



Roj: **STS 3126/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:3126**

Id Cendoj: **28079110012016100431**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/07/2016**

Nº de Recurso: **1729/2014**

Nº de Resolución: **466/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CO 429/2014,**  
**STS 3126/2016**

## **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a 7 de julio de 2016

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 284/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Instrucción n.º 1 de Montoro (Córdoba); cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Remigio y doña Aurelia, representados ante esta Sala por el procurador de los Tribunales don José Luis Martín Jaureguibeitia, siendo parte recurrida don Luis María, doña Frida y doña Milagros, representados por la procuradora de los Tribunales doña Adela Cano Lantero.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.- 1.-** La representación procesal de don Luis María, doña Frida y doña Milagros, interpuso demanda de juicio ordinario contra don Remigio y doña Aurelia, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que se acuerde lo siguiente:

«A) Se declare que no existe constituido derecho o servidumbre alguna que autorice a mantener y/o respetar en la(s) parcela(s) núm. NUM000 y NUM001 del polígono núm. NUM002 del término municipal de Montoro (que se corresponde con la finca(s) registrales núm. NUM003 y NUM004, respectivamente, del Registro de la Propiedad Montoro, propiedad de los actores en los términos expuestos en el hecho primero y segundo) la ejecución de una zanja y la instalación en la misma de un cableado soterrado que constituye, en definitiva, una Servidumbre de conducción de energía eléctrica que tiene como finalidad dotar de luz a la parcela núm. NUM005, polígono núm. NUM002, del término municipal de Montoro, propiedad de los demandados.

»B) Se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que efectúen a su costa y bajo la dirección de Técnico Competente, las obras necesarias para el desmantelamiento del cableado soterrado ejecutado en las parcelas núm. NUM000 y NUM001 del polígono núm. NUM002 del término municipal de Montoro y/o para devolver estas últimas al estado anterior en que se encontraban antes de la ejecución de la zanja e instalación del cableado soterrado por los demandados con la finalidad dotar de luz a la parcela núm. NUM005, del polígono núm. NUM002, del término municipal de Montoro,

«C) Y todo ello con expresa condena en costas a los demandados.»



2.- Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte:

«Sentencia que, cogiendo alguna de las excepciones expuestas o estimando nuestra contestación, absuelva a mis mandantes, con condena a la parte demandante al pago de las costas procesales...»

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Montoro, dictó sentencia con fecha 3 de febrero de 2014, cuya parte dispositiva es como sigue

«Desestimando como desestimo la demanda formulada por DON Carlos Antonio, DOÑA Bárbara, DON Casiano y DOÑA Estrella, representado por el Procurador de los Tribunales DON PEDRO REGALÓN MONTORO, contra DOÑA Mercedes, DON Florian Y DOÑA Verónica, representados por el Procurador DON MANUEL BERRIOS VILLALBA, absuelvo a los referidos demandados de los pedimentos formulados en su contra, todo ello con expresa condena a la parte demandante del pago de las costas procesales.»

En fecha 19 de febrero de 2014, se dictó auto de aclaración de la mencionada sentencia cuya parte dispositiva es como sigue:

«Que estimando la solicitud de aclaración formulada por las partes, procede la aclaración en los términos descritos en el razonamiento jurídico de esta resolución.»

**SEGUNDO.**- Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y sustanciada la alzada, la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Córdoba, dictó sentencia con fecha 15 de mayo de 2014, cuyo Fallo es como sigue:

«ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Luis María, DÑA. Frida y de DÑA. Milagros contra la sentencia dictada con fecha 3 de febrero de 2014, aclarada por Auto de fecha 19.2.2014, por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Montoro revocando dicha resolución y dejando sin efecto sus pronunciamientos. Y estimando en consecuencia la demanda promovida por dichos apelantes frente a D. Remigio y DOÑA Aurelia declaramos que no existe constituido derecho o servidumbre alguna que autorice a mantener y/o respetar en las parcelas núm. NUM000 y NUM001 del polígono NUM002 del término municipal de Montoro (que se corresponde con las fincas registrales núm. NUM003 y NUM004, respectivamente, del Registro de la Propiedad Montoro, propiedad de los actores) la ejecución de una zanja y la instalación en la misma de un cableado soterrado que constituye, en definitiva, una servidumbre de conducción de energía eléctrica que tiene como finalidad dotar de luz a la parcela núm. NUM005 polígono núm. NUM002, del término municipal de Montoro, propiedad de los demandados, condenando consecuentemente a los demandados a estar y pasar por dicha declaración y a que efectúen a su costa y bajo la dirección de Técnico Competente, las obras necesarias para el desmantelamiento del cableado soterrado ejecutado en las parcelas núm. NUM000 y NUM001 del polígono núm. NUM002 del término municipal de Montoro y a devolver a estas últimas al estado anterior en que se encontraban antes de la ejecución de la zanja e instalación del cableado soterrado por los demandados con la finalidad de dar luz a la parcela núm. NUM005, polígono núm. NUM002, del término municipal de Montoro. Condenamos a la parte demandada al pago de las costas procesales causadas en la primera instancia. Y en lo que afecta a las costas procesales de segunda instancia, cada una de las partes satisfará las causadas a su instancia y la mitad de las comunes si las hubiere habido.»

