

## SAP de Bizkaia de 10 de octubre de 2007

En la Villa de Bilbao, a diez de octubre de dos mil siete.

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 744/06, procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 13 DE LOS DE BILBAO y seguidos entre partes como apelante D<sup>a</sup> Carolina, representado por el Procurador D. Francisco R. Atela Arana y dirigido por el Letrado D- Juan M. Izaguirre Zugazaga y como apelado D. Silvio, representado por el Procurador D. José A. Hernandez Uribarri y dirigido por el Letrado Sr. Iturriaga Sagarminaga y D. CARLOS SATISTEBAN DE LA LAMA, 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 6 de Marzo de 2007 es del tenor literal siguiente:" FALLO: SE ESTIMA LA DEMANDA interpuesta por el Procurador Sr. Hernández Uribarri en nombre y representación de Don Silvio contra Doña Carolina, declarando que el monte Olabarriburu que figura inscrito en el registro de la Propiedad nº 4 de los de Bilbao al Libro NUM000 de Orozco, Folio NUM001, Finca NUM002, inscripción NUM003, propiedad del demandante tiene a su favor una servidumbre de paso sobre la finca de la demandada, inscrita en el tomo NUM004, libro NUM003 de Orozco, folio NUM005, finca NUM006, inscripción 4<sup>a</sup>. Esta servidumbre transcurre por el camino que nace de la finca del demandante y prosigue en dos pistas paralelas hasta llegar a confluir en una, desembocando en la pista vecinal de Etxebarri a Olabarri-Andikoa.

La demandada mantendrá a quien sea propietario del predio dominante en la quieta y pacífica posesión, uso y disfrute de la referida servidumbre.

Se condena en costas a la parte demandada.

MODO DE IMPUGNACIÓN: Mediante recurso de APELACIÓN ante la Audiencia Provincial de BIZKAIA (*art. 455 LEC*).

El recurso se preparará por medio de escrito presentado en este Juzgado dentro del plazo CINCO DIAS hábiles contados desde el día siguiente a la notificación de aquella, limitado a citar la resolución apelada, manifestando la voluntad de recurrir, con expresión de los pronunciamientos que impugna (*art. 457.2 LEC*).

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 D<sup>a</sup> Carolina se interpuso en tiempo y en forma Recurso de Apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia se dio traslado a las demás partes personadas para impugnación u oposición verificándolo mediante escrito oponiéndose al recurso. Emplazadas las partes para ante este Tribunal y subsiguiente remisión de los autos, comparecieron las partes por medio de su Procurador; ordenándose a la recepción de autos y personamientos efectuados la formación del presente Rollo al que correspondió el número 271/07 de Registro y que se sustanció con arreglo a los trámites de su clase.

TERCERO.- Que con fecha 18 Julio de 2007 se señaló el día 9 de Octubre de 2007 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 Dña. M<sup>a</sup> CONCEPCION MARCO CACHO.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- La parte apelante sostiene que no consta probado título suficiente para que se alegue la existencia de servidumbre ni se ha producido la prescripción adquisitiva por el transcurso del tiempo, ni se ha poseído en ningún momento por el actor; invoca que el paso por el camino del demandado fue esporádico y por mera tolerancia del dueño, por lo que no puede ganar esos períodos a su favor; en el procedimiento en ningún momento se ha intentado por la actora delimitar el título por el que se crea o consta servidumbre; el juzgador omite cualquier referencia a este punto ni fundamenta de la existencia de la servidumbre sin ofrecer razón del título que la constituyó, por lo que la sentencia debe ser revocada al infringir la normativa de aplicación a esta institución; ninguno de los usos se han realizado con posterioridad al año 1992, por lo tanto, conforme a la Ley Foral aplicable resulta obvio que la legislación aplicable al caso es la dispuesta en el Código Civil, legislación que impide la adquisición de servidumbre por usucapión.

Por último, acreditado que la finca del actor tiene otro camino por el que puede acceder, resulta imposible que se constituya una servidumbre forzosa; el camino que discurre, por el viento este ahora pertenece a los pertenecidos de su hermano; el camino está en uso y en condiciones; mientras que el del objeto de la litis está en desuso y necesita de obras de acondicionamiento; por lo que nuevamente se infringe la normativa aplicable por la sentencia que ahora se recurre.

En definitiva, se solicita la revocación de la sentencia.

