



Roj: **STS 1635/2016 - ECLI:ES:TS:2016:1635**

Id Cendoj: **28079110012016100235**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2016**

Nº de Recurso: **801/2014**

Nº de Resolución: **241/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 1294/2013,**
STS 1635/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 12 de abril de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife (Sección Cuarta), en el rollo de apelación n.º 651/12, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 654/10 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Icod de los Vinos; cuyo recurso fue interpuesto por el procurador D. Juan Bautista Belmonte Crespo, en nombre y representación de D.ª Natividad; siendo parte recurrida la procuradora D.ª M.ª Paz Galindo Perrino, en nombre y representación de D.ª María Dolores.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Procurador de los Tribunales D. Gustavo Magec Luis Ojeda, en nombre y representación de doña María Dolores, don Carmelo y doña Estrella, interpuso demanda de juicio ordinario contra don Ismael y doña Natividad y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que se establezcan los siguientes pronunciamientos:

«1.º Se declare que la finca propiedad de los demandados no tiene derecho de paso a través de la serventía -callejón de entrada- descrita en el hecho segundo de la demanda, condenándoles a cerrar el hueco abierto en el muro delimitador de su propiedad con la indicada serventía. B) Condenándoseles asimismo, al pago de las costas procesales».

SEGUNDO.- El procurador don Fernando Pavés Cano, en nombre y representación de don Ismael y doña Natividad 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:

«Estime íntegramente la presente contestación en los términos expuestos en el cuerpo de este escrito, rechazando la totalidad del suplico de la demanda y condenado en costas a la parte actora».

TERCERO.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Il.ª Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Icod de los Vinos, dictó sentencia en fecha 28 de diciembre de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Que DESESTIMO la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales D. Gustavo Magec Luis Ojeda, en nombre y representación de doña María Dolores, don Carmelo y doña Estrella contra don Ismael y doña Natividad, absolviendo a los demandados de todos los pedimentos de contrario y con condena en costas a la parte actora.».



CUARTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de doña María Dolores , don Carmelo y doña Estrella , la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, dictó sentencia con fecha 25 de marzo de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: 1. Se estima el recurso de apelación interpuesto por doña María Dolores , don Carmelo y doña Estrella , sin que proceda hacer especial pronunciamiento sobre las costas de dicho recurso. 2. Se estima la demanda formulada por doña María Dolores , don Carmelo y doña Estrella contra don Ismael y doña Natividad , con los siguientes pronunciamientos: A) Se declara que la finca propiedad de los demandados no tiene derecho de paso a través de la serventía -callejón de entrada- descrita en el hecho segundo de la demanda, condenándoles a cerrar el hueco abierto en el muro delimitador de su propiedad con la indicada serventía. B) Se condena a los demandados al pago de las costas procesales».

QUINTO.- La Procuradora doña Eulalia Raya Pastor, en nombre y representación de doña Natividad , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente motivo de casación:

«Único: Interés casacional por infracción de doctrina contenida en sentencias de la Sala primera del Tribunal Supremo. Se discute sobre el derecho de los propietarios de determinado predio a usar o no la serventía no discutida por ninguna de las partes, que existe y atraviesa varias fincas, ahora inmuebles, entre los que figuran los de las partes».

SEXTO.- Por auto de fecha 28 de enero de 2015, se acordó admitir el recurso de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, la procuradora D.ª M.ª Paz Galindo Perrino, en nombre y representación de D.ª María Dolores presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

SÉPTIMO .- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de abril de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- La acción ejercitada en el presente caso no puede calificarse propiamente de acción negatoria de servidumbre, pues tiene por objeto la declaración de que los demandados no tienen derecho a pasar a través de la serventía, la cual no es un derecho real de servidumbre, sino, como dijo la sentencia de 10 julio 1985 , seguida por la del 14 mayo 1993 , se trata de una institución consuetudinaria vigente en las Islas Canarias y otros territorios que es definida por el diccionario de la Real Academia recogida en la primera de estas sentencias como «camino que pasa por terrenos de propiedad particular y que utilizan los habitantes de otras fincas para comunicarse con los públicos», sin que sea un derecho real de servidumbre, se refiere a camino privado, sin que se dé el predio dominante y el predio sirviente. Añade dicha sentencia de 10 julio 1985 que la serventía está constituida sobre terrenos de propiedad particular de cada uno de los colindantes, no pudiendo hablarse de titularidad de la misma, ni sea concebible el derecho individual a pedir su extinción.

