

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON**  
**SALA CIVIL Y PENAL**  
**ZARAGOZA**

Recurso de Casación e infracción procesal número 39/2016

**S E N T E N C I A   N U M .   V E I N T I S E I S**

**Excmo. Sr. Presidente** /  
**D. Manuel Bellido Aspas** /  
**Ilmos. Sres. Magistrados** /  
**D. Fernando Zubiri de Salinas** /  
**D. Javier Seoane Prado** /  
**D<sup>a</sup>. Carmen Samanes Ara** /  
**D. Ignacio Martínez Lasierra** /

En Zaragoza, a dieciséis de noviembre de dos mil dieciséis.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación e infracción procesal número 39/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 5 de mayo de 2016, recaída en el rollo de apelación número 244/2015, dimanante de autos de procedimiento ordinario núm. 198/2014, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, en el que son partes, como recurrente, D. Joaquín N. M., representado por el Procurador de los Tribunales D. José Javier Muzás Rota y dirigido por el Letrado D. Antonio Martínez Blazquez, frente a D. Julio N. M., representado por la Procuradora

de los Tribunales D<sup>a</sup>. Rosario Viñuales Royo y dirigido por la Letrada D<sup>a</sup>. Carmen Esteban Gran.

Es Ponente el Presidente de esta Sala Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. Begoña Cebollero Galicia, actuando en nombre y representación de D. Julio N. M., presentó demanda ejerciendo la acción reivindicatoria y de deslinde, así como la acción negatoria de servidumbre contra D. Joaquín N. M., en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando, “dicte sentencia en la que se declare:

1) Que las fincas 309 y 313 descritas en el hecho primero de la demanda, pertenecen en pleno dominio al demandante, señalando el límite entre la finca 313 y la 310 del demandado, de 300 m<sup>2</sup>, de acuerdo con el plano aportado como Doc 20 y pericial del demandante e incluyendo la finca 309, de acuerdo con los mismos planos, los jardines segregados de la Finca La F. y P. de la Casa conocidos como “El P.” y “El J. del C.”, que limitan con “El C.” y la “C. V.”.

2) Que el inmueble conocido como “C. R.”, el “J. del C.” y el “P.”, no forman parte de la finca 341 “C. P.”, ni por tanto del legado de D. Joaquín N. M. y son de titularidad de D. Julio N. M.

3) Que se declare que el demandado carece de título alguno que le legitime su posesión sobre las referidas fincas, y que por tanto la ocupación por el demandado es ilegítima.

4) Que el demandado abandone y deje de ocupar las referidas fincas, y proceda a hacer suelta y dejación de la misma a favor de mi representado y se abstenga en adelante de realizar cualquier acto perturbador de la pacífica posesión y disfrute de mi representado sobre sus fincas, y se abstenga de llevar a cabo cualquier tipo de disposición que cuestione la propiedad de mi representado.

5) Que las fincas 310 y 341, propiedad del demandado y descritas en el Hecho segundo de esta demanda, no ostentan los derechos reales de paso en calidad de predio dominante, sobre la finca 313 propiedad del actor, como predio sirviente a que se refiere el Hecho tercero de la demanda.

6) Que se condene al demandado a reparar los desperfectos causados en la finca 313 de D. Julio N., al construir en la misma 2 muros de hormigón, que han dejado cimentación en el suelo, estropeando el jardín.

7) que se condene al demandado al pago de las costas procesales.”

Por otrosí se propuso la práctica de prueba.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo, oponiéndose al presentado de contrario, en base a los hechos y fundamento que expresó en ella, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta por D. Julio N. M.

Por la parte se presentó demanda reconvenional, con base en los hechos y fundamentos de derecho que en ella expresó, para terminar suplicando que “tenga por formulada reconvenición, y de conformidad con lo expuesto, tras los trámites que legalmente procedan, dicte sentencia por la que estimando las acciones confesoria y de responsabilidad extracontractual ejercitadas:

1.1 Declare que la FR 341 es predio dominante y las FR 313 y 309 sirvientes de una servidumbre de paso de peatones (paso 1.A) que, con entrada desde la C/ S. M. (antes C. de C.) discurre (entrando a la izquierda) a través de senda/camino en jardín hasta la puerta principal de la “C. V. de P.” y su “J.”.

