

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación nº 36/ 2014

S E N T E N C I A N U M . T R E I N T A Y S E I S

Excmo. Sr. Presidente	/
D. Manuel Bellido Aspas	/
Ilmos. Sres. Magistrados	/
D.Fernando Zubiri de Salinas	/
D. Javier Seoane Prado	/
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch	/
D^a. Carmen Samanes Ara	/
D. Ignacio Martínez Lasierra	/

En Zaragoza, a diecisiete de noviembre de dos mil catorce.

En nombre de S. M. el Rey.

La Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón ha visto el presente recurso de casación número 36/2014 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel de fecha 13 de mayo de 2014, recaída en el rollo de apelación número 43/20114, dimanante de autos de Procedimiento ordinario núm. 80/2013, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, en el que son partes, como recurrente, D. José C. I., D^a Isabel P. G., D. Eduardo S. V. y D^a. Isabel C. P. representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner y dirigidos por la Letrada D^a. Paula Edo Huertas, frente a D. Francisco A. G. y D^a. Juana N. A. representados por la Procuradora de los

Tribunales D^a. M^a de los Angeles Prieto Sogo y dirigida por la Letrada D^a. Miren Carot Aleixandre.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Ignacio Martínez Lasierra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 2 de Teruel la Procuradora de los Tribunales D^a. Isabel Pérez Fortea, actuando en nombre y representación de D. Francisco A. Garcés y D^a. Juana N. A., presentó demanda de juicio Ordinario contra D. José C. I., D^a. Isabel P. G., D. Eduardo S. V. y D^a. Maria Isabel C. P. en la que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, terminó suplicando que, previos los trámites legales oportunos, se dicte sentencia por la que se declare:

“Extinguida la servidumbre de vertido de aguas pluviales y vertiente de tejados a favor del predio dominante en C/ ... de la población de ...(Teruel) de los demandados, y predio sirviente el solar de la actora con entrada por la C/ ..., es parte de la finca catastrada en C/ ... suelo de ... (Teruel) con referencia catastral y se condene a la demandada:

1. A quitar los dos nuevos aleros a distinto nivel construidos en su edificio que se introducen en la finca de la actora, de forma que no se introduzcan o vuelen sobre la finca solar de ésta y así no le impidan en una futura construcción.

2. A canalizar las aguas pluviales que vierten dichos aleros sobre la finca de los demandantes, de forma y manera que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

3. Y al pago íntegro de las costas de este juicio.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria emplazándola para que compareciera en autos en tiempo y forma, lo que hizo dentro de plazo y, oponiéndose a la misma, solicitó que se

dictara sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda interpuesta, conforme a lo siguiente:

“1.- Defecto legal en el modo de proponer la demanda, por falta de claridad de la petición que se deduce, subsidiariamente:

2.- Suspenda la causa por prejudicialidad administrativa. La petición de expropiación de la parcela ... para la construcción de un vial sin resolución definitiva es conexas al presente procedimiento, porque supondrá la desaparición de las relaciones de vecindad entre las partes, subsidiariamente:

3.- Desestime la acción negatoria de servidumbre por no existir agravamiento de vertiente de tejado, subsidiariamente:

4.- Desestime las peticiones de eliminar los dos nuevos aleros así como la obligación de canalizar las aguas pluviales por aplicación de la teoría jurisprudencial de accesión invertida, fijando en ejecución de Sentencia la indemnización que proceda.”

Admitida la contestación a la demanda y previos los trámites legales oportunos, incluso la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Dos de Teruel, dictó sentencia en fecha 22 de enero de 2014, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda de D. Francisco A. G. y D^a. Juana N. A. contra D. José C. I., D^a. Isabel P. G., D. Eduardo S. V. y D^a. María-Isabel C. P., debo absolver y absuelvo libremente a los mismos de las peticiones en ella contenidas, con expresa imposición de costas a la parte demandante.”

