

Id Cendoj: 28079110012006101088
 Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
 Sede: Madrid
 Sección: 1
 Nº de Recurso: 20/2000
 Nº de Resolución: 1023/2006
 Procedimiento: CIVIL
 Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
 Tipo de Resolución: Sentencia

Voces:

- x SERVIDUMBRE DE PASO x
- x SERVIDUMBRES DISCONTINUAS x
- x TÍTULO (SERVIDUMBRES VOLUNTARIAS) x
- x ACTOS TOLERADOS x
- x INCONGRUENCIA x

Resumen:

Servidumbre de paso discontinua. Incongruencia: no existe al no haberse variado la causa petendi y haberse desenvuelto la argumentación de la Audiencia dentro del margen de calificación de los hechos que brinda al juzgador el principio iura novit curia. Adquisición en virtud de título. Título constitutivo: falta de prueba al no existir una voluntad expresa para constituir una servidumbre sino meros actos de tolerancia o buena vecindad. Presunción de libertad del fundo.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Octubre de dos mil seis.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los señores al margen anotados, el recurso de casación que con el número 20/2000, ante la misma pende de resolución, interpuesto por el procurador D. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de Construcciones Alcudienses, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo 518/98, por la Audiencia Provincial de de fecha 7 de septiembre de 1999, dimanante del juicio de menor cuantía número 186/97 del Juzgado de Primera Instancia número 2 de Inca. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador D. Gonzalo Ruiz de Velasco y Martínez de Ercilla en nombre y representación de D^a Lucía .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Inca dictó sentencia de 4 de mayo de 1998 en autos de juicio declarativo de menor cuantía núm. 186/97, cuyo fallo dice:

«Fallo. Que desestimando como desestimo la demanda interpuesta por el Procurador D. Antonio Serra Llull, en nombre y representación de D^a Lucía , contra la entidad Construcciones Alcudienses S.A., debo absolver y absuelvo a la demandada de todos los pedimentos de la actora.

»Todo lo anterior sin hacer condena en costas a ninguna de las partes».

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

«Primero: En la presente litis la parte actora ejercita su pretensión en reclamación de que se dicte sentencia por la que se declare el predio "Benicauvellet", de su propiedad, es predio dominante y tiene constituida a su favor sobre el predio sirviente " FINCA000 ", propiedad de la demandada, una servidumbre de paso para dar acceso peatonal y mecánico a la carretera Artá-Santa Margarita, a la vista de que la demandada ha impedido a la actora el ejercicio de esta servidumbre, como consecuencia de no haber puesto a su disposición y entregado la llave del candado que cierra la barrera de acceso a la carretera

PM-340, y haber efectuado obras en el predio sirviente de " FINCA000 ", hasta el punto de hacer imposible el paso. Alega que las anteriores fincas lindan entre sí por el torrente de Son Real y que la servidumbre que solicita que se declare es inmemorial. Indica que, aunque es cierto que no está inscrita, se trata de una servidumbre positiva y aparente, con signos ostensibles, en especial un camino formado por la contante rodadura a fin de dirigirse desde finca "Binicauvellet" a la localidad de Santa Margarita, además de un puente de cemento sobre torrente: añade a los anteriores indicios que el camino se ha recogido en diversos planos oficiales que acompaña. Justifica el ejercicio de su acción en el hecho de que la demandada ha cerrado con la barrera dotada de candado el acceso a la finca " FINCA000 " desde la carretera Artá a Santa Margarita -la actora no se opone a este cierre siempre que se le entregue llave de la barrera- y ha llevado a cabo corrimientos de tierra para destruir los signos de servidumbre.

»La parte demandada se opone a lo anterior alegando que la actora no ha aportado documento alguno que acredite la existencia de la servidumbre -ésta no consta ni en el Registro ni en los títulos de las dos fincas-. Manifiesta que de contrario se indica que es prueba de la servidumbre la existencia de un camino pero se alega que en los cinco años últimos -desde que la demandada es propietaria de " FINCA000 "- la actora no ha pasado por el supuesto camino, este camino se interrumpe en la finca de la demandada 50 metros antes de llegar al torrente, la mera existencia de camino no supone servidumbre -se alega que si esto fuese así podría solicitarse servidumbre recíproca-, y que la confluencia de un camino a un torrente es algo habitual en la zona y en las fincas que lindan con un torrente. Niega que la servidumbre sea inmemorial en la medida en que es improbable que la finca de la actora estuviese en condiciones de adquirir derechos antes de la publicación del Código en la medida en que no consta que se trate de una finca independiente sino desde 1900, momento en que el propietario de las fincas "Binicauvell" y "Binicauvellet" procedió a la inmatriculación de las dos fincas, sin perjuicio de que las mismas continuasen de hecho como sola propiedad o finca. Además indica que a raíz de la demanda se ha descubierto que en los años 30 o quizás a principios de los 40, a raíz de un importante incendio, los propietarios de la finca la actora solicitaron permiso a los propietarios de la finca de la demandada para sacar a través esta finca los restos del incendio, lo que se consintió por razones de vecindad, pero que resulta insuficiente para acreditar la existencia de servidumbre. A la vez este hecho explicaría la presencia del camino en los mapas aportados de contrario.

» Segundo. Las pruebas practicadas en el presente procedimiento han consistido en la aportación con la demanda del título que justifica la propiedad de la actora, folios 13 a 20, nota simple del Registro para acreditar la propiedad de la demandada, folios 21 y 22, y acta notarial conteniendo fotografías de inicio y fin del camino que la actora considera servidumbre, folios 23 a 26. Además se aportaron distintos mapas: en el del folio 27, se aportó un mapa sin fecha, aunque es cierto que refleja líneas de ferrocarril desaparecidas varios años atrás, en el que están rotulados los predios de "Binicauvell" y "Binicauvellet", además del predio de "Son Real" -origen del predio de la demandada-, constando, en el círculo marcado en lápiz por la parte actora, un camino impreso en tinta negra que desde el punto kilométrico 18 de la carretera de Artá a Santa Margarita -impresa en rojo- se dirige al sur, a los predios de "Binicauvell" y "Binicauvellet", atravesando el torrente. Lo mismo se repite en el plano del folio 28 -reproducido en los folios 181 y 182-, éste levantado por el Servicio Cartográfico del Ejército en 1960, si bien, se altera el punto kilométrico dado que se ha cambiado la forma de medir la carretera de Artá a Santa Margarita, y en el plano catastral del folio 9 -se aporta otro en el folio 204-. A estos planos hay que añadir el aportado en el folio 69 levantado por el Instituto Geográfico Nacional en 1985. El único mapa que no refleja el camino es un mapa de 1784 -documentación anexa-, en donde el acceso a Binicauvellet se hace por Son Doblons o por Binicauvell.

»Con la contestación a la demanda se aportó certificado del aparejador municipal del Ayuntamiento de Santa Margarita, folio 45, en el que se indicaba que consultado el catastro y toda la documentación obrante en el Ayuntamiento, no existía **camino público** alguno por la finca de la demandada, y que, al no constar registro de servidumbres, tampoco consta que la finca esté gravada con servidumbre alguna -pese a que el legal representante de la demandada reconoce dos-. En los folios 170 a 180 consta escritura de compra de la finca de la demandada, con plano anexo en el que no aparece la servidumbre que se pretende, constando en la escritura que existen otras dos servidumbres que se describen en la fotocopia del plano, tomado de una fotografía, si se observa la presencia de, al menos dos caminos que desde la carretera de Santa Margarita atraviesan la finca hasta el torrente. Mientras, en los folios 160 a 168 se acompañó certificado del Registro de la Propiedad en el sentido de que la finca no se halla gravada con servidumbre.

»En periodo probatorio se aportó por la actora factura de las obras efectuadas en el "puente medianera entre Binicauvellet y Es Revellar-Santa Margarita", factura de fecha 31 de octubre de 1991, folios 70 y 71, y albarán de entrega de hormigón de fecha 24 de octubre de 1991, folios 72; todo ello ratificado en el folio 233. En el folio 89 declaró D. Alvaro , quien indicó que había servido este hormigón en el puente sobre el torrente y que llegó a él por la carretera de Artá a Santa Margarita, a través de un camino que le

llevó hasta el torrente, ya que de lo contrario no hubiese llegado con el camión. Sobre este puente, en el folio 110, emitió informe don Fernando , arquitecto técnico, el cual indica que el puente existente en el torrente tiene una antigüedad de entre seis y ocho años y que su forma de construcción es insuficiente para el cauce. Además, en los folios 254 a 257, consta pericial a cargo de D. Narciso , quien manifestó que el puente sobre el torrente es de construcción reciente y que el camino existente en Es FINCA000 es el típico camino forestal que se interrumpe antes de llegar al puente y no se observa continuación en la finca de la actora.