1.2 Declare que la FR 310 es predio dominante y la FR 313 sirviente de una servidumbre de paso de vehículos y personas (paso 1.B) consistente en camino marcado por bandas de roderas y que, con entrada desde la C/ S. M. (antes C. de C.) por verja de hierro (a la derecha) bordeando el linde la finca FR 313 en dirección noroeste, permite el acceso de peatones y vehículos al “H. de la C. V. de P.” –siendo su único acceso- (FR310).

1.3 Declare que la FR 341 es predio dominante de servidumbre de paso de patones y vehículos de la que es sirviente la FR 309; consistente en un camino pavimentado (Paso 2.A) que, con entrada por c/ B. B. 7<sup>a</sup> (antes C. de A.), accede hasta “C. P.” -inclusive su almacén y K.-, las zonas de estacionamiento de la “E. de P.”, y “C. V. de P.”, en especial leñero, cuarto de aguas y bodega de la C. V. y T., antiguas cuadras de la C. V.-.

1.4 Declare que la FR 3341 es dominante y la FR 309 sirviente de una servidumbre de paso de personas (paso 2.B) con entrada por c/ B. B. 7<sup>a</sup> (antes C. de A.), a través de la verja en muro que da acceso a camino pavimentado y, de frente, por escalera existente desemboca en acera del jardín de la C. v. de P. permitiendo el acceso a la puerta principal de la C. V. de P. (parte de la finca 341).

1.5 Condene a D. Julio N. M. a estar y pasar por esta declaración manteniendo al reconvigente en el uso pacífico de las servidumbres, absteniéndose en el futuro de realizar cualesquiera actos perturbadores de su uso y disfrute.

2. Condene a D. Julio N. M. a indemnizar la cuantía de 2.402,73 €, más sus correspondientes intereses legales desde la interposición de esta reconvención por el derribo unilateral de los muretes de cerramiento levantados por D. Joaquín N. M. en sus FR 310 y FR 341.

Ello con expresa condena al reconvenido de las costas del procedimiento”.

**TERCERO.-** Admitida a trámite la contestación a la demanda y la reconvención planteada por el demandado, de la que se dio traslado al demandante, que la contestó dentro de plazo, solicitando una sentencia por la que se desestimen las acciones confesoria y de responsabilidad, con expresa condena en costas al demandante reconvencional.

Solicitando por otrosí la práctica de prueba.

El Juzgado de Primera Instancia de Boltaña, previos los trámites legales, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, dictó Sentencia en fecha 2 de junio de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Parte Dispositiva.

1º) Desestimo íntegramente la demanda principal interpuesta por la Procuradora Sra. Cebollero en representación de Julio N. M. frente a Joaquín N. M., absolviendo a este de todos los pedimentos efectuados de contrario.

2º) Estimo íntegramente la demanda reconvenzional interpuesta por la Procuradora Sra. Bernués en nombre y representación de Joaquín N. M. frente a Julio N. M. y, en consecuencia:

a) Declaro que la finca registral 341 es predio dominante y las fincas registrales 313 y 309 predios sirvientes de una servidumbre de paso de peatones (paso 1.A) que, con entrada desde la calle S. M. (antes C. de C.) discurre (entrando por la izquierda) a través de senda/camino en jardín hasta la puerta principal de la C. V. de P. y su J.

b) Declaro que la finca registral 310 es predio dominante y la finca registral 313 predio sirviente de una servidumbre de paso de vehículos y personas (paso 1B) consistente en camino marcado por bandas de roderas y que, con entrada desde la Calle S. M. (antes C. de C.) por verja de hierro (a la derecha), bordeando el linde de la finca 313 en dirección noroeste, permite el acceso de peatones y vehículos al H. de la C. V. de P., finca registral 310.

