

SAP de Bizkaia de 3 de diciembre de 1992

En Bilbao, a tres de diciembre de mil novecientos noventa y dos.

Vistos en grado de apelación ante la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial integrada por las Ilustrísimas Señoras Magistrados del margen los presentes autos de Juicio de Cognición nº 438/91 procedentes del Juzgado de la Instancia e Instrucción nº 2 de Getxo y seguidos entre partes: Como apelante: D. Lorenzo, representado por el Procurador D. Pedro Carnicero Santiago y dirigido por el Letrado Sr. Vitoria de Lecea; y como apeladas: Doña María Dolores y Doña María Nieves (1), representadas por el Procurador D. Germán Apalategui Carasa y dirigidas por la Letrado Sra. García Rolland.

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 8 de Octubre de 1991 es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por el Procurador D. Pedro Carnicero Santiago, en nombre Y representación de D. LORENZO y DOÑA NIEVES (2) contra DOÑA MARIA DOLORES MARIA NIEVES (1), D. JOSE y D. ALBERTO, debo absolver y absuelvo a estos de las pretensiones de aquéllos, con imposición a la actora de las costas procesales devengadas en el presente juicio. Así por esta mi sentencia, contra la que cabe recurso de apelación en ambos efectos y en el término de TRES DIAS desde su notificación, ante la Audiencia Provincial de Bilbao, lo promuevo, mando y firmo."

SEGUNDO.- Que publicada y notificada dicha Resolución a las partes litigantes, por la representación de D. Lorenzo se interpuso en tiempo y forma Recurso de Apelación que, admitido en ambos efectos por el Juzgado de Instancia y emplazadas las partes para ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos, comparecieron las partes apelante y apelada por medio de sus Procuradores; ordenándose a la recepción de los autos y personamientos efectuados la formación del presente Rollo al que correspondió el número 186/92 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Que solicitada por la parte apelada la unión del documento que a su escrito incorporaba en esta alzada, sin necesidad de recibir las actuaciones a prueba al amparo de los arts. 897, 863.2 y 506.2 de la L.E.C., por Auto de fecha 10 de Julio de 1992 y que es firme, se accedió a la referida solicitud.

CUARTO.- Que hecho el oportuno señalamiento y convocadas las partes para la vista del Recurso, se celebró este ante la Sala el pasado día 2 de Diciembre de 1992 en cuyo acto, la parte apelante solicitó por medio de su Letrado, la revocación de la Sentencia impugnada y que, en su lugar, se dicte otra resolución por la que de conformidad con el

suplico del escrito de demanda en su día formulada, se estime íntegramente la referida demanda con condena en costas de este pleito a las demandadas, tanto de las de primera instancia como de las de esta alzada.

La parte apelada solicitó del Tribunal una Sentencia íntegramente confirmatoria de la resolución recurrida, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante.

Terminado el acto, quedaron las actuaciones sobre la Mesa del Tribunal para deliberación y resolución.

QUINTO.- Que en la tramitación del presente recurso, se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrado Doña MARIA DEL CARMEN GARCIA MINGO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El Letrado de la parte actora-apelante, D. Lorenzo, solicita en esta alzada la revocación de la sentencia apelada y que en su lugar se dicte otra resolución por la que de conformidad con el suplico del escrito de demanda en su día formulada, se estime íntegramente la referida demanda, declarándose: 1).- que la finca descrita en el hecho primero de esta demanda propiedad del demandante, es predio dominante de una servidumbre de a, de la que es predio sirviente la descrita en el hecho segundo, propiedad de las demandadas, adquirida por prescripción inmemorial, incluso con anterioridad a entrada en visor del Código Civil; 2).- Que dicho camino atraviesa la finca descrita en el segundo hecho de la demanda, desembocando en el camino real público de la carretera de Arteaga, teniendo una anchura de unos 2 ó 3 metros y una longitud de unos 15 Ó 20 metros; 3). - Que se condene a los demandados a estar y pasar por las consecuencias de las anteriores declaraciones y a que en lo sucesivo se abstengan de perturbar el uso del referido camino; 4).- Que en trámite de ejecución de sentencia, se dirija mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad para que la inscripción de servidumbre tenga acceso al Registro; y 5). - Que se condene a las demandadas al pago de las costas de este pleito, dada su temeridad y mala fe y en relación con las leyes procesales vigentes.

