

Roj: **STS 505/2016 - ECLI:ES:TS:2016:505**Id Cendoj: **28079110012016100060**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **18/02/2016**Nº de Recurso: **2472/2013**Nº de Resolución: **73/2016**Procedimiento: **Casación**Ponente: **FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP J 988/2013,**
STS 505/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Febrero de dos mil dieciséis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en el recurso de apelación núm. 168/2013 por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Jaén, como consecuencia de autos de juicio de juicio ordinario nº 541/2012, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Cazorla, cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora doña María Dolores de la Plata Corbacho, en nombre y representación de doña Lidia; siendo parte recurrida el procurador don Íñigo Muñoz Durán, en nombre y representación de doña Olga

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- **1.-** La procuradora Doña Inmaculada Sola Muñoz, en nombre y representación de doña Lidia interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Olga y doña Zulima y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia en la que: "... Se declare que la finca descrita en el hecho primero de esta demanda, propiedad de mi representada, es predio dominante de una servidumbre de paso, de la que es predio sirviente la finca descrita, en el hecho segundo, propiedad de las demandadas, impuesta por la que fue propietaria de ambas fincas doña Almudena. Que dicho paso atraviesa por el jardín de la finca de las demandadas, partiendo de la habitación voladiza denominada "El cierre", que accede al jardín hasta las escaleras sitas en uno de los extremos del jardín de las demandadas, por las cuales se accede al jardín superior de mi representada, con la anchura suficiente para el tránsito de personas. Se condene a las demandadas a estar y pasar por las consecuencias de las anteriores declaraciones debiendo proceder a retirar la puerta o reja metálica colocada en la salida de la habitación llamada "El cierre" y la puerta colocada en la valla metálica colocada al final de las escaleras de acceso al jardín de mi representada, y, a que en lo sucesivo, se abstengan de perturbar el uso y disfrute de la referida servidumbre de acceso o paso al jardín superior. Que en trámite de ejecución de Sentencia se dirija mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad para que la inscripción de la resolución tenga acceso al Registro, disponiendo que las inscripciones vigentes de ambas fincas sean aclaradas por medio de nuevas inscripciones extendidas al efecto, para debida constancia en el mismo de la existencia de la servidumbre de paso cuyo reconocimiento interesamos. Que se condene expresamente en costas a los demandados".

2.- La procuradora doña Teresa Higuera Torres, en nombre y representación de doña Zulima y doña Olga, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que: " a) Dicte auto dando por terminado el proceso de acuerdo con la excepción de falta de capacidad opuesta en esta contestación. B) Subsidiariamente y para el caso de



no aceptar la anterior pretensión, dicte sentencia desestimando íntegramente los pedimentos de la demanda formulada por doña Lidia ; c) En cualquiera de los dos casos, imponga las costas del procedimiento a la actora".

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La lltre. Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Cazorla dictó sentencia en fecha 9 de mayo de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: "Estimando la demanda presentada por la Procuradora doña Inmaculada Sola Muñoz en nombre y representación de doña Lidia contra doña Olga y doña Zulima representadas por doña María Teresa Higuera Torres. Declaro: 1.- Que la finca descrita en el hecho primero de esta demanda, propiedad de Lidia, es predio dominante de una servidumbre de paso, de la que es predio sirviente la finca descrita en el hecho segundo, propiedad de doña Olga y doña Zulima impuesta por la que fue propietaria de ambas fincas doña Almudena. 2. Que dicho paso atraviesa por el jardín de la finca de las demandadas partiendo de la habitación voladiza denominada el cierre, que accede al jardín hasta las escaleras sitas en uno de los extremos del jardín de las demandadas, por las cuales se accede al jardín superior de la actora, con la anchura suficiente para el paso de personas. 3.- Se condene a las demandadas a estar y pasar por las consecuencias de las anteriores declaraciones, debiendo proceder a retirar la puerta o reja metálica colocada en la salida de la habitación llamada el cierre y la puerta colocada en la valla metálica colocada al final de las escaleras de acceso al jardín, y a que en lo sucesivo se abstenga de perturbar el uso y disfrute de la referida servidumbre de acceso o paso al jardín superior.