c) Declaro que la finca registral 341 es predio dominante de la servidumbre de paso de peatones y vehículos de la que es predio sirviente la finca registral 309; consistente en un camino pavimentado (paso 2A) que, con entrada por calle B. B. 7 A (antes C. de A.), accede hasta C. P., inclusive su almacén y K., las zonas de estacionamiento de la E. de P. y C. v. de P., en especial leñero, cuarto de aguas y bodega de la C. V. y taller, antiguas cuadras de la C. V.

d) Declaro que la finca registral 341 es predio dominante y la finca registral 309 predio sirviente de una servidumbre de paso de personas (paso 2B), con entrada por calle B. B. 7 A (antes de A.), a través de la verja en muro que da acceso a camino pavimentado, y, de frente por escalera existente, desemboca en acera del jardín de la C. V. de P. (finca 341).

e) Condeno a Julio N. M. a estar y pasar por esta declaración, manteniendo al reconvigente en el uso pacífico de las servidumbres, absteniéndose en el futuro de realizar cualesquiera actos perturbadores de su uso y disfrute.

f) Condono a Julio N. M. a indemnizar a Joaquín N. M. en la cantidad de 2.402,73 euros, más el interés legal desde la fecha de interposición de la demanda reconvenicional, incrementado en dos puntos porcentuales desde la fecha de la presente sentencia (art. 576 LEC).

Las costas del presente procedimiento deberán ser satisfechas por el demandante/reconvenido, Julio N. M.”

**CUARTO.-** Interpuesto por la Procuradora Sra. Cebollero Galicia en nombre y representación de D. Julio N. M. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Boltaña, se dio traslado del mismo a la contraparte oponiéndose al planteado de contrario.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Huesca y comparecidas las partes, con fecha 5 de mayo de 2016, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS: Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de Julio N. M. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Boltaña en los autos anteriormente circunstanciados, revocamos parcialmente dicha resolución para:

Primero: Estimando parcialmente la demanda, en lugar del pronunciamiento 1º) de la sentencia apelada: a) declaramos que las fincas registrales 310 y 341, propiedad del demandado, NO OSTENTAN derechos reales de paso en calidad de predio dominante sobre la registral 313 propiedad del actor que, en consecuencia, no tiene la consideración de predio sirviente; y b) mantenemos la absolución del demandado en relación con el resto de los pronunciamientos solicitados en la demanda.

Segundo: Estimando parcialmente la reconvenición, suprimimos los pronunciamientos 2.A y 2.B de la sentencia apelada, confirmando y manteniendo el resto de los pronunciamientos referidos a la reconvenición.

Tercero: Dejamos sin efecto la condena del citado recurrente al pago de las costas de primera instancia y, en su lugar, omitimos un particular pronunciamiento sobre las mismas al igual que sobre las causadas en esta apelación, ordenando al juzgado, que proceda a devolver al apelante el depósito formalizado para recurrir en apelación.”

**QUINTO.-** El Procurador Sr. Muzas Rota en nombre y representación de D. Joaquín N. M. interpuso ante la Audiencia Provincial de Huesca, recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, basándolos el primero: “1. Al amparo del artículo 469.1.2 LEC por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia; en particular el art. 216 LEC donde se recoge el principio de justicia rogada.- 2. al amparo del artículo 469.1.4º LEC por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española, se denuncia la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva consistente en la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación.” Y el segundo: “Al amparo del art. 1 LCFA, alegando la infracción de los arts. 561 c) y 566 del Código del Derecho Foral de Aragón (CDFA), que respectivamente reconocen y regulan la adquisición de servidumbres por signo aparente.”

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, por auto de 20 de julio pasado, la Sala acordó declarar la competencia de esta Sala y admitir a trámite el recurso de casación y de infracción procesal planteados.

Conferido el traslado a la parte recurrida, presentó escrito de oposición dentro de plazo.