La Letrado de la parte demandada-apelada, Doña María Dolores y Doña María Nieves (1), insta, por contra, la íntegra confirmación de la resolución apelada, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante, y ello por entender que la finca propiedad de sus patrocinadas no tiene relación alguna de dependencia o servidumbre respecto de ninguna otra finca, poniendo de manifiesto que la finca del demandante tiene dos salidas a vía pública por dos puntos cardinales y no existe ni ha existido paso alguno a través de la propiedad de las demandadas, quienes cerraron su finca adquirida sin cargas al amparo del artículo 388 del Código Civil, no hallándose, en consecuencia, legitimadas pasivamente sus mandantes.

La sentencia apelada desestima la excepción de falta de legitimación pasiva aducida por la parte demandada al entender el juzgador de instancia bien constituida la relación jurídica procesal en el presente litigio, por ser las demandadas titulares de la finca sobre la que se pretende la existencia de la servidumbre, desestimando, asimismo, la demanda interpuesta por la representación procesal del Sr. Astorquiza, absolviendo a Doña María Nieves (1) y Doña María Dolores, a D. José y D. Alberto, de las pretensiones de la parte actora, con imposición a esta última de las costas procesales devengadas en el juicio, y ello, por cuanto la parte demandante no ha acreditado mediante la prueba practicada que el ejercicio de la servidumbre se remonte a fecha anterior al 24 de Julio de 1889, requisito fundamental para la adquisición por prescripción inmemorial, debiendo mantenerse la presunción de libre propiedad ante la falta de prueba del gravamen afirmado por la actora.

En virtud del principio "tantum appellatum quantum devolutum", y a pesar de que la parte demandada invocó en su día, en el escrito de contestación a la demanda, la inadecuación del procedimiento incoado al amparo del art. 47 del Decreto de 21 de Noviembre de 1952, no procediendo la tramitación del juicio de cognición promovido por la contraparte, y sí el incidente prevenido en el art. 496 de la L.E.C., así como la excepción de falta de legitimación pasiva, desestimada por el juzgador "a quo en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada, lo cierto es que dicha parte demandada se ha conformado con la resolución recaída en primera instancia, no apelándola, motivo por el cual dichos pedimentos y extremos han devenido firmes, centrándose el examen y resolución de la presente alzada únicamente en la cuestión de fondo suscitada por la parte actora-apelante, esto es, la existencia o no de una servidumbre de paso adquirida por prescripción inmemorial.

SEGUNDO.- A la vista de las alegaciones de los Letrados de las partes apelante y apelada en el acto de la vista del presente recurso, resulta conveniente precisar que atendidos los términos de la pretensión de la parte demandante-recurrente, pesa sobre ella la carga de la prueba de la existencia de la servidumbre de paso discutida, ya que, según la doctrina jurisprudencial, como la propiedad se presume libre, quien afirma su gravamen tiene que justificarlo (Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de Mayo de 1962, 29 de Enero de 1964 y 23 de Diciembre de 1988), debiendo en caso de duda prevalecer tal presunción de libertad del fondo (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Septiembre de 1970, de 6 de Diciembre de 1985 y de 16 de Mayo de 1991).

La parte actora hoy apelante para justificar la adquisición de la servidumbre de paso, cuyo reconocimiento pretende en el presente procedimiento, ha invocado en su demanda como título el de la prescripción inmemorial al amparo de la legislación anterior al C. Civil. Respecto a ello y como acertadamente reconoce el Juzgador de la instancia, es de observar que aunque después de la entrada en vigor del referido C. Civil, las servidumbres discontinuas, como las de paso, no pueden ser adquiridas por prescripción ni siquiera inmemorial (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de Noviembre de 1.963, 16 de Abril de 1.969 y 15 de Febrero de 1.989 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca de 4 de Mayo de 1.992), por ser óbice a ello lo dispuesto en los artículos 539 y 540 del C. Civil, sin embargo, como en la legislación anterior al comienzo de la vigencia de éste, según la Ley XV, título 31 de la Partida 3", constituía forma de adquisición de estas servidumbres la prescripción de tiempo inmemorial, es obligado respetar las adquiridas por dicho medio bajo la legislación precedente, según así lo tiene dicho con reiteración el Tribunal Supremo (Sentencias de 19 de Noviembre de 1.939, 22

de Octubre de 1.955 y 15 de Febrero de 1.989, entre otras muchas), fundándose en que la Disposición transitoria 1ª del C. Civil declara aplicable la legislación antigua a los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el C. Civil los regule de otra manera o no los reconozca.