SEGUNDO.- Es preciso recordar que la parte actora en la demanda ejercita la acción característica del derecho real de servidumbre, la acción confesoria que corresponde al dueño del predio dominante o titular de la servidumbre contra quien le perturbe en el ejercicio de la misma o la desconozca, para que se reconozca o respete su existencia, con una finalidad ya declarativa, ya de restitución, poniendo fin a una situación contraria a la servidumbre, y ello supone que debe acreditar que por el camino que la

demandada niega el paso ha existido una servidumbre a favor de su parte - actor-; este es el juego del debate jurídico; la demandada se ampara en que dicho paso fue esporádico, de mera tolerancia, que no constituyó ningún derecho; y así en referencia a la alegación de la parte apelante de que el juzgador no ha razonado la existencia de título a favor del actor para invocar su derecho de servidumbre cabe recordar que cuando la Ley habla de título de adquisición de servidumbre - arts. 537, 539 del Código Civil EDL 1889/1 art.537 EDL 1889/1 art.539 EDL 1889/1 - no se está refiriendo sólo a título documentado, sino al negocio jurídico en cuya virtud aquélla se ha constituido, es decir, al pacto o convenio que dio nacimiento a la servidumbre. En palabras de la STS de 21 de diciembre de 1990 EDJ1990/11849, a efectos de la adquisición por virtud de título, ha de entenderse por éste todo acto jurídico, bien sea oneroso o gratuito "ínter vivos" o de última voluntad, negocio jurídico que da nacimiento a la servidumbre, no al documento en que este acto se hace constar. El hecho de que tal pacto o acuerdo no haya quedado documentado no debe conducir como pretende el actor a la tesis de su inexistencia si hay, como en el presente caso, otros elementos de juicio que llevan al entendimiento de que el estado de cosas existente permite o bien presumir que hubo título originario en un negocio jurídico preexistente, o que se ha producido un consentimiento tácito. De ello que, indudablemente, la parte actora lo que pretende es acreditar que desde siempre y por su antecesor y el de los demandados ya existió pacto por el que se constituyó el paso.

Precisamente en los términos en que el debate se ha delimitado por los litigantes, resulta procedente la prueba testifical; es reiterada y abundante, como recoge el juzgador en sentencia, los testigos que afirman que a favor del actor se constituyó paso por el camino que discurre en los terrenos de la demandada y desde hace años hasta hace poco; en este sentido el testigo Sr. Andrés así lo reconoce; esta manifestación destruye tanto la versión de que desde 1992 no hay paso, como que ha sido ocasional; el mismo testigo afirma, junto con otros de la zona, que han pasado por el camino para la tala de árboles destinados para fábricas de la zona.

Por ello, debemos recordar que en relación a la prueba de testigos tiene dicho esta Sala que cabe recordar la sentencia de la AP de Guadalajara de 31 de octubre 2006 que, previamente analizando la invocada parcialidad de los testigos por razón de dependencia jerárquica, señala entre otras en sentencias de fechas, 30-12-2005, 24-6-2003, 24-6-2003 y 29-11-2001, ya resultaba tradicional al amparo de la normativa procesal anterior la Jurisprudencia que declaraba que la circunstancia de que los testigos propuestos fueran empleados, amigos o incluso parientes de uno de los litigantes, no comportaba su incapacidad para declarar, dado que dicha condición podría suponer, a lo sumo, un interés indirecto, subordinado o dependiente, pero no el interés directo al que se refería el *párrafo primero del art. 1247 C.C EDL1889/1.*, por lo que representaría únicamente la posibilidad de tachar al testigo, pero no su inhabilitación. Únicamente la posibilidad de tachar al testigo, pero no su inhabilitación para testificar, Ss. T.S. 23-11-1990, 5-7-1991 y en semejantes términos 30-11-1991 y 28-10-1997, que concretaron que el interés directo a los fines mencionados ha de entenderse en el sentido de efecto de cosa juzgada de la sentencia, de modo que solo si esta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses quedará este afecto por la causa de inhabilitación referenciada; habiendo precisado las mencionadas sentencias que la tacha de los testigos o la posibilidad de ser tachados no impide al Juzgador estimar en todo o en parte el valor probatorio de sus declaraciones, en análogos términos Ss. T.S. 12-11-1985, 16-2-1989, 1-6-1989, 10-11-1989; 20-7-1995, 12-6-1998, 12-11-1998, 17-11-1998, 21-12-

1998, posibilidad de valoración de dicha prueba que igualmente se infiere del contenido del actual *art. 376 L.E.C EDL2000/77463.*, que establece que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado, precepto que ha de ser puesto en relación con el contenido de los *arts.360 y 361 de la L.E.C EDL2000/77463.*, *el primero* de los cuales, al explicitar el contenido de esta prueba, apunta que las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio; infiriéndose del segundo, relativo a la idoneidad para ser testigos, que podrán serlo todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos, no es menos cierto que el hecho de que la relación de próximo parentesco de la testigo con los actores e incluso con la señora letrada que defiende sus intereses no comportara la inhabilidad para declarar de aquella, no impide que dicha circunstancia pudiere y debiere ser tenida en consideración por la Juzgadora al valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como previene el mencionado *art. 376 L.E.C EDL2000/77463.*

Dice la Sentencia de la AP de Toledo en fecha reciente de 9 de Octubre de 2006, en igual sentido al reiterado en numerosas sentencias anteriores de esta Sala precedentes que ha venido interpretando el derogado únicamente la posibilidad de tachar al testigo, pero no su inhabilitación para testificar, Ss. T.S. 23-11-1990, 5-7-1991 y en semejantes términos 30-11-1991 y 28-10-1997, que concretaron que el interés directo a los fines mencionados ha de entenderse en el sentido de efecto de cosa juzgada de la sentencia, de modo que solo si esta va a afectar al testigo en su persona, bienes o intereses quedará este afecto por la causa de inhabilitación referenciada; habiendo precisado las mencionadas sentencias que la tacha de los testigos o la posibilidad de ser tachados no impide al Juzgador estimar en todo o en parte el valor probatorio de sus declaraciones, en análogos términos Ss. T.S. 12-11-1985, 16-2-1989, 1-6-1989, 10-11-1989; 20-7-1995, 12-6-1998, 12-11-1998, 17-11-1998, 21-12-1998, posibilidad de valoración de dicha prueba que igualmente se infiere del contenido del actual *art. 376 L.E.C EDL2000/77463.*, que establece que los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado, precepto que ha de ser puesto en relación con el contenido de los *arts.360 y 361 de la L.E.C EDL2000/77463.*, *el primero* de los cuales, al explicitar el contenido de esta prueba, apunta que las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio; infiriéndose del segundo, relativo a la idoneidad para ser testigos, que podrán serlo todas las personas, salvo las que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos, no es menos cierto que el hecho de que la relación de próximo parentesco de la testigo con los actores e incluso con la señora letrada que defiende sus intereses no comportara la inhabilidad para declarar de aquella, no impide que dicha circunstancia pudiere y debiere ser tenida en

consideración por la Juzgadora al valorar la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como previene el mencionado *art. 376 L.E.C EDL2000/77463*.

De estas afirmaciones se colige las referencias del juzgador al ámbito de aplicación territorial de la *Ley Foral de 1992 en cuya disposición transitoria tercera y cuarta* ofrece a quien poseía la servidumbre el plazo anterior a esta ley como favorable al cómputo a los efectos de la adquisición por el transcurso del tiempo. Y siendo que desvirtuada la afirmación del apelante de que después de la entrada en vigor de esta ley no se haya permitido la servidumbre de paso a favor del actor, resulta evidente que por aplicación del *artículo 128 de esta Ley Foral* el actor ha adquirido y ostenta título suficiente de adquisición de la servidumbre por el transcurso del tiempo en el plazo establecido en el mencionado precepto.

Igualmente, estima el Tribunal que las pruebas practicadas en el procedimiento - testificales y periciales- son rotundas a favor del actor para acreditar que siempre ha existido el camino, que siempre han pasado los familiares del actor - el padre ya contribuyó para el acondicionamiento del terreno - y con asiduidad y a lo largo de esos años; en lo referente a la situación actual del camino, recordar las pruebas periciales, siendo la aportada por la demandada desvirtuada en el acto del juicio cuando admite que tras la limpieza de hierbajos se puede pasar sin impedimento y que es más corto que por el camino que discurre por el viento este, de mayor peligrosidad y angostidad.

En definitiva, el juzgador ha realizado una ponderada y ajustada valoración de la prueba practicada y, por tanto, debe ser ratificada porque, como reiteradamente tiene establecido esta Sala y como recuerda nuevamente la Sentencia del TS Sala I en resolución de 11 de diciembre 2006 Esta Sala ha dicho reiteradas veces que la apreciación de la prueba es competencia de la Sala de instancia, aunque cabe en casación la censura de la irrazonabilidad o arbitrariedad (Sentencias del Tribunal Constitucional 37/1982 EDJ1982/37, 68/1983 EDJ1983/68, 123/1987 EDJ1987/123, 140/1995 EDJ1995/4492, entre otras; y de esta Sala 4 de noviembre de 1993 EDJ1993/9891, 7 de junio de 1995 EDJ1995/2653, entre otras muchas), así como la estimación de un error de derecho en la valoración, que ha de realizarse con cita de la concreta norma de valoración que resulta infringida, dado que no es función de la casación constituirse en una tercera instancia, ni revisar el soporte fáctico, sino valorar la correcta aplicación del ordenamiento (Sentencias de 31 de mayo de 2000 EDJ2000/14314, 12 de abril de 2003, 28 de octubre de 2004 EDJ2004/159575, 9 de mayo de 2005 EDJ2005/71452, etc.)