Por providencia de 21 de septiembre pasado, se señaló para votación y fallo el día 2 de noviembre de 2016.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMERO.- Antecedentes relevantes.**

1. Por lo que interesa a este recurso de casación, el demandante ejercita en su demanda la acción negatoria de servidumbre, solicitando se declare en sentencia que las fincas 310 y 341, propiedad del demandado, no ostentan los derechos reales de paso en calidad de predio dominante sobre la finca 313 de su propiedad.

A su vez, el demandado reconviene interesando se declare que la finca 341 es predio dominante y las fincas registrales 313 y 309 predios sirvientes de una servidumbre de paso de peatones (paso 1A); y que la finca registral 310 es predio dominante y la 313 predio sirviente de una servidumbre de paso de vehículos y personas (paso 1B).

2. La sentencia de primera instancia, de fecha 2 de junio de 2015, estima la demanda reconvenicional, declarando la existencia de las servidumbres peticionadas. Concretamente las dos expuestas en el número anterior -pasos 1A y 1B-; además de otras dos, referidas a los pasos 2A y 2B, que no son objeto del recurso de casación.

La sentencia considera acreditados los signos aparentes de ambas servidumbres, al haberse constatado en los informes periciales aportados por el demandado una serie de caminos visibles y delimitados que coinciden con los pasos descritos en la demanda reconvenicional. Entiende también acreditado el carácter aparente de dichas servidumbres, su uso y utilización desde tiempo inmemorial para acceder a las fincas registrales 310 y 341. Concluye la resolución que la existencia de los signos aparentes de las servidumbres de paso durante, al menos, más de veinte años, y el uso por varios vecinos del pueblo y no solo por el actor reconvenicional, resulta incompatible con un uso oculto o clandestino, siendo tal posesión hábil para usucapir, por lo que se desestima la acción negatoria de servidumbre ejercitada en la demanda principal y se estima la acción confesoria de servidumbre de paso contenida en la demanda reconvenicional.

3. Interpuesto recurso de apelación se dictó sentencia en segunda instancia, de fecha 5 de mayo de 2016, que estimó en parte el recurso de apelación interpuesto por don Julio N., revocando la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que las fincas registrales 310 y 341 no ostentan derechos reales de paso en calidad de predio dominante sobre la registral 313 (pasos 1A y 1B); y se mantiene el reconocimiento de la existencia de servidumbre sobre los pasos 2A y 2B, que no son objeto del recurso de casación.



La sentencia establece que no es posible la constitución de las servidumbres de paso por usucapión mientras todas las fincas estuvieron bajo un mismo dueño. Y desde el momento en que dejaron de estar bajo un mismo dueño, mediante la escritura de fecha 3 de noviembre de 2004, hasta la interposición de la demanda ejercitando la acción negatoria de servidumbre de paso sobre la registral 313 en fecha 4 de julio de 2014 todavía no habían transcurrido los diez años exigidos para usucapir. Además, la resolución entiende, respecto del paso 1B, que no se puede afirmar que durante todo el período necesario para usucapir haya estado marcado sobre el terreno el camino, sin perjuicio de que haya podido haber temporadas en las que sí estuviesen marcadas las roderas, lo que no es equiparable a la existencia de un camino marcado.

Por tanto, la sentencia entiende que las servidumbres solo podrían haberse constituido, en su caso, por destino de padre de familia conforme al art. 566 CDFA o 541 CC (por ser derechos anteriores al 1 de enero de 2011) y no por usucapión.

No obstante, y por lo que respecta a la servidumbre denominada 1B, la sentencia termina concluyendo que tampoco puede afirmarse su constitución por destino del padre de familia, puesto que no queda acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado sobre el terreno el camino, ni mucho menos se ha probado que dicho camino comunicaba la registral 313 con la 310, ya que no basta con que hubiera un camino en la finca 313 dando servicio a esta finca, sino que resulta preciso que al separarse las propiedades dicho camino estuviera marcado hasta la registral 310, dando servicio a esta última, dominando la 313, signo aparente que no se ha probado.