**TERCERO.**- Por el procurador don José Ángel López Aguilar, en nombre y representación de don Remigio y doña Aurelia, se interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación, fundado el primero en los siguientes motivos:

1.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, en relación con los artículos 218.1, párrafo segundo LEC, artículos 388, 530 y concordantes y 1255 CC, artículo 2.2 LH y artículo 7 RH; y

2.- Al amparo del artículo 469.1.2.º LEC, en relación con el 218.1 y 2 LEC, por infracción de las normas relativas a la carga de la prueba, y al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, en relación con los artículos 335.1.º y 376 LEC y artículo 24.1 CE.

Por su parte, el recurso de casación se formula por interés casacional alegando la existencia de jurisprudencia contraria de esta sala y contradictoria de Audiencias Provinciales acerca de la consideración de la «serventía» como institución propia del derecho común.

**CUARTO** .- Por esta Sala se dictó auto de fecha 10 de febrero de 2016 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, así como dar traslado de los mismos a la parte recurrida, habiéndose opuesto a su estimación la procuradora doña Adela Cano Lantero, en nombre de don Luis María y otros.



**QUINTO.** - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública ni estimándola necesaria este Tribunal, se señaló para votación y fallo del recurso el día 21 de junio de 2016.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.**- Don Luis María , doña Frida y doña Milagros formularon demanda de juicio ordinario frente a don Remigio y doña Aurelia , en ejercicio de acción negatoria de servidumbre respecto de la finca de su propiedad, en cuanto a una conducción eléctrica subterránea que sirve a los demandados y atraviesa la referida finca de los actores.

Los demandados se opusieron a dicha pretensión y, seguido el proceso, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda basándose en la existencia de una «serventía» sobre el camino por el que discurre el tendido. Recurrieron en apelación los demandantes y la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1.ª) dictó sentencia de fecha 15 de mayo de 2014 por la cual estimó el recurso así como la acción negatoria de servidumbre condenando a los demandados a suprimir la conducción subterránea. Afirma la sentencia que la «serventía» es una institución típicamente canaria, que se regula también en Navarra, y que no cabe su aplicación en el derecho común. A ello, en referencia a la cuestión planteada, añade que la parte demandante es propietaria exclusiva de las parcelas NUM000 y NUM001 y que dentro de ellas se encuentra el camino de propiedad privada de los demandantes, sin que exista título alguno que confiera derecho a los demandados sobre él habiéndose producido una perturbación ilegítima de la propiedad por la instalación de la conducción eléctrica subterránea.

La parte demandada formula recurso extraordinario por infracción procesal y de casación contra dicha sentencia.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.**- Se formula por dos motivos: el primero, por infracción de los artículos 218.1 párrafo 2.º LEC ; 388 , 530 y concordantes y 1255 CC , todos ellos del Código Civil, artículo 2.2 LH y artículo 7 RH , por cuanto se considera que existe un defecto de motivación por sostener la sentencia que la «serventía» no se aplica en el derecho común; y el segundo, por infracción de los artículos 218.1 y 2 LEC y artículos 335.1 y 376 de la misma Ley , denunciando que existe error en la valoración de la prueba pericial y testifical, por cuanto la sentencia estima que el camino por donde discurre el cableado no es público.

Ambos motivos han de ser rechazados.

El primero, porque claramente plantea una cuestión sustantiva o de fondo y no procesal, que como tal se reitera en los dos motivos de casación, cual es si la «serventía» es o no una institución que se aplica en el derecho común, sin que el hecho de que la sentencia afirme que no es institución aplicable en el derecho común implique por sí inexistencia de motivación, que además -en cuanto a la estimación de la demanda- se desarrolla ampliamente en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto con amplitud de razonamientos.

El segundo motivo se desestima porque no cabe acudir al conjunto de la prueba y su valoración para pretender que esta sala, constituida en una tercera instancia, vuelva a valorarla llegando a las conclusiones que sostiene la parte recurrente. En cualquier caso se está refiriendo la parte no a hechos -que son el objeto de la actividad probatoria- sino a la calificación jurídica que ha de merecer el camino bajo el cual discurre la conducción de los demandados, sin que sea a estos efectos relevante si se causa o no un efectivo perjuicio con ella a la finca de los demandantes. Por otra parte, carece de sentido invocar la infracción de las normas relativas a la carga de la prueba sin citar como infringido el artículo 217 LEC que la regula, cuando en todo caso no se ha aplicado por el tribunal dicha carga que requiere como presupuesto que en el momento de dictar sentencia se aprecie que no han quedado probados determinados hechos fundamentales para la resolución de alguna de las pretensiones formuladas.