»Por otro lado en el folio 82 confesó D. Carlos Daniel , representante de la demandada, quien indicó que el puente de cemento es de 1991, que sabe de la existencia de un camino que discurre por la finca del confesante, sin constarle que vaya a la de la actora, que sabe que en la finca de la actora hay un camino hasta el torrente, aunque desconoce si es el mismo camino ya que en las escrituras no hay derecho de pase-, que la FINCA000 está cerrada y que la adquirió el confesante cerrada, que lo único que se ha hecho es cambiar el cercado y la entrada por razones de visibilidad, que el límite entre las fincas de las partes es el torrente, pero que el mantenimiento del puente no se costea por ambas partes: que cree que el puente fue reparado en 1991, pero que en esas fechas no era propietario de la finca, que existen tres puentes sobre el torrente desde su finca, contando el de la carretera general, y que su finca está gravada con dos servidumbres, pero en la zona de la carretera que une Artá con Alcludia, muy alejadas de la finca de la actora. La actora confesó en el folio 218 manifestando que en el siglo XIX Binicauvell y Binicauvellet eran una única finca propiedad de D. Bruno , y que no existe documento alguno que acredite el paso porque los propietarios de las fincas siempre han sido amigos; que el acceso a la finca se efectuaba indistintamente por Son Doblons y por Es FINCA000 , este último para sacar los pinos cortados, los trabajadores ir a Santa Margarita, ir a por gasoil y para ir a la playa de Son Real y también pasaban con maquinaria y productos, todo lo anterior hasta que se cerró en 1991 y que desde entonces sólo se usa el de Son Doblons que da acceso a Binicauvell y se aprovecha para llegar a Binicauvellet, que no se solicitó permiso para sacar los pinos quemados por Es FINCA000 , ya que los padres de la confesante y D^a Victoria en la barrera de Es FINCA000 se puso un candado porque los animales saltaban y se entregó una llave a cada parte y se usaba de la misma cuando se creía necesario.

»Las pruebas testificales han sido contradictorias. Así, D. Oscar indicó que el camino existía desde hace muchos años y que los últimos 25 años han pasado por él los dueños de las fincas de la actora, indicando que conocía esta circunstancia por ser hijo del aparcerero que explotaba la finca de la demandada hasta que ésta la compró; indicó que había un camino para ir al predio de la demandante por Petra y que es el que ahora debía usarse ya que estaba cerrado el litigioso, y que sus abuelos eran ya aparceros desde 1920 de la finca de la demandada y existía el acceso desde la carretera de Artá a Santa Margarita, que la finca FINCA000 se cercó en 1975, con autorización de los propietarios de Binicauvellet para poner una barrera cerrada con candado, de la que los propietarios de las dos fincas tenían llave, que el testigo había tenido relación con los anteriores propietarios de la finca de la demandada desde 1970 a 1990, que en 1977 y 1978 se deslindaron las fincas de las partes y se pagó la alambrada por mitad, habiendo participado el testigo tanto en la colocación material de la alambrada como en la liquidación de los gastos derivados de su instalación, que el pago por mitad se acordó verbalmente y que este deslinde se hizo porque ambas fincas tenían ganado y el ganado atravesaba el torrente, que el mantenimiento del puente se costeaba por mitad o se compensaba con mejoras, así este testigo cita la última torrentada de 1991 en la que el puente se pagó por la finca de la actora y la reconstrucción de la alambrada por la finca del demandado. En el folio 134 declaró como testigo D. Luis Miguel , trabajador de la actora, quien indicó que conocía el paso por el camino litigioso desde su nacimiento hace 66 años en la finca de la actora, que era un camino que se usaba para ir a Santa Victoria y para llevarse animales, además manifestó que su padre, que trabajo 50 años en la finca, le dijo que siempre había pasado por él, también reconoció que existía el camino de Son Doblons para ir a Petra, indicando que creía que todo era el mismo camino ya que la gente de Petra para ir a la playa empezaba por el camino de Son Doblons y luego se desviaba por el litigioso; finalizó indicando que la finca de la actora se explota con el cultivo de almendra, ovejas y derechos de caza. En el mismo sentido D. Jesús , folio 135, quien manifestó que hacía 38 años había trabajado para la madre de la actora, y D. Jose Luis , trabajador en una finca vecina y que manifestó tener interés en ver el camino abierto porque siempre lo había estado, este último testigo indicó que en la finca en la que trabajaba, al acabar la cosecha era costumbre ir a la playa y que iban por ese camino a través de Son Real. Los anteriores testigos, trabajadores en las fincas, se oponen a lo manifestado por D. Pedro Francisco , folio 190, quien dijo que era sobrino de los anteriores propietarios de la finca de la demandada y que había intervenido en la venta como abogado, quien tras manifestar que ignoraba cualquier circunstancia en torno al acceso por caminos históricos a la finca de la actora indicó que los propietarios de la finca de la actora nunca habían pasado por la de la demandada salvo excepcionalmente y por razones de buena vecindad, que existe un puente sobre el torrente, pero que la familia del testigo nunca pagó su mantenimiento, que el testigo siempre ha conocido cercada su finca y que no le consta que se deslindase ya que el lindero natural es el torrente; que la primera

vez que los propietarios de Bimcauvellet pasaron por FINCA000 fue con motivo de un incendio, y que no le constaba que al cercar la finca se entregase a los propietarios de Biricauvellet una llave. También a la manifestado por I). Ildefonso , folio 192, y D. Sebastián , folio 194, quienes negaron que hubiese derecho de paso, pero manifestaron ignorar muchas circunstancias de la Finca. Ahora bien, D. Juan María , folio 196, indicó que no existía derecho de paso, que el paso efectuado siempre ha sido puntual y por razones de vecindad; que es cierto que en 1991 se reparó el puente y que se solicitó permiso al testigo y sus hermanos; que es cierto que el primer paso fue para sacar la leña quemada de un incendio y se concedió por razones de vecindad, y que también era cierto que al vallarse la finca se entregó una llave a los dueños de Bimcauvellet, pero que el motivo era porque los cazadores no tuviesen que dar la vuelta; indica que al heredarla el testigo y sus hermanos se continuó con el favor, por último manifestó que era habitual construir caminos hasta el torrente porque las fincas colindantes debían mantenerlo limpio y en el caso de FINCA000 porque había una zona en la que sembraban pasto para las ovejas. Es decir, este testigo, contra sus hermanos y sobrinos, que ignoran muchas circunstancias, coincide con los trabajadores de las fincas en la existencia de un paso, aunque entiende que se trata de un paso consentido y no de una servidumbre

»En los folios 113 y 114 consta el acta de reconocimiento judicial, en esta prueba se procedió a recorrer el camino que la parte actora entiende servidumbre, desde la carretera hasta el torrente. Se comprobó que la parte demandada había procedido a modificar el inicio del camino desde la carretera, por razones de visibilidad, de tal modo que lo existente no se corresponde con las fotografías 6 a 8 del folio 26, pero quedó acreditado que la parte demandada indicó que antes de proceder al cambio era esa entrada la que existía. El camino atraviesa una parte de la finca de la demandada, estando perfectamente señalado, siendo que el tramo final se corresponde con las fotografías 1 a 5 del folio 26. Así, en las fotografías 1 a 3 se observa el puente sobre el torrente, debiendo indicarse que las fotografías están tomadas desde la finca de la demandada, de tal modo que la barrera cubierta de maleza que se observa en uno de los lados del puente sería la entrada a la finca de la parte actora, en la que no se observó indicio alguno de camino. Las fotografías 4 y 5 se corresponden también a la finca de la demandada y están tomadas de espaldas al puente. En las fotografías el camino se halla más marcado que lo observado en el reconocimiento, ya que en el mismo el camino concluía aproximadamente en el lugar donde el camino que se ve en la foto 5 tuerce a la izquierda y se introduce en la vegetación, -parte superior de la foto-. En el reconocimiento se observó que a unos dos o tres kilómetros de distancia de este lugar, siguiendo el cauce del torrente, otra finca vecina tenía barreras abiertas al cauce del torrente, separadas por 150 metros, encaradas entre sí, y sin puente para cruzar a la finca de la demandada, que se halla a un nivel superior al del cauce del torrente entre 1,5 y 2 metros. También se pudo ver el denominado "puente artístico" que unía la finca de la demandada con la de Son Martí, que actualmente tiene el paso impedido por cadenas y vallas fijas.

»En el folio 128 consta una fotografía aérea de la zona tomada en 1984, en la que la zona de bosque que se halla en la parte inferior izquierda de la fotografía corresponde a la finca de la demandada, observándose que esta zona de bosque se halla atravesada por un camino que arrancando a la izquierda de la fotografía llega al límite del bosque con una zona llana -también de la demandada y lugar donde acababan los indicios de camino en el reconocimiento- para girar más hacia la izquierda hasta el cauce del torrente y entrar en la finca de la demandante, donde el camino se pierde en unos metros, para recuperarse y ver que el mismo se divide en dos ramales.

»Tercero. Constituye una consolidada corriente jurisprudencial la afirmación de que la propiedad se presume libre de servidumbres y cargas, correspondiendo a quien las invoque en su favor probar la existencia de la servidumbre y su extensión. Además se apoya esta presunción de libertad del dominio en los *artículos 38 y 97 de la Ley Hipotecaria* , cuando, como ocurre precisamente en el caso que se enjuicia, en el Registro de la Propiedad aparece la finca supuestamente sirviente como libre de cargas. La prueba de la existencia y extensión de una servidumbre que grava finca ajena debe ser particularmente clara e inequívoca, obligando a acreditar cuál es el título en virtud del cual la servidumbre nació al mundo jurídico, pues no puede producirse el alcance del derecho de propiedad sobre la base de meras conjeturas o hipótesis relativas a una presumible servidumbre.