Respecto del paso 1A, la sentencia de apelación concluye que, aunque se estimara que el espacio delimitado por setos –considerado por el recurrente una senda– ya estaba así en el momento de separarse las propiedades, no puede considerarse que dicho espacio o senda pueda servir para entender constituida la servidumbre por destino del padre de familia a favor de la registral 341, pues donde muere la denominada senda da una apariencia de servicio para la propia finca 313 o, todo lo más, para otras fincas del mismo dueño (P. anejo al chalet o casa nueva y a ésta misma), no proclamando

apariencia alguna de servidumbre hasta la registral 341 a través del P. Siendo de resaltar que en una pretendida servidumbre de paso, para su adquisición por destino del padre de familia o por usucapión, la apariencia no la da el uso, naturalmente discontinuo, sino los signos exteriores marcados sobre el terreno a modo de senda, camino o carril, proclamando una relación de subordinación/dominio entre las fincas que ha de estar presente en el momento de la separación de las propiedades (destino del padre de familia) o durante todo el tiempo durante el cual se consolida la usucapión.

**SEGUNDO.- Primer motivo de infracción procesal: principio de justicia rogada.**

4. Alega el recurrente que la sentencia dictada por la Audiencia Provincial ha vulnerado el principio de justicia rogada contemplado en el art. 216 LEC, que dispone que “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales”.

En síntesis, basa esta conclusión en que, en el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, el entonces recurrente alegaba -refiriéndose a las servidumbres reconocidas por dicha resolución- que “nunca se había establecido signo aparente de servidumbre entre las fincas que fueron de los padres de ambos contendientes”. Sin embargo, en la sentencia se afirma que los caminos se habían hecho desaparecer con ocasión de la adjudicación de la herencia entre los hermanos contendientes en este pleito.

5. El principio de justicia rogada se integra por los principios dispositivo y de aportación de parte, propios de la jurisdicción civil. Conforme al segundo de ellos, tal como se recoge en el art. 216 LEC, son las partes las que deben aportar los hechos al proceso, en cuanto constituyen el fundamento de su pretensión.

En el presente caso, una de las partes, don Joaquín N. -hoy recurrente que ejercitó la acción confesoria de servidumbre- sostiene la existencia de signos aparentes de servidumbre; por el contrario, la otra parte, don Julio N. -que ejercitó la acción negatoria de servidumbre- mantiene que no existían

esos signos aparentes de servidumbre y ambos aportan prueba para acreditar sus alegaciones.

La sentencia recurrida, en realidad, no dice que los signos externos de los pasos se hicieron desaparecer cuando las fincas dejaron de estar en manos del mismo dueño. La redacción literal que utiliza es: *“... no puede hablarse de usucapión mientras todas la fincas estuvieron bajo un mismo dueño, de modo que en realidad dichas servidumbres de paso sólo se pudieron constituir por destino del padre de familia conforme al art. 566 del Código de Derecho Foral o, mejor, conforme al art. 541 del Código Civil (pues estamos hablando de hechos anteriores al 1 de enero de 2011, fecha de entrada en vigor de la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho Civil Patrimonial) si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño, siendo de resaltar que tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004, mediante la escritura de los folios 32 y siguientes, menos de diez años antes de que se interpusiera la demanda negando la existencia de servidumbre alguna de paso sobre la registral 313, por lo que ninguna servidumbre de paso se ha podido usucapir sobre dicha registral ...”*.

