



Roj: **STS 2848/2018** - ECLI: **ES:TS:2018:2848**

Id Cendoj: **28079110012018100461**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/07/2018**

Nº de Recurso: **3663/2015**

Nº de Resolución: **471/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 471/2018

Fecha de sentencia: 19/07/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3663/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 10/07/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Procedencia: Audiencia Provincial de Murcia, sección 1.

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3663/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 471/2018

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. **Eduardo Baena Ruiz**

D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 19 de julio de 2018.



Esta sala ha visto el recurso de casación y recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Primera), en el rollo de apelación n.º 993/2014, dimanante de procedimiento ordinario n.º 62/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Murcia.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente D.ª Carina, representada por el procurador de los tribunales D. Marcos Juan Calleja García, asistido de la letrada D.ª Nerea Monzón Carceller.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida, la comunidad de Propietarios EDIFICIO000, representa por la procuradora D.ª María Rodríguez Puyol, bajo la dirección letrada de D.ª Victoria Salas González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los tribunales D. Manuel Sevilla Flores, en nombre y representación de D.ª Carina, formuló demanda de juicio ordinario contra la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000, suplicando al Juzgado:

«que teniendo por presentada esta demanda, con los documentos y copias que se citan y acompañan se sirva a admitirlo, citando y emplazando a los demandados y, en méritos de lo expuesto y previos los trámites legales pertinentes dicte sentencia por la que, estimando la presente demanda, dicte sentencia por la que:

»1.ª. Declare el derecho de mi mandante a utilizar el local de su propiedad sito en el sótano del edificio, descrito en el hecho primero de la demanda, como garaje de vehículos, restaurándole en su derecho a utilizar la puerta y rampa de acceso, así como todos aquellos que sean necesarios para el acceso a sus garajes.

»2.ª. Declare al amparo de lo dispuesto en el artículo 541 del Código Civil, la existencia de servidumbre de paso de vehículos y personas a la que se refiere el hecho tercero de la demanda, a favor de la finca de mi mandante, sobre los elementos comunes del sótano (zona de maniobra, rampa y puerta de acceso) de la comunidad de propietarios demandada.

»3.ª. Condene a la parte demandada a estar y pasar por esa declaración.

»4.ª. Condene a la parte demandada al pago de los perjuicios causados a mi mandante descritos en el hecho Séptimo de la demanda, en la cantidad de 600 mensuales desde el mes de mayo de 2002 hasta el día en que mi mandante se le permita el uso del paso, rampa y puerta de acceso al sótano, siendo los perjuicios a la fecha de interposición de la demanda de 76.200 € (setenta y seis mil doscientos euros)

»5.ª Condene a la parte demandada a las costas de este procedimiento.

»Por ser todo ello así procedente y de hacer en Justicia que pido.»

2.- Por decreto de 20 de febrero de 2012 se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- El procurador D. Santiago Sánchez Aldeguer, en nombre y representación de la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000, contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al juzgado:

«[...] dictar sentencia por la que, desestimando la demanda, se absuelva de la misma a mi representada, condenando a la actora a pagar las costas del juicio, por ser todo ello así procedente y de hacer en justicia que pido.»

4.- El Juzgado dictó sentencia el 9 de septiembre de 2014 con la siguiente parte dispositiva:

«Desestimar la demanda interpuesta por el Procurador Tribunales D. Manuel Sevilla Flores en nombre y representación de D.ª Carina contra Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 con imposición al actor de las costas causadas.

»Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de apelación que deberá ser interpuesto en el plazo de veinte días desde la notificación de la presente resolución, a través de escrito presentado en este Juzgado en la forma prevista en el artículo 458 de la Ley De Enjuiciamiento Civil, para su conocimiento y fallo por la Audiencia Provincial de Murcia Conforme a la D. A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso se deberá acreditar haber constituido, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano, un depósito de 50 euros, salvo que el recurrente sea: beneficiario de justicia gratuita, el ministerio fiscal, el Estado, Comunidad Autónoma, entidad local u organismo autónomo dependiente.



»El depósito deberá constituirlo ingresando la citada cantidad en el Banesto en la cuenta de este expediente indicando, en el campo "concepto" la indicación "Recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir, tras la cuenta referida, separados por un espacio la indicación "recurso" seguida del código "02 Civil-Apelación".»

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La representación procesal de la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 , interpuso contra la anterior sentencia recurso de apelación, correspondiendo su tramitación a la sección primera de la Audiencia Provincial de Murcia, que dictó sentencia el 14 de julio de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Carina , contra la sentencia dictada el 9 de septiembre de 2014 en el Juicio Ordinario Civil inicialmente reseñado, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución, con imposición al apelante de las costas de esta alzada.»

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

1.- Contra la anterior resolución interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, la representación procesal de D.^a Carina , con base en los siguientes motivos:

El recurso extraordinario por infracción procesal contiene tres motivos. El primero de ellos se fundamenta en la vulneración del art. 24 CE , al amparo del art. 469.1.4.º LEC , en relación con el art. 348 LEC y la jurisprudencia que los desarrolla, por llevar a cabo una valoración de la prueba de manera arbitraria e ilógica. El segundo motivo se apoya en la vulneración del art. 24 CE al amparo del art. 469.1.4.º LEC , en relación con el art. 319.1 LEC y el art. 1218, así como la jurisprudencia que los interpreta, por valoración de la prueba de manera arbitraria e ilógica. El tercer motivo se fundamenta en la vulneración del art. 218 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta, y se formula al amparo del art. 469.2.º LEC , al incurrir la sentencia en incongruencia interna.

El recurso de casación, contiene un único motivo en el que se denuncia la infracción del art. 541 CC , por oposición a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el sentido de que la sentencia recurrida vulnera la doctrina jurisprudencial que sostiene que esta modalidad de servidumbre constituye una excepción a la necesidad de título y que el hecho de que la finca dominante tenga otra posibilidad de salida a camino público no priva de aplicación del art. 541 CC .

2.- La sala dictó auto el 7 de febrero de 2018 con la siguiente parte dispositiva:

»1.º) Admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de D.^a Carina contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 2015 por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección Primera), en el rollo de apelación n.º 993/2014 , dimanante de procedimiento ordinario n.º 62/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Murcia.

»2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición a los recursos. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la Secretaría.»

3.- Dado traslado a las partes, la Comunidad de Propietarios EDIFICIO000 , formuló su oposición al recurso.

4.- No habiéndose solicitado por ambas partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 10 de julio de 2018 en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- D.^a Carina , propietaria de la finca registral 9207 del Registro de la Propiedad n.º 3 de Murcia, que se describe como local comercial planta sótano del EDIFICIO000 sito en Avenida Ronda de Levante n.º 12 de Murcia, ejerce frente a la Comunidad de Propietarios tres acciones:

(i) Acción declarativa del derecho a utilizar el referido local como garaje de vehículos, restaurándole en su derecho a utilizar la puerta y rampa de acceso, así como todos aquellos que sean necesarios para el acceso a los garajes.

(ii) Acción confesoria de servidumbre al amparo del art. 541 del Código Civil .



(iii) Acción de condena al pago de 76200 euros en concepto de daños y perjuicios ocasionados por la comunidad, a razón de 600 mensuales desde mayo de 2002 hasta la fecha de interposición de la demanda más los que se devenguen hasta el día en el que se le permita el uso del paso, rampa y puerta de acceso al sótano.

2.- Alega en fundamento de su pretensión que el local comercial de la planta sótano de su propiedad, en realidad, se trata de una parte del sótano donde se encuentran situadas las plazas de aparcamiento del edificio con características materiales y arquitectónicas idénticas al resto del sótano al que pertenece y que su único acceso posible es a través de la rampa del aparcamiento existente por no tener conexión alguna con el local comercial de su planta superior. Invoca que desde 1980, fecha de su adquisición por su esposo D. Ambrosio, ya fallecido, quien lo adquirió en estado de casado, lo han venido utilizando como parking dado que por su superficie de más de 300 m², han venido aparcando al menos 6 vehículos, bien por su esposo personalmente o por terceros a quienes les fueron alquiladas, usando los elementos comunes necesarios para acceder a él por la existencia de una servidumbre de paso con signos aparentes establecida por el promotor al construir el edificio.