» La servidumbre de paso cuestionada en el caso de autos es aparente y discontinua. Es aparente puesto que presenta signos exteriores, como es el camino, -*artículo 532.5 CC* -, y porque se usa a intervalos más o menos largos y depende de actos del hombre -*artículo 532.3 CC* -. Pese a que la parte demandada ha manifestado que el camino como tal no existe y se interrumpe antes de llegar al puente en ambas fincas, lo cierto es que tanto los planos como las fotografías aéreas y la propia absolución de posiciones del legal representante de la demandada indican la existencia del camino. Si esto es así, conforme al *artículo 539 del Código Civil* , las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo pueden adquirirse en virtud de título. Ahora bien, la doctrina científica viene definiendo a este "título constitutivo" como un complejo negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre y no

como un documento escrito Se requerirá únicamente una voluntad negocial suficientemente probada, con independencia de que este fijada en un documento -*artículo 1280.1 CC* y sentencias de 26 de junio de 1981, 20 de octubre de 1993, 1 de marzo de 1994 y 24 de febrero de 1997 -, que puede manifestar tanto el carácter oneroso como gratuito, y efectuarse mediante actos inter vivos o mortis causa. Ahora bien, lo que es importante es que en el acto donde se establezca el gravamen, como tal limitativo del dominio, ha de constar bien clara la voluntad de los otorgantes, ya que en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo (STS de 8 de abril de 1965 y 30 de septiembre de 1970). A falta de título puede adquirirse la servidumbre por escritura de reconocimiento del dueño el predio sirviente o por sentencia firme -*artículo 540 CC* y sentencia de 14 de julio de 1995 - y también en virtud de signo aparente -*artículo 541 CC* -. No existe por tanto, dada la prohibición legal, la adquisición por usucapión, ni tampoco es admitida por la jurisprudencia ni por la doctrina, la adquisición por actos de mera tolerancia, ya que se hace necesaria la expresa voluntad constitutiva del que sufre la servidumbre, pues en las discontinuas, que sólo se usan a intervalos más menos largos y dependientes de actos del hombre, puede el propietario del predio sirviente haber permitido equivocadamente actos de simple dejación o complacencia, pero sin que exista el necesario título constitutivo. Por último, es posible adquirir una servidumbre de paso por prescripción inmemorial, es decir por prescripción iniciada antes de la vigencia del Código Civil, prescripción que debe respetarse tras su entrada en vigor por el juego de la norma de la Disposición transitoria primera de dicho Cuerpo legal, al tratarse de derecho nacido bajo el régimen de la legislación anterior -STS de 15 de febrero de 1989 -.

»Dado que la parte actora reconoce que no existe título documentado, debe entrarse a determinar si ha existido un título no documentado o se ha ganado la prescripción inmemorial de la servidumbre que se pretende.

»Cuarto: Como ya se ha indicado la jurisprudencia tiene declarado que las servidumbres de paso adquiridas por prescripción inmemorial antes de la vigencia del *CC deben respetarse tras su entrada en vigor, con invocación de la Ley 15, Título 31, Partida 3.1 y la disposición transitoria 1ª del Código Civil* (STS de 14 de junio de 1977, 6 de diciembre de 1985, 21 de octubre de 1987, 5 de febrero de 1989 y 5 de marzo de 1993). Ello es así porque la citada disposición adicional al ordenar que se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos de hechos realizados bajo su régimen, aunque éste los regule de otro modo o no los reconozca, abrió la posibilidad de invocar la prescripción inmemorial como medio adquisitivo de las servidumbres discontinuas, pues tal medio se admitía en la legislación de Partidas antes especificada y esta posibilidad ha recibido una doble interpretación; la que deriva del tenor literal de la *disposición transitoria 1.1* -STS de 14 de Noviembre de 1961 -, conforme a la cual sería preciso que la prescripción hubiera quedado consumada antes de la promulgación del Código Civil, pues sólo así cabría hablar de derechos nacidos según la legislación anterior de hechos realizados bajo su régimen, y la que deriva del tenor del *artículo 1939 CC, que fija que la prescripción comenzada antes de la publicación del Código* se regirá por las Leyes anteriores al mismo, conforme a lo cual bastaría con poder afirmar que la prescripción cuyo origen no consta, por haberse perdido la memoria del mismo, se inició desde luego con anterioridad a la promulgación del Código Civil. Pero, tomemos una u otra posibilidad, lo cierto es que, en todo caso, se exige el probar que el uso de la servidumbre se inició ya antes de la entrada en vigor de dicho Cuerpo Legal, so pena de vulnerar en caso contrario la terminante disposición contenida en los *artículos 539 y 1959 CC* . Además debe quedar claro que se trata de un medio excepcional de adquirir servidumbre y por ello la jurisprudencia ha sido muy restrictiva en su apreciación, restrictiva tanto para exigir cumplida prueba de la existencia de la servidumbre, como en la apreciación de las pruebas. Se une a este carácter restrictivo el hecho de que, dada la fecha de entrada en vigor del Código Civil, esta prueba es en la actualidad muy difícil, ya que no quedan testigos vivos que sepan de esos tiempos. Por ello se ha trasladado esta prueba a testigos que aludan a lo que terceros en condiciones de conocer lo que ocurría antes de la entrada en vigor del CC les manifestaron a ellos.

»En nuestro caso el rastro más antiguo de la existencia del camino lo proporciona el testigo D. Oscar al indicar que sus abuelos eran ya aparceros desde 1920 de la finca de la demandada y existía el acceso desde la carretera de Artá a Santa Margarita Con ello parece destruirse la afirmación de que el camino tuvo su origen en un incendio que aconteció en los últimos años 30 o principios de los años 40 en la finca de los demandantes y que se creó para transportar la leña quemada. Ahora bien, existe el problema de que se desconoce lo que ocurría en los años comprendidos entre 1889 -fecha de entrada en vigor del *CC-*, *hasta 1920* . sin que pueda obviarse. El problema, señalado por la parte demandada, de que la prescripción inmemorial, de haberse ganado, lo sería para el conjunto de las fincas Binicauvell y Binicauvellet, inmatriculadas en 1900 como fincas separadas, habiendo reconocido la demandante que en el siglo XIX las actuales dos fincas estaban unidas y bajo un mismo propietario, el inmatriculante. Atendida esta peculiaridad de la finca de la actora -unida a otra en la fecha en la que debería, al menos, iniciarse el uso de la servidumbre- no puede aplicarse la tesis de la sentencia la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 14 de enero de 1997 , que indica que, en la actualidad, no puede exigirse prueba directa de que el paso ya tenía lugar con anterioridad al CC, puesto que ello equivaldría a hacer ilusoria e impracticable la

prescripción inmemorial como modo de adquisición de las servidumbres discontinuas y aparentes, sino que se ha de estimar suficiente la prueba de que dicha servidumbre deriva de la existencia de un uso cuyo origen es tan remoto que no puede recordarse, de manera que sea posible colegir razonablemente que dicha prescripción principio bajo la vigilancia de la legislación anterior. No puede aplicarse puesto que falta determinar el derecho con respecto al conjunto de las fincas y las circunstancias posteriores a la división.

»Quinto: Por otro lado, los demás testigos aportados por la parte actora, que corroboran la existencia del camino y el paso por éste, lo que declaran es que se trataba de un paso abierto a la generalidad de las personas. Así, D. Luis Miguel , tras indicar que era un camino que se usaba para ir a Santa Margarita y para llevarse animales, al referirse al camino de Son Doblons manifiesta que ya que la gente de Petra para ir a la playa empezaba por el camino de Son Doblons y luego se desviaba por el litigioso y D Jose Luis , quien manifestó tener interés en el pleito porque el camino siempre había estado abierto -por tanto más que servidumbre de una finca lo considera público- y que se utilizaba por los trabajadores de una de las fincas vecinas donde él trabajaba porque al acabar la cosecha era costumbre ir a la playa y que iban por ese camino a través de Son Real -la playa está en Son Real y la finca de la parte demandada es una segregación de esta finca-. Lo anterior apoyaría la tesis de la tolerancia de los propietarios de la finca de la demandada para permitir el paso por su finca a quien lo necesitase, máxime cuando se trataba de una finca no cercada hasta 1975, y sin que esta tolerancia en el paso supusiese voluntad de constituir servidumbre.

»Es cierto que D. Oscar indica que la FINCA000 se cercó en 1975, con la autorización de los propietarios de Binicauvellet para poner una barrera cerrada con candado, de la que los propietarios de las dos fincas tenían llave. Este hecho, en la medida en que diferencia a la generalidad de los que utilizaban el camino de los propietarios de Binicauvellet, podría ser indicio de que existía servidumbre o se constituyó en ese acto. Añade el testigo que el mantenimiento del puente se costeaba por mitad o se compensaba con mejoras -cita la última torrentada de 1991 en la que el puente se pagó por la finca de la actora y la reconstrucción de la alambrada por la finca del demandado-, extremo que coincide con las facturas aportadas por la parte actora. Pero, aunque D. Juan María , folio 196, indica que es cierto que se reconstruyó el puente de 1991 y que para ello se le pidió permiso por parte de la actora -despejando las dudas de los hermanos del anterior sobre la cuestión-, negó en todo momento el derecho de paso, indicando que éste se había dado por razones de vecindad y para que los cazadores no tuviesen que dar la vuelta, y que fue esa razón y no el constituir servidumbre por lo que se entregó una llave a los propietarios de la finca de la demandada al cerrarse FINCA000 , llave que este testigo y sus hermanos mantuvieron por razones de favor y amistad. La amistad entre las distintas generaciones de las familias propietarias de ambas fincas es reconocida por la actora y la utiliza para justificar la ausencia de documentos escritos sobre la servidumbre.