### Recurso de casación

**TERCERO.**- Dicho recurso contiene dos motivos iguales en cuanto se dirigen a combatir la afirmación de la sentencia en el sentido de que la «serventía» es una institución no aplicable en el derecho común; en un caso -motivo primero- al sostener la existencia de jurisprudencia contraria de esta sala, y en otro -motivo segundo- sobre la base de la existencia de doctrina contradictoria apreciada sobre este punto en distintas resoluciones de Audiencias Provinciales.

Pues bien, de la lectura de la sentencia recurrida se desprende que aunque dicha afirmación efectivamente se contiene en el penúltimo párrafo del fundamento de derecho segundo, no se integra en la «ratio decidendi» de la sentencia pues la resolución recurrida en absoluto se sustenta en ella sino que razona ampliamente sobre la inexistencia en el caso de los requisitos y presupuestos necesarios para que pueda considerarse que se



da la situación propia de dicha institución de la «serventía» que, por lo demás, siendo cierto que no existe en nuestro derecho común como institución consuetudinaria, nada impide que los interesados en determinados supuestos puedan constituir expresa o tácitamente dicho derecho, posibilidad que no se niega en la sentencia que -como se ha dicho- se extiende en diversas consideraciones de hecho y de derecho para concluir que no ha sido constituido en este caso.

A esto precisamente alude la propia parte recurrente cuando, con ocasión del primero de los motivos de infracción procesal, se refiere a la constitución de derechos reales libremente por las partes teniendo en cuenta lo dispuesto por los artículos 1255 CC, 2.2 LH y 7 RH, para lo que la parte recurrente dice:

«Dentro del principio de numerus apertus de los derechos reales que hay en nuestro derecho, existen multitud de situaciones idénticas a la serventía y el caso de autos es uno de ellos. Los propietarios de una serie de fundos han cedido parte de su terreno al objeto de que sirva de paso, así como de servicio para cableado, de forma que lo han supeditado a un uso común.

»La mayoría de la doctrina admite el numerus apertus al entender que el catálogo de derechos reales recogidos en la Leyes una lista abierta, a la que pueden añadirse nuevas figuras dibujadas por la voluntad privada. Este el sistema que rige en el Derecho Francés, que favorece la adaptación del Derecho a los constantes cambios de la realidad y a las nuevas necesidades socioeconómicas».

Pues bien, esto no resulta contradicho por la sentencia impugnada que se limita a sostener que la institución de la «serventía» -como tal- no es propia del derecho común, y ello sin perjuicio de que pueda constituirse un derecho similar, lo que entiende que no ocurre en el caso según argumenta en los fundamentos tercero y cuarto cuyo contenido no se ataca en el recurso de casación.

**CUARTO.-** Cita la parte recurrente, en apoyo de su tesis, dos sentencias de esta sala, una de 10 julio 1985 y otra de 14 mayo 1993. La primera se refiere a una «serventía» en los Llanos de Aridane (S/C de Tenerife) por lo que no se refiere a la misma como una institución general de derecho común, sino propia de dicho territorio. La segunda, referida a una cuestión suscitada en Galicia, dice que:

«No hallándose probado el carácter público o municipal del camino litigioso, puede tratarse de una serventía, definida por la Real Academia como camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarlos con los públicos, institución distinta de la servidumbre propiamente dicha, dotada de un valor jurídico del que carece la serventía que solo se refiere a camino privado, sin requerir la existencia de un predio dominante y sirviente consustanciales a la servidumbre y que, al hallarse constituida sobre terrenos de la propiedad particular de cada uno de los colindantes, estos tienen el derecho de usar, disfrutar y poseer en común, a los efectos de paso, sin que sea concebible el derecho individual a pedir su extinción».

Pues bien, no se deduce del texto anterior que la «serventía» sea una institución propia del derecho común, en el sentido de que pudiera entenderse constituida por costumbre, sino que cabe su establecimiento por acuerdo de los interesados, que es lo que viene en definitiva a afirmar la sentencia impugnada para negar la existencia de tal constitución en el caso.

