



Roj: **STS 2299/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2299**

Id Cendoj: **28079110012016100333**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **24/05/2016**

Nº de Recurso: **1660/2014**

Nº de Resolución: **347/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VA 512/2014,**
STS 2299/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 24 de mayo de 2016

Esta sala ha visto el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 3.ª), en el rollo de apelación n.º 378/2013, dimanante de los autos de juicio ordinario n.º 1022/2008 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Valladolid; cuyo recurso fue interpuesto por el procurador don José Andrés Peralta de la Torre, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de la CALLE000 NUM000 al NUM001 de Valladolid; siendo parte recurrida el procurador don Francisco García Crespo, en nombre y representación de Braun & Muresal, S.L. y la procuradora doña Susana Gómez Castaño, en nombre y representación de don Mauricio, doña Maite, don Prudencio y doña Olga.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procurador don David Vaquero Gallego, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de la CALLE000 NUM000 al NUM001 de Valladolid, interpuso demanda de juicio ordinario contra Braun & Muresal, S.L. y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que estimando totalmente la demanda, se declare:

« 1º) La no existencia de un derecho real de servidumbre de paso que obligue a los demandantes Comunidad de Propietarios Edificio DIRECCION000 a soportar perturbación alguna sobre el patio, zona común del inmueble proveniente de la finca de los demandados Braun & Muresal, S.L. Y en su virtud, se condene 1º.- A todos los demandados a estar y pasar por dichas declaraciones; 2º.- A cerrar la apertura realizada en el muro, retirando la escalera de acceso al patio de vecinos propiedad de la demandante, por cuenta de la entidad demandada. 3º.- A restaurar la pared del patio donde se ha abierto la puerta a su estado original. Imponiéndose a la demandada las costas procesales».

SEGUNDO .- El procurador don Iñigo de Loyola Blanco Urzaiz, en nombre y representación de Braun y Muresal, S.L., 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:

«Se desestime íntegramente la misma, bien acogiendo las excepciones procesales alegadas, bien por el fondo del asunto, con expresa condena en costas a la demandante».

TERCERO.- El 5 de julio de 2012 se dictó sentencia estimando la demanda. Recurrida en apelación, la Audiencia Provincial apreció falta de litisconsorcio pasivo necesario y declaró la nulidad de lo actuado retro trayendo

las actuaciones al momento de la audiencia previa. Recibidos los autos en el Juzgado de Primera Instancia la Comunidad de Propietarios Edificio DIRECCION000 formuló demanda contra Braun y Muresal, S.L. y los propietarios de este local don Mauricio , doña Maite , don Prudencio y doña Olga . Estos propietarios contestaron oponiéndose bajo la representación de la procuradora doña Carla Matito Abril, celebrándose la audiencia previa y finalmente el 9 de octubre de 2013 la vista pública, quedando los autos vistos para sentencia.

CUARTO.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Valladolid, dictó sentencia en fecha 10 de octubre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Con rechazo de las excepciones planteadas y estimando la demanda presentada por la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de la CALLE000 NUM000 al NUM001 de Valladolid, contra Braun & Muresal, S.L. y de don Mauricio , doña Maite , don Prudencio y doña Olga :1º.- Declaro la no existencia de un derecho real de servidumbre de paso que obligue a los demandantes a soportar perturbación alguna sobre el patio, zona común del inmueble proveniente de la finca de los demandados. 2º.- Condeno a los demandados a:) estar y pasar por estas declaraciones; -b) cerrar la apertura realizada en el muro, retirando la escalera de acceso al patio de vecinos propiedad de la actora por cuenta de los demandados -c) a restaurar la pared del patio donde se ha abierto la puerta a su estado original. Las costas se imponen a los demandados».