»La contraposición entre las dos declaraciones es evidente. No pueden despreciarse las razones de la ciencia del Sr. Oscar , quien refiere ser hijo del aparcerero de la finca de la demandada y haber llevado la contabilidad de la misma en tiempos de la madre de los hermanos Sebastián Ildfonso . Pero tampoco puede pasarse por alto que el testigo indica que al comprar la finca la entidad demandada tuvo que dejarse esa aparcería, lo que podría mostrar animadversión a la demandada. Por otro lado, también es obvio que puede existir el interés de los hermanos Sebastián Ildfonso , como vendedores sin hacer constar la servidumbre, de que ésta no se declare en el presente procedimiento a fin de evitar posteriores reclamaciones

»En todo caso, ante la duda de si la entrega de la llave en 1975 se trata de un acto de reconocimiento de la servidumbre, o incluso de constitución de la misma, o de actos de mera tolerancia al paso por razón de la amistad entre familias, no expresivos de una voluntad constitutiva de servidumbre, inhábiles, según unánime jurisprudencia para dar nacimiento a la servidumbre-, se opta por aplicar el principio de libertad de los fundos y entender que no existe servidumbre

»Sexto. El *artículo 523 de la LEC* establece que la parte que hubiese visto desestimadas sus pretensiones abonará las costas caudas en la instancia, salvo que el juez, razonándolo debidamente, aprecie la existencia de razones que justifiquen la no imposición. En el presente caso, atendido lo razonado anteriormente, se considera que no deben imponerse las costas al litigante vencido, toda vez que la cuestión litigiosa es compleja y la decisión que se toma en el presente procedimiento y en esta instancia lo ha sido valorando distintos elementos que pueden interpretarse en uno u otro sentido, y que se interpretan en sentido negativo a la existencia de servidumbre atendidas las presunciones legales. Por ello se considera, no ya que la demanda de la actora no ha sido en absoluto temeraria -no se aplica un criterio de temeridad disfrazado-, sino que estaba basada en razones suficientes atendido el uso que se venía haciendo del camino y el reciente cambio en la propiedad de la FINCA000 ».

TERCERO. - La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia

núm. 564/99, de 7 de septiembre de 1999, en el rollo de apelación número 518/98 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»1) Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Gabriel Buades Salom, en nombre y representación de doña Lucía , contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 1998, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Inca, en el procedimiento de Menor Cuantía, del que el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos y, en su lugar,

»2) Se estima la demanda interpuesta por el Procurador don Antonio Serra Llull, en nombre y representación de doña Lucía , contra la entidad Construcciones Alcudienses, S.A. y se declara:

»A) Que el Predio "Binicauvellet" es Predio dominante y tiene constituida a su favor sobre el predio sirviente " FINCA000 ", una servidumbre de paso para dar acceso peatonal y mecánico a la carretera Artá-Santa Margarita.

»B) Que la demandada ha impedido a la actora el ejercicio de dicha servidumbre, como consecuencia de no haber puesto a su disposición y entregado la llave del candado que cierra la barrera de acceso a la carretera PM 340, y de haber efectuado obras en el predio sirviente de " FINCA000 ", hasta el punto de hacer imposible el paso.

»C) Que la actora, en cuanto propietaria de la finca "Binicauvellet", tiene derecho a hacer uso de dicha servidumbre con el fin de acceder peatonal y mecánicamente a la carretera de Artá-Santa Margarita.

»Y se condena a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en su consecuencia, en cuanto propietaria del predio FINCA000 , a permitir el uso quieto y pacífico de la servidumbre de paso que grava la referida finca, removiendo los obstáculos que impidan el mismo, entregando a la actora una copia de las llaves correspondientes al candado que cierra la barrera litigiosa, es decir, la barrera que da acceso desde FINCA000 a la carretera Artá-Santa Margarita.

»Con expresa imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada.

»3) No se hace expresa imposición en cuanto a las costas de esta alzada».

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

«Primero. La actora, doña Lucía , interpuso demanda en juicio declarativo de menor cuantía contra Construcciones Alcudienses, S.A., en solicitud de que se dictara sentencia en la que se declarara:

»1° Que el predio "Binicauvellet" es predio dominante y tiene constituida a su favor sobre el predio sirviente " FINCA000 ", una servidumbre de paso para dar acceso peatonal y mecánico a la carretera Artá-Santa Margarita.

»2° Que la demandada ha impedido a la actora el ejercicio de dicha servidumbre, como consecuencia de no haber puesto a su disposición y entregado la llave del candado que cierra la barrera de acceso a la carretera PM-340, y de haber efectuado obras en el predio sirviente de" FINCA000 ", hasta el punto de hacer imposible el paso.

»3° Que la actora, en cuanto propietaria de la finca de "Binicauvellet", tiene derecho a hacer uso de dicha servidumbre con el fin de acceder peatonal y mecánicamente a la carretera de Artá-Santa Margarita.

»4° Que se condene a la entidad demandada, en cuanto propietaria del predio " FINCA000 ", a permitir el uso quieto y pacífico de la servidumbre de paso que grava la referida finca, removiendo los obstáculos que impidan el mismo, entregando, en consecuencia, a la actora, una copia de la llave correspondiente al candado que cierra la barrera litigiosa, es decir, la barrera que da acceso desde " FINCA000 " a la carretera Artá-Santa Margarita.

»5° Que se condene a la demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y sus naturales consecuencias, así como al pago de las costas.

»La sentencia recaída en el primer grado jurisdiccional desestimó la referida demanda y, en su consecuencia, absolvió a la demandada de todos los pedimentos de la actora. Sin hacer expresa imposición

de costas.

»La parte actora se alzó contra la referida sentencia interponiendo el correspondiente recurso de apelación, alegando que hay en los autos importantes pruebas que acreditan la existencia de la servidumbre, sin que pueda aceptarse que se trata de actos de mera tolerancia ya que los actos de tolerancia se realizan de forma aislada y esporádica pero no llegan nunca a constituir el camino, es decir, la mera tolerancia no forma un camino y un camino de las características gráficas de la de autos. Que el Juzgador de instancia se olvida de que no existe sólo un indicio de que se hubiera constituido la servidumbre sino que existen muchos y que los actos de mera tolerancia o favor no pueden dar lugar a pensar que tengas que pedir permiso para cercar tu propia finca.

»Segundo. Señala la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 5 de marzo de 1993 que sólo es posible adquirir la servidumbre de paso, como discontinua que es, por medio de título sea contractual, o reconocimiento del dueño sirviente o bien del prevenido en el *artículo 541 del Código Civil* o por medio de sentencia judicial, pero nunca por prescripción adquisitiva por prohibirlo los *artículos 537 y 539* de dicho Cuerpo Legal salvo que se trate de la posesión inmemorial comenzada antes de la promulgación del Código Civil.

»Indicando la sentencia de fecha 24 de febrero de 1997 del referido Tribunal Supremo que no cabe, como se pretende en el motivo, mantener la inexistencia de consentimiento en la constitución de la servidumbre del caso de autos, ni, tampoco, la ausencia del Título prevenido en el *art. 539 del Código Civil*, toda vez que esta exigencia no condiciona el nacimiento de la servidumbre de una manera absoluta, al considerarse por título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, "ínter vivos" o "mortis causa", a virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente, como así se desprende de las sentencias de 20 de octubre de 1993 (RJ 1993, 7750), en sintonía con la de 26 de junio de 1981 (RJ 1981, 2614) y 1 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1633)....

»Tercero. En el supuesto de autos esta Sala, por lo que se indicará a continuación, considera, tal y como indicó la parte apelante en la diligencia de vista, que existen muchos indicios que deben conducir necesariamente a entender que existe título de constitución de la servidumbre de paso, aunque el mismo no esté plasmado documentariamente, sin que pueda hablarse de actos meramente tolerados. Así:

»1) Como se indica en la sentencia de instancia, pese a que la parte demandada ha manifestado que el camino como tal no existe y se interrumpe antes de llegar al puente en ambas fincas, lo cierto es que tanto los planos como las fotografías aéreas y la propia absolución de posiciones del legal representante de la demandada indican la existencia del camino.

»2) Esta Sala apreciando la prueba testifical practicada a instancia de la parte actora conforme a las reglas de la sana crítica, y teniendo en cuenta la razón de ciencia que han dado los testigos y la coherencia de sus declaraciones, considera que debe darse plena credibilidad a lo que han declarado dichos testigos, sin que pueda entenderse que su testimonio queda desacreditado, como pretende la parte demandada-apelada, por el hecho de que alguno de ellos fuera trabajador de la actora ni tampoco, en cuanto al testigo D. Oscar, por el hecho de que se tuviera que dejar la aparcería de la finca propiedad de la entidad demandada cuando dicha entidad la compró.

»Y con la referida prueba testifical debe entenderse que ha quedado acreditado que los propietarios de la finca de la actora han utilizado el camino de autos durante más de 70 años.

»Así el testigo don Luis Miguel, trabajador de la actora, indicó que conocía el paso por el camino litigioso desde su nacimiento hace 66 años en la finca de la actora; que era un camino que se usaba para ir a Santa Margarita y para llevarse animales; además, manifestó que su padre, que trabajó 50 años en la finca, le dijo que siempre había pasado por él.