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Pérez Fortea en nombre y representación de D. Francisco A. G. y Doña Juana N. A. recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. Dos de Teruel, se dio traslado del mismo a la contraparte, quién se opuso al recurso interpuesto.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Teruel, y comparecidas las partes, con fecha 13 de mayo de 2014 la Audiencia Provincial de Teruel, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“FALLAMOS, ESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea en representación de don Francisco A. G. y doña Juana N. A. contra la sentencia de fecha 22 de enero de 2014, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Teruel en Juicio Ordinario nº 80/2013 y, consecuentemente, REVOCAR la misma, cuyo fallo queda redactado de la siguiente manera: “Estimando la demanda interpuesta por la Procuradora doña Isabel Pérez Fortea en representación de don Francisco A. G. y doña Juana N. A., se declara extinguida la servidumbre de vertido de aguas pluviales y vertiente de tejados que existía a favor del predio dominante en calle ... de la población de ... (Teruel) de los demandados, y predio sirviente el solar de la actora con entrada por la calle ..., es parte de la finca catastrada en C/ ...) suelo de ... (Teruel) con referencia catastral ..., y se condena a la parte demandada:

1.- A quitar los dos nuevos aleros a distinto nivel contruidos en su edificio que se introducen en la finca de la actora, de forma que no se introduzcan o vuelen sobre la finca solar de ésta y así no le impidan una futura construcción.

2.- A canalizar las aguas pluviales que vierten dichos aleros sobre la finca de los demandantes, de forma y manera que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

3.- Al pago de las costas en primera instancia.”

CUARTO.- El Procurador Sr. García Dobón en nombre y representación de D. José C. I., Isabel P. G., Eduardo S. V. e Isabel C. P., interpuso ante la Audiencia Provincial de Teruel recurso de casación, fundamentado: PRIMERO.- En la no aplicación del derecho propio aragonés contenido en el Código de Derecho Foral de Aragón. SEGUNDO.- Infracción legal de lo dispuesto en los artículos 538 y 556 del CDFR, Relaciones de vecindad y principio general del uso inocuo. TERCERO.- Infracción legal de lo dispuesto en los artículos 557, 558, 560 y 571 del CDFR. Ejercicio *civiliter* y extinción de la servidumbre.

El anterior recurso se tuvo por interpuesto por la Audiencia Provincial de Teruel acordando el emplazamiento de las partes y la remisión de los autos a esta Sala.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, haciéndolo por el recurrente la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner y por la recurrida la Procuradora D^a. M^a de los Angeles Prieto Sogo, se nombró Ponente, a quién pasaron las actuaciones para resolver.

Por Auto de 4 de septiembre se admitió a trámite el recurso y se dio traslado a la parte recurrida para oposición, presentando escrito dentro de plazo la parte recurrida, quien se opuso al mismo y solicitando se dicte resolución por la que se inadmita el recurso de casación y se desestime en su integridad dicho recurso.

No habiendo solicitado las partes la celebración de vista, se señaló para votación y fallo el día 22 de octubre de 2014.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte actora alegaba en su demanda que una finca de su propiedad era predio sirviente de otra vecina, predio dominante de una servidumbre de vertido de aguas pluviales procedentes del tejado de esta última, habiendo sido adquirida la servidumbre por usucapión. Tal servidumbre se habría visto agravada por la construcción, sobre la estructura de dos antiguos edificios de planta baja, de dos plantas superiores sobre las que se construyeron nuevos aleros que volaban sobre su finca con mayor amplitud que las tejas de los antiguos edificios, lo que, añadido a la mayor altura de la que ahora el agua caía del tejado, suponía un agravamiento que no estaba obligado a soportar por lo dispuesto en el artículo 543 del Código civil (Cc.). Solicitaba por ello la extinción de la servidumbre y que se condenara a los propietarios de la finca vecina a quitar los dos nuevos aleros que se introducían en su finca, de forma que no vuelen y no le impidan una futura construcción, y a canalizar las aguas pluviales que vierten dichos aleros sobre su finca de forma que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia declaró que la legislación aplicable era el Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) y que el agravamiento de una servidumbre, conforme a lo dispuesto en los artículos 543.1 y 546 Cc. no comportaría la extinción de la servidumbre sino la vuelta al estado de cosas anterior. Y, conforme a los artículos 538, 557, 558.4, 560 y 571 del CDFA, por el agravamiento de la servidumbre el propietario del predio sirviente podría exigir las modificaciones que creyera convenientes, sin estar autorizado a solicitar su extinción. Analizando la prueba practicada afirma la sentencia que el actor reconoció que la parte de su propiedad gravada por la servidumbre siempre ha sido camino de acceso a las fincas colindantes y que siempre se ha vertido al mismo por parte de tales; también que la configuración física de la casa y la forma y dimensión de los aleros según las fotografías e informes periciales no permiten alcanzar la conclusión de un agravamiento de la servidumbre jurídicamente relevante, consideradas las relaciones de vecindad y la institución (servidumbre) arriba expresadas. Por ello desestimó íntegramente la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial considera que deben compaginarse *“el ejercicio de los derechos dominicales con el interés público y social de favorecer el adecentamiento de los inmuebles y su aprovechamiento, pero estos criterios no permiten el abuso de derecho respecto a la propiedad colindante, como ha sucedido en este caso en el que se han construido dos nuevos aleros que sobrevuelan considerablemente el predio del actor y suponen un mayor volumen constructivo, además de que existen en la actualidad soluciones de recogida de aguas pluviales...”*.