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de doña Olga, la Sección 2ª, de la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 13 de septiembre de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue: *Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº uno de Cazorla con fecha 9 de Mayo de 2.013 en autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 541 del año 2012, debemos de revocar y revocamos la referida sentencia y en su lugar, desestimando la demanda interpuesta por la representación de DOÑA Lidia, absolvemos a las demandadas de las pretensiones deducidas en su contra, sin hacer imposición de las costas en ambas instancias y con devolución del depósito para recurrir.*

TERCERO .- **1.-** La procuradora doña Inmaculada Sola Muñoz, en nombre y representación de doña Lidia, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVO DE CASACIÓN: PRIMERO** .- Por infracción en concepto de violación por interpretación errónea del artículo 541 del Código civil y de la doctrina jurisprudencial sentada en interpretación del mismo. **SEGUNDO** .- La sentencia que se impugna ignora en su fallo lo dispuesto en el artículo 541 del Código civil, al omitirse determinados aspectos que van en relación con la doctrina jurisprudencial que interpreta este artículo.

2.- Por Auto de fecha 18 de noviembre de 2014, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3.- Evacuado el traslado conferido, el procurador don Íñigo Muñoz Durán, en nombre y representación de doña Olga presentó escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de octubre de 2015, en que tuvo lugar, no habiéndose dictado sentencia dentro del plazo establecido debido a la excesiva carga de trabajo que pesa sobre el ponente.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Francisco Javier Orduña Moreno**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1. El presente caso plantea, como cuestión de fondo, la existencia de una servidumbre por signo aparente del artículo 541 del Código Civil, también denominada por destino del padre de familia, tras la división y constitución en régimen de propiedad horizontal de la finca matriz.

2. De los antecedentes del caso, deben destacarse los siguientes hechos probados.

a) En su día, las fincas sobre las que se discute la servidumbre pertenecieron a una única propietaria, doña Almudena. Dicha titular, el 10 de abril de 1987, procedió a la división y constitución en régimen de propiedad horizontal de la mencionada finca. En 1994, con reserva del usufructo vitalicio, otorga escritura de donación en favor de sus respectivas hijas. De forma que a su hija doña Lidia, aquí parte demandante, y a su hija doña María Inés les dona la finca número NUM000, y a las otras hijas, aquí demandadas, doña Olga y doña Zulima, la finca número NUM001. Fincas que traen causa de la anterior división y constitución de la propiedad horizontal que también dividió el jardín común existente, correspondiendo a las primeras el resto del jardín alto, o más alejado de la vivienda, y a las segundas, la parte del jardín próxima a la misma.



b) De la prueba testifical practicada, y del reconocimiento judicial efectuado, la Juez de primera instancia concluye que la anterior propietaria y usufructuaria de las fincas mantuvo, desde la división de la finca matriz hasta su fallecimiento en el año 2009, una servidumbre de signo aparente de camino o paso al jardín alto o superior a través de la habitación denominada "el cierre", que permite alcanzar las escaleras situadas en el extremo del mismo y acceder así al jardín, sin otro acceso directo al mismo.

c) En la escritura de división y constitución de propiedad horizontal no se contempla expresamente ninguna declaración en contra de la existencia de la citada servidumbre de paso. Por su parte, tanto la escritura de donación de la finca número NUM000, como el Registro de la Propiedad, describen la habitación denominada "el cierre" como parte integrante de la misma que permite el acceso al jardín con el derecho de su titular a hacerla permanecer en su estructura actual y, por tanto, acristalada con luces al jardín que queda adscrito a la finca anteriormente descrita.

d) Desde finales de 2011, y principios de 2012, la parte demandada ha puesto una reja metálica en la puerta de acceso al jardín de la habitación "el cierre", soldando dicha reja a la estructura de la habitación. En esta línea, también ha procedido a instalar una valla metálica de separación de ambos jardines, impidiendo materialmente el acceso al jardín superior desde la vivienda de la demandante.

3. La sentencia de primera instancia estima la demanda y declara la existencia de una servidumbre de paso a favor del predio dominante, de cotitularidad de la demandante, consistente en el acceso al jardín superior a través de la meritada habitación "el cierre" y por medio de las escaleras sitas en uno de los extremos del jardín propiedad de las demandadas.

Apelada la sentencia por las demandadas, la sentencia de segunda instancia estima el recurso y revoca la anterior sentencia. Considera, en definitiva, que la existencia de una pasarela por la que se accedía al jardín desde la casa, no constituye en la actualidad ningún signo externo de apariencia indudable de una servidumbre de paso entre la parte alta del jardín y la parte baja del mismo, sino la de dar acceso al jardín como un todo, tal y como existía cuando vivía la propietaria y posterior usufructuaria de las fincas, situación que varió con la división de la finca matriz.