En cuanto a la doctrina emanada de las Audiencias Provinciales, cita el recurso sin más razonamiento como contrarias al reconocimiento de la «serventía» en derecho común, junto a la recurrida, las sentencias de la AP Almería de 15 diciembre 2006 y de AP León de 4 octubre de 2000. En cuanto a las que considera favorables, aporta las siguientes:

a) Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga (sec.5.ª) de 14 de Julio de 2005 (Rec. 732/2005). En ella se dice:

«Un nuevo examen de las pruebas practicadas en las actuaciones demuestra lo acertado de los razonamientos contenidos en la sentencia apelada. En efecto, ha quedado acreditado la existencia de una serventía a favor de las fincas del actor, y el uso que del camino hacía éste, lo que ya intentó combatir la parte demandada ejercitando acción negatoria de servidumbre de paso fue le fue rechazada en su día tanto por el Juzgado de Primera Instancia que conoció de los autos nº 262/01 como por la Audiencia Provincial, Sección Sexta, Rollo 169/03, que confirmó su desestimación....».

b) Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (sec. 2.ª) de fecha 10 de Octubre de 2012 (Núm. 240/2012). En ella se dice:

«Cuando se enajena la finca matriz DIRECCION000 se produce la parcelación de la finca, éstas parcelas segregadas colindaban entre sí, mientras que los propietarios de las mismas decidieron mantener el camino particular y lo conservan y reparan, por lo que los distintos propietarios pusieron en común el trozo de terreno correspondiente a cada parcela, por donde discurre el camino. Por consiguiente no existe servidumbre de paso



y en consecuencia con la realidad planteada por las partes el juez de instancia califica la figura resultante como serventía, figura que consiste en un derecho de paso que se materializa a través de un camino que no es propio de cada propietario de los terrenos por donde discurre, sino común de todos los propietarios de las fincas colindantes a los que sirve de acceso».

c) Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz (sec. 3.ª) de fecha 20 de Mayo de 2005 (núm. 165/2005 ). Se afirma en ella lo siguiente:

«la serventía o servicio es una institución de origen consuetudinario, especialmente en zonas del norte peninsular (expresamente reconocida por la legislación de la comunidad autónoma de Galicia) y en las Islas Canarias, lo que no es óbice para que, por su naturaleza, requisitos y efectos pueda extender su reconocimiento a cualquier lugar de España, y, en tal sentido, a ella se refieren Sentencias de las Audiencias Provinciales de Galicia, Canarias, Cantabria, Castilla-León. Valencia, Andalucía o Extremadura (por ejemplo SAP Badajoz 12-V-2000 o SAP Cáceres 17-10-1998 )....».

d) Sentencia de la Audiencia Provincial de Huelva (sec. 1.ª) de fecha 30 de Diciembre de 2005 (309/2005 ). Se expresa en los siguientes términos:

«Se dice por el recurrente que en Andalucía no se da la figura jurídica de la serventía. Que, sin tener regulación legal, consiste en un derecho de paso a través de camino que discurre entre heredades, de ordinario por las lindes, y que sirve a varias fincas. Es justamente la descripción del camino objeto de debate. No es cierto que sea institución extraña al campo andaluz, sin perjuicio de que pueda tener mayor relevancia en Galicia o Canarias. Encontramos multitud de muestras en la jurisprudencia del ámbito andaluz del TSJA (por todas, sentencia de 22 de junio de 2004 declarando serventía el camino del Gamonal)».

Efectivamente cabe apreciar una doctrina contraria entre la mantenida por estas sentencias y la sostenida por la que se recurre, pero esta contradicción es más aparente que real ya que unas y otra coinciden en afirmar que puede constituirse el derecho por acuerdo de las partes -como es lógico- y lo único que hace la sentencia impugnada -lo que en realidad ha posibilitado este recurso- es afirmar tajantemente que no se trata de una institución aplicable en derecho común; afirmación que ha de ser entendida en el sentido de que no se trata de una institución consuetudinaria de derecho común y que, además, puede calificarse tal afirmación como intrascendente para la resolución del caso puesto que -a continuación- la propia sentencia se aplica a razonar ampliamente sobre la inexistencia de la situación propia de la «serventía» en el supuesto enjuiciado, lo que obligaba a centrar el recurso de casación en la contradicción de tales consideraciones y no exclusivamente sobre si la «serventía» puede ser considerada o no como institución propia del derecho común.

Por ello, también el recurso de casación ha de ser desestimado.

**QUINTO.-** Desestimados ambos recursos, procede condenar a los recurrentes al pago de las costas causadas por los mismos ( artículos 394 y 398 LEC ) con pérdida de los depósitos constituidos.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º** Desestimar el recurso por infracción procesal y el recurso de casación formulado por la representación de don Remigio y doña Aurelia contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (sección 1.ª) de 15 de mayo de 2014 en Rollo de Apelación n.º 439/2014 , dimanante de autos de juicio ordinario n.º 284/2011 del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Montoro, seguidos a instancia de don Luis María y otros contra los hoy recurrentes. **2.º** Confirmar la sentencia recurrida. **3.º** Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por ambos recursos con pérdida de los depósitos constituidos. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.