Añade que ya en la sentencia dictada en el juicio verbal civil seguido entre los ahora litigantes, de suspensión de obra nueva, se pronunció la Sala en el sentido de que *“el simple hecho de elevar el tejado con dos plantas nuevas, cuando solamente existía una sola en la primera planta, supone una agravación de la servidumbre pues el agua al caer desde una altura superior lo hace con más fuerza y describe una mayor parábola afectando a mayor superficie del predio sirviente”*. Y cita también su sentencia de 8 de mayo de 1996 en la que argumentó que el hecho de elevar considerablemente el tejado y dar nueva configuración a los aleros supuso una agravación de la servidumbre y, consecuentemente, una infracción de la norma del artículo

543 del Código civil que conlleva la extinción de la servidumbre como consecuencia menos gravosa para la parte demandada.

Continúa diciendo que *“en la actualidad, tras realizar la parte demandada un edificio de dos alturas sobre la primera planta ya existente, se han colocado dos nuevos aleros, en dos alturas diferentes, que aun cuando según el informe técnico elaborado por el arquitecto don José Luis Guillén Aparicio no invaden ni exceden la línea vertical marcada por el antiguo alero, no solamente están contruidos por salientes de tejas, sino que con ellos se ha dado un mayor volumen constructivo debido a las viguetas o canes de madera salientes. Al haber hecho más gravosa la servidumbre infringieron las normas citadas anteriormente, por lo que debe ser estimado el recurso y estimada la demanda, declarándose la extinción de la servidumbre con retirada de los dos nuevos aleros que se introducen en la finca de los actores al haber sido ocupado el vuelo de la misma sin justificación alguna”*. Por ello revoca la sentencia de primera instancia y estima la demanda, declara extinguida la servidumbre de vertido de aguas pluviales y vertiente de tejados, y condena a la parte demandada a quitar los dos nuevos aleros de forma que no se introduzcan o vuelen sobre la finca solar de ésta y así no le impidan una futura construcción, y a canalizar las aguas pluviales que vierten dichos aleros de forma y manera que desagüen a la vía pública o al alcantarillado.

SEGUNDO.- En el primero de los denominados fundamentos del recurso de casación argumentaba la parte recurrente que la sentencia recurrida no había aplicado la normativa del Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA) sino el artículo 543 del Código civil, mostrando las diferencias que, a su juicio, ofrecen una y otra regulación.

A su vez, la parte recurrida había propuesto en su escrito compareciendo ante esta Sala, y reprodujo en el escrito de oposición al recurso, la causa de inadmisibilidad de no estar vigente en el momento de producirse la alteración y agravación de la servidumbre la Ley 8/2010, de 2 de diciembre, de Derecho civil patrimonial. Y considera contradictorio que el recurrente funde su recurso en infracción de la normativa aragonesa y, sin embargo, afirme que la sentencia recurrida aplica normas de derecho común,

lo que conllevaría la improcedencia del recurso de casación foral. Ello determinaría, en definitiva, la falta de competencia funcional de esta Sala.

Conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 485 LEC, no habiendo sido rechazada al tiempo de la admisión del recurso la causa de inadmisibilidad opuesta, cabe su alegación en el escrito de oposición al recurso y por ello debe ser resuelta en primer lugar.