Asimismo y como también lo explicita el Juzgador "a quo" en la sentencia apelada en orden al problema controvertido de los requisitos que han de concurrir para la aplicación de la mencionada Ley de Partidas, ya se siga la línea jurisprudencial que sostiene que es inexcusable que se acredite que el ejercicio de la servidumbre era ya inmemorial cuando entró en vigor el C. Civil, habida cuenta de que los derechos que respeta la Disposición Transitoria 1ª son los "nacidos" de hechos realizados bajo el régimen de la legislación anterior, precisándose, pues, que la servidumbre de paso hubiese sido adquirida antes de la promulgación del C. Civil; ya la contraria según la cual basta justificar el ejercicio anterior de la servidumbre y la inmemorialidad actual, siendo ésta última interpretación la más favorable a reconocer la virtualidad de la prescripción inmemorial como medio de adquisición de las servidumbres discontinuas como la de paso; lo cierto es, que a modo de conclusión, lo esencial e imprescindible para la viabilidad de la pretensión de la parte demandante es que ésta acredite que la servidumbre de paso, cuyo reconocimiento pretende a través de la finca de la parte demandada, hubiere comenzado a usarse como tal antes del 24 de Julio de 1.889, fecha en que entró en vigor el C. Civil, sin lo cual no pueden aplicarse ni la Disposición Transitoria 1ª ni tampoco el artículo 1.939 del referido Cuerpo Legal, debiendo estarse, por tanto, en caso de no acreditación de dicho extremo a lo dispuesto en el artículo 539 que de forma clara y terminante, según se ha manifestado anteriormente, elimina todo género de prescripción, incluida la inmemorial, como modo de adquisición de esta clase de servidumbre.

TERCERO.- De la prueba practicada y obrante en autos, a efectos de resolución del presente recurso de apelación, conviene ser explicitados los siguientes medios probatorios: la documental consistente en un certificado del Secretario del Excmo. Ayuntamiento de la Anteiglesia de Gorniz (Bizkaia) relativo a que de conformidad con los datos obrantes en el Catastro de Rústica, para acceder a la heredad denominada JANENA-ALDE existen dos caminos: a) Camino carretil actualmente en desuso; y b) Camino existente en la parcela 85 del polígono 2 del referido catastro, así como plano del indicado polígono (folios 48 y 51 y SS); oficio del Ayuntamiento de la Anteiglesia de Gorniz en el que por el Alcalde-Presidente, D. Javier Quevedo Mezo, se certifica que ha existido y existe un camino de unos 15 a 20 metros de largo y unos 2 metros de ancho que va desde la carretera de Arteaga a la finca llamada JANENA-ALDE en el barrio de Uresaranse, camino existente desde tiempo inmemorial en lo que a su conocimiento tiene capacidad de recordar, existencia desde hace más de 20 años, siendo el camino más directo que hay desde la finca JANENA-ALDE en el barrio de Uresaranse de la Anteiglesia de Gorniz, no apareciendo el camino hoy en litigio en el plano del polígono no 2 finca 85 y 86 del Municipio de Gorniz, (folios 86 y 87); y documento acompañado en esta alzada por la parte demandada-apelada, del Ayuntamiento de la Anteiglesia de Gorniz relativa al informe técnico emitido por los servicios municipales con relación a la solicitud de reparación del camino de Fabrene, sito en el Bº Uresaranse de este Municipio, dando traslado de aquél a D. Fermín.

Asimismo, ha de destacarse la prueba testifical practicada en la instancia a solicitud de la parte demandante, reconociendo todos los testigos examinados la existencia desde