3.- A tal pretensión se opuso la comunidad de propietarios demandada alegando que en la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal no existen más que 33 plazas de aparcamiento que son las que integran el elemento número 1 y que pertenecen a la comunidad demandada y que la parte demandante adquirió el local número 2 destinado a local comercial, y no a garaje, cuya salida al exterior lo debía ser por el local número 3 de la planta baja, también adquirida por la actora, situado justo encima del local número 2 cuya comunicación entre si podían realizar sin consentimiento de la comunidad según el Régimen de la Propiedad Horizontal contemplado en el título. No existe servidumbre de paso alguna ni ésta ha sido reconocida por la Comunidad sin perjuicio de actos de mera tolerancia. Añade finalmente que para modificación del uso del local comercial sería necesario un acuerdo unánime de la comunidad al suponer la modificación del título constitutivo.

4.- La sentencia de primera instancia en atención a los términos en que ha quedado trabada la contienda, considera que son dos las cuestiones sobre la que ha de bascular aquella.

De una parte, sobre la adecuación de la conversión del local comercial de la planta sótano en plazas de aparcamiento.

De otra, sobre la existencia de una servidumbre de paso de vehículos y personas a favor de la finca registral 9. 207 sobre los elementos comunes del sótano de la comunidad demandada.

5.- Respecto de la primera cuestión, esto es, la conversión del local comercial en plazas de aparcamiento, la sentencia de la primera instancia se detiene en la descripción que hace la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal de 25 de junio de 1980 de los locales número uno, dos y tres, así como en las normas del régimen interno que contiene la citada escritura.

De ello colige que no existe en el título ni en las normas de régimen interno ninguna prohibición expresa del cambio de uso o destino de los locales comerciales del edificio, lo que permite afirmar que la conversión del local comercial 2 de la planta sótano en plazas de aparcamiento es ajustado a derecho, incluso sin consentimiento de la comunidad.

Cita en apoyo de su tesis sentencias de esta sala, en concreto la de 30 de diciembre de 2010, que señala que la descripción que el título constitutivo haga como piso o local no implica que prohíba el cambio de uso, así como la más reciente de 25 de junio de 2013.

Concluye que «en el presente caso y según se acredita con el dictamen pericial elaborado por el arquitecto D. Felicísimo "el local posee características materiales y arquitectónicas idénticas a las del resto del sótano al cual pertenece", añadiendo éste en el acto del juicio que arquitectónicamente no se diferencia del resto del sótano, que la iluminación es la misma y que está todo comunicado. En consecuencia con ello, el cambio de uso o destino del local objeto de *litis* por plazas de aparcamiento no exige la realización de obra alguna ni afecta a la seguridad del edificio, estructura general, configuración o elementos comunes. Y al no estar tampoco prohibido por el Título constitutivo ni por las Normas de Régimen Interno la actora podría proceder a la realización de dicho cambio sin tener que recabar la autorización de la comunidad.»

6.- Una vez declarado que la conversión a que se ha hecho mención es posible, la sentencia entiende que la cuestión nuclear es si será jurídicamente viable por la imposibilidad de acceso del vehículo al local, y a tal fin analiza la existencia o no de servidumbre de paso.

7.- La sentencia de primera instancia hace el siguiente planteamiento: «La diferente consideración de los locales del sótano en la escritura de división horizontal, tal y como también ha sido constatado pericialmente y no ha sido controvertido, justifica que el local número 1 destinado a aparcamientos, con un total de 33,



propiedad de la demandada y en cuya titularidad no participa el actor, tenga su acceso desde la vía pública y a la vía pública a través de puerta, rampa y rodaduras interiores que forman parte de la superficie de 897,50 m² que ocupa dicho local y al que le corresponde una cuota en el valor del edificio de 13 enteros, dieciséis centésimas por ciento. En cambio, el local comercial de la planta sótano propiedad de la actora, no tiene salida propia a la vía pública a través de la planta sótano ya que como se desprende del título constitutivo, su acceso iba a serlo a través del local número tres de la planta superior o planta baja que también lo adquirió el marido de la actora, no siendo casual que se especificara en las normas de régimen de comunidad que "dichos locales podrán comunicarse entre sí por su titular sin necesidad de consentimiento de los demás dueños". Tal previsión era también conforme con la naturaleza del bien transmitido, un local comercial, cuyo acceso a través de la planta sótano además de físicamente impracticable sería comercial y administrativamente inviable.»

Una vez que se constata que no existe título de la servidumbre de paso ni escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, la sentencia analiza la posible existencia de una servidumbre al amparo del art. 541 CC, que es precisamente el supuesto que invoca la demandante, para a continuación negar su existencia:

(i) Hace una reflexión de partida sobre lo dudosa y forzada que resulta la aplicación de dicho precepto del Código Civil al promotor inmobiliario cuando se trata de construcción de obra nueva y división horizontal.

No obstante, reconoce que el Tribunal Supremo ha aceptado esta posibilidad, y cita las sentencias de 14 de julio de 1995, y 20 de febrero de 1997.

(ii) La existencia del signo aparente parte como supuesto de hecho imprescindible de una situación objetiva de relación de servicio entre fincas, relación de servicio que ha de ser contemplada en atención a las circunstancias existentes al momento de la transmisión, y que no concurre en el caso de autos dado que ningún servicio podía prestar la rampa del garaje y calle de rodadura interior del aparcamiento, reservada exclusivamente a la circulación de vehículos, para el acceso de los peatones al local comercial del actor.

En el presente caso el signo no es inequívoco al contemplarse en el título constitutivo de la comunidad, como ya se ha expuesto, que el propietario de los locales 2 y 3 podía comunicarlos entre sí sin necesidad de consentimiento de los demás condueños lo que impone rechazar la existencia de la servidumbre de paso pretendida por el actor.

8.- Se añade por la sentencia, que viene a desestimar la demanda, que el hecho de que desde la adquisición del local comercial éste se hubiera destinado a garaje al que se pudo acceder por la rampa y carriles interiores del local contiguo, no cabe entenderlo como un hecho concluyente e indubitado, un consentimiento inequívoco por parte de la Comunidad, que hubiera creado una expectativa razonable en el actor, que disfrutó de dicho acceso, según resulta de la prueba practicada, por mera tolerancia.

9.- La citada sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la parte actora e insistió en que, previa revocación de aquella, se estimase la demanda.

La alegación cuarta del escrito de formalización del recurso es del siguiente tenor:

«La sentencia recurrida desestima la demanda en su totalidad.

Sin embargo, si observamos el fundamento de derecho número segundo de la sentencia se reconoce el derecho a utilizar el local como plazas de garaje, con independencia de que la finca registral se describa como local comercial. Por lo tanto, con ese pronunciamiento la sentencia está estimando, aunque sólo sea en parte, la demanda interpuesta por mi mandante. Por ello, el recurso debe ser estimado, en este punto, ya que, en parte, ha estimado la demanda interpuesta por mi mandante.»

La parte demandada, en su escrito de oposición al recurso, sin que en él se haga impugnación de la sentencia, sale al paso de la alegación transcrita de la apelante en los siguientes términos:

«Entiende la apelante que la sentencia recurrida reconoce su derecho a utilizar el local como plazas de garaje y que, por tanto, está estimando en parte la demanda. No es cierto, ya que la pretensión de la parte demandante expresada en el apartado primero del "suplico" de su demanda no es sólo que se le autorice a usar el local para aparcamiento -lo cual no afectaría a la Comunidad-, sino que ese derecho se le conceda utilizando la puerta y rampa de acceso comunitarios y todos los demás elementos que le sean necesarios para ello. La sentencia efectivamente desde que, teóricamente el local n.º 2 podría ser empleado para aparcar vehículos, pero con arreglo al título, el acceso de dichos vehículos debería producirse desde el local n.º 3, y no a través de la puerta y rampa de la Comunidad, en primer lugar, porque no existe servidumbre de paso a través de las mismas y, en segundo lugar, porque en tal caso se estaría privando a ésta de su derecho a cerrar el elemento de su propiedad.»



