes, como también se indica en este procedimiento, una de los demandados y otra de la familia Rosa Virginia Lorenza, de la que trae causa la finca nº NUM002, siendo su tía Dª Rosa, y primas que viven en el caserío, y siendo fundamental el testimonio del testigo propuesto por la parte apelante, D. Javier, vecino de los litigantes, quien declaró terminantemente que el paso a la finca nº NUM002 siempre se ha realizado por el camino carretil y a través del terreno de la demandada-apelante, testigo que también depuso en las presentes actuaciones, que con 64 años conoce claramente el lugar manteniendo el referido paso, por la parte norte, no por la sur como insiste la recurrente, y reconociendo la existencia de huellas de tractores y paso de pastores.

A ello se suma la valoración de la prueba pericial, en tal sentido prima facie, ha de rechazarse los argumentos relativos a la no admisión de la prueba pericial judicial, ya que la misma vino fundada en el *art.427.4 LEC*. Del resultado de la prueba referida amen de ser corroborada si cabe por la de la parte actora, se desprende la existencia del enclave de la finca actora y que en su día era objeto de explotación agrícola, antes manzanal y ahora para pasto, pero que en todo caso presentaba acceso para llevar a cabo tales labores, y que de las pruebas analizadas ha quedado constatado que la resolución de instancia no incurre en apreciación errónea ni arbitraria alguna en tal sentido.

No pueden prosperar las alegaciones dirigidas a desvirtuar los testimonios por las razones apuntadas, cuestión ésta que igualmente fue apuntada en el procedimiento anterior, y debidamente contestada, en cuanto que en procedimientos como el presente es lógico que la prueba testifical venga personificada en familiares y vecinos o incluso amigos de los contendientes, siendo función de los órganos judiciales la valoración de tales testimonios sin que la tacha obligue a invalidar los mismos. Por otro lado, resulta igualmente rechazable el argumento de la inexistencia de un paso inmemorial porque en todo caso y ante la permuta de terrenos habida, solo pudo existir el paso por donde pretende la actora desde el año 1928, fecha que permite mantener cumplido el requisito temporal establecido en la resolución conforme a la normativa que la misma aplica, sin que por otro lado, estime la Sala la consideración que con anuncio de un futuro recurso de amparo se realiza por la parte recurrente, ya que como bien indica una de las partes apeladas personadas, en concreto la representación del Sr. Jose Pablo, el *art. 9,3 de la CE* veta la irretroactividad respecto de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales.

QUINTO.- -Desestimado el recurso, deben imponerse las costas de esta alzada a la parte apelante, arts. 394 y 398 LEC.

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 Begoña frente a la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 3 de Gernika en autos de Procedimiento Ordinario nº 405/07, de fecha 21 de julio de 2008, Debemos Confirmar como Confirmamos dicha resolución, con imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

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.