»Pero es que, además, el testigo don Oscar indicó que el camino existía desde hace muchos años y que los últimos 25 años han pasado por él los dueños de la finca de la actora, indicando que conocía esta circunstancia por ser el hijo del aparcerero que explotaba la finca de la demandada hasta que éste la compró; señaló que había un camino para ir al predio de la demandante por Petra y que es el que ahora debía usarse ya que está cerrado el litigioso, y que sus abuelos eran ya aparceros desde el año 1920 de la finca de la demandada y existía acceso desde la carretera de Artá a Santa Margarita; que la finca propiedad de la entidad hoy demandada, FINCA000, se cercó en 1975, con autorización de los propietarios de la finca de la hoy actora, Binicauvellet, para poner una barrera cerrada con candado, de la que los propietarios de las

fincas tenían llave; que el testigo había tenido relación con los anteriores propietarios de la finca de la demandada desde septiembre de 1970 hasta diciembre de 1991; que en 1977 y 1978 se deslindaron las fincas de las partes y se pagó la alambrada por mitad, habiendo participado el testigo tanto en la colocación de dicha alambrada como en la liquidación de los gastos derivados de su instalación; que el pago por mitad se acordó verbalmente y que este deslinde se hizo porque ambas fincas tenían ganado y el ganado atravesaba el torrente; que es cierto que hay un puente y que el mantenimiento del mismo se costeaba por mitad o se compensaba con mejoras, así en la última torrentada de 1991 el puente se pagó por la finca de la actora y la reconstrucción de la alambrada por la finca de la demandada.

»De todo lo anterior se deduce, además del paso durante más de 70 años como se ha dicho antes, que para poner una barrera cerrada con candado en el año 1975 en la FINCA000 " se pidió permiso a los propietarios de la finca "Binicauvellet", a quienes se entregó, después, una llave de dicho candado; y la única explicación lógica de la solicitud de tal permiso y entrega de llaves posterior es considerar que ello fue debido a la existencia de la servidumbre de paso que gravaba la finca en la cual se pretendía colocar la barrera. Y también se deduce de dicha testifical que el mantenimiento del puente se costeaba por mitad o se compensaba con mejoras; puente que, desde luego, es para unir las fincas y no para separarlas.

»Y todo lo anterior pone de manifiesto la existencia de una serie de actos que se consideran son reveladores de la existencia de título en la constitución de la servidumbre de paso a favor de la finca propiedad de la hoy actora y que grava la finca propiedad de la hoy demandada; ya que dichos actos no pueden ser calificados de mera tolerancia, al no tratarse de actos realizados de forma esporádica y aislada, que es la nota definitoria de los actos de tolerancia.

»3) Por último debe ponerse de relieve también que la existencia de la servidumbre no había sido negada por los propietarios de la FINCA000 " hasta la adquisición de dicha finca por la entidad hoy demandada.

»Por todo ello debe estimarse el recurso de apelación, revocarse la sentencia de instancia y estimarse la demanda base del procedimiento.

»Cuarto. Al estimarse la demanda procede imponer las costas de primera instancia a la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el *art. 523 de la L.E.C* . Y al estimarse el recurso de apelación no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las costas de esta alzada, según lo establecido en el *art. 710 de la referida Ley Procesal* ».

QUINTO. - En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Construcciones Alcudienses, S. A., se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo primero. «Al amparo del apartado 3º del *artículo 1692 de la L.E.C* . al haber quebrantado la Sentencia de Segunda Instancia las normas reguladoras de la Sentencia y que rigen los actos y garantías procesales.

»Breve extracto de su contenido: Se denuncia infracción del *artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil* , en relación al *artículo 524 de la misma Ley Rituaria* y del *artículo 24 de la Constitución* así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de estos preceptos.»

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

El Suplico de la demanda no pide que se declare cuál es el origen de la pretendida servidumbre; sin embargo, los hechos que alega la actora son los de una prescripción inmemorial. La demanda no afirma en ningún momento que hubiera existido ningún acuerdo constitutivo.

Afirmado por la actora que era predio dominante desde tiempo inmemorial, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia juzgó si había quedado probada la alegada prescripción inmemorial, dictando, finalmente sentencia en sentido absolutorio.

Frente a este pronunciamiento, la Sentencia de la Audiencia Provincial, declara que existen muchos indicios que deben conducir necesariamente a entender que existe título de constitución de la servidumbre de paso aunque el mismo no esté plasmado documentadamente.

Es decir, el pronunciamiento de la Audiencia Provincial en su Sentencia se basa en un hecho no alegado por la actora, y en una causa de pedir distinta de la afirmada por aquélla. Ello supone

incongruencia.

Cita las SSTS de 3 de mayo de 1999, 27 de octubre de 1998.

La sentencia impugnada de la Audiencia Provincial no aplica un fundamento de derecho distinto; sino que sentencia sobre la base de un hecho, existencia de título constitutivo no documentado, que no había sido alegado por la actora.

Cita la STS de 13 de mayo de 1999 (alteración de la causa petendi en sentencias absolutorias como motivadora de incongruencia).

La infracción alegada deja en indefensión a la recurrente.

Motivo segundo. «Al amparo del apartado 4º del *artículo 1692 de la L.E.C.* al haber quebrantado la Sentencia de Segunda Instancia las normas del ordenamiento jurídico y la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio.

»Breve extracto de su contenido: Se denuncia infracción del *artículo 1214 del Código Civil* en relación a los *artículos 536 y 539 del mismo Código* y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de presunción de libertad de cargas y gravámenes.»

Es doctrina muy reiterada del Tribunal Supremo que la propiedad se presume libre de cargas y gravámenes.

Hemos visto que la Sentencia de la Audiencia Provincial estima que existe título o negocio jurídico constitutivo de la servidumbre pretendida afirmando literalmente que existen muchos indicios que conducen necesariamente a entender que existe título de constitución de la servidumbre de paso, aunque el mismo no esté plasmado documentalmente.

La realidad, a juicio de la parte recurrente es que no existen tales indicios, y para ello expone diversas razones (el acuerdo no ha sido alegado o afirmado por la actora, la demanda omite cualquier referencia a un posible acuerdo, la confesante ampara en la amistad con la familia propietaria de la finca hasta 1991 el paso que alega haber mantenido, la testifical de la familia propietaria hasta 1991 redundante en la mera tolerancia).

Los indicios a que se refiere la sentencia apelada la propia sentencia los reduce a dos: existencia de un camino, el cual se interrumpe, lo que pone de manifiesto la falsedad del relato de la actora; testifical de la parte actora, respecto de la cual es imprescindible valorar la prueba de los cuatro testigos, marcada por el hecho del despido del primero de ellos por la recurrente y por la vinculación laboral de los otros tres a la actora, sin que se haya aportado un solo testigo neutral.

Al apreciar un consentimiento constitutivo de título por meros indicios, la sentencia apelada está infringiendo la doctrina del Alto Tribunal. Cita las SSTS de 13 marzo de 1902, 10 de junio de 1904 y 15 de noviembre de 1910, 11 de octubre de 1988, y, sobre actos de tolerancia y constitución voluntaria de la servidumbre frente a la presunción de libertad del fundo, 23 de junio de 1995 (1995 \4980), 30 de abril de 1993, 6 de diciembre de 1985, y 5 de marzo de 1993 sobre insuficiencia de signos externos intrascendentes.

No sería suficiente la existencia de meros indicios, sino que se requeriría una voluntad clara, expresa, constitutiva de un gravamen limitativo del dominio.

Consecuentemente se vulnera el *artículo 1214 del Código civil* sobre carga de la prueba, se infringe el principio jurisprudencial de presunción de libertad de fundo, se valoran erróneamente como indicios las pruebas practicadas, y se infringe la jurisprudencia que exige una voluntad bien clara y expresa para desvirtuar el principio de libertad de fundo.

El hecho realmente alegado, el paso inmemorial, no ha resultado en modo alguno acreditado a la vista de la prueba practicada, según detalla.

Motivo tercero. «Al amparo del apartado 4º del *artículo 1692 de la L.E.C.* al haber quebrantado la Sentencia de Segunda Instancia las normas del ordenamiento jurídico y la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio.

» Se denuncia infracción del *artículo 633 del Código Civil* , en relación con el *artículo 334.10 del mismo Código* , y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a dichos preceptos.»

Dado que la sentencia apelada aprecia la existencia de un título, que sería verbal, subsidiariamente, debe hacerse constar que de acuerdo con el *artículo 334.10* el título en cuestión versaría sobre un bien inmueble, puesto que las servidumbres tienen tal carácter. Para la transmisión de bienes inmuebles a *título gratuito el artículo 633* establece la forma de escritura pública, forma que reiterada Jurisprudencia ha configurado como *ad substantiam*. No existe en los Autos ni una sola referencia a que haya mediado precio alguno, todo lo cual nos lleva, siguiendo el contenido de la STS de 20 de octubre de 1993 , a entender vulnerado el requisito de forma establecido en el *párrafo primero del artículo 633 CC*.

Sobre el carácter sustancial de la forma del *artículo 633.1 CC* cita numerosas sentencias del Tribunal Supremo.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito, con el poder que al mismo se acompaña, se sirva admitirlo y ordenar su unión al Recurso de su razón y en méritos a lo interesado tener por formulado en tiempo y forma recurso de casación por los motivos desarrollados en nombre de mi representada Construcciones Alcudienses, S.A., contra la Sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de fecha 7 de setiembre de 1997, por la que se resuelve el Recurso de Apelación interpuesto por la parte actora, Dña. Lucía , contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de los de Inca, admitir conforme a lo interesado dicho recurso de casación a trámite y en su día dictar sentencia casando y anulando la mencionada sentencia por los motivos invocados, resolviendo conforme a derecho, con imposición de las costas a la parte actora.»

SEXTO. - En el escrito de impugnación del recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Lucía , se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo.

Se ampara en el *art. 1692.3 LEC* por quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia, denunciando la infracción del *art. 359 de la Ley Procesal* , en relación con su *art. 524*.