10.- Correspondió conocer del recurso a la sección primera de la Audiencia Provincial de Murcia, que dictó sentencia el 14 de julio de 2015 por la que desestimaba el recurso de apelación interpuesto.

La audiencia no entiende desvirtuadas las consideraciones de la sentencia de primera instancia «desde el momento en que la parte demandante no ha probado, conforme le correspondía, que concurren los requisitos para que se reconozca la existencia de una servidumbre de paso "servidumbre del *páter familiae* " al amparo del artículo 541 del Código Civil para vehículos desde el local n.º dos, sito en el sótano del edificio, a través del local. n.º uno destinado a garaje comunitario que se encuentra situado en el mismo sótano y que pertenece pro indiviso a la Comunidad.

En apoyo de su aserto afirma:

(i) Nada consta en el título de adquisición del local n.º 2 (documento 1)

(ii) En la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal realizada tres meses antes (25 de junio de 1990), se reflejan ambos elementos del sótano (n.º 1 para garaje de 33 plazas, y n.º 2 como local comercial), y en la misma se prevé la posibilidad de comunicar este local n.º 2 del sótano con él local n.º 3 sito en la planta baja; lo que se autorizaba ante la previsible titularidad común de ambos elementos. tal y como llegó a ocurrir al pasar los dos elementos a propiedad de la actora. En ese momento, y con tal previsión de que ambos elementos (2 y 3) pudieran ser del mismo titular, el Promotor no reflejó en dicha escritura el acceso al local n.º dos a través del garaje comunitario (elemento n.º Uno), con lo que no puede sostenerse que el Promotor lo hubiera así querido, pues si bien antes del 25 de junio de 1990 era dueño de todo el edificio, en esa fecha dejó de ser dueño del garaje tras la escritura de división horizontal.

(iii) Mantiene la actora que existían y existen signos aparentes de que el Promotor, al momento, de la división horizontal, quiso establecer el acceso al local n.º dos a través del garaje, lo que no se comparte dado que no puede ser tildado como tal signo aparente y unívoco el hecho de que no estuviera totalmente delimitados con un muro ambos locales (el garaje y el local de la actora).

(iv) La circunstancia de que la comunidad hubiera consentido durante 22 años el uso circunstancial del local de la actora con funciones de aparcamiento con el paso consiguiente por los elementos comunes del garaje, no es un acto inequívoco que permita deducir el consentimiento al cambio de destino de local comercial a garaje, pues esa tolerancia fue inicial y en aras de la buena convivencia que debe presidir las relaciones entre los comuneros de un edificio, pero que se frustró cuando los dueños del local n.º dos empezaron a utilizarlo con mayor frecuencia y mayor número de vehículos (incluso pertenecientes a personas ajenas al edificio).

(v) No se considera acto propio de la comunidad la contribución de un 25% de los gastos comunes, pues ello deriva del coeficiente de las propiedades de la actora.

(vi) Como expone la sentencia nada impide a la actora cambiar el destino de local comercial a plaza de garaje del elemento n.º 2, pero deberá tener permiso de la comunidad para constituir la servidumbre de paso a través del garaje de la comunidad, lo cual podría conseguir por un acuerdo económico.

(vii) Nada impide tampoco que el acceso de vehículos al referido local se haga a través de su local (el n.º 3) sito en la planta baja a través de la instalación del correspondiente montacargas de vehículos.

11.- La parte actora ha interpuesto contra la anterior sentencia recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación en los términos que más adelante se enunciarán y desarrollarán.

12.- La sala dictó auto el 7 de febrero de 2018 por el que acordó admitir el recurso de casación y el recurso extraordinario por infracción procesal y, previo el oportuno traslado, se opuso la parte recurrida a ambos recursos, si bien alegó previamente la inadmisibilidad del recurso de casación y, a consecuencia de ello, del extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

TERCERO.- Enunciación y desarrollo de los motivos primero y segundo.

1.- Motivo primero.

Se fundamenta en la vulneración de la sentencia recurrida del art. 24.1 CC, al amparo del art. 469,1. 4.º LEC, en relación con el art. 348 de la misma Ley y la jurisprudencia que desarrolla los mencionados preceptos por llevarse a cabo la valoración de la prueba de manera arbitraria e ilógica.

En el desarrollo del motivo alega la recurrente que la sentencia alude como única manifestación de signo aparente que daría origen a la servidumbre el que el predio sirviente y dominante no estuvieran totalmente delimitados con un muro, y niega que ello sea signo aparente y unívoco.



Pero no tiene en cuenta el resto de signos que apoyan la existencia de la servidumbre y cuya existencia acredita el informe pericial.

1.º. El predio dominante tiene idénticas características materiales y arquitectónicas a las del resto del sótano, destinado a garaje. Todo el sótano fue construido con los mismos materiales y acabados. De haber sido un local comercial, no habría tenido los mismos materiales y acabados que el garaje del edificio.

2.º. En la cara inferior del forjado cuelgan las instalaciones de fontanería, saneamiento y electricidad del edificio. Si fuese un verdadero local comercial, sería impensable que tales instalaciones se encontrasen dentro de éste. Es evidente que el Promotor creó una única planta de garaje, si bien configuró como finca independiente una superficie equivalente a seis plazas de garaje.

3.º. En la misma línea de los anterior, en la solera se encuentra la recogida de aguas del sótano mediante rejillas continuas y una bomba de achique que eleva el agua hasta la red general de saneamiento del edificio.

Son, por tanto, comunes para toda la superficie de la planta sótano el alumbrado, desagües, canalizaciones y sistemas de seguridad.

4.º. El único acceso que el predio dominante tiene al exterior es a través de la rampa del aparcamiento del edificio.

Resulta de forma evidente la existencia de signo aparente, permanente e inequívoco que demuestra la existencia de la servidumbre.

Carece, por tanto, de lógica suficiente negar la existencia de signo aparente.

La influencia de la infracción procesal en el resultado del proceso es clara. La valoración ilógica de la prueba pericial ha supuesto que la sentencia no aprecie la existencia del signo aparente constitutivo de la servidumbre. Al no entender probado el signo aparente, no declara constituida la servidumbre ex art. 541 del Código Civil ni condena a la demandada a respetarla.

2.- Motivo segundo.

Se fundamenta en la vulneración por la sentencia recurrida del art. 241.1 CE, al amparo del art. 469. 1. 4.º LEC, en relación con el art. 319.1 de la misma Ley y con el art. 1218 CC, así como la jurisprudencia que los interpreta y desarrolla, por llevarse a cabo la valoración de la prueba de manera arbitraria e ilógica.

En el desarrollo del motivo parte la recurrente de la siguiente consideración de la sentencia recurrida:

«En la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal realizada tres meses antes (25 de julio de 1990), se reflejan ambos elementos del sótano (n.º 1 para garaje de 33 plazas, y n.º 2 como local comercial), y en la misma se prevé la posibilidad de comunicar este local n.º 2 del sótano con el local n.º 3 sito en la planta baja; lo que se autorizaba ante la previsible titularidad común de ambos elementos tal y como llegó a ocurrir al pasar los dos elementos a propiedad de la actora. En este momento, y con tal previsión de que ambos elementos (2 y 3) pudieran ser del mismo titular, el promotor no reflejó en dicha escritura el acceso al local n.º dos a través del garaje comunitario (elemento n.º Uno), con lo que puede sostenerse que el promotor lo hubiera así querido, pues si bien antes del 25 de junio de 1990 era dueño de todo el edificio, en esa fecha dejó de ser dueño del garaje tras la escritura de división horizontal.»