tiempo inmemorial de un camino en el barrio de Urensaranse en la Anteiglesia de Gorliz y que da acceso desde la carretera de Arteaga a Fanos, sabiendo y conociendo que dicho camino existe desde hace más de veinte años, dando también acceso el indicado camino a la finca JANENA-ALDE, propiedad del Sr. A. E. casado con la Sra. L., siendo el camino más directo para acceder a la vía pública, carretera de Arteaga, desde la finca propiedad del Sr. A., siendo el único camino actualmente para acceder a Fanos y a la finca JANENA-ALDE desde la carretera de Arteaga (preguntas 4ª, 5ª, 6ª, 8ª y 10ª). De los testimonios existentes en las actuaciones, merecen destacarse los siguientes extremos: D. Angel Antonio reconoce que conoce la existencia del camino por ser vecino del barrio desde hace 32 años, y que los caminos que puedan haber están a unos 300 rnts..de la zona a que se refiere la pregunta, siendo el camino litigioso el más útil por ser el más directo y único en esa zona (preguntas y repreguntas 2ª, 3ª, 4ª, 5ª, 8ª, 9ª y 10ª); D. Gabriel admite ser vecino desde hace 7 años y tener conocimiento en base al Catastro, siendo el camino a que se refiere la otra parte un atajo que es parte de la finca 85 a) y b) del Catastro del Municipio, creyendo que es cierta la existencia de otro camino público de acceso situado al oeste y que ha sido cerrado recientemente por los colindantes (preguntas y repreguntas 3ª, 4ª, 5ª, 7ª y 10ª) ; Doña Berena quien admite ser vecina desde hace 55 años y que aún siendo cierta la existencia de dos caminos, uno, el que colinda con la casa del Sr. Garay es el que han cerrado recientemente y otro, el que linda con la casa del Sr. Garay, es el que se encuentra intransitable, lleno de maleza desde hace más de 35 años (preguntas y repreguntas 3ª y 10ª); Doña Begoña, quien reconoce ser vecina desde hace 49 años y al igual que la anterior testigo admite la existencia de dos caminos, uno cerrado recientemente y otro - intransitable desde hace más de 35 años y que se encuentra lleno de maleza (preguntas y repreguntas 3ª y 10ª); Doña Benita, vecina del lugar desde hace 60 años y que se afirma en que no tiene más caminos que el litigioso (preguntas y repreguntas 3' y 10") ; D. Emilio, vecino desde hace 50 años, quien se afirma en la existencia anterior de otro camino actualmente intransitable, motivo por el cual no hay más que un camino, el litigioso, recientemente cerrado, no teniendo el Sr. A. ningún camino por el este, y por el oeste el ya aludido e intransitable (preguntas y repreguntas 3ª, 4ª, 6ª y 10ª) ; Doña Luisa, vecina desde hace 70 años, D. Jesús, vecino desde hace 47 años, y D. Claudio, desde hace 59 años, reconociendo todos ellos que no existe otro camino que el litigioso, que no es un atajo, aparte del que se encuentra intransitable desde hace muchísimos años (preguntas y repreguntas 3ª, 4ª, 7ª, 8ª, 9ª y 10ª).

Por último, la confesión judicial de los demandados, D. José y D. Alberto quienes aluden a que al ser sus mujeres las titulares de la finca no les afectan las posiciones, y de Doña Mª Nieves (1) y Dª Mª Dolores quienes admiten entre otros extremos que les consta que su madre no dejaba pasar por la finca, negando la existencia desde tiempos inmemoriales del camino que transcurre desde la carretera de Arteaga a Fanos y a la finca del Sr. A., existiendo otros caminos para ir a Fanos y a la finca del Sr. A., no existiendo el camino pretendido (posiciones 6ª, 9ª y 10ª, 15ª, 18ª y 19ª); y testifical a instancias de la parte demandada, en la persona de Doña Antonia, prima carnal del demandante con quien no está enemistada, teniendo interés en que ganen los señores Iturregui porque tienen razón, negando que el camino que reclama el Sr. A. fuera por el terreno que ella utiliza, constándole que Doña Mª Dolores y Doña Nieves (1) vendieron parte de la finca a los inquilinos del caserío Fauena, porque a los inquilinos del mismo interesaba acceder a la propiedad del terreno arrendado (preguntas y repreguntas generales de la ley y quinta).