El *art. 359 LEC* se refiere a la congruencia de las sentencias y el *art. 524 LEC* a los requisitos de la demanda de un juicio ordinario. Como dichos requisitos se cumplieron al inicio del proceso y como en casación no se pueden articular nuevas cuestiones, es patente que la invocación de este precepto es improcedente y que los requisitos impuestos por el *art. 524 LEC* tienen que darse por bien cumplidos.

No es este el momento procesal oportuno para efectuar tal alegación pues el recurso de casación no es una tercera instancia dada su naturaleza extraordinaria.

El motivo se ampara en la supuesta incongruencia de la sentencia apelada, porque se apoya en un hecho no alegado por la recurrida y en una causa de pedir distinta a la que dedujo en la demanda inicial. Entiende el recurrente que se solicitó que se declarara la adquisición de una servidumbre por posesión inmemorial, que no se alegó la existencia de título constitutivo alguno, y que la sentencia de instancia se apoya en la existencia de un título para declarar que la servidumbre se constituyó.

No es cierto que en la demanda inicial del proceso se solicitara la declaración de la adquisición de la servidumbre por posesión inmemorial, tal como permite la jurisprudencia que interpreta el *art. 539 CC* . Este argumento se obtiene, por el recurrente, a partir de la sentencia de primera instancia, que analiza este supuesto, con carácter de *obiter dicta*, para fundamentar su fallo sobre la inexistencia de la servidumbre, pero nunca porque en la demanda inicial se pidiera que fuera apreciada una posesión inmemorial para probar la constitución de la servidumbre.

En la demanda se pidió que se declarara el predio de Binicauvellet como dominante, por tener constituida a su favor una servidumbre de paso, pero no que se declarara la adquisición de la servidumbre por posesión inmemorial. En la demanda se alude a la existencia de una servidumbre positiva y aparente, cuya constitución se evidencia a través de signos ostensibles, particularmente la existencia indiscutida de un camino y de un puente, que como señala la Audiencia sirve para unir dos fincas y también se hace referencia a la utilización frecuente y pacífica del paso durante muchos años y a los actos contrarios para impedir ese uso.

Consecuentemente, en la demanda se alude a la existencia de un título, como una modalidad de

adquisición de servidumbre por causa de presunción fundada en un signo aparente revelador (SSTS de 3-7-83, 7-7-83, 22-9-83 y 11-11-88), y por eso se suplicó que se declarara la existencia de un predio dominante y otro sirviente.

Una cosa es que se diga que «desde tiempo inmemorial» existe la servidumbre, que es un recurso dialéctico, y otra que se solicite la adquisición de la servidumbre por posesión inmemorial, pues de ser así se habría invocado, como fundamento de la demanda, la disposición transitoria primera del CC, en relación con la jurisprudencia que interpreta su *art. 539*, como la STS de 15-2-1989 que cita el juez de primera instancia o la STS de 5-3-93, entre otras. Lejos de ello, se invocan como fundamentos de derecho de la pretensión deducida, los *arts. 530 y ss. CC*, entre los que se encuentran el *art. 539* y el *art. 541*, que justifican una súplica apoyada en la existencia de un título, aunque no sea documental.

La sentencia recurrida reproduce los pedimentos de la demanda en su fundamento primero y en el segundo alude a la imposibilidad de la posesión inmemorial, cuyo comienzo ha de remontarse a fechas anteriores a la promulgación del CC. Es evidente que no se puede acusar de incongruencia a una sentencia que expresa los pedimentos de las partes y pronuncia un fallo que se ajusta a las peticiones que previamente hace constar.

Al segundo motivo.

Se articula por infracción de Ley, denunciando la del *art. 1214 CC*, en relación con los *arts. 536 y 539* del mismo texto legal.

El propio recurrente está reconociendo que el fallo de la sentencia apelada no se basa en la posesión inmemorial, causa por la que alega la incongruencia en el primer motivo del recurso, con la trascendencia que tiene este reconocimiento en orden a la prosperabilidad de dicho motivo.

Resulta curioso que el recurrente tilde la sentencia recurrida de incongruente, cuando el que está incurriendo en constante incongruencia es él, como lo demuestra el hecho de reconocer que el fallo de la sentencia no se basa en posesión inmemorial y en el primer motivo, alega precisamente incongruencia por todo lo contrario.

Añade el recurrente que aquellos indicios no existen, «sino más bien todo lo contrario» y repasa la prueba practicada pues entiende que la Sala se equivocó. De este supuesto error en la apreciación de la prueba se extrae la conclusión de que se infringió el *art. 1214 CC*.

Este precepto, hoy derogado por la *Ley 1/2000, de 7 de enero*, se refiere a la prueba de las obligaciones. No contiene norma valorativa de prueba y sólo puede ser alegado como infringido en casación, cuando se acuse a la Sala de haber alterado indebidamente el onus probandi, es decir, de haber invertido la carga de la prueba que a cada uno corresponde, (STS de 3 de octubre de 1992 y 13 de noviembre de 1992).

El recurrente ataca la valoración de la prueba de la sentencia recurrida, pero no denuncia que la Sala infrinja las normas sobre la carga de la prueba, es decir, no denuncia que a él, como demandado, se le haya exigido probar la existencia del derecho real de servidumbre, sino que reconoce que fue a la parte actora a quien se le exigió y quién lo probó, pero a su juicio, mal probado.

La sentencia recurrida no altera el principio de distribución de la carga de la prueba, porque realiza una apreciación de la aportada por cada parte y valora después su resultado, valoración que el recurrente quiere sustituir por su particular criterio. Además de hacer supuesto de la cuestión, se aleja de la realidad y de los innumerables indicios que la Sala valora adecuadamente para concluir, finalmente, la existencia de la servidumbre, tales como el puente que como manifiesta el tribunal a quo con aplastante lógica... «desde luego, es para unir las fincas y no para separarlas».

En sede casacional no cabe revisar la prueba, sino señalar la infracción legal a que ha podido llevar un error en su valoración.

Además el recurso pone en relación el *art. 1214 CC*, que tiene carácter auxiliar, con otros dos sustantivos, los *arts. 536 y 539* del mismo, que nada tienen que ver con él. Ningún precepto de fondo tiene que ver con el principio de la carga de la prueba, principio puramente procesal, como ha reconocido la *Ley 1/2000, de 7 de enero*, que lo sustituye por su *art. 217*.

El recurrente no explica en qué considera infringidos los *arts. 536 y 539 CC* . No puede ser por aplicación indebida, pues basa su derecho precisamente en ambos artículos y los dos se aplican por la sentencia, hasta el punto de que la Sala considera que no es posible, en nuestro caso, la adquisición de la servidumbre por posesión inmemorial. Podría ser por violación, pero el concepto por el que se considera infringido un precepto legal, no puede ser expresado por el recurrido al impugnar el recurso de casación, sino que obligatoriamente debe expresarlo el recurrente, bajo pena de desestimación del recurso.

El *art. 539 CC* reconoce el derecho que aplica la sentencia recurrida, el título en la constitución de las servidumbres no es sólo documental sino también un conjunto de actos y hechos aparentes como el camino que existe de los que se derivan la existencia de título, tal como permite la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (STS de 26-6-81 o la de 6-12-85).

Al tercer motivo.

Desde un punto de vista estrictamente procesal, la articulación «subsidiaria» de un motivo, lo somete a la viabilidad de los principales, de manera que la desestimación de éstos, lleva implícita el decaimiento del motivo subsidiario con carácter automático.

Sentada tal premisa, se denuncia la infracción del *art. 633 CC* , al entender que en el presente caso ha existido una donación.

Es imposible la infracción por la sentencia del *art. 633 CC* pues no lo aplica. El recurrente denuncia infracción del *art. 633 CC* sin más, no expresa que dicha infracción sea por aplicación indebida, con lo cual debe entenderse que es por violación. La parquedad en su formulación no puede beneficiarle, obliga a considerar que su queja consiste en entender que el tribunal a quo aplicó mal o interpretó mal, el *art. 633 CC*.

No obstante, lo cierto es que ni ha existido una donación ni es aplicable el *art. 633 CC* , ni por supuesto el *art. 334.10 CC* , ya que no existe transmisión a título gratuito.

Lo que sucede es la declaración de una servidumbre de paso, servidumbre constituida hace mucho tiempo y avalada por multitud de indicios que llevan a la necesaria conclusión de que existe un camino, un puente, que sirve para unir las fincas y no separarlas y un conjunto de pruebas que acreditan la existencia de dicha servidumbre de paso.

Avala este hecho, el dato confirmado y constatado de la existencia de la servidumbre, antes de la adquisición de la finca por el recurrente, según se recoge en el material probatorio obrante en autos, plasmado en el punto tercero del fundamento de derecho III de la sentencia recurrida. Este dato es trascendental pues el recurrente adquirió la finca con la servidumbre, por lo que resulta imposible decir, aun con carácter subsidiario, que existe una donación o una transmisión, puesto que dicha donación o transmisión no se operó ni antes ni después de la adquisición por el recurrente de la finca, como lo demuestra el hecho de que los antiguos propietarios nunca negaron la existencia de dicha servidumbre.

El hecho de que la constitución de la servidumbre no esté plasmada documentalmente no implica que deba considerarse como una donación u otorgarle la naturaleza jurídica de transmisión a título gratuito, sino todo lo contrario, pues conforme al material probatorio obrante en autos, concurren multitud de indicios que no constituyen actos de mera tolerancia, sino situaciones de hecho consentidas a lo largo de mucho tiempo y avaladas por dos signos concluyentes, el camino y el puente.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación al *art. 633 CC*, difícilmente puede aplicarse pues no se ha operado ninguna transmisión.