Recurso de casación.

Servidumbre de paso por destino del padre de familia (artículo 541 del Código Civil). Naturaleza y presupuestos de aplicación. División de la finca matriz como acto o negocio comprendido en el requisito de enajenación de la finca previsto en la norma. Doctrina jurisprudencial aplicable.

SEGUNDO.- 1. La parte demandante, al amparo del ordinal tercero del artículo 477. 2 LEC, interpone recurso de casación que articula *en tres motivos*

. En dichos motivos, aparte de alegar que la sentencia recurrida no tiene en cuenta los hechos declarados probados, denuncia con reiteración la infracción de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil y la doctrina jurisprudencial de esta Sala que lo interpreta; con cita de las SSTs de 30 de junio de 1978, 8 de abril de 1988, 18 de noviembre de 1992 y 20 de diciembre de 1997.

En el presente caso, por la fundamentación que a continuación se expone, los motivos planteados deben ser estimados.

2. La denominada servidumbre por destino del padre de familia, contemplada en el artículo 541 del Código Civil, responde, principalmente, a su forma o modalidad de constitución voluntaria en atención bien al acuerdo tácito entre quien era propietario de las dos fincas y el nuevo adquirente de una de ellas, o bien, caso que nos ocupa, en atención a la voluntad del dueño de la finca que posteriormente proceder a su división.

Por lo que se refiere a sus presupuestos de aplicación hay que precisar, en primer término, que el requisito de enajenación que contempla la norma está sujeta a una interpretación flexible conforme a la naturaleza de su constitución. De forma que quedan claramente comprendidos los supuestos en los que el titular de la finca matriz procede a su división. Caso, entre otros, de la división de la finca conforme a la constitución del régimen de propiedad horizontal.

En segundo término, y dadas las peculiaridades del supuesto de división de la finca matriz, el requisito de la existencia de un signo aparente también está sujeto a una necesaria interpretación flexible, pues basta con que el propietario de dicha finca lo hubiese establecido con anterioridad a la división de la finca.

En el presente caso, los presupuestos de la servidumbre por destino del padre de familia, en su gravamen de paso, se dan cumplidamente.

En efecto, la propietaria de la finca matriz no sólo estableció un potencial signo aparente para acceder desde la parte alta de la casa al jardín, con la susodicha habitación "el cierre" y su función de comunicar con la escalera,



sino que lo utilizó, como usufructuaria, tras la división de la finca como servidumbre de paso para acceder a la parte superior del jardín; parte ya integrante de la otra finca resultante. De ahí que la división de la finca, contrariamente al criterio seguido por la sentencia recurrida, vino a dar carta de naturaleza a la servidumbre de paso querida y establecida por la dueña de la finca matriz.

Consideración que resulta confirmada en la propia escritura de división y constitución de propiedad horizontal de la finca, en donde no hay "expresión contraria" a la constitución de la servidumbre, tal y como exige el precepto. Más bien, por el contrario, se describe el signo aparente y su función, con mención expresa a la citada habitación "el cierre" y a la existencia de otra servidumbre de luces. Sin que tampoco la titular de la finca matriz hiciera desaparecer el signo aparente antes del otorgamiento de la citada escritura, pues no sólo no lo hizo sino que hizo uso del mismo, como usufructuaria de ambas fincas.

TERCERO.- Estimación del recurso de casación y costas

1. La estimación de los motivos comporta la estimación del recurso de casación.
2. Por aplicación del artículo 398. 2 en relación con el artículo 394 LEC , no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.
3. Por aplicación del artículo 398.1 en relación con el artículo 394 LEC , procede hacer expresa imposición de las costas de apelación a la parte demandada y apelante.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

1. Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Lidia contra la sentencia dictada, con fecha 13 de septiembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 2ª; en el rollo de apelación nº 168/2013 , que casamos y anulamos, para confirmar en su lugar los pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de primera instancia, nº 1, de Cazorla, de 9 de mayo de 2013 , dimanante de juicio ordinario nº 541/2012.

2. No ha lugar a hacer expresa imposición de costas del recurso de casación.

3. Imponer las costas de apelación a la parte demandada y apelante.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan, Ignacio Sancho Gargallo, Francisco Javier Orduña Moreno, Rafael Saraza Jimena, Pedro Jose Vela Torres. Firmado y rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Javier Orduña Moreno** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.