



Roj: STS 612/2015 - ECLI:ES:TS:2015:612
Id Cendoj: 28079110012015100091

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 914/2013

Nº de Resolución: 98/2015

Procedimiento: CIVIL

Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Febrero de dos mil quince.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Inca, cuyo recurso fue interpuesto por la procuradora Dª María Dolores de Haro Martínez en nombre y representación de la mercantil "Menani, S.A."; siendo parte recurrida el procurador D. Manuel Mª Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación del Ayuntamiento de Pollença.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora Dª María del Carmen Serra Lull, en nombre y representación de MENANI, S.A. interpuso demanda de juicio ordinario contra el Ayuntamiento de Pollença y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que: *Se declare que las fincas descritas en el hecho primero de esta demanda y conocidas en su conjunto, Ternellers es exclusivamente de propiedad de Menani, S.A. y que por la misma no discurre camino alguno que no sea de su propiedad, no existiendo en el interior del predio ningún camino de titularidad y/o uso público ni está grabada con servidumbre de paso a favor del Ayuntamiento demandado y con expresa imposición de las costas procesales irrogadas al demandado.*

2.- La procuradora Dª Lidia Pérez Vicens, en nombre y representación de Ayuntamiento de Pollença, 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 dicha la demanda y se condene a la actora al pago de las costas causadas.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Inca, dictó sentencia con fecha 20 de octubre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLO:** SE ESTIMA PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Dª Mª del Carmen Serra Lull, en nombre y representación de la entidad MENANI, S.A., contra el AYUNTAMIENTO DE POLLENÇA, representado por el Procurador de los Tribunales Dª Lidia Pérez Vicens y, en consecuencia, se declara que las fincas registrales nº 3727, nº 15167, nº 1700 y nº 1682, inscritas en el Registro de la Propiedad de Pollença y descritas en el fundamento de derecho quinto, conocidas en su conjunto como Ternelles, son exclusivamente de propiedad de la entidad MENANI, S.A.; que por dichas fincas no discurre camino alguno que no sea propiedad de la parte demandante y que en el interior de esas fincas no existe ningún camino de dominio público; y se desestima la acción negatoria de servidumbre ejercitada por la parte demandante, por lo que no procede declarar la inexistencia de servidumbre de paso a favor del Ayuntamiento de Pollença. *No procede imponer el pago de las costas causadas en esta instancia a ninguna de las partes*

SEGUNDO .- Interpuestos recursos de apelación contra la anterior sentencia por la representaciones procesales de "Menani" y del Ayuntamiento de Pollença, la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 4 de febrero de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:**

DESESTIMAR LOS RECURSOS DE APELACION interpuestos por la Procuradora Sra. *Serra Llull*, en nombre y representación de *Menani, S.A.*, y por la Procuradora Sra. *Pérez Vicens*, en nombre y representación del *Excelentísimo Ayuntamiento de Pollença* contra la sentencia de fecha 20-10-2011, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Inca, en los autos Juicio Ordinario de los que trae causa el presente Rollo y CONFIRMAR DICHA SENTENCIA.

TERCERO .- 1 .- La procuradora D^a Carmen Serra Llull, en nombre y representación de la entidad mercantil "Menani" interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVO POR INFRACCION PROCESAL: PRIMERO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 42.1 del mismo texto legal . **SEGUNDO** .-Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 217.3 del mismo texto legal . **TERCERO** .- Al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 218.1 del mismo texto legal . **MOTIVO DE CASACION: PRIMERO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 33 de la Constitución y 348 y 349 del Código civil, en relación con el artículo 28 de la Ley de Costas y 54.2 de su Reglamento, así como del artículo 10 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y 64 y 119 de la Ley del suelo de 1976. **SEGUNDO** .- Al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 539 del Código civil, en relación con el artículo 28 de la Ley de Costas y 54.2 de su reglamento.

2.- Por Auto de fecha 11 de marzo de 2013, se acordó ADMITIR EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y EL DE CASACION 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 D. Manuel M^a Álvarez-Buylla Ballesteros, en nombre y representación del Ayuntamiento de Pollença presentó escrito de impugnación a los recursos interpuestos.

4. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de febrero de 2015, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- La demanda que en su día interpuso la entidad MENANI, S.A. propietaria de unas fincas unidas, predio conocido con el nombre de TERNELLES (cuatro fincas registrales), comprendía la *acción declarativa de dominio* sobre este predio, con la precisión de que en el mismo no había ningún camino de titularidad y uso público; además, *acción negatoria de servidumbre* de paso. La parte demandada, AYUNTAMIENTO DE POLLENÇA se opuso a la demanda; no formuló reconversión.

2 .- Las sentencias de instancia han estimado la *acción declarativa de dominio* con la declaración explícita en el fallo, "que por dichas fincas no discurre camino alguno que no sea propiedad de la parte demandante y que en el interior de esas fincas no existe ningún camino de dominio público". Esta primera acción de la demanda ha sido estimada y consentida por el AYUNTAMIENTO demandado y no ha llegado a casación. Así, se ha consolidado el derecho de propiedad de MENANI, S.A. sin camino alguno ajeno que atravesase su predio.

Otra cosa es la *acción negatoria de servidumbre*. Esta acción ha sido rechazada por las sentencias de instancia; no cabe obviar que no ha sido ejercitada por la parte demandada la acción confesoria de servidumbre por lo que sólo cabe entrar en casación sobre la negación o no de una servidumbre, sin pronunciarse expresamente sobre su existencia.

La sentencia de primera instancia, del Juzgado nº 2 de Inca, de 20 octubre 2011, advierte que el AYUNTAMIENTO DE POLLENÇA, como demandado, mantiene que la finca TERNELLES está gravada por la servidumbre legal de acceso público al mar que impone la vigente ley de costas.

Es de interés recordar el texto del artículo 550 del Código civil :

"Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública o comunal se regirá por las leyes y reglamentos especiales que las determinan, y, en su defecto, por las disposiciones del presente título."

Y, asimismo, la sentencia de 15 diciembre 1993, de esta Sala, expresa, con referencia a este artículo:

"Los derechos reales de servidumbre no se agotan en los que contempla el Código Civil y así su artículo 550 lo da a entender, acentuándose su carácter de norma de remisión, en cuanto a las servidumbres

establecidas para utilidad pública o comunal, las que se rigen por las leyes y reglamentos especiales y, en su defecto, es decir, en todo caso,

por la normativa civil de las servidumbres legales."

3.- En el caso presente tiene aplicación el artículo 28 de la Ley 22/1988, de 28 julio , de costas, artículo que no ha sido modificado por la ley 2/2013 de 29 mayo, que ha alterado sustancialmente aquélla. Dicho artículo parte de la presencia de una servidumbre de acceso... es decir, de paso (apartado 1), que los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral establecerán... la precisión de suficientes accesos al mar... (apartado 2).

1. La servidumbre de acceso público y gratuito al mar recaerá, en la forma que se determina en los números siguientes, sobre los terrenos colindantes o contiguos al dominio público marítimo-terrestre, en la longitud y anchura que demanden la naturaleza y finalidad del acceso 2.- Para asegurar el uso público del dominio público marítimo-terrestre, los planes y normas de ordenación territorial y urbanística del litoral establecerán, salvo en espacios calificados como de especial protección, la previsión de suficientes accesos al mar y aparcamientos, fuera del dominio público marítimo-terrestre.

La resolución administrativa que constituyó la controvertida servidumbre es conforme a derecho, puesto que obra en autos la sentencia firme del Tribunal Superior de Justicia de Les Illes Balears, Sala de lo Contencioso-administrativo, de 5 noviembre 2008 , que así lo declaró al desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por MENANI, S.A. contra un acuerdo dictado el 27 noviembre 2006 por el Consell Executiu del Consell Insular de Mallorca, acuerdo que inadmitió a trámite el recurso de alzada interpuesto por MENANI, S.A. frente a una resolución anterior de este órgano de 26 julio 2006.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 4ª, de 4 febrero 2013 , confirma la anterior y precisa que la Comisión Insular de Ordenación del Territorio, Urbanismo y Patrimonio en sesión celebrada el 26 julio 2010 adoptó el acuerdo de adicionar a las previsiones de accesos a la costa norte previstos en el plan de ordenación urbana de Pollença, mediante LA CONSTITUCIÓN DE SERVIDUMBRE DE PASO PEATONAL, las prescripciones y limitaciones que constan en el mismo, como son; acceso solo para peatones, que el camino será desde la barrera de entrada hasta el castillo y hasta Cala Castell; número máximo de visitantes 20 personas diarias, no estará permitido hacer fuego, llevar perros, canes u otros animales, ni hacer acampadas etc.