QUINTO.- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Braun & Muresal, S.L y de don Mauricio , doña Maite , don Prudencio y doña Olga , la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, dictó sentencia con fecha 9 de abril de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue :

«FALLAMOS: Que estimando el recurso de apelación presentado por la representación procesal de Braun & Muresal, S.L y por la representación procesal de don Mauricio , doña Maite , don Prudencio y doña Olga declaramos que procede revocar la sentencia de 10 de Octubre de 2013, del Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Valladolid y acordamos que procede desestimar la demanda. Todo ello sin expresa condena en costas en ninguna de las instancias».

SEXTO.- El procurador don David Vaquero Gallego, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de la CALLE000 NUM000 al NUM001 de Valladolid interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en el siguiente motivo de casación:

Único: Por infracción en concepto de violación por interpretación errónea de los artículos 348 del Código civil , en relación con el 532 regulada en los artículos 564 y 565 del Código civil y los artículos 539 , 536 y 540 todos ellos del Código civil y doctrina recogida sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

SÉPTIMO .- Por auto de fecha 9 de septiembre 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, los procuradores don Francisco García Crespo y la procuradora doña Susana Gómez Castaño en nombre y representación de Braun & Muresal, S.L y de don Mauricio , doña Maite , don Prudencio y doña Olga respectivamente, presentaron escritos de oposición al recurso interpuesto.

OCTAVO.- No habiéndose solicitado la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de mayo de 2016, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- Los antecedentes básicos para comprender la situación que se plantea en esta *litis*, giran en torno a una salida de emergencia y una escalera sobre un patio de la comunidad demandante.

Braun & Muresal, S.L. explotando un negocio en un local propiedad de los demás codemandados abrió en su local una puerta que da al patio que pertenece a la Comunidad de propietarios, edificio DIRECCION000 de la CALLE000 n.º NUM000 al NUM001 , de Valladolid y colocaron una escalera metálica invadiendo parte del patio. Lo cual vino determinado por la exigencia municipal al negocio del restaurante indicado, de una salida de emergencia que va desde una terraza del propio restaurante al patio de la Comunidad, elemento común de ésta.

Dicha Comunidad ejerció la acción negatoria de servidumbre, formulando demanda en la que interesó la declaración de no existencia de servidumbre de paso y la condena de los demandados a cerrar la apertura del muro y retirar la escalera y restaurar la pared del patio.

La Comunidad mantuvo en la demanda que las obras no estaban autorizadas y afectaban a elementos comunes de la misma.

Los demandados opusieron excepciones procesales y, respecto al fondo, alegaron la existencia de zonas de evacuación común con una servidumbre de paso discontinua.



2.- La sentencia el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valladolid, de 10 octubre 2003 estimó la demanda. Tras rechazar las excepciones, afirma que «la realidad es que la demandada ha creado un paso a la propiedad de la actora e igualmente ha ocupado parte del terreno de esta última» y añade que «ha procedido por vías de hecho a alterar una situación preexistente, sin haber pedido autorización previa...» y en conclusión y para reafirmar la estimación de la demanda, explica que la necesidad de salida de emergencia «no es aplicable al local que tiene su acceso por la calle, el exterior» y «no tiene ninguna servidumbre el patio de la actora».

Cuya sentencia es revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3.ª, de Valladolid, en la de 9 abril 2014 que rechaza las excepciones planteadas y destaca que «los demandados han realizado la obra de acuerdo con el artículo 7, párrafo 1.º, de la Ley de Propiedad Horizontal, pero sin dar cuenta a la Comunidad» y tras la cita de numerosas sentencias, expone su posición en estos términos:

«El acceso sobre el que se ha instalado la escalera por la demandada tiene una única finalidad, cual es la de servir de salida de emergencia, sin que, fuera de esos casos, vaya a ser utilizada. Y esa escalera ningún perjuicio causa a la Comunidad, por cuanto que el acceso puede seguir siendo utilizado con la misma finalidad sin que suponga obstáculo alguno para el supuesto de incendio. Téngase presente que ni siquiera es utilizado como patio de recreo»

A continuación, añade la doctrina del abuso del derecho para justificar la desestimación de la demanda.

3.- La Comunidad demandante ha interpuesto el presente recurso de casación en dos motivos, por interés casacional que ha justificado sobradamente con la alegación de sentencias de esta Sala.