La lectura atenta de todo el fundamento de derecho cuarto pone de manifiesto que la sentencia excluye la posibilidad de usucapión de las servidumbres afirmada por la resolución de primera instancia, de manera que concluye que solo podrían haberse constituido las servidumbres por destino del padre de familia, conforme al art. 541 CC. La referencia que recoge a continuación, “si no se hubieran hecho desaparecer los signos externos de los pasos cuando las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño”, no es una afirmación, sino, simplemente, la mención expresa del requisito exigido por dicho precepto para que la servidumbre continúe tras la enajenación de una de ellas. Cuando la sentencia se refiere a que “tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004, mediante la escritura de los folios 32 y siguientes” no se está refiriendo a que en ella se hicieron desaparecer los signos externos, lo que contradeciría lo dispuesto en el art. 541 CC -que exige que la desaparición de los signos externos sea anterior al otorgamiento de la escritura-, puesto que si lo que se quiere es poner fin a la servidumbre en ésta, nos encontramos ante el otro supuesto de precepto -único contemplado

en el art. 566 CDFA- que permite, para que la servidumbre no continúe tras la separación de las fincas, que “se exprese lo contrario en el título de enajenación de cualquiera de ellas”.

En definitiva, la expresión “tal cosa ocurrió el 3 de noviembre de 2004” se refiere a que las fincas dejaron de estar bajo un mismo dueño en esa fecha, mediante la escritura de adjudicación de herencia, no a que se hicieran desaparecer los signos externos de paso. Así resulta también de la lectura del resto de la sentencia, en la que no se afirma en ningún momento tal cosa. Antes bien, respecto del paso 1B se señala que no queda acreditado que el camino haya estado marcado durante todo el tiempo en el terreno, ni que estuviera marcado al tiempo de separarse las propiedades, ni mucho menos que comunicase la registral 313 con la 310. Y respecto del paso 1A, que aun partiendo de que existiese la senda al tiempo de la separación de las propiedades, ésta moría en la propia finca 313 y daba apariencia de servicio tan solo a la misma finca o a otras del mismo dueño.

6. Por lo expuesto, en modo alguno se vulnera el principio de justicia rogada, puesto que la sentencia de apelación no introduce hechos nuevos en el proceso, sino que, valorando los aportados por las partes a la luz de las pruebas propuestas, considera acreditados unos y otros no, partiendo de los alegados por los litigantes, sin que la convicción a la que llegan los magistrados tenga que coincidir con las afirmaciones de las partes, debiéndose desestimar el primer motivo de infracción procesal alegado.

**TERCERO.- Segundo motivo de infracción procesal: vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE.**

7. Alega el recurrente la infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, ex art. 24 CE, por la indebida, arbitraria y manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación, que ha incurrido en un error patente, ostensible o notorio y ha extraído conclusiones contrarias a la racionalidad, absurdas y que conculcan los más elementales criterios de la lógica y las normas de valoración de la prueba, como consecuencia de no haber apreciado la existencia, tanto en vida de la anterior

propietaria, como tras la adjudicación de su herencia, de camino y senda que atravesando la FR 313 conducen a la FR 310 y 309.

8. Una abundante doctrina de la Sala Civil del Tribunal Supremo ha delimitado los supuestos en los que la valoración probatoria puede acceder al control del tribunal de casación por la vía del art. 469.1.4º LEC. Así, en la sentencia del Alto Tribunal de fecha 29 de abril de 2015 (rc. 803/2014), con referencia a otras anteriores, se dice:

*"Como recoge la sentencia de 23 marzo 2011, Rc. 2311/2006 , las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado, pueden ser sometidos al examen del Tribunal de casación, al amparo del artículo 469.1.4 LEC , cuando por ser la valoración de la prueba manifiestamente arbitraria o ilógica, ésta no supera el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE.*

*A salvo este supuesto, la valoración de la prueba es función de la instancia (27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000, 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001, STS 28 de noviembre de 2008, Rc. 1789/03 ). Si no se demuestra de modo patente la existencia de una infracción de las reglas del discurso lógico aplicables al proceso, no es posible tratar de desvirtuar una apreciación probatoria mediante una valoración conjunta efectuada por el propio recurrente para sustituir el criterio del Tribunal por el suyo propio, por acertado que pueda parecer ( SSTS de 9 de mayo de 2007, Rc. 2097/2000 , 27 de mayo de 2007, Rc. 2613/2000 , 15 de abril de 2008, Rc. 424/2001 , 30 de junio de 2009, Rc. 1889/2006 , 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005 ), lo que convertiría el recurso en una tercera instancia contraria a su naturaleza y función ( STS de 29 de septiembre de 2009, Rc. 1417/2005 )".*