Termina solicitando de la Sala «que teniendo por presentado este escrito con su copia, se sirva admitirlo, me tenga por evacuado en tiempo y forma procesales del trámite conferido, y desde luego, por opuesto, al recurso de casación instado de contrario, y de conformidad con lo expuesto en el cuerpo del presente, y tras los trámites procedimentales oportunos, se sirva en su día dictar sentencia por la que, desestimando íntegramente el recurso de casación, confirme la sentencia de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca de 7 de septiembre de 1999 , con expresa imposición de costas al recurrente, y todo ello por ser así de justicia que respetuosamente pido en Madrid a 28 de junio de 2002.»

SÉPTIMO.- Por la Sala se acordó señalar para la vista del presente recurso, el día 3 de octubre de 2006, en el que ha tenido lugar, con la asistencia de los letrados de las partes.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. JUAN ANTONIO XIOL RÍOS

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. -

1) Construcciones Alcudienses, S. A. demandó a D^a Lucía solicitando que se declarase que el predio «Benicauvellet», de su propiedad, es predio dominante y tiene constituida a su favor sobre el predio sirviente « FINCA000 », propiedad de la demandada, una servidumbre de paso para dar acceso peatonal y mecánico a la carretera Artá-Santa Margarita.

2) El Juzgado desestimó la demanda, considerando esencialmente que, dado que la propiedad se presume libre de servidumbres y cargas y corresponde a quien la invoca probar la existencia de una servidumbre, siendo la servidumbre de paso cuestionada en el caso de autos aparente y discontinua, sólo puede adquirirse en virtud del título, lo que requiere una voluntad negocial suficientemente probada (aunque no tenga carácter documental) y, ante la duda de si la entrega de la llave en 1975 constituye un acto de reconocimiento de la servidumbre, o se trata incluso de constitución de la misma, o de actos de mera tolerancia al paso por razón de la amistad entre familias, no expresivos de una voluntad constitutiva de servidumbre, debe optarse por aplicar el principio de libertad de los fundos y entender que no existe servidumbre.

3) La Audiencia Provincial revocó la sentencia del Juzgado y estimó la demanda, por entender, sustancialmente, que el paso durante más de 70 años por el camino y puente, la solicitud de permiso para poner una barrera cerrada con candado en el año 1975 y la entrega de una llave de dicho candado constituyen una serie de actos reveladores de la existencia de título de constitución de la servidumbre de paso.

SEGUNDO. - El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del apartado 3º del artículo 1692 de la L.E.C. [Ley de Enjuiciamiento Civil, LEC 1881] al haber quebrantado la Sentencia de Segunda Instancia las normas reguladoras de la Sentencia y que rigen los actos y garantías procesales.

»Breve extracto de su contenido: Se denuncia infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación al artículo 524 de la misma Ley Rituaria y del artículo 24 de la Constitución así como de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo interpretativa de estos preceptos.»

El motivo se funda, en síntesis, en que los hechos que alega la actora en la demanda son los de una prescripción inmemorial, pero no se afirma que haya existido ningún acuerdo constitutivo, mientras que la Audiencia, incurriendo en incongruencia, declara que existen muchos indicios que deben conducir necesariamente a entender que existe título de constitución de la servidumbre de paso aunque el mismo no esté plasmado documentadamente, basándose en un hecho no alegado por la actora, y en una causa de pedir distinta de la afirmada por aquélla.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO. -

A) Esta Sala tiene establecido que no basta para que exista congruencia con que la sentencia sea absolutoria, en los casos en que la misma haya introducido una variación de la causa petendi [causa de pedir] por atenerse a hechos distintos de aquellos que fundamentan la pretensión deducida en la demanda.

En efecto, como declaran las SSTs de 21 de julio de 2000, 17 de diciembre de 2003, 6 de mayo de 2004, 31 de marzo de 2005, 17 de enero de 2006, 5 de abril de 2006, 23 de mayo de 2006 y 18 de junio de 2006, entre las más recientes, la incongruencia, como vicio interno de la sentencia, existe cuando se concede más de lo pedido por el actor o menos de lo aceptado por el demandado; cuando no se resuelve sobre algunas de las pretensiones oportunamente deducida en el proceso; cuando se aprecian excepciones no opuestas por la parte demandada, salvo que resulten estimables de oficio; o cuando se altera por el Tribunal la causa petendi como fundamento jurídico-fáctico de las peticiones deducidas en el proceso, generando la consiguiente indefensión para la otra parte.

Sin embargo, como declara la STS de 8 de marzo de 2006, no es exigible el rigor formal de una

correspondencia exacta con las peticiones de las demandas, proyectadas en sus suplicos, sino que éstas, adecuadamente cohesionadas con la exposición fáctica y la fundamentación jurídica, pongan de relieve lo que en definitiva se reclama, al margen de especulaciones teóricas ajenas a su conocimiento.

B) En el caso examinado no se advierte que la sentencia impugnada haya incurrido en el defecto procesal que se denuncia en este motivo de casación, puesto que la parte recurrente, aun cuando alegó el carácter inmemorial de la servidumbre cuya titularidad invocaba, no hizo mención de que la adquisición de la misma hubiera tenido lugar por prescripción, sino que expuso una serie de hechos mediante los que trataba de mostrar el carácter aparente de la misma e, implícitamente, la existencia de un título constitutivo, aun cuando el mismo no pudiera acreditarse documentalmente, pues no otro sentido podía tener la invocación de distintos extremos como «signos ostensibles, permanentes y perfectamente exteriorizados» de que «la existencia [de la servidumbre] siempre ha estado absolutamente evidenciada».

Este conjunto de hechos expuestos en la demanda y en los que se fundamentaba la pretensión obligaba a la sentencia impugnada, como así hizo, a estudiar no sólo la posible existencia de una adquisición de la servidumbre en virtud de prescripción inmemorial, sino también si los expresados hechos podían acreditar la existencia de un título de constitución de la servidumbre no plasmado o aportado documentalmente.

Por ello, el Juzgado estudió si la entrega de la llave en 1975 constituía un acto de reconocimiento o de constitución de la servidumbre, llegando a una conclusión negativa, mientras que la Audiencia, que estudió el mismo hecho y desde el mismo punto de vista, estimó, con otro criterio, que las circunstancias que rodearon la expresada entrega, en unión de los demás hechos, demostraban la existencia de un título de adquisición de la servidumbre no probado documentalmente.

En suma, no se aprecia la incongruencia denunciada, por no haberse variado la causa petendi, y haberse desenvuelto la argumentación de la Audiencia (al igual que la del Juzgado, aunque llegara a una conclusión distinta), dentro del margen de calificación de los hechos que brinda al juzgador el principio *iura novit curia* [el tribunal conoce el Derecho] para la selección de la norma aplicable.

CUARTO. - El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del apartado 4º del *artículo 1692 de la L.E.C.* al haber quebrantado la Sentencia de Segunda Instancia las normas del ordenamiento jurídico y la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio.

»Breve extracto de su contenido: Se denuncia infracción del *artículo 1214 del Código Civil* en relación a los *artículos 536 y 539 del mismo Código* y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de presunción de libertad de cargas y gravámenes.»

El motivo debe ser estimado.

QUINTO. -

A) Es doctrina reiterada de la Sala que la valoración de la prueba corresponde al tribunal de instancia y que no puede ser revisada en casación sino cuando se invoca la infracción de un precepto legal que debe ser tenido en cuenta en la valoración de un concreto medio probatorio, o cuando dicha valoración incurre en manifiesta arbitrariedad o cuando se infringe una regla de calificación fijada legal o jurisprudencialmente que debe ser tenida en cuenta en la valoración de la prueba.

Particularmente, la norma relativa a la distribución de la carga probatoria no puede ser invocada sino en aquellos casos en los cuales la sentencia impugnada llega a la conclusión de la inexistencia de prueba, pero carga los efectos de esta ausencia sobre la parte a quien no corresponde según el precepto legal aplicable en esta materia (v. gr., SSTS de 19 de junio de 2006, 30 de marzo de 2006, 2 de marzo de 2005 y 7 de octubre de 2005).

En el caso examinado esta doctrina conduce a entender que no pueden ser puestos en duda los hechos declarados probados por la sentencia recurrida (básicamente, el paso durante más de 70 años por el camino, la existencia de un puente que une ambas fincas, la solicitud de permiso para poner una barrera cerrada con candado en el año 1975 y la entrega de una llave de dicho candado), pero sí puede esta Sala entrar en la calificación jurídica sobre si estos hechos son o no suficientes para revelar la existencia de una voluntad expresa de constitución de la servidumbre necesaria para la existencia del título constitutivo exigido por el Código civil [CC], habida cuenta de que no se invoca en abstracto la infracción del *art. 1214*

CC sobre la carga de la prueba, sino en relación con los preceptos del CC que exigen la constancia de un título constitutivo para el reconocimiento de las servidumbres discontinuas y con la jurisprudencia emanada de esta Sala en relación con los requisitos que deben reunir los actos en que se funde la apreciación de la existencia de dicho título.

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

B) La doctrina hace derivar del hecho de constituir la servidumbre una derogación del Derecho común de la propiedad, la consecuencia de que las servidumbres no se presumen, sino que hay que probar su constitución. Ya las SSTS de 4 de noviembre de 1897 y 13 de noviembre de 1929 dejaron establecido que en los contratos en los que se constituye servidumbre o se establece algún gravamen que afecte a la libertad de las fincas ha de estar bien expresa la voluntad de las partes sobre esos extremos.