4.- Contra la anterior sentencia, la demandante MENANI, S.A. ha interpuesto sendos recursos por infracción procesal y de casación.

El primero contiene tres motivos, el primero hace especial referencia a la prejudicialidad contencioso-administrativa, aunque entra en el fondo de derecho material al referirse a la realidad de la servidumbre. El segundo, relativo a la carga de la prueba, también hace referencia, como el anterior, al procedimiento expropiatorio. El tercero trata de la incongruencia.

El recurso de casación, en sus dos motivos, plantea la necesidad de un procedimiento administrativo y de una expropiación para constituir una servidumbre de paso.

SEGUNDO .- 1.- El motivo primero del *recurso por infracción procesal* que ha interpuesto la sociedad demandante, MENANI, S.A. se funda en el artículo 469.1.2º por infracción del artículo 42.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil , que establece que los órganos jurisdiccionales civiles pueden conocer asuntos administrativos *a los solos efectos prejudiciales*, lo que ya dispuso el artículo 10.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , previendo el caso de que fueran antecedente lógico jurídico de la cuestión civil principal.

En este motivo se alega que la sentencia recurrida ha rechazado entrar a conocer la legalidad o ilegalidad de la constitución de la servidumbre, tras lo cual el motivo entra en el fondo del derecho material sobre el artículo 28 de la ley de costas.

El motivo se desestima porque dicha sentencia sí ha entrado en la legalidad de la constitución de la servidumbre. Lo ha hecho con detalle, en primer lugar al aceptar lo expresado en la sentencia de primera instancia (en el fundamento séptimo) y, en segundo lugar, la propia sentencia recurrida considera la cuestión (en el fundamento también séptimo) resuelve el mismo, pero sin entrar en el acto administrativo en sí mismo, lo que fue resuelto en la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como se expresa en los párrafos antes transcritos.

2.- El motivo segundo, también al amparo del artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se formula por infracción del artículo 217.3 del mismo cuerpo legal , relativo a la carga de la prueba, porque,

según expresa literalmente este motivo, la sentencia recurrida infringe el mencionado artículo 217.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al considerar acreditada la constitución de la servidumbre de acceso al mar, sin que el Ayuntamiento demandado acreditase haber cumplido los procedimientos y requisitos necesarios para que la servidumbre estuviese legalmente constituida, lo que supone acudir al procedimiento expropiatorio previsto en la normativa urbanística.

El motivo es un tanto inaudito. La sentencia de instancia declara expresamente probado la aplicación del artículo 28 de la ley de costas y carece de sentido el problema de la falta de prueba. Como se ha reiterado por esta Sala (sentencias de 24 septiembre 2010, 5 mayo 2011, 9 febrero 2012) "el problema de la carga de la prueba es el problema de la falta de prueba" y sólo se aplica la doctrina del *onus probando* y el artículo 217 en caso de falta de prueba (sentencia de 13 febrero 2012), siendo su función la de suplir la falta de prueba (sentencia de 7 julio 2011).

El motivo, pues, se desestima.

3.- El motivo tercero alega la infracción del artículo 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por incongruencia, al plantear el tema de que el Ayuntamiento demandado no alegó la existencia de la servidumbre. No puede olvidarse que el Ayuntamiento demandado no ejercitó, en reconvencción, la acción confesoria de servidumbre, simplemente se opuso a la acción negatoria ejercitada de contrario, por la ahora recurrente. Y se opuso, desde el principio alegando la aplicación del artículo 28 de la ley de costas.