Enlaza la citada consideración de la audiencia con la escritura de compraventa del local n.º 2 y con la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, y concluye que la valoración de la sentencia sobre la prueba en cuestión es errónea, ilógica y absurda por dos motivos:

«a) El art. 541 del Código Civil no exige para entender constituida la servidumbre que exista una situación de necesidad, de tal manera que el predio dominante carezca de otra forma de acceder a la vía o camino público. Esta cuestión es objeto además, del recurso de casación que se interpone a continuación.

«b) Al margen de lo anterior, mi mandante no puede dar salida al local número dos -predio dominante- a través del local que posee en planta baja -local número tres-, ya que éste se encuentra arrendado desde hace años. El motivo por el que mi mandante no comunicó en su día ambos locales fue, precisamente, la existencia de la servidumbre creada por el promotor del edificio y respetada por la Comunidad de Propietarios recurrida durante más de 20 años. Mi representada no necesitaba comunicar los locales porque los vehículos aparcados en el local número dos accedían a la vía pública a través de la rampa y puerta de entrada del garaje del edificio -local número uno-. Cuando en 2002 la Comunidad deja de respetar la servidumbre de paso constituida por el promotor, mi mandante ya no podía comunicar el local del sótano con el de planta baja, pues estaba arrendado.»



A continuación añade valoraciones jurídicas para inferir la existencia de la servidumbre de los datos fácticos que constan en la documentación antes citada.

CUARTO.- *Decisión de la sala.*

Por la estrecha relación que guardan entre sí, por cuanto ambos entienden que la sentencia recurrida ha incurrido en error en la valoración de la prueba, vamos a enjuiciarlos de forma conjunta como autoriza la doctrina de la sala.

1.- El Acuerdo de esta sala adoptado en Pleno no jurisdiccional de 27 de enero de 2017 sustituye al adoptado el 30 de diciembre de 2011, sin que la revisión de este por aquel sea sustancial sino clarificadora tras la experiencia de cinco años de aplicación de la reforma llevada a cabo por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal.

En lo relevante al presente supuesto el Acuerdo contiene las siguientes precisiones sobre el error en la valoración en la prueba:

a) No puede ser materia de los recursos extraordinarios. Sólo el error patente puede alegarse como motivo del recurso, con los siguientes requisitos: (i) debe tratarse de un error fáctico -material o de hecho-; (ii) debe ser patente, evidente e inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de actuaciones judiciales; (iii) no podrán acumularse en un mismo motivo errores patentes relativos a diferentes pruebas; (iv) es incompatible la alegación del error patente en la valoración de la prueba con la vulneración de las reglas de la carga de la prueba del art. 217 LEC sobre el mismo hecho.

b) Requisitos: 3.2

Cuando se trate de un error fáctico, patente e inmediatamente verificable en la valoración de la prueba, se deberá indicar la prueba concreta, incluso con referencia al folio de las actuaciones o al minuto del soporte audiovisual, y exponer cómo, dónde o cuándo se ha producido el error.

Enlaza tales criterios con la doctrina de la sala mencionada en la sentencia 430/2017, de 7 de julio

La sentencia 145/2016, de 10 de marzo, acudiendo a lo recogido en la sentencia de 22 de enero de 2015, rec. 1249/2013, sostiene que:

a) En nuestro sistema el procedimiento civil sigue el modelo de la doble instancia y ulteriores recursos extraordinarios. El examen pleno del material fáctico objeto del proceso, y de la actividad probatoria que ha servido para considerar probados determinados hechos controvertidos, corresponde a los tribunales de primera instancia y de apelación. La admisión del recurso extraordinario por infracción procesal no da paso a una tercera instancia en la que fuera de los supuestos excepcionales se pueda volver a exponer toda la complejidad fáctica del litigio, pretendiendo su reinterpretación por el tribunal de casación y el replanteamiento general de la revisión de la valoración de la prueba, ya que esta es función de las instancias y las mismas se agotan en la apelación. Por esa razón, ninguno de los motivos que en relación cerrada enumera el artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a la revisión de la base fáctica y la valoración de la prueba (STS 4 de septiembre de 2014, rec. 2733/2012). Solo cabe su revisión cuando conculque el artículo 24.1 de la Constitución Española por incurrir en error de hecho palmario, irracionalidad o arbitrariedad.

b) Es por ello que constituye doctrina de esta sala (SSTS de 8 de abril de 2014, rec. 1581/2012; 18 de febrero de 2013, rec. 1287 y 4 de enero de 2013, rec. 1261/2010 entre las más recientes) que «la restrictiva doctrina desarrollada durante la vigencia de la LEC 1881 sobre el control en casación de la valoración arbitraria o ilógica de la prueba, mantiene su vigencia, si bien ahora dentro del ámbito del recurso extraordinario y, en esta línea, se ha venido admitiendo con carácter excepcional, la impugnación de la prueba (sentencias de fechas 28 de noviembre de 2007, 16 de marzo de 2007, 29 de septiembre de 2006, 28 de julio de 2006, 23 de junio de 2006, 16 de junio de 2006, 12 de mayo de 2006, 9 de mayo de 2005, 29 de abril de 2005 y 8 de abril de 2005, entre las más recientes), indicando que la valoración de la prueba corresponde en principio a la Sala de instancia, debiéndose reducir su examen en esta sede a problemas de infracción, en concreto de una regla de valoración, al error patente y a la interdicción de la arbitrariedad o irrazonabilidad (sentencias del Tribunal Constitucional 63/1984, 91/1990, 81/1995, 142/1999, 144/2003, 192/2003; y de esta Sala de 24 de febrero y 24 de Julio de 2000 y 15 de marzo de 2002 entre otras muchas).

La sentencia 127/2017, de 24 de febrero, matiza que:

«Dejando a un lado la doctrina de la sala sobre el error en la valoración de la prueba (sentencia 11/2017, de 13 de enero rec. número 2001/2013, entre otras y como reciente), en el sentido de que en nuestro sistema no cabe una tercera instancia, así como que el error debe ser patente y de tal magnitud que vulnere el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE, lo que ahora se aprecia como relevante es que debe tratarse de un error



fáctico, material o de hecho (sentencias de esta sala 418/2012, de 28 junio , 262/2013, de 30 abril , 44/2015, de 17 febrero , 235/2016, de 8 abril , 303/2016, de 9 mayo y 714/2016, del 29 noviembre , entre otras muchas).

»La conclusión de la sentencia, que la recurrente califica de errónea, es el resultado de una labor hermenéutica que entronca con el significado jurídico de la voluntad de las partes expresada en el contrato. Por tanto, se trata de una cuestión jurídica sustantiva cuyo examen no tienen cabida más que en casación (STS 303/2016, de 9 de mayo, rec. 122/2014).

»La parte confunde valoraciones jurídicas sobre el contrato y su vigencia con errores fácticos sobre valoración de la prueba.

»Las recientes sentencias 124/2017, de 24 de febrero ; 24 de marzo de 2017, rec. 1055/2015 y la 341/2017 , de 31 de mayo, ratifican e insisten en la doctrina de la sala, que hemos reflejado.»

2.- Si se traslada la anterior doctrina al motivo segundo de los dos que ahora analizamos, y expuesto en síntesis el alegato que hace la recurrente al desarrollarlo, que antes hemos recogido, la conclusión debe ser su desestimación.

Como decíamos en la sentencia núm. 77/2014, de 3 de marzo , «No debe confundirse la revisión de la valoración de la prueba que, al amparo del ordinal 4º del art. 469.1 LEC , excepcionalmente puede llegar a realizarse en caso de error patente o arbitrariedad en la valoración realizada por la sentencia recurrida que comporte una infracción del derecho a la tutela judicial efectiva (Sentencias 432/2009, de 17 de junio ; 196/2010, de 13 de abril ; 495/2009, de 8 de julio y 211/2010, de 30 de marzo ; 326/2012, de 30 de mayo), con la revisión de la valoración jurídica.... Como ya hemos declarado en otras ocasiones, una valoración como ésta, al margen de que sea o no acertada, es jurídica y debería ser impugnada, en su caso, en el recurso de casación, si con esta valoración se infringe la normativa legal reguladora de la materia y su interpretación jurisprudencial».

