



Roj: **STS 4145/2018 - ECLI:ES:TS:2018:4145**

Id Cendoj: **28079110012018100681**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **13/12/2018**

Nº de Recurso: **1040/2016**

Nº de Resolución: **704/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP CA 473/2016,**  
**STS 4145/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 704/2018**

Fecha de sentencia: 13/12/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1040/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2018

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE CADIZ. SECCIÓN 8.<sup>a</sup>

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 1040/2016

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 704/2018**

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz



D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 13 de diciembre de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.<sup>a</sup> Apolonia , D.<sup>a</sup> Aurora , D.<sup>a</sup> María Esther , D. Hermenegildo , D.<sup>a</sup> Alejandra , D. Ildefonso , D.<sup>a</sup> Amparo y D. Isidro , estos últimos herederos de D.<sup>a</sup> Cristina , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Rosario F. Rodríguez Guerrero bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Gema María Román Díaz, contra la sentencia n.º 28 dictada en fecha 15 de febrero de 2016 por la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz en el recurso de apelación n.º 310/2015 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 942/2014 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Arcos de la Frontera, sobre servidumbre. Ha sido parte recurrida D. Lorenzo , representado en un principio por el procurador D. Francisco Fernández Rosa el cual renunció y fue sustituido por la procuradora D.<sup>a</sup> Ana Zubía Mendoza y bajo la dirección letrada de D. Luis Espinosa Salido.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- D. Lorenzo interpuso demanda de juicio ordinario contra D.<sup>a</sup> Apolonia , D.<sup>a</sup> Vanesa , D.<sup>a</sup> Adela , D.<sup>a</sup> Aurora , D.<sup>a</sup> María Esther , D.<sup>a</sup> Angustia , D. Hermenegildo , D.<sup>a</sup> Alejandra , D.<sup>a</sup> Cristina y D. Ildefonso en la que solicitaba se dictara sentencia en la que se condene a los codemandados a:

"1.- Respetar el carácter medianero del pasillo existente entre las fincas propiedad de las partes y dejar libre el paso al mismo, retirando la puerta metálica y la cadena con el candado que impide el libre tránsito por el indicado medianero.

"2.- Que se condene a los demandados a estar y pasar por el anterior pronunciamiento y para que en lo sucesivo se abstengan de inquietar y perturbar en la pacífica posesión del medianero sito entre las fincas colindantes.

"3.- Se condene expresamente en costas a los demandados".

2.- La demanda fue presentada el 22 de octubre de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Arcos de la Frontera y fue registrada con el n.º 942/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de las partes demandadas.

3.- D.<sup>a</sup> Vanesa , D.<sup>a</sup> Angustia y D.<sup>a</sup> Adela presentaron escrito allanándose a las pretensiones de la actora.

4.- D.<sup>a</sup> Apolonia , D.<sup>a</sup> Aurora , D.<sup>a</sup> María Esther , D. Hermenegildo , D.<sup>a</sup> Alejandra y D. Ildefonso y D.<sup>a</sup> Amparo y D. Isidro (herederos de D.<sup>a</sup> Cristina ) contestaron a la demanda mediante escrito en el que solicitaban:

"1.º Decida en fase de audiencia previa sobre la inadecuación del procedimiento planteada.

"2.º Para el caso de no admitir la anterior excepción y seguir adelante con el procedimiento, que se dicte en su día sentencia por la que acogiendo los argumentos expuestos por esta parte en este escrito de contestación se desestimen íntegramente todas las pretensiones del actor recogidas en el suplico de su demanda debiendo imponerse las costas al actor".

5.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Arcos de la Frontera dictó sentencia de fecha 13 de mayo de 2015, con el siguiente fallo:

"Que DESESTIMANDO íntegramente la demanda interpuesta por la procuradora D.<sup>a</sup> Carlota Pérez Romero, en nombre y representación de D. Lorenzo , contra D.<sup>a</sup> Apolonia , D.<sup>a</sup> Aurora , D.<sup>a</sup> María Esther , D. Hermenegildo , D.<sup>a</sup> Alejandra y D. Ildefonso , representados procesalmente por la procuradora D.<sup>a</sup> Rosario Rodríguez Guerrero; y contra D.<sup>a</sup> Vanesa , D.<sup>a</sup> Adela y D.<sup>a</sup> Angustia , representados por la procuradora D.<sup>a</sup> Ángeles Pérez Olid, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a la demandada de todos los pedimentos contenidos en la demanda.

"Todo ello con imposición de costas procesales a la parte actora, respecto a la demandada que no se ha allanado a sus pretensiones".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Lorenzo .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Cádiz, que lo tramitó con el número de rollo 310/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 15 de febrero de 2016, con el siguiente fallo:



"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Lorenzo contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 3 de Arcos de la Frontera en el juicio ordinario 942/14 debemos revocar la referida resolución en el sentido de condenar a los demandados a retirar la puerta metálica y la cadena con candado que impide el libre tránsito por el pasillo afectado por la servidumbre, con expresa condena a los mismos de las costas de la primera instancia. Y sin expresa imposición de las costas causadas en esta alzada".

**TERCERO.** - *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.ª Apolonia, D.ª Aurora, D.ª María Esther, D. Hermenegildo, D.ª Alejandra y D. Ildefonso y D.ª Amparo y D. Isidro (Herederos de D.ª Cristina) interpusieron recurso de casación.

El único motivo del recurso de casación fue el siguiente:

"Infracción por aplicación indebida del artículo 597 del Código Civil y la jurisprudencia que se invoca".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 30 de mayo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Apolonia, D.ª Vanesa (sic), D.ª Aurora, D.ª María Esther, D. Hermenegildo, D.ª Alejandra, herederos de D.ª Cristina y D. Ildefonso contra la sentencia dictada con fecha 15 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, con sede en Jerez, en el recurso de apelación n.º 310/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 942/2014 del Juzgado de primera Instancia n.º 3 de Arcos de la Frontera".

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 8 de octubre de 2018 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver los recursos sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 27 de noviembre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### PRIMERO.- *Antecedentes*

La cuestión litigiosa objeto del presente recurso de casación es la de la legitimación del usufructuario del predio dominante para consentir la constitución de una servidumbre voluntaria de paso.

1.- La sentencia recurrida contiene la siguiente relación de hechos probados:

"En fecha 30 de julio de 1976, D. Romeo y D. Ruperto, usufructuario el primero y propietario el segundo cada uno de ellos de dos fincas contiguas, suscribieron un contrato por el que acordaron dejar un pasillo de 1 metro de ancho y 11 metros de longitud al que asignaron el carácter de medianero a todos los efectos pudiendo abrir libremente a dicho pasillo huecos de puertas y ventanas, verter aguas de los tejados y acceder libremente al mismo sin que pudieran obstaculizar el paso a su interior.

"En fecha 4 de agosto de 1976 D. Romeo, como usufructuario, y sus dos hijas, como nudapropietarias (sic), venden al demandante parte de su finca, tras su división de la finca matriz.

"Fallecido D. Ruperto le suceden en la propiedad de la finca colindante sus herederos aquí demandados.

"En la entrada de dicho pasillo se ha instalado una puerta con cadena y candado que impide el acceso al mismo, por lo que el actor solicita se reconozca el carácter medianero del pasillo y se retire la puerta que impide el libre tránsito por el pasillo".

2.- La parte demandada se opuso alegando, por lo que interesa a los efectos del presente recurso: i) que el pasillo no era medianero, sino que pertenecía en exclusiva a D. Ruperto; y, ii) que D. Romeo no era propietario de la finca contigua, sino usufructuario, por lo que no estaba legitimado para constituir una servidumbre a favor del fundo; en consecuencia, que el documento en el que se reconocía el derecho de paso debió ser otorgado por sus hijas como nudo propietarias y, en todo caso, que el contrato otorgado por el usufructuario quedó resuelto cuando se extinguió el usufructo, lo que tuvo lugar cuando se vendió la finca.

3.- El juzgado desestimó la demanda porque "[l]a adquisición de servidumbre exige la titularidad del predio dominante por parte de aquel que la constituye a su favor: si la constituye quien no es propietario el negocio será válido, pero ineficaz, pues quien pretende adquirir carece del poder de adquisición".



4.- El demandante interpuso recurso de apelación en el que denunciaba que la sentencia del juzgado había incurrido en error ya que la porción de terreno sobre la que se constituye la servidumbre se encuentra situada en la finca propiedad de los demandados, que ostenta por ello la condición de predio sirviente, y cuyo propietario sí consintió y estableció el gravamen, de modo que la condición de usufructuario del que es el predio dominante es suficiente para constituir la servidumbre.

5.- La Audiencia estimó el recurso de apelación del actor y estimó la demanda. Su decisión se basó en los siguientes razonamientos: i) la servidumbre se crea por un negocio jurídico concertado entre el que entonces era titular del predio de los demandados y por quien era usufructuario de la finca que actualmente pertenece al recurrente; ii) la servidumbre se constituye sobre un franja de terreno o pasillo que, tanto los demandados en su contestación, como el actor en su escrito de recurso, admiten que se encuentra en la parcela contigua a la del recurrente, esto es, en terreno propiedad de los demandados; la condición de medianera que se asigna en el título a dicha porción de terreno no contempla, por tanto, una situación de condominio de un elemento común sino que se limita a un uso o utilización conjunta de este elemento estableciéndose para ello una servidumbre de luces y vistas, una servidumbre de desagüe y una servidumbre de paso a fin de permitir el disfrute común, a estos efectos, de ese elemento común por ambos predios; iii) de las distintas servidumbres constituidas es exclusivamente la de paso la que se pretende hacer efectiva por el demandante; iv) teniendo en cuenta que la servidumbre recae sobre una porción de terreno que era propiedad del causante de los demandados, D. Ruperto, es el inmueble de los demandados el que ostenta la condición de predio sirviente, al estar gravado con la servidumbre, en tanto que la finca del actor es el predio dominante, al estar constituida la servidumbre a su favor; v) ciertamente, la aceptación de la servidumbre a favor del predio dominante es un acto de administración y no de disposición, pero tal aceptación solo corresponde al propietario del inmueble, condición que no ostentaba D. Romeo, que era un mero usufructuario y que, como tal, no ostentaba la titularidad dominical de la finca; vi) ello no implica sin más la ineficacia del negocio al constituirse por el usufructuario la servidumbre de paso desde el momento en que, con su actuación, favoreció al predio dominante, de donde resulta de aplicación el principio de la "utiliter gestio" al no constar la oposición expresa de las nudo propietarias.

Como conclusión, la Audiencia razona: "La servidumbre de paso ha de considerarse, por tanto, válidamente constituida y dado que no se cuestiona la existencia actual de un obstáculo que impide el ejercicio de dicha servidumbre, con independencia de cuándo se colocara, los actuales propietarios del predio sirviente, aquí demandados, están obligados a retirarlo".

6.- Interpone recurso de casación la parte demandada.

#### **SEGUNDO.-** *Recurso de casación*

El recurso de funda en un único motivo en el que se denuncia infracción por aplicación indebida de los dos primeros párrafos del art. 597 CC y, literalmente, dice de "la jurisprudencia que se invoca en relación con el mismo contenida en las sentencias de 13 de marzo de 1974 y 2 de enero de 1980, concretándose en la de 29 de octubre de 1978, el alcance de las prohibiciones dichas a la imposición de servidumbres sobre el fundo indiviso sin el consentimiento de todos los copropietarios. STS 6511/2006 de 17/10/2006. STS 4446/1991 de 30/07/1991".

En el desarrollo del motivo la parte demandada ahora recurrente razona que debe aplicarse el art. 597 CC que, sin distinguir entre fundo sirviente y fundo dominante, exige para la constitución de una servidumbre el consentimiento de todos los propietarios, lo que según se dice en el recurso, es lógico también para el fundo dominante en atención a los gastos que puede comportar la servidumbre y que puede no interesar asumir al propietario. Añade que, en el caso, las hijas nudo propietarias no prestaron su consentimiento y que, por ello, el título por el que se constituyó la servidumbre carece de efectos jurídicos frente a terceros.

El recurso se desestima por las razones que se exponen a continuación.

#### **TERCERO.-** *Decisión de la sala. Desestimación del recurso*

1.- La cuestión que se somete a esta sala es, de manera exclusiva, si el usufructuario del predio dominante está legitimado para constituir una servidumbre de paso a favor del fundo. En efecto, a pesar de que las partes que suscribieron el documento privado de 1976 otorgaron al pasillo el carácter de medianero, la demandada alegó en su contestación a la demanda que el terreno era de su exclusiva propiedad y, en su recurso de apelación, la demandante se aquietó con esta calificación que había sido aceptada por el juzgado. De esta forma, en la apelación, frente a los argumentos de la demandada que habían sido acogidos por el juzgado, la demandante ahora recurrida solo mantuvo su pretensión de que se reconociera su derecho de paso en virtud de la existencia de una servidumbre sobre el mencionado pasillo.



El juzgado negó la existencia de servidumbre porque consideró que no había sido constituida por el dueño de la finca dominante mientras que la Audiencia razonó que, a pesar de que el usufructuario no está legitimado, en el caso no constaba la oposición de las nudo propietarias, por lo que era de aplicación el principio de la "utiliter gestio".