En el primero de los motivos destaca que se trata de dos fundos independientes y que los demandados carecen de título constitutivo de la servidumbre. El segundo de los motivos combate la argumentación de la sentencia recurrida sobre el abuso del derecho, ya que se ha ejercitado la acción negatoria de servidumbre de paso aparente y discontinua.

SEGUNDO.- 1.- La acción negatoria, cuyo objeto es la declaración de que la cosa no está sometido a un derecho real de servidumbre del demandado, que se haga cesar el mismo (se niega éste) y, en su caso, que se restablezcan las cosas a su estado anterior. A esta acción se refiere la sentencia de 13 octubre 2006 que dice, en forma semejante:

«Esta acción tiene por objeto que se declare que la cosa no está sometida a un derecho real de servidumbre del demandado y que se haga cesar el mismo; presumiéndose que la propiedad es libre, será el demandado el que deberá probar la existencia de la servidumbre: todo ello lo recuerda la sentencia de 24 de marzo de 2.003 y no plantea la menor duda. A ello hay que añadir que el demandante, propietario, deberá acreditar la concreta perturbación que hace el demandado, como ejercicio de un derecho real: éste es el presupuesto de esta acción. Simplemente, pueden recordarse dos matices: que no es objeto de esta acción la simple perturbación material o de hecho, sin aparecer ejercicio alguno del derecho de servidumbre y que sí puede ser objeto de esta acción, ejercitándose como meramente declarativa, la declaración de que no hay servidumbre, aunque no se padezca perturbación alguna».

A su vez, la servidumbre de paso voluntaria (la legal no se plantea aquí) se constituye por negocio jurídico («voluntad de los propietarios», dice el artículo 536, «título» dice el artículo 537) o, en su caso, por usucapión (artículos 537 y 538).

La sentencia de 10 marzo 1992 (recurso 678/1990) destaca que en la acción negatoria «el actor ha de probar la propiedad y el demandado el derecho al gravamen que se atribuye».

La sentencia del 24 octubre 2006 (recurso 20/2000) destaca la necesidad del título o hecho constitutivo de la servidumbre:

«Como declara la STS de 21 de octubre de 1987, consistiendo la servidumbre en la atribución de un derecho real en cosa ajena, esta situación de poder debe apoyarse en un evidente título o hecho constitutivo que legitime su ejercicio, correspondiendo al que pretende la limitación del dominio ajeno la carga de la prueba. Resulta, pues, indudable que la calificación de los hechos en que se apoya el reconocimiento del título constitutivo de la servidumbre constituye una *quaestio iuris*».

Y añade:

«La servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse, pues, en virtud de título, y a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme (arts. 539 y 540 CC y SSTS de 27 de junio de 1980, 23 de junio de 1995, 14 de julio de 1995, 5 de marzo de 1993 y 30 de abril de 1993), salvo que se trate de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del CC (SSTS de 14 de noviembre 1961, 12 de junio de 1965, 4 de junio de 1977, 15 de febrero de 1989 y 16



de diciembre de 2004), exceptuado el caso de constitución por signo aparente por disposición del padre de familia (v. gr., STS de 18 de enero de 1992 y, más recientemente, STS de 20 de diciembre de 2005)».

2.- En el presente caso, no se ha discutido y es hecho aceptado por las partes, que el patio sobre la que se ha abierto una puerta o boquete en el muro e instalado una escalera, como salida de emergencia del local de los demandados, es propiedad, como elemento común, de la Comunidad de propietarios en régimen de propiedad horizontal, demandante.

A su vez, los demandados titulares del local y que abrieron la apertura en el muro y colocaron la escalera, no han acreditado en modo alguno título bastante para justificar su titularidad de una servidumbre de paso sobre el terreno propiedad de la Comunidad demandante.