De una lectura detenida del motivo se colige que la recurrente no denuncia errores fácticos de la escritura de compraventa del local n.º 2 ni de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal, sino errores de las inferencias jurídicas que la sentencia recurrida extrae de tales documentos públicos.

3.- Desestimando el anterior motivo del recurso extraordinario por infracción procesal, corresponde, a partir de la doctrina general expuesta sobre el error en la valoración de la prueba, el examen del primer motivo, atinente a la prueba pericial, con la matización de que se trata de un dictamen pericial extrajudicial aportado por la parte.

La sentencia 514/2016, de 21 de julio , hace una síntesis de la doctrina al respecto.

1.- En relación con la valoración de la prueba pericial ha venido diciendo esta sala (SSTS de 24 de enero 2008 , 14 mayo de 2013 , 22 de abril de 2014 y 15 de diciembre de 2015) que su modalidad por medio de dictámenes de peritos designados por las partes es, sin lugar a dudas, una de las principales innovaciones introducidas por la nueva LEC. Al permitirse, por los artículos 336 y SS. LEC , la prueba a través de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes, se otorga naturaleza probatoria a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, producidos fuera del proceso, que las partes acostumbran a acompañar a sus escritos de alegaciones, adaptándose la prueba pericial a la realidad de nuestro foro.

Como es sabido, antes de presentar la demanda o la contestación a la demanda, las partes acostumbran a buscar las fuentes de prueba, que luego introducirán en el proceso a través de los medios de prueba. Y suele ocurrir, además, que en esta actividad previa al proceso surge la necesidad de encargar dictámenes periciales para conocer o apreciar algunos hechos o circunstancias que posteriormente argumentarán en los escritos de alegaciones.

Estos dictámenes, en el anterior orden procesal, se acompañaban habitualmente por las partes con la demanda y con la contestación a la demanda, como documentos fundadores de sus argumentaciones de naturaleza técnica o especializada, pero era difícil saber qué valor se les podía atribuir ya que para nuestra jurisprudencia:

1.º.-Se trata de documentos periciales, ratificados habitualmente por los expertos que los habían emitido, a través de la prueba de testigos: STS 6 de febrero de 1.998 .

2.º.-No tenían la naturaleza probatoria de los documentos: STS 30 de julio de 1.992

3.º.-Tampoco podían valorarse los dictámenes como declaraciones testificales, dado que incorporaban juicios de valor: STS 4 de diciembre de 1.965 .

4.º.-Desde luego, no podían considerarse dictámenes emitidos a través de la prueba de peritos: STS de 9 de marzo de 1.998 .



5º.-Aunque, de todos modos, se trataba de conclusiones técnicas, que el juzgador podría tener en cuenta en el momento de la valoración conjunta de la prueba: STS 26 de noviembre de 1.990

Esta clara contradicción jurisprudencial, consistente en negar naturaleza de medio de prueba a la llamada pericia extrajudicial, pero a la vez atribuirse un cierto valor probatorio, era imposible de superar sin una reforma legal.

La nueva LEC, al abordar esta reforma, otorga naturaleza de prueba pericial a los llamados dictámenes periciales extrajudiciales, obtenidos fuera del proceso, facultando a las partes para que los aporten con sus escritos de alegaciones e, incluso, permitiéndoles aportarlos posteriormente, - aunque siempre con anterioridad al juicio o vista-, cuando la necesidad de aportarlos surja de actuaciones procesales posteriores.

2.- Hecha la anterior consideración se ha de añadir que:

En nuestro sistema procesal, como es sabido, viene siendo tradicional sujetar la valoración de prueba pericial a las reglas de la sana crítica. El artículo 632 de la LEC anterior establecía que los jueces y tribunales valorasen la prueba pericial según las reglas de la sana crítica, sin estar obligados a someterse al dictamen de peritos, y la nueva LEC, en su artículo 348 de un modo incluso más escueto, se limita a prescribir que el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica, no cambiando, por tanto, los criterios de valoración respecto a la LEC anterior.

Aplicando estas reglas, el tribunal, al valorar la prueba por medio de dictamen de peritos, deberá ponderar, entre otras cosas, las siguientes cuestiones:

1.º.- Los razonamientos que contengan los dictámenes y los que se hayan vertido en el acto del juicio o vista en el interrogatorio de los peritos, pudiendo no aceptar el resultado de un dictamen o aceptarlo, o incluso aceptar el resultado de un dictamen por estar mejor fundamentado que otro: STS 10 de febrero de 1.994 .

2.º.- Deberá también tener en cuenta el tribunal las conclusiones conformes y mayoritarias que resulten tanto de los dictámenes emitidos por peritos designados por las partes como de los dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal, motivando su decisión cuando no esté de acuerdo con las conclusiones mayoritarias de los dictámenes: STS 4 de diciembre de 1.989 .

3.º.- Otro factor a ponderar por el tribunal deberá ser el examen de las operaciones periciales que se hayan llevado a cabo por los peritos que hayan intervenido en el proceso, los medios o instrumentos empleados y los datos en los que se sustenten sus dictámenes: STS 28 de enero de 1.995 .

4.º.-También deberá ponderar el tribunal, al valorar los dictámenes, la competencia profesional de los peritos que los hayan emitido así como todas las circunstancias que hagan presumir su objetividad, lo que le puede llevar en el sistema de la nueva LEC a que dé más crédito a los dictámenes de los peritos designados por el tribunal que a los aportados por las partes: STS 31 de marzo de 1.997 .

La jurisprudencia entiende que en la valoración de la prueba por medio de dictamen de peritos se vulneran las reglas de la sana crítica:

1.º.- Cuando no consta en la sentencia valoración alguna en torno al resultado del dictamen pericial. STS de 17 de junio de 1.996 .

2.º.- Cuando se prescinde del contenido del dictamen, omitiendo datos, alterándolo, deduciendo del mismo conclusiones distintas, valorándolo incoherentemente, etc. STS 20 de mayo de 1.996 .

3.º.- Cuando, sin haberse producido en el proceso dictámenes contradictorios, el tribunal en base a los mismos, llega a conclusiones distintas de las de los dictámenes: STS de 7 de enero de 1.991 .

4.º.- Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad; o sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios o lleven al absurdo.

Cuando los razonamientos del tribunal en torno a los dictámenes atenten contra la lógica y la racionalidad: STS de 11 de abril de 1.998 .

Cuando los razonamientos del Tribunal en torno a los dictámenes sean arbitrarios, incoherentes y contradictorios: STS de 13 de julio de 1995 .

3.- En palabras de la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 2010 , resulta, por un lado, de difícil impugnación la valoración de la prueba pericial, por cuanto dicho medio tiene por objeto ilustrar al órgano enjuiciador sobre determinadas materias que, por la especificidad de las mismas, requieren unos conocimientos especializados de técnicos en tales materias y de los que, como norma general, carece el órgano enjuiciador, quedando atribuido a favor de jueces y tribunales, en cualquier caso valorar el expresado



medio probatorio conforme a las reglas de la «sana critica», y, de otro lado, porque el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil no contiene reglas de valoración tasadas que se puedan violar, por lo que al no encontrarse normas valorativas de este tipo de prueba en precepto legal alguno, ello implica atenerse a las más elementales directrices de la lógica humana, ante lo que resulta evidenciado y puesto técnicamente bien claro, de manera que, no tratándose de un fallo deductivo, la función del órgano enjuiciador en cada caso para valorar estas pruebas será hacerlo en relación con los restantes hechos de influencia en el proceso que aparezcan convenientemente constatados, siendo admisible atacar solo cuando el resultado judicial cuando este aparezca ilógico o disparatado.