Las restricciones históricas a la *usucapio servitudinis* [usucapión de la servidumbre] han cristalizado en el CC en la imposibilidad de adquirir las servidumbres no aparentes y las discontinuas mediante prescripción, y en el mandato de que sólo pueden adquirirse en virtud de título. Cualquiera que sea el juicio que este precepto merezca *lege ferenda* [para modificar la ley], implica, cuando menos, la prohibición de estimar adquirida la titularidad de la servidumbre mediante usucapión fundada sólo en actos posesorios.

La servidumbre de paso, al gozar del carácter de discontinua, sólo puede adquirirse, pues, en virtud de título, y a falta de éste, por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme (*arts. 539 y 540 CC* y SSTS de 27 de junio de 1980, 23 de junio de 1995, 14 de julio de 1995, 5 de marzo de 1993 y 30 de abril de 1993), salvo que se trate de prescripción inmemorial consumada antes de la vigencia del CC (SSTS de 14 de noviembre 1961, 12 de junio de 1965, 4 de junio de 1977, 15 de febrero de 1989 y 16 de diciembre de 2004), exceptuado el caso de constitución por signo aparente por disposición del padre de familia (v. gr., STS de 18 de enero de 1992 y, más recientemente, STS de 20 de diciembre de 2005).

La doctrina científica viene definiendo el título constitutivo de la servidumbre a que se refiere el *artículo 539 CC* como cualquier negocio jurídico-real determinante del nacimiento de la servidumbre, independientemente de su constancia documental, dado que la posibilidad de obtener mediante sentencia firme el reconocimiento de la existencia de la servidumbre (según se desprende del *artículo 540 CC*) comporta la posibilidad de acudir a cualquier medio de prueba para la demostración de la existencia del título constitutivo.

Así, a) según las SSTS de 26 de junio de 1981, 8 de octubre de 1988, 2 de junio de 1989, 6 de diciembre de 1985, 27 de febrero de 1993, 30 de abril de 1993, 20 de octubre de 1993, 1 de marzo de 1994, 24 de febrero de 1997, 19 de julio de 2002, 24 de marzo 2003 y 18 de noviembre 2003 , la exigencia de *título contenida en los artículos 537 y 539 CC* no condiciona el nacimiento de la servidumbre de una manera absoluta, pues se considera título constitutivo cualquier negocio o acto jurídico creador de la misma, oneroso o gratuito, inter vivos o mortis causa, en virtud del cual se establezca la limitación del derecho de propiedad, sin necesidad de que aquel negocio o acto quede plasmado documentalmente; pero la voluntad constitutiva ha de ser expresa: se requiere, cuando se trata de la creación inter vivos del derecho real, del indispensable concierto de voluntades dirigido a ese fin y no es necesaria la escritura pública como elemento *ad solemnitatem* [formal] que afecte a la eficacia obligatoria y validez de lo pactado, siempre que conste bien clara la voluntad de los otorgantes; b) cuando falte la prueba de una voluntad constitutiva de carácter expreso o en caso de duda ha de operar la presunción de libertad del fundo (SSTS de 30 de octubre de 1959, 8 de abril de 1965, 30 de septiembre de 1970, 8 de octubre de 1988, 9 de mayo de 1989, 27 de febrero de 1993, 21 de diciembre de 2001 y 19 de julio de 2002); c) la STS de 20 de octubre de 1993 , ratificando que por título no debe entenderse necesariamente un documento, rechaza la posibilidad de adquisición de la servidumbre sin que se acredite una contraprestación si el acuerdo de voluntades no consta en escritura pública, como exige con el rango de forma constitutiva el *art. 633 CC* para las donaciones.

C) En la definición e interpretación de la naturaleza del «título constitutivo» que se ha expuesto con anterioridad no es posible incardinar los hechos que la sentencia impugnada relata (básicamente, el paso durante más de 70 años por el camino, la existencia de un puente que une ambas fincas, la solicitud de permiso para poner una barrera cerrada con candado en el año 1975 y la entrega de una llave de dicho

candado, en cuanto, según la misma, constituyen actos reveladores de la existencia de título de constitución de la servidumbre de paso). Estos actos no revelan de manera excluyente la existencia de una voluntad expresa de constitución de la servidumbre de paso, sino que soportan también como razonable una consideración como actos de tolerancia o buena vecindad, no expresivos de una voluntad constitutiva expresa con el rigor que impone la jurisprudencia fundada en la interpretación restrictiva de las cargas reales, puesto que falta la constancia de los elementos necesarios para la afirmación inequívoca de la existencia de una voluntad expresa: no consta el momento, las circunstancias personales ni formales ni el contenido, extensión y condiciones con arreglo a las cuales se expresó la voluntad de constituir la servidumbre, ni el hecho de si se pactó contraprestación de índole pecuniaria o de otra naturaleza, ni existe constancia registral alguna.

Dada la equivocidad que acaba de apuntarse, subsiste una duda notable acerca de la existencia o no de la referida voluntad, y esta duda debe resolverse en favor de la presunción de libertad del fundo, tal como ha apreciado la jurisprudencia de esta Sala en supuestos semejantes al enjuiciado, como revela el examen de la casuística contemplada en las distintas sentencias que han venido citándose.

Resulta ya indiferente que, si se acepta la tesis de una de las sentencias que se han citado, no constando la existencia de contraprestación, sólo podría hipotéticamente admitirse la constitución de la servidumbre a título de liberalidad con el carácter de donación y, por ello, sujeta al requisito formal de su otorgamiento en escritura pública: y, desde luego, este requisito no aparece cumplido.

Al no apreciarlo así, la sentencia impugnada incurre en la infracción legal que se imputa.

D) No se plantea por el recurso si los actos que se consideran probados son idóneos para la adquisición de la servidumbre mediante usucapión (no permitida por la ley para las servidumbres discontinuas), salvo la excepción de prescripción inmemorial anterior al CC que descarta la sentencia impugnada. Tampoco se plantea la equiparación de los actos que la sentencia estima probados al reconocimiento del dueño del predio sirviente, exigido de un modo subsidiario cuando se da la ausencia del título. Aun cuando fuera así, una hipotética alegación en este sentido debería igualmente ser desestimada, pues, aparte de que dichos actos, como ha quedado razonado, no son suficientes para ser considerados como inequívocamente expresivos de una voluntad constitutiva de una servidumbre, en cualquier caso son distintos de la «escritura de reconocimiento» que literalmente exige el precepto legal.

SEXTO. - El motivo tercero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del apartado 4º del artículo 1692 de la L.E.C . al haber quebrantado la Sentencia de Segunda Instancia las normas del ordenamiento jurídico y la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto del litigio.

»Se denuncia infracción del artículo 633 del Código Civil , en relación con el artículo 334.10 del mismo Código , y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo referente a dichos preceptos.»

El motivo, formulado con carácter subsidiario respecto de los anteriores, no es necesario que sea examinado, dada la estimación del segundo motivo de casación.

SÉPTIMO. - La estimación del segundo motivo de casación y la casación de la sentencia recurrida, con la consiguiente asunción por esta Sala de funciones de instancia conduce, según lo razonado, a la desestimación del recurso de apelación y a la confirmación de la sentencia de primera instancia.

Conforme al art. 1715, en relación con el 896 LEC 1881 , no procede imponer las costas de la de la apelación ni las de este recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Construcciones Alcudienses, S. A. contra la sentencia núm. 564/99, de 7 de septiembre de 1999 , dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca en el rollo de apelación número 518/98 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»1) Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador Don Gabriel Buades Salom, en nombre y representación de doña Lucía , contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 1998, dictada por el señor Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Inca, en el procedimiento de Menor Cuantía, del que el presente Rollo dimana, cuya sentencia, en su consecuencia, debemos revocar y revocamos y, en su lugar,

»2) Se estima la demanda interpuesta por el Procurador don Antonio Serra Llull, en nombre y representación de doña Lucía , contra la entidad Construcciones Alcudienses, S.A. y se declara:

»A) Que el Predio "Binicauvellet" es Predio dominante y tiene constituida a su favor sobre el predio sirviente " FINCA000 ", una servidumbre de paso para dar acceso peatonal y mecánico a la carretera Artá-Santa Margarita.

»B) Que la demandada ha impedido a la actora el ejercicio de dicha servidumbre, como consecuencia de no haber puesto a su disposición y entregado la llave del candado que cierra la barrera de acceso a la carretera PM 340, y de haber efectuado obras en el predio sirviente de " FINCA000 ", hasta el punto de hacer imposible el paso.

»C) Que la actora, en cuanto propietaria de la finca "Binicauvellet", tiene derecho a hacer uso de dicha servidumbre con el fin de acceder peatonal y mecánicamente a la carretera de Artá-Santa Margarita.

»Y se condena a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en su consecuencia, en cuanto propietaria del predio FINCA000 , a permitir el uso quieto y pacífico de la servidumbre de paso que grava la referida finca, removiendo los obstáculos que impidan el mismo, entregando a la actora una copia de las llaves correspondientes al candado que cierra la barrera litigiosa, es decir, la barrera que da acceso desde FINCA000 a la carretera Artá-Santa Margarita.

»Con expresa imposición de las costas de primera instancia a la parte demandada.

»3) No se hace expresa imposición en cuanto a las costas de esta alzada».

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

En su lugar, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Gabriel Buades Salom, en nombre y representación de D^a Lucía , contra la sentencia de fecha 4 de mayo de 1998, dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Inca , y confirmamos la expresada sentencia en todos sus extremos.

3. No ha lugar a imponer las costas de la apelación ni las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Firmado y rubricado.-Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.-Antonio Salas Carceller PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.