Como dispone el artículo 73.1.a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), y concretan el artículo 478.1.II LEC, y el artículo 1 de la Ley 4/2005, sobre la casación foral aragonesa, es competente esta Sala para el conocimiento de los recursos de casación siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto con otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil aragonés.

Ya dijimos en nuestra sentencia nº 30, de 26 de septiembre de 2014 (recurso 26/2014), con cita de la del Tribunal Supremo nº 947/1999, de 16 de noviembre de 1999, recurso 205/1995, que, salvo infracción de precepto constitucional, la competencia en los recursos fundados conjuntamente en infracción de normas de derecho civil común y de derecho civil especial correspondía a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores, y también la decisión sobre la competencia. Y afirmaba la citada sentencia del Tribunal Supremo: *“...cualesquiera que hayan sido las normas aplicadas por la sentencia recurrida, si aquél no alega infracción de norma o normas de Derecho civil foral o especial la competencia corresponderá a esta Sala y, si lo hace, corresponderá a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de que se trate, asumiendo así el recurrente los riesgos de una posible incoherencia entre la fundamentación de la sentencia impugnada y la motivación de su recurso de casación”*.

Corresponde al recurrente, por lo tanto, la decisión de fundar su recurso en unas normas u otras, con independencia de que sean las realmente aplicables, y corresponderá al tribunal la decisión sobre las normas aplicables, y la resolución del recurso conforme a las mismas.

En el presente caso la parte demandada y ahora recurrente ya alegó en su escrito de contestación a la demanda los preceptos del CDFA que consideraba aplicables, y la sentencia del Juzgado expresamente determinó la aplicabilidad de la regulación aragonesa frente a la invocación del Código civil por parte de la actora. La sentencia recurrida recoge preceptos de ambos

cuerpos normativos aunque finalmente resuelve en base a lo dispuesto en el artículo 543 del Código civil. Por ello, la invocación en el recurso de casación de la normativa aragonesa no resulta artificiosa ni contradictoria pues se afirma que se debió aplicar la misma y que bajo su amparo la sentencia debió ser otra.

Examinando ya si es de aplicación a los hechos controvertidos el CDFA, que refundió entre otras la Ley 8/2010, de Derecho civil patrimonial, con entrada en vigor el 1 de enero de 2011, la parte recurrida lo niega porque las obras sobre el predio dominante de la servidumbre se realizaron en el año 2010. Esta cuestión no es pacífica pues si bien la sentencia de 15 de junio de 2012 del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Teruel, que puso fin al juicio verbal 644/2010 seguido por la acción de suspensión de la obra nueva, había afirmado que la obra estaba terminada al tiempo de interposición de la demanda el 30 de noviembre de 2010, la sentencia de 18 de octubre de 2012 de la Audiencia Provincial que resolvió el recurso de apelación contra la anterior, expresa su disconformidad con tal apreciación y afirma que la obra no estaba concluida conforme al acta de diligencia de requerimiento y paralización de la obra llevada a cabo por el Juzgado el 14 de diciembre de 2010.

Y, fundamentalmente, ha de tenerse en cuenta que la Disposición Transitoria Vigésimo tercera del CDFA ordena la aplicación inmediata, desde el 1 de enero de 2011, de las normas sobre esta materia a todas las situaciones contempladas en el Libro Cuarto, aun anteriores a dicha fecha como dice el Preámbulo del CDFA. No se opone a ello, como pretende la parte recurrida, lo dicho por esta Sala en su sentencia nº 25/2013, de 24 de junio, recurso 1/2013, en la que simplemente se afirmaba que una determinada servidumbre ya había sido adquirida por usucapión estando en vigor la Compilación de 1967, conforme al plazo exigido por la misma que, por lo demás, no resultaba modificado por el CDFA.

Por ello, debe ser rechazada la causa de inadmisibilidad alegada.