9. En el presente caso, el recurrente realiza en este segundo motivo de infracción procesal, de modo exhaustivo, una nueva valoración probatoria. Repasa detalladamente cada uno de los medios probatorios practicados en el juicio (documental, testifical, pericial) para concluir la indebida, arbitraria y

manifiestamente errónea apreciación de los hechos por parte del tribunal de apelación. Sin embargo, tal proceder solo evidencia su disconformidad con la valoración probatoria alcanzada en la sentencia recurrida, sin que se aprecie la existencia de las infracciones denunciadas.

La valoración probatoria de la sentencia de apelación, sustentada en un estudio de las fotografías y vídeos aportados y en las declaraciones de los testigos y peritos, no puede ser calificada como irracional, ilógica o arbitraria, superando el test de racionalidad constitucionalmente exigible para entender que se ha respetado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE.

Para estimarse el control judicial a través de este recurso extraordinario de infracción procesal es necesario que se aprecie una valoración de la prueba “manifiestamente errónea o arbitraria, pero no la valoración desacertada de la misma a juicio de la parte recurrente, si no concurre aquel elemento de manifiesto error o arbitrariedad” (STS 64/2010, de 23 de febrero), que es lo que pretende el recurrente, que analiza y valora nuevamente toda la prueba para intentar desvirtuar la valoración realizada por el tribunal de apelación, sin que pueda calificarse como error manifiesto que los testigos tomados en consideración en la sentencia no ofrezcan credibilidad al recurrente frente a otros que considera más acertados o que éste entienda que otras fotografías muestran más claramente la realidad que aquellas a las que se refiere la resolución recurrida, o bien que se deberían haber tenido en cuenta las declaraciones de otros testigos o aceptarse las conclusiones de la prueba documental y pericial que aportó al proceso. Frente a esa opinión, el tribunal valoró toda la prueba en su conjunto, haciendo expresa referencia a los medios de prueba que sirvieron para acreditar los hechos que estima probados. La valoración de la prueba que efectúa el recurrente, si bien es legítima, no puede desvirtuar la efectuada por el tribunal de apelación, salvo que se demuestre de manera patente su error, falta de lógica o arbitrariedad, lo que no es el caso.

Por lo expuesto, el segundo motivo de infracción procesal debe ser rechazado.

#### **CUARTO.- Recurso de casación. Pasos 1B y 1A.**

10. El recurso entiende infringidos los arts. 561.c) y 566 CDFA, referidos ambos a la constitución de las servidumbres por signo aparente.

11. Para fundamentar el recurso de casación, alega el recurrente que la sentencia recurrida, en su fundamento de derecho cuarto, equipara de forma errónea el signo externo o aparente de la servidumbre con la exclusiva existencia o concurrencia de camino marcado sobre el terreno comunicando ambas fincas. Entiende, respecto del paso 1B, que dadas las características topográficas de las fincas 313 y 310 y su acceso único por una verja o portal común para ambas, establecido originariamente por el propietario de la finca matriz y mantenido al tiempo de segregación de las fincas, es la verja de la C/S. M., punto común de acceso, el signo aparente de servidumbre. Señala el recurrente que la propia configuración de la finca 310 como “fondo de saco”, con una única salida a través de la colindante 313, lleva a considerar como clara y manifiesta la voluntad de la anterior propietaria común de ambas fincas de configurar una servidumbre de paso a favor de la primera de las fincas sobre la segunda. En defensa de este argumento el recurrente realiza una nueva valoración probatoria.