2.- Los recurrentes alegan que la sentencia infringe el art. 597 CC, que se refiere a los propietarios de las fincas, sin distinguir sirviente y dominante, pero esto no es correcto, pues tanto el art. 594 CC como los que le siguen ( arts. 595, 596 y 597) regulan aspectos relacionados con la constitución de un gravamen sobre una finca, no a favor de ella. Para llegar a esta conclusión basta atender al tenor literal de estos preceptos, que se refieren a "establecer en" una finca una servidumbre, "imponer sobre" una finca una servidumbre, "establecer sobre" una finca una servidumbre o, en fin, "imponer sobre un fundo" una servidumbre. A diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, el Código civil se ocupa de la legitimación para constituir una servidumbre por título exclusivamente desde la perspectiva del predio sirviente. Esto es algo que se admite sin discusión en la doctrina y obedece a que el legislador decimonónico solo consideró relevante el problema de quién está legitimado para imponer un gravamen sobre una finca. Así lo confirma que García Goyena, en el comentario al art. 536 de su proyecto, precedente del art. 594 CC, al explicar quién podía gravar una finca con una servidumbre, aclarara que el usufructuario podía adquirir una servidumbre porque por sí solo puede hacer mejor su condición.

Sin embargo, el silencio del Código civil acerca de quién puede consentir la constitución de servidumbres prediales a favor de una finca ha dado lugar a una diversidad de opiniones doctrinales en torno a la legitimación para constituir servidumbres desde la perspectiva del predio dominante. En particular, es discutida la legitimación de los titulares de derechos distintos del de propiedad, la naturaleza real o personal de los derechos que pueden constituir, su titularidad, así como su posible permanencia a favor del propietario tras la extinción del derecho del constituyente.

3.- En concreto, la cuestión jurídica que se plantea en el presente recurso y a la que debe darse respuesta es la legitimación del usufructuario para constituir una servidumbre predial a favor de la finca.

Esta sala considera que, en cuanto titular de un derecho real de uso y disfrute, el usufructuario puede constituir en beneficio de la finca una servidumbre voluntaria predial, de modo que las facultades correspondientes a tal servidumbre se incorporen como una utilidad que integra las facultades de disfrute de la finca. En cada caso, la titularidad de la servidumbre y su duración dependerá del título por el que se constituya.

En el caso que da lugar al presente recurso, la constitución de la servidumbre de paso no se hizo al servicio personal del usufructuario que la constituyó y limitada a la duración del usufructo, sino a favor de la finca, para beneficiar al fundo, a su servicio. Así lo muestra el que, en el documento en el que se reconoció el derecho de paso se decía expresamente: "Este acuerdo tendrá validez y se hará extensivo a las sucesivas transmisiones que en lo sucesivo pudiera tener cualesquiera de las dos parcelas". En consecuencia, la facultad de paso se incorporó de manera inseparable a la finca dominante y, al adquirir la finca, el demandante la adquirió con la servidumbre constituida.

4.- Para dar respuesta a las cuestiones planteadas en el recurso, conviene añadir que el conflicto no se da entre el usufructuario que constituyó la servidumbre a favor del fundo y su propietario, sino entre los actuales propietarios de fundo dominante y fundo sirviente. En el pleito tampoco se plantea problema alguno en torno al pago de un precio por la constitución de la servidumbre (que fue a título gratuito) ni a los eventuales gastos que pudiera conllevar. Simplemente el demandante, propietario del fundo dominante, pretende ejercitarla frente a los actuales propietarios de la finca sirviente, herederos de quien, al gravar su finca con la servidumbre de paso, reconoció la legitimación para convenir al entonces usufructuario de la finca dominante. Algo que, como dijo la sentencia de 10 de junio de 1993 (Rc. 3344/1990) para un caso de "supuesta falta de dominicalidad" de quien constituyó la servidumbre a favor de la finca dominante, no puede ser desconocido por los causahabientes del dueño del fundo sirviente.

5.- Por lo que se refiere a la jurisprudencia que se invoca en el recurso de casación para justificar el interés casacional, hay que advertir que, aunque la sala no ha podido localizar todas las sentencias que se citan (dada la forma incompleta en la que se hace, sin indicar número de la sentencia o de recurso), algunas de las localizadas no guardan relación con el motivo del recurso y las que citan o aplican el art. 597 CC no contienen doctrina aplicable al caso o se refieren a problemas de legitimación para imponer una servidumbre sobre el predio sirviente.

6.- Por todo ello el recurso de casación se desestima y se confirma el fallo de la sentencia recurrida.

**CUARTO.- Costas**



La desestimación del recurso de casación comporta que se impongan a la recurrente las costas ocasionadas por el mismo ( art. 398.1 LEC).

## FALLO

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

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Apolonia , D.ª Aurora , D.ª María Esther , D. Hermenegildo , D.ª Alejandra , herederos de D.ª Cristina y D. Ildefonso contra la sentencia dictada con fecha 15 de febrero de 2016 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, con sede en Jerez, en el recurso de apelación n.º 310/2015, dimanante del juicio ordinario n.º 942/2014 del Juzgado de primera Instancia n.º 3 de Arcos de la Frontera.

2.º- Imponer a la parte recurrente las costas del recurso de casación, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

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.