No hay incongruencia y el motivo se desestima. Al desestimarse éste, al igual que los anteriores, procede no dar lugar al recurso, con imposición de costas y pérdida del depósito.

TERCERO .- 1.- El recurso de casación, en su primer motivo, se formula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 33 de la Constitución y 348 y 349 del Código civil, en relación con el artículo 28 de la Ley de Costas y 54.2 de su Reglamento, así como del artículo 10 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales y 64 y 119 de la Ley del suelo de 1976.

La esencia del motivo se centra en la aplicación del artículo 28 de la Ley de costas. En él mantiene que este precepto no constituye la servidumbre, sino que la impone en abstracto y se precisa la constitución mediante el procedimiento administrativo adecuado y con la preceptiva expropiación e indemnización.

A lo largo del motivo, cita numerosas normas administrativas, lo que no procede ya que, como dice la sentencia del 21 octubre 2008 :

"ha sido constante doctrina jurisprudencial la inidoneidad de la cita de normas de carácter administrativo para sustentar un motivo de casación planteado ante la Sala de lo Civil (sentencias de 27 de febrero de 2003, 18 de marzo de 2003, 14 de abril de 2003, 9 de junio de 2003, 13 de junio de 2007) y, asimismo, la cita de preceptos reglamentarios (sentencias de 7 de abril de 2000, 22 de abril de 2002, 4 de octubre de 2002)."

Si bien, tal como añade la sentencia de 18 noviembre 2004 :

"Esta Sala ha puesto de manifiesto de modo reiterado que los Tribunales de dicho orden tienen jurisdicción exclusiva sobre las cuestiones relativas al derecho de propiedad, aunque se susciten a consecuencia de la actuación administrativa (Sentencias de 30 de marzo de 1.977, 12 de febrero de 1.979, 18 de julio de 1.989, 31 de diciembre de 1.992, 13 de junio de 1.997, 17 de marzo de 2.004) y, claro está, sobre las relativas a los derechos reales sobre cosa ajena, como las servidumbres (Sentencia de 24 de diciembre de 1.991)."

Yendo, pues, al fondo que esta Sala debe resolver, sobre dicho artículo 28, esta norma aplica la limitación a la propiedad, de acuerdo con la función social que delimita su contenido, como proclama el artículo 33.2 de la Constitución Española consistente en el acceso al mar, como también señala la sentencia del Tribunal Constitucional 149/1931, de 4 julio, se impone como límite al derecho de propiedad y la autoridad administrativa no la constituye, sino que la declara amparándose en aquella norma.

En consecuencia, no se ha quebrantado el artículo 33 de la Constitución Española, ni el artículo 28 de la Ley de costas, sino que se han aplicado correctamente. Tampoco en las demás normas administrativas. El motivo, pues, se desestima.

2.- El motivo segundo se formula al amparo del artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 539 del Código civil, en relación con el artículo 28 de la Ley de Costas y 54.2 de su reglamento.

El motivo se desestima porque, como se ha dicho al resolver -desestimándolo- el motivo anterior, no se trata de una servidumbre como la contempla el Código civil como derecho real en cosa ajena, sino que es una limitación a la propiedad, entendida ésta como función social delimitadora del contenido, que no precisa título alguno, ni una previa expropiación, sino meramente una declaración de su existencia "*para asegurar el uso público marítimo-terrestre*", como dice el artículo 28.2 de la citada ley de costas, existencia, como añade esta norma, como "*previsión de suficientes accesos al mar*".

3.- Desestimando ambos motivos, del recurso de casación, se debe declarar no haber lugar al mismo, con la condena en costas conforme los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, 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.

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

FALLAMOS

1.- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR A LOS RECURSOS POR INFRACCIÓN PROCESAL Y DE CASACIÓN interpuestos por la representación procesal de "Menani, S.A." contra la sentencia dictada por la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, en fecha 4 de febrero de 2013, que SE CONFIRMA.

2.- Imponer a la expresada recurrente las costas de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación que desestimamos, así como la pérdida de los depósitos constituidos.

3.- Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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.-Jose Antonio Seijas Quintana.-Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.- Eduardo Baena Ruiz.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz**, 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.