Igualmente la sentencia de la AP de Pontevedra de 16 de noviembre de 2006 en la que se señala que "Centrada así la cuestión, como se ha indicado anteriormente, basa la apelante su recurso, conforme alegó su dirección jurídica en el escrito de interposición del mismo, en una errónea apreciación de la prueba practicada por el Juez "a quo", lo que debe conectarse con la infracción del *artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL2000/77463* y demás normas relativas a la carga de la prueba. En este sentido son muchas las Sentencias del Tribunal Supremo, y por ello huelga su cita concreta y específica al ser sobradamente conocidas, las que nos dicen que el recurso de apelación es de los llamados de plena jurisdicción, por lo que permite a la Sala entrar en el debate de todas las cuestiones controvertidas, tanto procesales como de fondo, y dentro de éstas tanto la comprobación de la adecuación e idoneidad de la fundamentación jurídica que se contiene en la resolución recurrida, como la revisión de todas aquellas operaciones

relativas a la valoración global y conjunta de la prueba practicada, pudiendo llegar a idénticas o discordantes conclusiones a las mantenidas por el Juez "a quo", en la sentencia apelada. Cuando la cuestión debatida por la vía del recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juez "a quo" sobre la base de la actividad desarrollada en el acto del juicio, debe partirse, en principio, de la singular autoridad de la que goza la apreciación probatoria realizada por el Juez ante la que se ha celebrado el acto solemne del juicio en el que adquieren plena efectividad los principios de inmediación, contradicción, concentración y oralidad, pudiendo la Juzgadora desde su privilegiada y exclusiva posición, intervenir de modo directo en la actividad probatoria y apreciar personalmente su resultado, así como la forma de expresarse y conducirse de las partes y los testigos en su narración de los hechos y la razón del conocimiento de éstos, ventajas de las que, en cambio, carece el Tribunal llamado a revisar dicha valoración en segunda instancia, exigencia que no se cumple ni siquiera con el visionado del soporte informático del acta, pues, como ya hemos dicho, no tiene la posibilidad de intervenir que posee el Juez "a quo". De ahí que el uso que haya hecho el Juez de su facultad de libre apreciación o apreciación en conciencia de las pruebas practicadas en el juicio, siempre que tal proceso valorativo se motive o razone adecuadamente en la sentencia (Sentencias del Tribunal Constitucional de fechas 17 de diciembre de 1985, 23 de junio de 1986, 13 de mayo de 1987, 2 de julio de 1990, 4 de diciembre de 1992 y 3 de octubre de 1994, entre otras), únicamente deba ser rectificado, bien cuando en verdad sea ficticio o bien cuando un detenido y ponderado examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador "a quo" de tal magnitud y diafanidad que haga necesaria, con criterios objetivos y sin el riesgo de incurrir en discutibles y subjetivas interpretaciones del componente probatorio existente en autos, una modificación de la realidad fáctica establecida en la resolución apelada. La revisión jurisdiccional del juicio de hecho en el segundo grado jurisdiccional se incardina en una estructura jurídica claramente pergeñada por el legislador: infracción de las normas que regulan la valoración de la prueba denunciada en las alegaciones que sirvan de base a la impugnación de la sentencia (*artículo 458.1 LEC EDL2000/77463*).

O como recuerda la sentencia de la AP de Valladolid de 18 de octubre 2006 y que esta Sala tiene dicho con reiteración, que la ponderación probatoria corresponde de forma primera y primordial al juzgador de instancia que sabido es, opera con las ventajas que confieren la inmediación, oralidad y contradicción, de manera que en esta alzada, y a pesar del conocimiento pleno que de la cuestión tiene el Tribunal de apelación, este se limita a verificar si en la valoración conjunta del material probatorio, el juez de origen se ha comportado de forma ilógica, arbitraria o contraria a las máximas de experiencia o a las reglas de la sana crítica.

TERCERO.- Desestimado el recurso, procede la imposición a la parte apelante de las costas de esta alzada.

Vistos los preceptos legales citados en esta sentencia y en la apelada, y demás pertinentes y de general 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 con desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de D<sup>a</sup> Carolina, contra la Sentencia de fecha 6 de Marzo de 2007, dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 13 de los de Bilbao, en autos de Procedimiento Ordinario nº 744/06 y de que este rollo dimana, debemos confirmar como confirmamos dicha resolución, con imposición de las costas de esta segunda instancia a la parte apelante.

Firme esta resolución, 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.

**PUBLICACIÓN.-** Dada, leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Juez que la dictó, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que yo el Secretario doy fe.