Los demandados se opusieron a la demanda, pretensión principal y a la pretensión adicional a la misma, a cerrar el hueco abierto en el muro delimitador de su propiedad y la serventía, por entender que se mantenía la misma.

2.- La sentencia de primera instancia, del Juzgado número 2 de Icod de los Vinos, de 28 diciembre 2011 desestimó la demanda, es decir, la declaración de la inexistencia de la serventía y la condena a cerrar el hueco, destacando su idea esencial de «situación o hecho constituido en uso local» y da por acreditado que «ambas partes reconocen la existencia de una serventía o camino privado a través del cual tienen acceso a sus viviendas» y, partiendo de los hechos probados, concluye que «no se desprende elemento alguno que permita concluir que los actuales propietarios de la finca situada en la CALLE000 número NUM000 de La Guancha no tienen derecho a hacer uso del camino privado situado en la parte trasera de su vivienda procediendo, por tanto, la desestimación de la demanda».

Cuya sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de Santa Cruz de Tenerife, que en la del 25 marzo 2013 , estimó la demanda, es decir, declaró que los demandados no tienen derecho de paso a través de la serventía, con la condena a cerrar el hueco. Partió de que en las escrituras se señala como lindero sur una finca y un «paso para servicio de varias viviendas» y que por prueba documental y testifical «dicha serventía existe desde derecho inmemorial». Añade que la puerta o hueco estuvo tapiada muchos años, pero que estuvo «abierta con anterioridad a 1950» y que en ninguno de los títulos aportados por los demandados se hizo constar el derecho de uso de tal serventía. Por lo que, como se ha dicho, se estima la demanda.

3.- La codemandada, doña Natividad , ha interpuesto el presente recurso de casación, en un motivo único, por interés casacional, con cita de las dos sentencias que han sido mencionadas anteriormente, especialmente



la de 1985, de cuyo texto deduce que no puede exigirse la extinción de la serventía por el desuso durante un tiempo. Es un derecho que asiste a todos los predios colindantes.

SEGUNDO .- 1.- La sentencia de la Audiencia Provincial objeto del recurso de casación define correctamente la serventía como la vía que pasa por terrenos de propiedad particular, que se constituye por voluntad de los propietarios colindantes, que han cedido terreno en la proporción adecuada a fin de comunicarse con caminos públicos. Es institución consuetudinaria que se mantiene y se respeta como algo presente y aceptado por los colindantes. Es una institución que se define como presente, no como hecho histórico. Así, la cuestión que se plantea en este proceso es la prueba de si existe o no. La casación no es una tercera instancia y debe partir de los hechos que la sentencia de instancia, de la Audiencia Provincial, han sido declarados probados. La prueba viene referida no a sí existió en un tiempo pasado, sino a si existe ahora. Y dicha sentencia afirma, con claridad, que no se ha probado la existencia de la serventía. Incluso la serventía aprovecha a los predios colindantes y en el presente proceso se demanda a unas personas, vecinos, concretos como si de una servidumbre se tratara.

En definitiva, al no entender probada la presencia actual de la serventía, la sentencia objeto del presente recurso estima la demanda, en el sentido de aceptar la acción negativa de declaración de que los demandados no tienen derecho -derecho actual- a la serventía.

2.- Al estimar la demanda, la codemandada doña Natividad ha formulado recurso de casación por interés casacional, por infracción de la doctrina de esta Sala representada por las dos sentencias que han sido citadas, las de 10 julio 1985 y 14 mayo 1993 .

Ambas sentencias han sido detenidamente examinadas por esta Sala, pero en nada contradicen lo expuesto hasta aquí. En ambas, se da por probada la existencia actual de la serventía sin que se acepte hacer supuesto de la cuestión. Por el contrario, en el presente caso, se declara probada la no existencia de la misma y se estima la acción negativa formulada.

3.- En consecuencia, se desestima el recurso de casación, se confirma la estimación de la demanda, como ha declarado la sentencia recurrida, con la condena en costas que impone el artículo 398. 1 en su remisión al 394. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial , introducida por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley de Reforma de la Legislación Procesal para la implantación de la Nueva Oficina Judicial.

FALLO

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

1.º Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D.ª Natividad contra la sentencia dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en fecha 25 de marzo de 2013 , que se confirma. **2.º** Se condena a dicha parte al pago de las costas causadas en este recurso y a la pérdida del depósito constituido. Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollos de apelación remitidos.

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

Así se acuerda y firma. Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz