

Roj: STS 7745/2011
Id Cendoj: 28079110012011100766
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 2210/2008
Nº de Resolución: 832/2011
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diecisiete de Noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación n.º 2210/2008 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por D.ª Frida , aquí representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González-Carvajal, contra la sentencia de 12 de junio de 2007, dictada en grado de apelación, rollo n.º 361/07, por la Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante , dimanante del juicio ordinario n.º 1202/05 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Torrevieja . La parte recurrida no ha comparecido.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Torrevieja dictó sentencia de 2 de noviembre de 2006, en el juicio ordinario n.º 1202/05 , cuyo fallo dice:

«Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Cánovas Seiquer, en nombre y representación de D.ª Frida , frente a la Mancomunidad de Propietarios "Lamuralla" y Comunidad de Propietarios " EDIFICIO000 ", debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos formulados en su contra en el escrito de demanda, con expresa imposición de costas a la parte actora».

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. Por la parte actora se ejercita acción confesoria de servidumbre de acceso, luces y vistas e indemnización de daños y perjuicios alegando que con fecha 17 de mayo de 2005, la actora adquirió con carácter privativo dos locales comerciales, uno situado en planta baja, y otro que es objeto del pleito sito en la entreplanta. Tras la adquisición solicitó licencia de obras para proceder a la apertura de acceso al local mediante una puerta y colocación de ventanas en la fachada del mismo que daba a la zona porticada tal y como se establece en la escritura de obra nueva y división horizontal de 28 de junio de 1990, licencia que le fue concedida por el Ayuntamiento de Torrevieja, y tras ponerlo en conocimiento verbal de la Presidenta de la Comunidad procedió a iniciar las obras para apertura de puerta y escaparates, que sin embargo fueron paralizadas por la actuación de algunos vecinos, llegando incluso a colocarse un banco, así como otros elementos para impedir la continuación de la obra. Ante esta situación se manifiesta por la actora que se intentó llegar a una solución amistosa, la cual ha resultado negativa motivo que justifica la interposición de la presente demanda por la que se interesa que se reconozca el derecho de la actora a abrir en la fachada de su local adyacente a la zona del porche los huecos que estime necesarios para acceder a su local así como para poner escaparates, y al tiempo que se condene a los demandados a retirar todos los elementos que se indican en la demanda que impidan el acceso al local, así como que se condene a los demandados a pagar en concepto de daños y perjuicios por la imposibilidad de disponer del local para el ejercicio de la actividad que tenía solicitada y concedida por el Ayuntamiento, la cantidad que resulte a determinar por perito judicial y según las bases de cálculo que se indican en la propia demanda.

»En prueba de su reclamación aporta la actora documental consistente en copia de escritura de venta de los locales (doc. n.º 2), copia de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal correspondiente al edificio donde se ubican los locales (doc. n.º 3), certificado del Registro de la Propiedad n.º 2 de Torrevieja, correspondiente a las obras nuevas declaradas sobre varias fincas, entre las que se encuentra, la finca matriz

n.º NUM000 , y donde consta la servidumbre recíprocas entre las misma (doc. n.º 4), solicitud de licencia de obras, justificante de pago de impuesto de construcciones por la actora, y la tasa por la licencia (doc. n.º 5 a 7), notificación del Ayuntamiento concediendo la licencia a la actora (doc. n.º 8), fotocopia de nota de entrega donde se recoge el pago realizado por la comunidad demandada por los materiales y mano de obra para la colación del banco que impide el acceso a la fachada del local propiedad de la actora (doc. n.º 9) fotografías donde aparecen los bancos y otros elementos (doc. n.º 10 a 13), burofax remitido a la presidenta de la comunidad demandada, advirtiendo de la reclamación judicial, (doc. n.º 14).

»Ante la demanda en estos términos planteada se presenta de contrario escrito de oposición solicitando la total desestimación de la demanda que se sustenta según manifiesta la demandada en una interpretación sesgada e interesada de la escritura de propiedad horizontal, resultando el acceso pretendido arbitrario y que requiere de la previa autorización de la Junta de Propietarios. Aporta como documental acompañada al escrito de contestación, copia de un reconocimiento de deuda efectuado por la actora comprometiéndose a pagar las cuotas comunitarias pendientes desde 1996, (doc. n.º 1) copia de las Normas de Régimen Interior aprobadas en Junta de 25 de marzo de 2005 (doc. n.º 2). Junto a esta documental se incorporó a instancia de la demandada testimonio de documental aportada y unida a los autos de medidas cautelares n.º 1203/05, seguidas entre las partes ante este juzgado.

»Sin perjuicio de la documental relacionada también se acordó como prueba el interrogatorio de la actora y el reconocimiento judicial con el resultado que es de ver en autos.

»Segundo. La cuestión litigiosa planteada se limita a la interpretación de la documental aportada por la actora y si de la misma y concretamente de las escrituras de compraventa y de división horizontal y obra nueva cabe apreciar el derecho de la actora a abrir un hueco en el local que se encuentra en la entreplanta, con salida a la zona del porche, o si por el contrario y tal y como se sostiene por la demandada este derecho no está previsto en el título de la demandante, resultando el hueco o apertura que se pretende por aquella una modificación de un elemento común que requiere del previo consentimiento de la Comunidad de Propietarios.

»En este sentido, en la escritura de obra nueva y división horizontal (doc. n.º 3), se dice dentro del apartado Cargas, (folio 40), "Mediante escritura de 11 de febrero de 1988,... se constituyó servidumbre recíproca entre las siguientes fincas registrales,... fincas n.º NUM001 , NUM002 y NUM000 , con el siguiente tenor.

»Servidumbre recíproca de entrada y paso de estas características:

»1.- Será permanente para todas las necesidades de los predios que tienen derecho a utilizarla.

»2.- Tienen por objeto.

»a) En cuanto a las plantas de sótano y semisótano de los edificios que se construyan en dichas parcelas, dar entrada y paso, ya que las futuras plantas están destinadas a unirse.

»b) Y en cuanto al suelo de la superficie posterior, no ocupada por los edificios que se construyan en dichas parcelas, dar paso y permitir el uso comunitario de las mismas, ya que las citadas superficies están destinadas a formar la zona común recreativa y deportiva de los repetidos edificios."

»Hasta aquí y por lo que consta en la escritura de obra nueva no existe ningún reconocimiento de apertura de huecos en el local de entreplanta propiedad de la actora, solo se recoge y regula un derecho recíproco de servidumbres de entrada y paso entre los edificios que se construyeran en las parcelas, recogiendo igualmente como previsión que la zona no ocupada por los edificios está destinada a zona deportiva y recreativa de uso común para todos los edificios.

»Y esta misma regulación es la que se recoge en la escritura de compraventa en el exponen II, dentro del apartado de Información Registral y Cargas, apartado b) (folio 30).

»Continuando con la escritura de obra nueva y dentro del Otorgan: se describe el edificio en su conjunto tal y como indica la actora en su demanda, diferenciando planta baja, donde se encuentran los locales comerciales (que a su vez se hallan divididos distribuidos en zona de planta baja estrictamente y zona de entreplanta, con una superficie de...), planta primera, planta ático y planta de cubierta. Tampoco aquí en el momento de describir la planta baja, nada se dice de salida a la zona del porche.

»En el apartado segundo del Otorgan, recoge la división horizontal, sujeta a la *Ley de 21 de julio de 1960* , donde se describen todos los elementos de obra nueva y en consecuencia se reconoce los elementos privativos susceptibles de aprovechamiento independiente e individualizado.

»En el apartado tercero del Otorgan, se dice bajo el epígrafe, Elementos Comunes y Normas Comunitarias, "3.º Los locales de planta baja, tendrán acceso directamente a la zona del porche, desde la fachada que le sirva de lindero frente a tal porche, pudiendo abrir a la misma zona de escaparates". Lo que se recoge en iguales términos en la escritura de compraventa, título de propiedad de la actora (folio 31). Pues bien, del tenor literal de lo antes transcrito se establece una doble previsión, la primera que los locales de la planta baja, tengan acceso a la zona del porche. No se habla de la zona de entreplanta, sino de la planta baja, y en el caso de la actora el local de la planta baja tiene este acceso a través de un portal de entrada desde la vía pública, como así se acreditó por el demandado con el reportaje fotográfico que se aportó en el acto de las medidas cautelares, y como igualmente se pudo constatar tras el reconocimiento judicial practicado, y en segundo lugar se establece como previsión la apertura de escaparates que no de huecos o puertas de acceso a esta zona.

»En consecuencia el aprovechamiento independiente e individualizado que corresponde a la demandante como titular del local no resulta negado ni contradicho en forma alguna cuando la comunidad demandada le impide la apertura del hueco en la zona de entreplanta, y ello porque este acceso no está previsto ni en la escritura de obra nueva ni en la de compraventa que se aporta por la demandante, donde exclusivamente se refiere a un acceso directo desde la fachada que linda con la zona del porche y que se cumple con la puerta que existe en la vía pública y que se refleja en las fotografías antes aludidas. La servidumbre recíproca igualmente prevista en escritura nada tiene que ver con el acceso particular y privativo que la demandante pretende establecer entre su local y la zona común afecta a la servidumbre y que por otra parte está destinada a zona recreativa y deportiva. Por todo ello y calificando la obra de acceso como de modificación de elemento común, sujeto a las exigencias del *artículo 7 de la LPH*, y no siendo consentida dicha modificación por la comunidad de propietarios, sin haber recabado la actora autorización para llevar a cabo la misma tal y como reconoció en su interrogatorio, (3m 55s), procede rechazar la demanda entablada en este sentido, no siendo óbice a tal declaración el dato de que por el Ayuntamiento de Torrevieja se le concediera licencia de obra, lo que es cuestión puramente administrativa que en nada afecta al derecho aquí discutido.

»Tercero. En materia de costas y conforme al principio de vencimiento legalmente establecido en el *artículo 394 de la LEC*, procede su imposición a la actora».

TERCERO.- La Sección 9.ª de la Audiencia Provincial de Alicante dictó sentencia de 12 de junio de 2007, en el rollo de apelación n.º 361/07, cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torrevieja, de fecha 2 de noviembre de 2006, debemos revocar y revocamos dicha resolución, y con estimación en parte de la demanda planteada por el procurador D. Alberto Cánovas Seiquer en nombre y representación de Dña. Frida frente a Mancomunidad de Propietarios del EDIFICIO000 y la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 portal n.º NUM003 representadas por el procurador D. Francisco L. Esquer Montoya, procede declarar el derecho de la actora a abrir escaparates en la fachada de su local adyacente a la zona de porche, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a retirar aquellos elementos colocados en dicha fachada que impidieran la apertura de tales escaparates. Sin hacer expresa imposición de costas procesales en ambas instancias».

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

»Primero. Frente a la sentencia de fecha 2 de noviembre de 2006 por la que se desestima la demanda, en la que se interesaba se le reconociese el derecho a abrir en la fachada de su local adyacente a la zona de porche los huecos que estime necesarios para acceder a su local así como para poner escaparates, condenando a los demandados a retirar todos los elementos que se indican en la referida demanda que impidan el acceso al local y la apertura de tales huecos, así como a pagar en concepto de daños y perjuicios por la imposibilidad de disponer del local para el ejercicio de la actividad que tenía solicitada y concedida por el Ayuntamiento, la cantidad que resultase a determinar por perito judicial y según las bases de cálculo que se indican en la propia demanda; se alza en apelación la parte demandante interesando se estime íntegramente su pretensión y funda todo su recurso en el error sufrido por el juzgador de instancia al valorar la prueba practicada. Frente al referido recurso se opone la parte demandada-apelada negando error alguno.

»Segundo. Se centra por tanto la cuestión litigiosa a determinar en la presente apelación, si concurren los elementos necesarios para el ejercicio de la acción confesoria de servidumbre, que ejercita la parte demandante, que recae sobre la cosa misma y otorga como consecuencia a su titular una acción real que así

se designa de antiguo, es una acción que no corresponda más que al dueño del fundo (Digesto, Libro VIII, Título V, Ley 2.^a, párrafo primero), y que debe dirigirse contra la persona que esté obligada a soportar la servidumbre, precisando para su éxito que quien reclame el derecho real de servidumbre justifique su cualidad de dueño del predio beneficiado, así como la prueba de la existencia de la servidumbre, ya que implicando toda servidumbre un gravamen o carga, como dispone el artículo 530 , nunca se presume, habiendo necesidad de probarla, porque la propiedad se presume libre mientras no se demuestre lo contrario, y cuya presunción "iuris tantum" de ser libre todo fundo procede de los artículos 348 y 536 del Código Civil .

»En consecuencia para que se declare, como se pide en la demanda, que el local comercial existente en el entresuelo del edificio tiene acceso directo por el porche de la Comunidad de Propietarios, exige no solo que así se haya previsto en el título constitutivo de la Comunidad de Propietarios o que existan signos evidentes de su existencia. Como bien dice la juez de instancia la cuestión litigiosa se limita a la interpretación de la documental aportada por la actora, concretamente las escrituras de compraventa y de obra nueva y división horizontal, y si de ellas resulta el derecho de la actora a abrir un hueco en el local que se encuentra en la entreplanta. Siendo que tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero , la misma inmediación ostenta el tribunal de primera instancia que el tribunal de apelación por cuanto que, a través del soporte audiovisual donde se recogen y documentan todas las actuaciones practicadas en el acto del juicio (incluida la fase probatoria), el órgano jurisdiccional de segunda instancia puede apreciar por sí mismo, no solo el contenido de las distintas pruebas que se practiquen, sino también la actitud de quienes intervienen y la razón de ciencia o de conocer que expresan (partes, testigos o peritos) al efecto de examinar si esas pruebas se han valorado o no correctamente, mas cuando la actividad valorativa del juez "a quo" es esencialmente objetiva, lo que no sucede con la de las partes que, por lo general será parcial y subjetiva. De tal forma que la Sala no tiene que aceptar la valoración de la prueba del Juzgado de 1.^a Instancia, sino que directamente asume la instancia y es ella la que valora de nuevo la prueba practicada, en cuyo resultado coincidirá o no con el juzgado; pues el recurso de apelación confiere plenas facultades al órgano judicial "ad quem" para resolver cuantas cuestiones se le planteen de hecho o de derecho, por tratarse de un recurso ordinario que permite un "novum indicium" (STC 152/1998, de 13 de julio). En el caso que nos ocupa no podemos concluir como hace el juzgado de instancia, que la servidumbre de paso que obra en el título constitutivo no alcanza a los locales del entresuelo, declarando que el acceso del referido local no está previsto ni en la escritura de obra nueva ni en el de compraventa y que la servidumbre recíproca prevista en la escritura nada tiene que ver con el acceso particular y privativo que la demandante pretende establecer entre su local y la zona común afecta por la servidumbre. Y ello es así por cuanto que examinada la escritura de compraventa en relación con la escritura de obra nueva y división de propiedad horizontal, se establece en esta última al describir el edificio en el apartado primero relativo a la obra nueva, en relación con la planta baja del mismo señala que "la planta baja donde se ubica el portal de acceso y locales comerciales (que a su vez se hayan distribuidos en zona de planta baja estrictamente y zona de entreplanta...) tiene una superficie construida..., a los que habría que añadir cincuenta metros con cuarenta y nueve decímetros cuadrados de porche cubierto y ciento cuarenta y cuatro metros y setenta y cinco decímetros de portales e instalaciones". Por su parte la misma escritura al efectuar la división horizontal de la propiedad, en el apartado segundo distingue entre el local comercial situado en la planta baja (siendo un único local comercial el que hay en dicha planta) y dos locales comerciales situados en la entreplanta, cuyos linderos son al frente zona de porche cubierto. Y por último en su apartado tercero relativo a los elementos comunes y normas de la comunidad, además de permitir la segregación, agrupación, etc., de los mismos, señala que "los locales de planta baja, tendrán acceso directamente a la zona de porche, desde la fachada que le sirva de lindero frente a tal porche, pudiendo abrir a la misma zona de escaparates". La misma estipulación se recoge en la escritura de compraventa de la actora de los locales comerciales n.º 1 y 3 sitos en la planta baja y en la entreplanta citada. Resulta por tanto evidente de la propia dicción de la referida escritura que esta última estipulación está haciendo referencia mediante la utilización de los términos en plural, no solo al único local comercial existente en la planta baja propiamente dicha, sino también a los locales comerciales que existentes en la entreplanta y que según la descripción de la obra nueva se incluyen, él la denominada genéricamente "planta baja" al igual que el propio porche. Admitir lo contrario determinaría llegar al absurdo de concluir con la existencia de dos locales comerciales en la entreplanta que carecen de acceso por ninguno de sus linderos, más cuando se constituyen como inmuebles o fincas registrales independientes, lo que concuerda perfectamente con el hecho de que el "frente" de tales locales, o sea el acceso a los mismos, lo sea en zona de porche cubierto. En consecuencia y de conformidad con lo dispuesto en el apartado tercero de la escritura de obra nueva y división horizontal, relativo a elementos comunes y normas de la comunidad, anteriormente citado, los locales de la entreplanta, tienen derecho de paso o acceso a través del porche cubierto que constituye zona común y, además, podrán abrir al mismo escaparates, constituyéndose por tanto en virtud del citado título dos claras servidumbres de acceso o paso y de apertura de escaparates o vistas.

»Sin embargo, siendo esta la interpretación correcta, ello no determina sin más que la actora pueda proceder a abrir huecos de acceso en el local de la entreplanta, por cuanto que su derecho de paso y uso de la zona común ya viene siendo realizado a través de la puerta de acceso a la vía pública adyacente a la puerta del local de la planta baja, y que constituye su acceso natural según la escritura; puesto que como resulta de la escritura de compraventa aportada, la demandante procedió a la agrupación de ambos inmuebles o fincas registrales (local de la planta baja y de la entreplanta) en un solo inmueble, al que se atribuyó nueva cuota de participación. En consecuencia, el derecho de servidumbre de paso que deriva de la escritura a favor del local del entresuelo que como seguidamente señalaremos, viene a constituir una servidumbre forzosa, se vio extinguido por la referida agrupación de inmuebles, al desaparecer la situación de "necesidad" que es el fundamento de toda servidumbre forzosa (*art. 568 del CC*), procediendo declarar la finca sirviente libre de cualquier gravamen de acceso o paso, al ser innecesario el paso por la misma, y si bien es cierto que la posibilidad contenida en el citado precepto, se refiere únicamente a servidumbres forzosas, y no a las servidumbres voluntarias, las cuales se rigen por su título constitutivo y, subsidiariamente, por las normas del Código Civil, como señalan, entre otras, las sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1970, 25 de febrero de 1988 y 23 de marzo de 2001, perteneciendo estas al campo de la autonomía privada, tratándose de gravámenes sobre fincas a favor de otras fincas (servidumbres reales) -*artículo 530 del Código Civil* - o de personas (servidumbres personales) -*artículo 531 del Código Civil* -, que no responden a un fundamento de "necesidad", sino de "utilidad", en sentido muy flexible de beneficio o comodidad, operando fuera del ámbito de la construcción legal (STS 30 de diciembre de 1995, 1 de julio de 1996, 17 de junio y 3 de noviembre de 1998, 3 de noviembre de 2000 y 9 de marzo de 2001). Pero como señala la STS de 19 de julio de 2002, es perfectamente posible que la servidumbre forzosa no se practique en forma coactiva, judicial o administrativamente, sino incluso, que se originen en título voluntario pues el hecho cierto e incuestionable es que el titular único de la finca procedió a crear la servidumbre de paso a favor de una finca a cuyo enclave no se podía acceder si no a través de la zona común, situación de "necesidad" que al día de hoy ha desaparecido por completo, quedando justificado cumplidamente que aun a pesar de constituirse la servidumbre por título, debe calificarse como de forzosa al actuar su titular de conformidad con lo establecido en el *artículo 567 del Código Civil* y, por ende, encuadrable en el supuesto del *art. 568*. " Y así ocurre en el presente caso, donde la servidumbre de paso o acceso a los locales comerciales de la entreplanta se constituyó como una necesidad, pues sin ellos, los citados locales, como entidades registrales independientes que eran, carecían de entrada, lo que evidentemente es contrario a la propia naturaleza de las cosas, por tanto la servidumbre de paso o acceso al citado local se constituyó como forzosa, como así resulta de su propio tenor literal "tendrán acceso" y como tal, a consecuencia de la agrupación realizada por la actora (*art. 568 del CC*) ha desaparecido. Mas cuando resulta de plena aplicación la doctrina que dispone que la interpretación de los caracteres de ser toda servidumbre gravamen de los derechos dominicales de terceros, ha de ser restrictiva, esto es, estricta, y favorecedora en lo posible del interés y condición del predio sirviente, y por la concordancia de la presunción de la libertad de fundos (STS de 3 de marzo de 1942, 25 de marzo de 1961 y 9 de mayo de 1989), o como dispone la STS de 21 de diciembre de 2001 "en lo referente a la posible adquisición de la servidumbre por negocio jurídico o título (*artículo 537* en relación con el *artículo 504 del Código Civil*) la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de 6 de diciembre de 1985 y 27 de febrero de 1993, entre otras) tiene declarado, cuando se trata de la creación "inter vivos" del derecho real, la necesidad de un concierto de voluntades que, de manera inequívoca, refleje el propósito de los otorgantes, operando, en caso de duda, la presunción de libertad del fundo (sentencias del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970)".

»Como hemos dicho, en el presente caso el derecho de servidumbre constituido por el título, tanto de derecho de paso o acceso, como de luces y vistas, es obvio; constituyéndose el primero como una servidumbre forzosa (que se ha extinguido); naturaleza o prerrogativa forzosa, que sin embargo no alcanza a la segunda que debe ser calificada de voluntaria al señalarse en el referido título constitutivo que podrán abrirse escaparates, servidumbre esta última que no se encuentra impedida o extinguida, al no alcanzarle la previsión del citado *art. 568 del CC*, y cuyo mantenimiento y exigencia es posible a tenor de lo dispuesto en los *artículos 3 y 5 de la LPH*. Lo que conlleva la estimación en parte de la demanda, en cuanto al derecho de la actora a abrir en el local de la entreplanta escaparates al porche de la zona común, por lo que los demandados deberán de retirar de dicho frente lindero, aquellos elementos que dificulten la apertura de tales escaparates.

»No procede sin embargo la pretensión relativa a indemnización de daños y perjuicios igualmente reclamada por la actora, en tanto no ha acreditado el perjuicio que reclama, pues no consta que el hecho de que no se haya permitido por la comunidad demandada la apertura de acceso y escaparate en el local de la entreplanta, haya impedido el ejercicio de la actividad de guardería que viene desarrollando en los locales (planta baja estrictamente y entreplanta) por ella agrupados en la escritura de compraventa.

»Tercero. Con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el *artículo 398.2 de la LEC* no procede hacer expresa condena en costas en esta alzada a ninguno de los litigantes, al ser la presente resolución estimatoria en parte del recurso».

QUINTO.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de casación la parte demandante al amparo del *artículo 477.2.3º LEC* , por interés casacional fundado en oposición a jurisprudencia de esta Sala. El recurso consta de un único motivo.

El motivo se introduce con la fórmula

«Único. Incorrecta aplicación del *artículo 568 del Código Civil* al supuesto de hecho enjuiciado, siendo contraria la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

El motivo se funda, en síntesis, en lo siguiente:

La sentencia recurrida, tras una nueva valoración de la prueba, admite que, en virtud de la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, los locales de la entreplanta tienen derecho de paso o acceso a través del porche cubierto que constituye zona común, e igualmente, el derecho a abrir escaparates, reconociéndose así a favor de dichos locales dos claras servidumbres, de acceso o paso y de apertura de escaparates o vistas.

Sin embargo, puesto que de conformidad con la escritura de compraventa la demandante procedió a agrupar en un solo inmueble los dos inmuebles de su propiedad (local de planta baja y entreplanta), la sentencia concluye que el derecho de paso a favor del local del entresuelo pasó de ser una servidumbre voluntaria a una forzosa, la cual se habría extinguido por aplicación de lo previsto en el *artículo 568 CC* a resultas de la referida agrupación.

Esta declaración efectuada por la AP es desconcertante pues para atribuir el carácter de forzosa a lo que es una servidumbre voluntaria de paso sobre la base de la agrupación exigiría que la salida fuese la única, olvidando la AP que dichas plantas estaban destinadas a unirse según la escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, donde además se reconocía el acceso al otro local desde la vía pública, y que la condición de servidumbre voluntaria viene dada desde su constitución en escritura, siendo conocida y consentida por todos y cada uno de los integrantes de las comunidades demandadas en tanto que se recoge en todas las escrituras de compraventa.

Siendo voluntaria la servidumbre de paso constituida a favor del local de la entreplanta, no cabe que se extinga por aplicación de un precepto previsto para la extinción de las legales o forzosas (*artículo 568 CC*). La servidumbre la constituyó el primitivo propietario de todo el inmueble en la escritura de declaración de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal al amparo del *artículo 594 CC* .

Cita y extracta las SSTs de 20 de febrero de 1987 , 19 de julio de 2002 , 16 de diciembre de 2004 , 15 de febrero de 1989 y 14 de diciembre de 1993 . En esta doctrina, a la que se opone la sentencia recurrida, se deja claro que las normas previstas para las servidumbres legales no son aplicables a las voluntarias, las cuales, por regirse por la autonomía de la voluntad y pertenecer por tanto al campo de la autonomía privada, no se extinguen más que cuando así lo decidan las partes y no por el hecho de que el predio dominante obtenga salida a camino público. En las voluntarias, es el título de constitución el único que rige los derechos de predio dominante y sirviente.

Termina la parte solicitando de la Sala «[...] dicte sentencia por la que se estime el presente recurso y se ordene casar la sentencia impugnada, dictando en su lugar otra por la que se estime íntegramente la demanda inicial del presente procedimiento».

SEXTO.- Mediante auto dictado el 12 de enero de 2010 se acordó admitir el recurso de casación interpuesto por interés casacional.

SÉPTIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 2 de noviembre de 2011, en que tuvo lugar.

OCTAVO.- En esta resolución se han utilizado las siguientes siglas:

AP, Audiencia Provincial

CC, Código Civil.

FD, Fundamento de derecho.

LEC, *Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil* .

TS, Tribunal Supremo

SAP, sentencia de Audiencia Provincial

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Rios, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. La dueña de dos locales ubicados en planta baja y entreplanta de un edificio en régimen de propiedad horizontal demandó a la comunidad y mancomunidad de propietarios, en ejercicio de acción confesoria de servidumbre de acceso, luces y vistas, y de acción de indemnización de daños y perjuicios. La demandante interesó el reconocimiento del derecho de servidumbre constituido a favor del local sito en la entreplanta (a fin de disfrutar de acceso o paso a través de la zona común del porche y de poder abrir huecos para escaparates) y la condena de los demandados a retirar los elementos que impedían su ejercicio y a pagar los daños y perjuicios derivados de la imposibilidad de disponer del local para el ejercicio de la actividad solicitada y concedida por el Ayuntamiento (guardería infantil).

2. Para sustentar sus pretensiones aportó, entre otros documentos, copia de la escritura de venta de los locales y copia de la escritura de declaración de obra nueva y división horizontal correspondiente al edificio donde se ubican. En esta segunda, al describir la superficie de cada construcción (apartado Primero del «Otorgan») se especifica que la planta baja es «donde se ubica el portal de acceso y los locales comerciales (que a su vez se hallan distribuidos en zona de planta baja estrictamente y zona de entreplanta)». Por su parte, el apartado Tercero del mismo señala que «los locales de planta baja tendrán acceso directamente a la zona de porche, desde la fachada que le sirva de lindero frente a tal porche, pudiendo abrir a la misma zona escaparates». La misma estipulación se recoge en la escritura de compraventa de los referidos locales.

3. La parte demandada negó que los expresados documentos reconocieran al local de la actora el derecho controvertido.

4. El Juzgado desestimó la demanda al entender que ni la escritura de obra nueva y división horizontal ni la de compraventa reconocían al local de la entreplanta el derecho a abrir huecos con salida al porche, zona común recreativa y deportiva, siendo por ello conforme a Derecho la negativa de la Comunidad, en la medida que cualquier obra dirigida a facilitar dicho acceso constituiría una alteración de un elemento común, sujeta a previa autorización de la Junta.

5. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de la actora e hizo lo propio con la demanda. La sentencia consideró extinguido el derecho de servidumbre de acceso o paso, y únicamente declaró el derecho de servidumbre de luces del local de la entreplanta, que le permitía abrir escaparates en la fachada adyacente a la zona de porche. También condenó a los demandados a retirar los elementos que impedían ejercitar tal derecho.

6. Sus principales razonamientos fueron, en síntesis, los siguientes: a) el recurso de apelación confiere las más amplias facultades al tribunal de segunda instancia, permitiendo un nuevo juicio y una nueva valoración de la prueba; b) como resultado de valorar nuevamente la documental obrante, en particular la escritura de división horizontal, cabe concluir, en sentido opuesto al Juzgado, que los locales de la entreplanta sí tienen derecho de paso o acceso a través del porche cubierto que constituye zona común, y también derecho a abrir al mismo escaparates por cuanto la referencia a locales de la planta baja, en plural, debe entenderse en el sentido de comprender tanto el local de la planta baja en sentido estricto como el de la entreplanta, todo lo cual supone el reconocimiento a favor del litigioso (el de la entreplanta) de dos servidumbres, una de acceso o paso y otra de escaparates o vistas; c) mientras la servidumbre de vistas se constituyó como voluntaria, la de paso o acceso fue concebida como forzosa, para satisfacer una situación de necesidad, sin que sea impedimento para considerarla como forzosa que no nazca de ley ni de decisión judicial o administrativa sino de un título voluntario; d) como el derecho de paso y uso de la zona común ya viene siendo realizado a través de la puerta de acceso a la vía pública adyacente a la puerta del local de la planta baja desde el momento que, según consta en la escritura de venta, la demandante procedió a agrupar ambos locales en un solo inmueble, debe entenderse desaparecida la situación de necesidad y extinguida la servidumbre forzosa de paso en aplicación del artículo 568 CC ; e) por el contrario, la servidumbre de luces y vistas que posibilita, según el título, la apertura de escaparates, al tener carácter voluntario, no resulta afectada el artículo 568 CC y ha de reputarse

subsistente; f) no procede estimar la pretensión de indemnización por no haberse acreditado el perjuicio por el que se reclama, al no constar que el hecho de haberle impedido la comunidad la apertura de acceso y escaparate haya supuesto un obstáculo para el ejercicio de la actividad de guardería que la demandante venía desarrollando en los dos locales agrupados.

7. La parte demandante y apelante formula recurso de casación al amparo del *artículo 477.2.3º LEC* , por interés casacional fundado en la oposición a doctrina de esta Sala.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero y único de casación.

El motivo se introduce con la fórmula:

«Único. Incorrecta aplicación del *artículo 568 del Código Civil* al supuesto de hecho enjuiciado, siendo contraria la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo».

El parte actora recurrente combate la decisión de la AP de reputar como forzosa la servidumbre voluntaria de paso que en su día constituyó el inicial propietario de todo el inmueble a favor del local de la entreplanta en escritura de obra nueva y división en régimen de propiedad horizontal, y, consecuentemente, la decisión de declararla extinguida con fundamento en el *artículo 568 CC* . Con apoyo en la jurisprudencia de esta Sala que se cita para acreditar el interés casacional del recurso, defiende la tesis de que la referida servidumbre tiene carácter voluntario, que no se tornó en forzosa por el simple hecho de haberse procedido a la agrupación de los locales de la planta baja y de la entreplanta, y que, como voluntaria, su régimen viene determinado por lo que las partes hayan querido fijar en el título constitutivo, no siéndole de aplicación preceptos, como el citado, reservados a las legales.

El motivo deber ser desestimado.

TERCERO.- Carácter forzoso de la servidumbre.

A) En congruencia con la acción confesoria deducida en la demanda, el pleito giró originariamente en torno a la concurrencia o no de los presupuestos necesarios para poder declarar el derecho de servidumbre de paso (acceso) y de luces (apertura de escaparates) a favor de local sito en la entreplanta.

El recurso combate tan solo la decisión adoptada respecto de la servidumbre de paso. Independientemente de que se declarase extinguido este derecho por aplicación del *artículo 568 CC* (desaparición de la causa de necesidad), es incuestionable que su existencia fue admitida en apelación conforme al título constitutivo, siendo este un pronunciamiento que no ha sido controvertido por la única parte con interés en hacerlo (la demandada recurrida). En consecuencia, la controversia en casación se debe entender constreñida a la cuestión de la naturaleza de dicho gravamen, por las consecuencias que derivan de su consideración como voluntaria o como forzosa en orden a considerar o no aplicable el *artículo 568 CC* -verdadera razón de ser del recurso y del interés casacional que lo sustenta-, y, en particular, a si fue correcta su calificación como forzosa a fin de poder declararla extinguida por desaparición de la situación de necesidad.

Dispone el *artículo 536 CC* que son voluntarias las servidumbres que se establecen por voluntad de los propietarios. Por pertenecer al ámbito de la libre autonomía de la voluntad, a los titulares del inmueble dominante y del sirviente incumbe su constitución, la libre determinación de los derechos y obligaciones de cada uno de ellos, y las causas de extinción del gravamen. Así resulta del *artículo 598 CC* , según el cual las voluntarias se adquieren por título o usucapión, y, a falta de esta última, es el título el que determina su contenido, los derechos del predio dominante y los deberes impuestos al sirviente. Solo subsidiariamente se rigen «por las disposiciones del presente título que le sean aplicables».

En atención a estas características, la jurisprudencia de esta Sala viene afirmando que las normas del CC que regulan las servidumbres legales o forzosas, entre las que se encuentra el *artículo 568 CC* , no son aplicables a las voluntarias (a las que serían de aplicación las del *artículo 546 CC*). El *artículo 568 CC* dispone la extinción de la servidumbre legal de paso «si el paso concedido a una finca enclavada deja de ser necesario por haberla reunido su dueño a otra que esté contigua al camino público», es decir, por desaparecer la situación de necesidad del predio dominante que justificó en origen que se constituyera tal derecho en su favor. Declara al respecto la STS de 23 de marzo de 2001, RC n.º 676/1996 que la necesidad es la nota característica de las servidumbres forzosas (SSTS de 26 febrero 1927 y 17 noviembre 1930), lo que las diferencia de las servidumbres voluntarias en que basta la utilidad, entendida en el sentido amplio de beneficio, comodidad o conveniencia, de tal modo que, desaparecida en aquellas la necesidad, la servidumbre carece de justificación, por lo que se puede exigir su extinción (SSTS de 16 diciembre 1904 , 27 septiembre 1961 y 20 febrero 1987).

Esta jurisprudencia ha sido mayoritariamente seguida por las Audiencias Provinciales, siendo ejemplo de ello las SSAP de Alicante, Sección 6.^a, de 22 de junio de 2005 ; Guipúzcoa, Sección 3.^a, de 6 de junio de 2005 ; Cantabria, Sección 3.^a, de 26 de mayo de 2005 ; Pontevedra, Sección 3.^a, de 18 de noviembre de 2010 ; Salamanca, Sección 1.^a, de 21 de junio de 2010).

No obstante, también ha declarado esta Sala que la forma de constituirse la servidumbre no es siempre determinante de la naturaleza del gravamen, de manera que, aunque las voluntarias se constituyan comúnmente mediante título voluntario, también las servidumbres forzosas pueden tener ese mismo origen. En este sentido, SSTS de 19 de julio de 2002 y 23 de marzo de 2001, RC n.º 676/1996 , según la cual «resulta indiscutible que las servidumbres forzosas pueden constar en título voluntario, sin que pierdan aquella naturaleza cuando el negocio constitutivo tuvo como finalidad sustituir al acto coactivo (judicial, o en su caso administrativo)».

A los anteriores argumentos debe añadirse:

1.º) Que es doctrina constante de esta Sala que la casación no es una tercera instancia, siendo su función la de contrastar la correcta aplicación de la norma sustantiva aplicable a la controversia, a la cuestión de hecho tal y como fue sentada por el tribunal de instancia (SSTS de 4 de noviembre de 2010, RC n.º 2051/2006 ; 28 de julio de 2010, RC n.º 1688/2006 ; 29 de junio de 2010, RC n.º 871/2006 ; 1 de febrero de 2010, RC n.º 191/2007 y 14 de marzo de 2011, RC n.º 1970/2006). En consecuencia, incurre en el defecto llamado en la jurisprudencia «hacer supuesto de la cuestión» quien margina los hechos declarados probados por la sentencia de instancia y presenta un motivo en el que aduce una infracción normativa que solo tiene cabida desde un supuesto de hecho diferente al expuesto por la sentencia recurrida (SSTS de 2 de noviembre de 2009, RC n.º 1677/2005 ; 18 de junio de 2009, RC n.º 2775/2004 ; 5 de mayo de 2010, RC n.º 556/2006 ; 1 de octubre de 2010, RC n.º 1534/2005 ; 14 de marzo de 2011, RC n.º 1970/2006 , 14 de junio de 2011, RC n.º 369/2008 y 11 de julio de 2011, RC n.º 584/2008).

2.º) Que también constituye doctrina reiterada que la interpretación de los contratos constituye función de los tribunales de instancia, por lo que la realizada por estos ha de prevalecer y no puede ser revisada en casación en la medida en que se ajuste a los hechos considerados probados por aquella en el ejercicio de su función exclusiva de valoración de la prueba, salvo cuando, impugnándose expresamente en casación dicha interpretación con cita de precepto infringido al respecto, se demuestre su carácter manifiestamente ilógico, irracional o arbitrario (SSTS, entre las más recientes, de 20 de marzo de 2009, RC n.º 128/2004 ; 17 de diciembre de 2010, RC n.º 910/2006 ; 4 de abril de 2011, RC n.º 163/2007 y 11 de julio de 2011, RC n.º 584/2008).

Del conjunto de la doctrina expuesta cabe extraer las siguientes conclusiones: (i), que la existencia de contrato o escritura pública no presupone el carácter voluntario de la servidumbre creada mediante dichos títulos; (ii), que de concluirse a favor de su carácter voluntario, no es posible su extinción por aplicación del *artículo 568 CC* ; (iii), que en todo caso, sentado por la sentencia recurrida que la servidumbre litigiosa tiene un determinado carácter, en la medida que este juicio jurídico -que puede examinarse en casación- se encuentra estrechamente ligado al juicio sobre los hechos, no es suficiente para contradecir la apreciación efectuada en dicha resolución judicial la mera alegación de la apreciación de sentido contrario, sin cuestionar en debida forma la valoración de la prueba -al objeto de sustituir los hechos probados por otros que sí permitan acoger la calificación diferente- ni aducir una interpretación contractual equivocada (STS de 23 de marzo de 2001, RC n.º 676/1996).

B) En el presente caso, dados los términos en que se expresa la controversia en casación, no cabe concluir que la sentencia recurrida se aparte del precepto y de la doctrina que se invoca en interés casacional, en su decisión de calificar la servidumbre de paso como forzosa y de considerarla extinguida por desaparecer la situación de necesidad.

Como anteriormente se expuso, la parte recurrente centra su discurso en negar la aplicación del *artículo 568 CC* a las servidumbres voluntarias. En esa misma línea argumental se encuentran las distintas sentencias de esta Sala que se invocan para justificar el interés casacional del recurso, ya que en ellas se alude en términos genéricos a que las servidumbres voluntarias responden a la idea de utilidad y no de necesidad, y a que, por pertenecer al campo de la autonomía de la voluntad, no les resultan de aplicación las normas que regulan las legales o forzosas.

Pero en contra de lo que sugiere la recurrente, no es que la AP decidiera aplicar el *artículo 568 CC* a una servidumbre voluntaria, sino que si aplicó dicho precepto fue precisamente por considerar que el origen voluntario de la servidumbre litigiosa no era óbice para calificarla como forzosa. Esta calificación se sustentó

en el juicio fáctico de valoración de la prueba obrante, y en el juicio jurídico de interpretación de los documentos incorporados al pleito por la propia demandante- escrituras de compra venta y de obra nueva y división horizontal-, los cuales condujeron al tribunal, esencialmente, a las siguientes conclusiones: a) que cuando la escritura de obra nueva alude a los locales de la planta baja en general, está comprendiendo tanto el de la planta baja en sentido estricto como el de la entreplanta, b) que estos locales se concibieron como entidades registrales independientes, pero sin entrada o acceso a través de zona común, circunstancia que iba en contra de su propia naturaleza y disfrute, c) que fue esa situación de necesidad la que llevó al titular único de la finca a constituir a favor de dichos locales una servidumbre de paso por zona común, y d) que, la situación de necesidad de acceder al de la entreplanta por zona común desapareció una vez que la demandante agrupó ambos locales por contar el de la planta baja con acceso a vía pública.

En esta tesitura, no pueda prosperar un motivo que aparece genéricamente fundado en la no aplicación a las servidumbres voluntarias de un precepto previsto para las forzosas sobre la base de seguir atribuyendo a la de autos aquel carácter voluntario, sin combatir en debida forma los razonamientos de índole fáctica y de interpretación contractual, en que la AP apoyó su calificación en sentido opuesto.

CUARTO .- Desestimación del recurso y costas.

La desestimación de su único motivo determina la íntegra del recurso, con imposición de las costas del mismo a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en los *artículos 398.1 y 394 LEC* .

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a Frida , contra la sentencia de 12 de junio de 2007, dictada en grado de apelación por la Sección 9^a de la Audiencia Provincial de Alicante, en el rollo n.º 361/07 , dimanante del juicio ordinario n.º 1202/05, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Torrevieja , cuyo fallo dice:

«Fallamos:

»Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Torrevieja, de fecha 2 de noviembre de 2006 , debemos revocar y revocamos dicha resolución, y con estimación en parte de la demanda planteada por el procurador D. Alberto Cánovas Seiquer en nombre y representación de Dña. Frida frente a Mancomunidad de Propietarios del EDIFICIO000 y la Comunidad de Propietarios del EDIFICIO000 portal n.º NUM003 representadas por el procurador D. Francisco L. Esquer Montoya, procede declarar el derecho de la actora a abrir escaparates en la fachada de su local adyacente a la zona de porche, condenando a los demandados a estar y pasar por esta declaración y a retirar aquellos elementos colocados en dicha fachada que impidieran la apertura de tales escaparates. Sin hacer expresa imposición de costas procesales en ambas instancias».

2. No ha lugar a casar la sentencia recurrida por ninguno de los motivos de casación formulados.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Juan Antonio Xiol Rios, Francisco Marin Castan, Jose Antonio Seijas Quintana, Francisco Javier Arroyo Fiestas, Roman Garcia Varela, Xavier O'Callaghan Muñoz. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Rios, 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.