CUARTO.- A la luz de la doctrina jurisprudencial explicitada y valorando y ponderando lógicamente y razonablemente el resultado del material probatorio analizado y obrante en autos, esta Sala considera procede la desestimación del recurso de apelación interpuesto y por ende, la íntegra confirmación de la sentencia apelada, ya que al margen de la problemática y discusión suscitada en esta litis sobre la posible existencia de otro camino, lo esencial es que la parte actora hoy apelante no ha traído a los autos prueba objetiva y concluyente acreditativa de la legitimidad y procedencia de su pedimento de adquisición de servidumbre de paso, cuyo reconocimiento pretende a través de la finca de la parte demandada-apelada por prescripción inmemorial, en consecuencia, de que hubiere-comenzado a usarse la misma como tal antes del 24 de Julio de 1.889, fecha en que entró en vigor el C. Civil, presupuesto necesario e imprescindible sin el cual no puede aplicarse ni la Disposición Transitoria ni el art. 1.939 del referido Cuerpo Legal, lo que conduce a que deba estarse a lo dispuesto en el artículo 539 del indicado C. Civil que elimina todo género de prescripción, incluida la inmemorial como modo de adquisición de esta clase de servidumbres discontinuas como la presente, la de paso.

Si bien es cierto que los testigos que han depuesto a instancia de la parte actora-recurrente han afirmado que a la finca de ésta se accedía a través del camino existente en la finca de la parte demandada, único camino directo y actual al haber devenido intransitable el otro existente, y que se ha procedido a cercarlo por esta última, de tal afirmación, sin embargo, no puede deducirse sin más la adquisición del derecho de servidumbre por prescripción inmemorial en los términos anteriormente expuestos, ya que como reconoce acertadamente el juzgador "a quo" aunque no conste la edad de los testigos, a pesar de la cual, puede suponerse a juicio de este Tribunal que no pudiendo superar la edad de los mismos los cien años, y teniendo en cuenta los datos obrantes en sus testimonios, el mayor ámbito temporal al que se alude es el de 60 años de vecindad de Doña Venita, y de 70 años de Doña Luisa, datos éstos de los que no puede inferirse que el paso hubiere comenzado a usarse con anterioridad a la entrada en vigor del C. Civil, 24 de Julio de 1.889, no arrojando luz alguna tampoco con relación a este extremo la documental practicada.

Por cuanto se ha expuesto, procede mantener la desestimación de la demanda contenida en el fallo de la sentencia apelada al no haber acreditado la parte actora al amparo del artículo 1.214 del C. Civil que consagra el principio del "onus probandi", la concurrencia en el caso de autos de los presupuestos exigidos para la viabilidad de su pretensión de declaración y reconocimiento de la servidumbre de paso existente sobre la finca propiedad de la parte demandada adquirida por prescripción inmemorial, ausencia o deficiencia de prueba que debe pesar sobre aquella parte a quien incumbía y correspondía la carga de la misma (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de Abril y 12 de Noviembre de 1.990, 28 de Enero y 28 de Febrero de 1.991), esto es, sobre la parte demandante hoy apelante, motivo por el cual debe prevalecer la presunción de libertad de fundo al no haberse justificado el afirmado gravamen existente (Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de Diciembre de 1.985 y 16 de Mayo de 1.991).

El Letrado de la parte apelante aduce en el acto de la vista de esta alzada la aplicación del artículo 128 de la Ley 311.992, de 1 de Julio, de Derecho Civil Foral del País Vasco, el cual preceptúa que "la servidumbre de paso se adquiere en virtud de título o por prescripción de veinte años", y de la Disposición transitoria 4ª, "la posesión de una servidumbre de paso comenzada antes de la vigencia de esta Ley aprovechará al

poseedor a efectos de su adquisición por prescripción", disposiciones legales ambas que conducen en opinión del indicado Letrado a la estimación de la demanda interpuesta al haber quedado acreditado que el camino litigioso se ha venido usando hace veinte años, estimación de la pretensión actora que en su caso también resultaría procedente en opinión del Letrado recurrente por aplicación subsidiaria del artículo 564 del C. Civil, constitución forzosa de servidumbre de paso, al ser el camino objeto de la litis el único camino existente de acceso a vía pública, directo y a través de fincas colindantes. No obstante y a pesar de las alegaciones del Letrado recurrente, ha de precisarse que la Disposición Foral de la Ley 3/1.992 establece que "la presente Ley se publicará en el Boletín Oficial del País Vasco y en los territorios históricos que la componen, y entrará en vigor a los tres meses de su publicación íntegra en el primero de ellos, publicación en el B.O.P.V. que tuvo lugar el día 7 de Agosto de 1.992, habiéndose interpuesto recurso contra la misma, extremos éstos de los que se infiere la imposibilidad de aplicar las disposiciones de la Ley del Derecho Civil Foral del País Vasco al caso de autos, cuya demanda fue interpuesta el 21 de Noviembre de 1.990 dictándose sentencia en la instancia el 8 de Octubre de 1.991, fecha en la que no se hallaba obviamente en vigor la referida Ley por lo que mal podría hacer uso el Juzgador "a quo" del principio "iura novit curia" como se pretende por la parte apelante.