12. En lo que se refiere al paso 1A, el recurrente manifiesta que la existencia de la servidumbre se publicita también, como signo externo, por la puerta de acceso a la que va a desembocar el camino en línea recta a la C. V. de P. (finca 341) que, desde finales de 1950, se convirtió en la puerta principal de entrada de esta casa. Se manifiesta también que, aunque la C. V. de P. tiene un portón histórico en la parte de atrás de la calle B. B., éste quedó inutilizado una vez se abrió a finales de 1950 la referida puerta.

13. Como ha establecido esta Sala en numerosas ocasiones, en el examen del recurso de casación el tribunal debe partir de los hechos probados en las instancias, sin introducir modificación alguna, puesto que no estamos ante una tercera instancia (entre otras, STSJA de 30-09-13, recurso de casación núm. 26/2013). En palabras de la STS 593/2013, de 4 de febrero, citando la de la misma Sala 765/2012, de 28 de diciembre, “*el supuesto de hecho al que se ha de proyectar el recurso de casación no es el que*



*pueda haber reconstruido, interesadamente o no, la parte recurrente, sino el que hubiera declarado probado la sentencia recurrida como consecuencia de la valoración por el Tribunal que la dictó de los medios de prueba que se practicaron en el proceso. Consecuentemente, queda fuera del ámbito de la casación la reconstrucción de los hechos declarados probados en las instancias”.*

14. En el presente caso, como hemos expuesto al relatar los antecedentes relevantes, la sentencia de primera instancia estimó la existencia de todas las servidumbres reclamadas por entender acreditados una serie de caminos visibles y delimitados y concluyó que la existencia de esos signos aparentes de las servidumbres de paso durante, al menos, más de veinte años determinaban la constitución de las servidumbre por usucapión. Por su parte, la sentencia de apelación, además de rechazar la constitución de las servidumbres por usucapión, considera que tampoco pudieron constituirse por destino de padre de familia. Respecto del paso 1B, porque no ha quedado acreditado que al tiempo de separarse las propiedades estuviera marcado el camino sobre el terreno, y menos todavía, que dicho camino comunicara la registral 313 con la 310. Y respecto del paso 1A porque, aun suponiendo la existencia de la senda que afirma el recurrente, ésta tan solo da apariencia de servicio para la propia finca 313 (predio sirviente) o, todo lo más, para otras fincas del mismo dueño.

Por tanto, ninguna referencia contienen la resoluciones anteriores a los nuevos signos externos o aparentes de servidumbre que pretende introducir el recurrente a través de su recurso: las características topográficas de las fincas 313 y 310 y su acceso único por una verja o portal común para ambas –situada en la C/ S. M.-, establecido originariamente por el propietario de la finca matriz y mantenido al tiempo de segregación de las fincas, así como la consideración de la finca 310 como “fondo de saco”, en lo que se refiere al paso 1B; y la puerta de acceso construida en los años 50 para el paso 1A.

15. Como ya hemos indicado, para resolver el recurso de casación la sala ha de partir de los hechos declarados probados por las sentencias de primera instancia y apelación, puesto que no estamos ante una tercera



instancia. La única vía para modificar esos hechos es la que brinda el recurso extraordinario por infracción procesal, pero habiéndose desestimado éste por las razones ya expuestas, la pretensión de introducir nuevos hechos en la sentencia, en este caso, otros signos aparentes de servidumbre no contemplados en las resoluciones anteriores, debe ser rechazada, lo que conlleva la desestimación del recurso.

#### **QUINTO.- Costas.**

16. En aplicación del art. 394.1 LEC, al que se remite el art. 398.1 LEC, en el presente caso no procede hacer expresa imposición de costas, puesto que esta Sala valora los distintos fallos obtenidos en primera instancia y apelación, que justifican la existencia de dudas de hecho o derecho.

VISTOS los artículos citados y los demás de general y pertinente aplicación.

#### **FALLAMOS:**

1.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación e infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Joaquín N. M. contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca, de fecha 5 de mayo de 2016.

2.- No se hace expresa imposición de costas.

3.- Se dará al depósito constituido por el recurrente el destino legalmente previsto.

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia no cabe la interposición de recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.



Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.