4.- A esa dificultad sobre la revisión de la valoración de la prueba pericial se puede añadir que, con carácter general sobre la revisión de la valoración de la prueba, la Sala (SSTS 418/2012 de 28 de junio y 262/2013 de 30 de abril) tras reiterar la admisibilidad de un excepcional control de la valoración de la prueba efectuada por el tribunal de la segunda instancia, por medio del recurso extraordinario por infracción procesal - siempre con apoyo en la norma cuarta del apartado 1 del artículo 469 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, recuerda que: «no todos los errores en la valoración de la prueba tienen relevancia constitucional [...], dado que es necesario que concurren, entre otros requisitos, los siguientes: 1.º) que se trate de un error fáctico, - material o de hecho -, es decir, sobre las bases fácticas que han servido para sustentar la decisión; y 2.º) que sea patente, manifiesto, evidente o notorio, lo que se complementa con el hecho de que sea inmediatamente verificable de forma incontrovertible a partir de las actuaciones judiciales.

4.- Para decidir sobre la vulneración alegada nada más fiel que comparar el contenido fáctico del informe pericial y el extraído de él por la sentencia recurrida para inferir ésta sus valoraciones jurídicas.

El informe pericial concluye que: (i) el local posee características arquitectónicas idénticas a las del resto del sótano al cual pertenece y que actualmente funciona como garaje-aparcamiento. El pavimento es una solera de hormigón y de la cara inferior del forjado cuelgan las instalaciones de fontanería, saneamiento y electricidad del edificio del que forma parte. En la solera se encuentra la recogida de aguas del sótano mediante rejillas continuas y una bomba de achique que eleva el agua hasta la red general de saneamiento del edificio; (ii) el sótano no tiene conexión alguna con el local comercial de la planta de arriba, el acceso al mismo es a través de la rampa del aparcamiento del edificio del que forma parte; (iii) el uso como garaje-aparcamiento es viable, razonable y compatible con la normativa urbanística en vigor.

La sentencia recurrida es cierto que entremezcla lo fáctico con valoraciones jurídicas, pero en ningún momento contradice fácticamente las conclusiones del informe pericial antes recogidas, naturalmente en lo esencial y básico, pues el error patente no puede residenciarse en detalles que no contradicen la esencia de lo que se tiene por acreditado.

Lo que niega la sentencia recurrida, por las razones que expone, es que de tales datos se infiera un signo aparente a los efectos del art. 551 CC .

Pero ello entra en el ámbito de la revisión de la valoración jurídica, que debe ser impugnada en el recurso de casación, como ya expusimos al analizar el error de prueba respecto a los documentos públicos.

5.- Por todo lo expuesto tampoco cabe estimar este motivo.

QUINTO.- Enunciación y desarrollo del motivo tercero.

Se fundamenta en la vulneración del art. 218 LEC y la jurisprudencia que lo interpreta, al amparo del art. 469.2.º LEC, al incurrir la sentencia en la denominada incongruencia interna.

En el desarrollo del motivo alega la parte recurrente que la sentencia de primera instancia, pese a estimar su pretensión primigenia de que se le reconociese el derecho a utilizar el local de su propiedad sito en el sótano como garaje de vehículos, sin embargo desestima íntegramente la demanda interpuesta.

Añade que en el recurso de apelación denunció la anterior incongruencia interna, pero que la sentencia recurrida vuelve a incurrir en ella al hacer suyos los razonamientos de la sentencia de primera instancia y el fallo de ésta.

En atención a este último se ha de indagar sobre si la sentencia de primera instancia ha incurrido en incongruencia interna, por remitir a ella la sentencia recurrida.

1.- La parte demandante concatena e interrelaciona ambas cuestiones, aunque la sentencia, por razones metodológicas, las estudie y analice por separado.

Así, suplica la actora que se declare «el derecho del demandante a utilizar el local de su propiedad sito en el sótano del edificio descrito en el hecho primero de la demanda, como garaje de vehículos, restaurándole



en su derecho a utilizar la puerta y rampa de acceso, así como todos aquellos que sean necesarios para el acceso a los garajes».

2.- La sentencia de primera instancia, a pesar de reconocer que la actora podría proceder a la conversión del local comercial en plazas de aparcamiento, desestima la demanda, y de ahí el motivo del recurso.

Pero esa aparente incongruencia interna se desvanece en el último párrafo del fundamento de derecho segundo.

De él se colige que la pretensión primera del suplico de la demanda ha de enjuiciarse como un todo, en su integridad, pues la posible conversión no sería jurídicamente viable si existiese imposibilidad de acceso de vehículos al local.

3.- Precisamente se pronuncia en ese sentido la parte demandada en el ordinal 6.º de su escrito de oposición al recurso de apelación.

Afirma la comunidad que la autorización para usar el local para aparcamiento no le afecta a ella sino que le afecta que se le conceda ese derecho utilizando la puerta y rampa de acceso comunitarios y todos los demás que sean necesarios para ello.

4.- Por tal motivo ambas sentencias de la instancia entienden que este último constituye el núcleo de la contienda, y por ello ninguna de ellas incurre en incongruencia interna.

Aunque esta (sentencia de 15 de febrero de 2005 , citada por la de 14 de septiembre de 2011) puede tener lugar por contradicción entre la conclusión sentada en la fundamentación jurídica como consecuencia de la argumentación decisiva *-ratio decidendi-* y el fallo, la contradicción ha de ser clara e incuestionable y de lo expuesto se desprende que no es que no sea clara sino que no existe.

El motivo se desestima.

Recurso de casación.

SEXTO.- Enunciación y desarrollo del motivo único.

Se alega infracción del art. 541 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta, en el sentido de que la sentencia recurrida vulnera la jurisprudencia que sostiene que esta modalidad de servidumbre constituye una excepción a la necesidad de título y que el hecho de que la finca dominante tenga otra posibilidad de salida a camino público no priva de la aplicación del art. 541 CC .

En el desarrollo del motivo la parte recurrente extrae tales infracciones del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, que transcribe.

Añade que no siendo necesario título ni el requisito de la necesidad, concurren todos los requisitos que exige el art. 541 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo para entender constituida la servidumbre.

A continuación enumera y desarrolla al caso tales requisitos:

1.º.- La existencia de dos fincas que inicialmente pertenecían a un único propietario.

2.º.- Un signo aparente de servidumbre.

3.º.- Que el signo de servidumbre se haya creado antes de la enajenación.

4.º.- Que una, al menos, de las fincas sea enajenada, pasando a distinto propietario.

5.º.- Que, al realizarse la enajenación, no se efectúe una declaración contraria a la existencia de la servidumbre en el título o no se haga desaparecer el signo aparente antes de otorgar la escritura de transmisión.

SÉPTIMO.- Consideraciones previas.

Antes de decidir sobre el recurso de casación conviene hacer unas consideraciones para la mejor inteligencia de la respuesta que se dará.

1.- Se ha de partir de un pronunciamiento primigenio en la acción ejercitada, cual es, que nada impide que la actora pueda cambiar el destino de local comercial a plaza de aparcamiento del elemento n.º 2.

Tal pronunciamiento consta en la sentencia recurrida, así como en la de primera instancia, que hace un estudio de tal posibilidad, con cita de la doctrina de la sala.

Doctrina ésta que, precisamente con apoyo en la jurisprudencia de esta sala, contiene la reciente resolución de la DGRN de 27 de junio de 2018.



Sí conviene salir al paso de que las pretensiones entrelazadas y concatenadas que aquí se dilucidan, por acotarlo así la parte actora en el suplico de su demanda, son a los solos efectos de utilizar ésta el local como aparcamiento de vehículos.

Cualquier otra conversión, aquí no planteada, podría no ser *utiliter* y *civiliter*, por la estructura singular del sótano, a la servidumbre postulada; lo que obligaría a un nuevo debate.

2.- Es por ello que la sentencia de primera instancia entienda, y a ello dedica su atención la sentencia recurrida, que el núcleo de la contienda será si es jurídicamente viable que los vehículos accedan al local n.º 2 a través de la rampa de acceso al sótano y del local n.º 1.

La parte actora, aquí recurrente, entiende que sí, al amparo de lo dispuesto en el art. 541 CC.