Sin embargo y con independencia de lo explicitado, esta Sala considera no puede entrar en el examen, análisis y resolución de las indicadas pretensiones, art. 128 de la Ley 3/1.992, de 1 de Julio, y art. 564 del C. Civil, realizadas en esta alzada y ello por cuanto como se ha venido reconociendo por reitera doctrina jurisprudencial mantenida en torno al principio de congruencia consagrada en el artículo 359 de la L.E.C., los Jueces y Tribunales en el ordenamiento positivo español gozan de la facultad de indagar y escoger la norma jurídica aplicable al caso controvertido, aunque no las hubiesen invocado las partes, teniendo en cuenta para ello únicamente el subordinar esa actuación a la iniciativa privada, pero no a la designación de norma por las partes, o a su alegación errónea, y por tanto, sin repercusión para la eficacia de la pretensión o defensa si el hecho fijado encaja en la norma que el Juzgador estime correcta, a menos de una equivocación evidente, puesto que la acción se individualiza por el hecho y, en consecuencia, sólo es posible la incongruencia por la alteración de los hechos y de la "causa petendi" y no por el cambio de vista jurídico, y todo ello en virtud del principio "iura novit curia" (Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de Junio de 1.988, 16 de Octubre 1.988, 6 de Abril y 24 de Julio de 1.990 y 13 de Febrero de 1.991). Con relación al indicado principio "iura novit curia" alegado por el Letrado recurrente en la vista de esta alzada, ha de precisarse que el mismo autoriza al órgano jurisdiccional el aplicar en supuesto de controversia judicial las normas jurídicas que estime procedentes, así como modificar el fundamento jurídico en que se basan las pretensiones de las partes, con la simple exigencia de concordar la decisión con las cuestiones de hecho y derecho que los litigantes sometan a conocimiento sin alterar la causa de pedir esgrimida en el proceso ni transformar el problema planteado en otro distinto. Así pues, la alteración de los hechos y de "la causa petendi" constituye el planteamiento de una cuestión nueva, no suscitada en la litis en los correspondientes escritos alegatorios de la instancia, y que como tal no debe ser analizada ni resuelta por el Tribunal "ad quem" ya que su apreciación comportaría una evidente indefensión de la contraparte a quien se le habría privado, en tal caso, de hacer las alegaciones y formular las pruebas que entendiera pertinentes en apoyo de su derecho (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de Mayo y 11 de Julio de 1.990).

Debe, pues, ser mantenida como se ha expuesto con anterioridad, la desestimación del recurso de apelación interpuesto y por ende, la íntegra confirmación de la sentencia apelada ya que a la vista del contenido del suplico del escrito de demanda en su día interpuesto por la parte actora hoy apelante y explicitado en el fundamento jurídico primero de la presente resolución, los nuevos pedimentos realizados por el Letrado recurrente en el acto de la vista de esta alzada, al amparo del artículo 128 de la Ley 3/1.992, de 1 de Julio y del artículo 564 del C. Civil, suponen la alteración de la "causa petendi" o causa de pedir esgrimida en el proceso y en el correspondiente escrito alegatorio de la parte demandante, y en consecuencia, el planteamiento de unas cuestiones nuevas y no como se alega por aquél, la mera observancia del principio "iura novit curia".

QUINTO.- En cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia, deben ser impuestas a la parte apelante al amparo del artículo 896.3 de la L.E.C.

VISTOS los preceptos 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 procesal de D. Lorenzo contra la sentencia dictada por el Juzgado de la Instancia e Instrucción no 2 de Getxo, de fecha 9 de Octubre de 1.991, en autos de Juicio de Cognición no 438/91, debemos confirmar y confirmamos íntegramente la mencionada resolución, con expresa imposición de las costas procesales causadas en esta instancia a la parte apelante.

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. Papel de Oficio de la Administración de Justicia en la Comunidad Autónoma del País Vasco

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. Magistrados que la firman y leída por la Ilma. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretario certifico.