TERCERO.- 1.- Se ha apuntado con anterioridad que la sentencia de la Audiencia Provincial desestimó la demanda por razón de que no aparecía perjuicio alguno para la Comunidad demandante y por aplicación de la doctrina del abuso del derecho. Frente a esta resolución, dicha Comunidad demandante ha formulado recurso de casación en dos motivos que se refieren a ambos razonamientos de la misma.

2.- El primero de los motivos alega la infracción del derecho de propiedad, que se presume libre, artículo 348 del Código civil en relación de los artículos 532 y demás artículos que regulan el derecho real de servidumbre y doctrina jurisprudencial sobre ellos.

El motivo debe ser estimado. Tanto estos artículos como la doctrina jurisprudencial (que ha sido recogida en el fundamento anterior) exigen para el triunfo de la acción negatoria la prueba de la propiedad de la parte demandante (acreditada y aceptada por las partes) y la falta de prueba del derecho real por la demandada (no alegada siquiera). La sentencia recurrida no se ha basado en forma alguna que justifique el título adquisitivo de la servidumbre de paso por la parte demandada, con lo que infringe el principio de libertad de la cosa objeto del derecho de propiedad, si no se prueba lo contrario (artículo 348) y no se ha probado en modo alguno (realmente, tampoco ha sido alegado) el derecho a la limitación que implica un derecho real de servidumbre de paso.

3.- El motivo segundo, combate la aplicación al caso concreto de la doctrina del abuso del derecho. Alega la infracción del artículo 7 del Código civil que no es aplicable al ejercicio de una acción negatoria de servidumbre de paso, cuando no existe título alguno que la justifique.

El abuso del derecho, tanto en sentido subjetivo como objetivo (sentencia de 13 junio 2003) es un límite al derecho subjetivo que «es preciso delimitarlo caso por caso, por lo que habrá de ser muy cuidadoso el órgano juzgador» (así lo expresa la sentencia de 6 febrero 1999) y cuya esencia «es el sobrepasar manifiestamente los límites normales de ejercicio del derecho» (dice la sentencia del 21 septiembre 2007).

Nada de ello se da en el presente caso. La sentencia recurrida da unos conceptos doctrinales y jurisprudenciales sobre el abuso del derecho pero no justifica que la Comunidad demandante haya obrado con abuso del derecho cuando ejerce una acción negatoria de una servidumbre que ha constituido la parte demandada por vía de hecho, sin título alguno, sobre terreno de la Comunidad y no puede afirmar dicha sentencia que no le causa perjuicio y no obtendría beneficio si prosperara la acción. Acción negatoria que está fuera del perjuicio o beneficio (que tampoco se han probado) sino que deben seguir las normas del Código civil y de una constante jurisprudencia que no analiza el perjuicio o beneficio, sino la normativa que se aplica desde hace más de cien años.

CUARTO.- 1.- En consecuencia, debe ser estimada demanda, lo que conlleva la casación de la sentencia recurrida y la confirmación de la dictada en primera instancia que había dado lugar a la demanda, la acción negatoria de la servidumbre de paso.

2.- Al desestimarse el recurso de casación, no procede la condena en costas, que establece el artículo 398, en su remisión al 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil aplicándose también a las costas de la instancia. Procede también la devolución del depósito constituido.

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 haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de la Comunidad de Propietarios DIRECCION000 de la CALLE000 NUM000 al NUM001 de Valladolid, contra la sentencia dictada por la Sección 3.ª de la Audiencia Provincial de Valladolid, en fecha 9 de abril de 2014 , que se casa y anula. **2.º** - En su lugar, confirmamos y hacemos nuestra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Valladolid, en autos de procedimiento ordinario 1022/2008, de fecha 10 octubre del 2013. **3.º**- No se hace condena en costas en este recurso. Se mantiene



la condena impuesta en primera instancia. Se condena a la parte demandada en las costas causadas en segunda instancia. Devuélvase el 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. Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana Antonio Salas Carceller Francisco Javier Arroyo Fiestas Eduardo Baena Ruiz Fernando Pantaleon Prieto Xavier O'Callaghan Muñoz

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