La sentencia de primera instancia reconoce que «la aplicación de dicho precepto del Código Civil al promotor inmobiliario cuando de construcción de obra nueva y división horizontal se trata es más que dudosa y un tanto forzada dado que el precepto legal que se invoca responde a otra finalidad. Esto es, el "destino de padre de familia" como medio de constitución de la servidumbre puede operar cuando se produce la división o segregación de la finca pasando a formar dos distintas pertenecientes a propietarios diversos, supuesto difícilmente asimilable al presente caso en el que únicamente consta la división del edificio en virtud de una escritura de declaración de obra nueva inscrita en el Registro de la Propiedad que lo que constata no es la segregación de fincas, sino la realización de una obra nueva, que transforma la finca matriz en una nueva finca, una construcción, que a su vez se puede dividir entre varios propietarios».

No obstante, también reconoce que el Tribunal Supremo ha aceptado la posibilidad de adquisición de servidumbres al amparo del art. 541 CC en los supuestos de fincas integradas en edificios en régimen de propiedad horizontal, esto es de viviendas, locales u otras partes de un edificio susceptible de aprovechamiento independiente por tener salida a un elemento común de aquél o a la vía pública (sentencias 14 de julio de 1995 y 20 de diciembre de 1997).

Se pueden citar en apoyo de tal posibilidad las sentencias de la sala 869/1994, de 4 de octubre, la de 17 de enero de 2000 y la más reciente 73/2016, de 18 de febrero.

Existen sentencias de Audiencias Provinciales que, también en supuestos singulares como los abordados por esta sala, se han ocupado de la servidumbre prevista en el art. 541 CC en el seno de la propiedad horizontal (entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 13 de enero de 2012 y la de Vizcaya de 22 de enero de 2013).

En el caso de autos no resulta anómalo que la actora ejercite esta acción, pues en el acta de la comunidad de propietarios de 30 de mayo del año 2002, en la que se acordó negarle al propietario del local n.º 2 el acceso de vehículos a éste a través del garaje comunitario, se justifica el acuerdo en que dicho local tiene naturaleza de local comercial, «por lo que no es admisible su utilización como para plazas de aparcamiento de vehículos, que es hasta el momento el servicio que su propietario le ha venido dando», y en que para que así fuese posible sería precisa la existencia de una servidumbre de paso, que no existe.

A ello se ha de añadir, y es lo relevante para la singularidad del supuesto de autos, que, como recoge la sentencia de primera instancia, dato no combatido ni desvirtuado por la recurrida, la zona de rodadura interior del local n.º 1, no consta como elemento común de la comunidad, sino que forma parte de la superficie de 897, 50 m² que ocupa dicho local, y, por ende, como elemento privativo.

Con estas consideraciones y lo que se expondrá al decidir el recurso, la admisión de éste se encuentra más que justificada.

OCTAVO.- De la servidumbre de paso.

El Tribunal Supremo (STS de 20 de diciembre de 2005, 16 de mayo de 1991, entre otras) recoge que el reconocimiento de una modalidad de adquisición de servidumbre por causa de presunción fundada en un signo aparente revelador de la voluntad del transmitente, a fines de generar lo que se denomina servidumbre por destino del padre de familia, requiere no solamente que tenga lugar la separación del dominio de dos fincas que pertenecían a un mismo propietario, sino que también al tiempo de dicha separación exista ya el signo de servidumbre a favor de una de las fincas y a cargo de la otra...». La sentencia TS de 25 de Junio de 1.991 expresa que: «la sentencia de 13 de mayo de 1.986 recoge la reiterada doctrina jurisprudencial según la cual para que los tribunales puedan declarar la realidad y subsistencia de una servidumbre de las reguladas en dicho precepto (el artículo 541 del Código Civil), es indispensable que quien ejercita la acción para conseguirlo acredite cumplidamente: primero: la existencia de dos predios pertenecientes a un único propietario; segundo: un estado de hecho del que resulte por signos visibles y evidentes que uno de ellos presta al otro un servicio determinante de semejante gravamen, en el supuesto de que alguno cambiara de titularidad dominical; tercero:



que tal forma de exteriorización hubiera sido impuesta por el dueño común de los dos; cuarto: que persistiere en el momento de transmitirse a tercera persona cualquiera de dichas fincas; quinto: que en la escritura correspondiente no se exprese nada en contra de la pervivencia del indicado derecho real...».

Como se menciona en la STS de 31 de diciembre de 1999 , aun haciendo *obiter dicta*, «la configuración de la servidumbre denominada por "destino del padre de familia" o del "propietario común" ha generado una interesante literatura jurídica con brillantes construcciones doctrinales (teorías de la inherencia o accesión; acto unilateral de voluntad; negocios de actuación; servidumbre de propietario; voluntarista, o por convención tácita; y legalista u objetiva), algunas de las cuales, especialmente la voluntaria y la objetiva, han gozado de especial sustento, e incluso, en documentados estudios jurídicos se ha apreciado un importante reflejo de las mismas en diversas sentencias de esta sala; resultando de interés señalar que si en la doctrina prevalece de modo claro la tesis legalista, respecto a la Jurisprudencia no puede decirse que haya una solución definitiva, aparte de que no siempre la solución aparente se corresponde con una toma de postura, sino que obedece más bien a las circunstancias del caso, o licencias de lenguaje, o dialécticas, sin perjuicio de reconocer que la postura objetiva es la que parece se conforma mejor a la figura jurídica de que se trata.

»Pueden citarse así muchas sentencias del Tribunal Supremo, que entienden como la de 3 de marzo de 1942 que debe tenerse en cuenta, ante todo, el título de constitución, conforme al estado de hecho que ha dado nacimiento a la servidumbre, en relación con la intención del propietario que haya creado ese estado de cosas. O como las que afirman que el verdadero título constitutivo del gravamen surge de la voluntad de su creador (sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1915 , 3 de marzo de 1942 y 30 de diciembre de 1975). O que entienden como la de 7 de marzo de 1991 que la situación de hecho existente en el momento de la enajenación es la que debe tenerse en cuenta en directa relación o en consideración "a la primitiva intención y destino querido y aprovechado por el secular padre de familia", añadiendo que "el signo material a que se refiere la norma contenida en el artículo 541 no puede acoger a cualquier indicio existente sobre el terreno del que luego, por una libre especulación, quepa entender que cumplía el servicio o destino que en la hora presente pretende la parte que quiere beneficiarse de la existencia de dicha servidumbre porque, como se ha afirmado por la sentencia de 3-7-82 , es preciso dentro de ese segundo requisito que se compruebe o se constate un estado o situación de hecho en el predio único o en ambos que resulte visible y fácilmente comprobable la existencia del servicio prestado; y bien es cierto que esa constancia visible y notoria se refiere, hoy en día, en el caso de autos, al mantenimiento de ese poyete o murete pero en modo alguno, como dice la sala "a quo" ello puede determinar que sirviese con la finalidad de mirador para divisar desde el jardín del predio dominante el predio sirviente».

Y es que, contra lo que sostiene la doctrina objetiva, no basta la sola existencia del signo aparente en la finca que se pretende sirviente cuando se enajena sin hacer expresa exclusión de la servidumbre en la escritura pública o sin hacer desaparecer el signo externo, sino que es necesario, que el signo externo revele de modo inequívoco la existencia de una relación de servicio entre una y otra finca, relación de servicio que al igual que el signo externo ha de ser establecida o mantenida por el dueño en el momento de la enajenación de una de las fincas. Y no puede por ello atenderse tan sólo a la mera existencia del signo externo cuando de ese solo signo no se revela una efectiva y concreta relación de servicio entre las fincas querida por el dueño común que posteriormente enajena.

La sentencia reciente 85/2016, de 9 de febrero , confirma la citada doctrina y matiza que «en el caso de la servidumbre por destino, prevista en el artículo 541 CC , únicamente cabe estimar su subsistencia cuando represente una verdadera utilidad para el predio dominante.»

NOVENO.- Decisión de la sala.

Si se aplica la anterior doctrina al caso de autos, conforme a la prueba, fundamentalmente la documental, obrante en ellos, la conclusión ha de ser la de estimación del recurso en el extremo que nos ocupa.

Las razones para ello son la siguientes:

1.- El inmueble litigioso se proyectó con una planta de sótano con idénticas características arquitectónicas en toda su extensión y con idénticos materiales y acabado.

Asimismo se proyectó que su comunicación al exterior fuese a través de una rampa, por la que se accedía a él y servía también para la salida.

2.- El único dueño del inmueble proyectado y construido, el promotor del edificio, decidió dividirlo horizontalmente, al estar compuesto de locales y viviendas susceptibles de dominio por separado.

En lo que es de interés, para el recurso, el propietario único decidió dividir el sótano en dos locales.



El número uno que comenzaría en su delimitación perimetral al final de la rampa, y que lo describe como destinado a aparcamiento, y el número dos que lo ubica a continuación del número uno y lo describe como local comercial.

Para poder acceder a este, esto es al n.º 2, necesariamente, tras hacerlo por la rampa ya citada, se habría de transitar a través de la delimitación perimetral del n.º 1; con lo que el único dueño del edificio, al dividir el sótano en dos locales como fincas registrales independientes, creó un signo aparente inequívoco, permanente y notorio por el que el local n.º 1 prestaba un servicio útil y necesario al local n.º 2, pues de no ser así quedaba éste enclavado y sin salida a la vía pública, cuando no era eso lo proyectado para la planta de sótano.

3.- La escritura de obra nueva y división horizontal fue otorgada por el promotor del edificio el 25 de junio de 1980 y por escritura pública de 4 de octubre de 1980 enajenó a D. Ambrosio -marido ya fallecido de la actora- el local n.º 2, sin hacer en ella ninguna declaración contraria a la existencia del signo aparente de servicio del local n.º 1 de su propiedad para el local n.º 2 que enajenaba, y sin que ese signo aparente hubiese desaparecido antes de otorgarse la escritura de venta del local.

4.- Con lo expuesto se cumplen los requisitos para declarar la existencia de una servidumbre de paso de vehículos y personas, al amparo del art. 541 CC, a favor, como predio dominante, del local n.º 2 y en contra, como predio sirviente, del local n.º 1.

Ambos locales pertenecían inicialmente a un solo propietario, que creó entre ellos un signo aparente de servidumbre.

Enajenó uno, que sería el predio dominante, sin hacer desaparecer antes de otorgar la escritura de transmisión el signo aparente y sin efectuar en ella una declaración expresa contraria a la existencia de la servidumbre.

5.- Tanto la sentencia de primera instancia como la recurrida niegan, sin embargo, la existencia de la servidumbre por negar que existiese un signo inequívoco de servicio del local n.º 1 al local n.º 2.

Se fundan en que el adquirente del local n.º 2, sito en el sótano, también adquirió en la misma escritura de compraventa, fechada el 4 de octubre de 1980, el local n.º 3, sito en la planta baja y encima del local n.º 2, y, como argumento relevante, que en el título constitutivo se preveía que «el propietario de los locales 2 y 3 podía comunicarlos entre sí sin necesidad de consentimiento de los demás condueños» -sentencia de primera instancia-; se preveía la posibilidad de comunicarlos «ante la previsible titularidad común de ambos elementos tal y como llegó a ocurrir» -sentencia de la audiencia-.

6.- Basta con sus lecturas para apreciar que ambas sentencias parten de una valoración jurídica errónea de la situación.

Esta sala no se encuentra fuera de la realidad social y, por tanto, conoce, como máxima de experiencia, que el promotor de un inmueble es posible que, antes de otorgar la escritura de obra nueva y propiedad horizontal, mantenga conversaciones con posibles adquirentes de los locales y viviendas objeto de la división horizontal.

Por tanto, no extraña que así sucediese con el adquirente del local n.º 2 y n.º 3, y que éste le mostrase su deseo de poder comunicar ambos, naturalmente mientras él fuese el propietario de los dos, si en algún momento lo consideraba útil comercialmente.

Es también una máxima de experiencia, que el promotor, profesional del ramo y concededor, por ende, de la legislación de propiedad horizontal, incluyese tal posibilidad en el título constitutivo, pues de no ser así, por afectar a un elemento común como son los forjados, precisaría un acuerdo por unanimidad de la comunidad de propietarios, con el peligro de que no se obtuviese.

7.- Lo único cierto, es que esa posibilidad no era una obligación para el adquirente del local n.º 2 sino una facultad, con la finalidad que hemos expuesto.

Desde que se adquirió el local el 4 de octubre de 1980 hasta el día de hoy, la propiedad de ambos locales no ha considerado útil su comunicación y, por ende, no hay más signo aparente inequívoco de acceder al local n.º 2, sito en el sótano, que el proyectado en el inicio de la construcción del inmueble y que aparece invariable al día de hoy, esto es, por la rampa de entrada al sótano y tránsito a través del local n.º 1.

Si algún día la propiedad de los locales n.º 2 y n.º 3 decidiese hacer uso de la facultad que le autoriza el título constitutivo sería momento oportuno de plantearse si la servidumbre de paso habría perdido su utilidad para el predio dominante (sentencia 85/2016, de 9 de febrero), pero ese no es el objeto del caso de autos.

DÉCIMO.- La parte actora reclama en concepto de indemnización los perjuicios sufridos por las rentas que hubiese podido obtener por el alquiler de los garajes que cifra, por lo menos, en seis vehículos.



Funda la cuantía reclamada en el informe pericial y éste lo emite para «en el caso de que las seis plazas existentes se hubieran destinado a alquiler».

En atención a la razón de pedir de la indemnización, la pretensión no puede prosperar.

1.- La prohibición de acceso de vehículos fue en virtud de acuerdo de la comunidad de propietarios de fecha 30 de mayo de 2002, que no fue impugnado, sin que se haya ejercitado la presente acción hasta el 29 de diciembre de 2011, conducta anómala si es que el local se venía dedicando al arrendamiento de plazas de *parking*.

2.- Basta con observar las fotos del informe pericial para apreciar que el diseño y delimitación de plazas para tal fin no existe; por lo que no estaría en explotación.

3.- Ninguna prueba existe de reclamación de arrendatarios por haber sido privados del uso de una plaza de *parking* que tenían arrendada.

4.- En consecuencia no se da por acreditado el perjuicio reclamado por la razón en que lo sustenta.

DÉCIMOPRIMERO.- En aplicación de los arts. 394.1 y 398.1 LEC se hacen los siguientes pronunciamientos sobre costas:

1.- Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

2.- No se impone a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

3.- No se hace expresa condena de las costas de ambas instancias al estimarse parcialmente la demanda.

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 extraordinario por infracción procesal interpuesto por D.ª Carina , contra la sentencia dictada con fecha 14 de julio de 2015, por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Primera), en el rollo de apelación n.º 993/2014 , dimanante de procedimiento ordinario n.º 62/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 10 de Murcia.

2.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Carina .

3.º- Casar la sentencia recurrida y con estimación parcial del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia de primera instancia declarar:

a) el derecho de la actora a utilizar el local de su propiedad sito en el sótano del edificio, como aparcamiento de vehículos, restaurándole en su derecho a utilizar la puerta y rampa de acceso.

b) la existencia de servidumbre de paso de vehículos y personas, de la que es predio dominante el local n.º 2 y predio sirviente el local n.º 1.

4.º- Se desestima la pretensión del ordinal 4.º del suplico de la demanda.

5.º- Se imponen a la parte recurrente las costas del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º- No se imponen a la parte recurrente las costas del recurso de casación.

7.º- No se hace expresa condena de las costas de ambas instancias.

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

Así se acuerda y firma.

Francisco Marin Castan Jose Antonio Seijas Quintana

Francisco Javier Arroyo Fiestas **Eduardo Baena Ruiz**

M.ª Angeles Parra Lucan