TERCERO.- El primer motivo de fondo del recurso (que aparece como apartado segundo de la fundamentación) se funda en infracción de los artículos 538 y 556 CDFA, bajo el título que le da el recurrente de relaciones

de vecindad y principio general del uso inocuo, en el que se refiere a principios generales sobre uso adecuado de los inmuebles en las relaciones de vecindad, buena fe, contenido general de las servidumbres y ejercicio *civiliter* de las mismas que, por sí solos, dado su contenido general y programático, no permiten que este tribunal de casación pueda apreciar, en cumplimiento de la función que le es propia, si la resolución recurrida ha infringido una concreta norma aplicable (artículo 477.1 LEC).

En consecuencia, concurriría en este motivo la causa de inadmisibilidad del artículo 483.2.2º en relación con el artículo 477.1 LEC, lo que en este trámite es causa de su desestimación.

CUARTO.- En el denominado fundamento tercero se alega la infracción de los artículos 557, 558, 560 y 571 del CDFA. El recurrente reproduce alguno de los párrafos de la sentencia de primera instancia en los que se hace aplicación del artículo 560, sobre la posibilidad del propietario del predio sirviente de exigir las modificaciones de la servidumbre que crea convenientes si su ejercicio le resulta excesivamente gravoso, y del artículo 571, para concluir que tal ejercicio gravoso no autoriza, conforme a dicho precepto, a solicitar la extinción de la servidumbre.

La sentencia de apelación, como se ha expuesto, apreciado el agravamiento de la servidumbre, determina la extinción de la misma en base a lo previsto en el artículo 543 Cc. Este precepto permite al dueño del predio dominante hacer en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre sin alterarla ni hacerla más gravosa, de donde concluye la sentencia recurrida que su infracción conlleva su extinción. Tal conclusión excede lo dispuesto en la norma pues los modos de extinción vienen establecidos en el artículo 546 y entre ellos no se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre.

En la regulación del CDFA el artículo 557 (ejercicio *civiliter*) exige un ejercicio de las servidumbres de la forma más adecuada para obtener la utilidad de la finca dominante y, a su vez, del modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente. El artículo 558 permite al titular de la finca dominante la realización, a su costa, de las obras necesarias para el uso y la conservación de la servidumbre, impidiendo al titular de la finca sirviente

(apartado 4) la realización de ninguna obra que perjudique o dificulte el ejercicio de la servidumbre. El artículo 560 permite al propietario de la finca sirviente, si el ejercicio de la servidumbre le resulta excesivamente gravoso o incómodo, exigir las modificaciones que crea convenientes en la forma y el lugar de la prestación de la misma, siempre que no disminuyan su valor y utilidad.

Y, finalmente, el artículo 571 contiene las causas de extinción de las servidumbres, que en buena medida coinciden con las del artículo 546 Cc., pero en ninguna de ellas se contempla la alteración o el agravamiento de la servidumbre. Y las causas de extinción vienen enumeradas de forma cerrada, como *numerus clausus*, por lo que no permiten ser aplicadas a supuestos distintos de los específicamente previstos.

En consecuencia, debe concluirse que ha sido infringido el artículo 571 del CDFA y por ello debe ser estimado el motivo del recurso y casada la sentencia, con confirmación de la sentencia de primera instancia.

QUINTO.- Las costas de primera instancia fueron impuestas conforme al principio del vencimiento, pero las dudas de hecho y de derecho surgidas, como se deduce del distinto signo de las sentencias de instancia, aconsejan no hacer imposición de las mismas a ninguna de las partes.

No hubo imposición de costas del recurso de apelación, por la estimación del mismo, y así se mantiene dado el distinto signo de las sentencias de ambas instancias.

No cabe condena en costas del recurso de casación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 398.2 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

F A L L A M O S

PRIMERO.- Declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a. Inmaculada Isiegas Gerner actuando en nombre y representación de D. José C. I., D^a. Isabel P. G., D. Eduardo S.

V. y D^a. Isabel C. P., contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Teruel en fecha 13 de mayo de 2014, que casamos y dejamos sin efecto.

SEGUNDO.- En su lugar, confirmamos íntegramente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia y absolvemos a la parte demandada de las peticiones de la actora.

TERCERO.- No se hace imposición de las costas de las instancias ni del recurso de casación.

CUARTO.- Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido.

QUINTO.- Librese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Esta sentencia es firme por ministerio de la Ley, y contra ella no cabe recurso jurisdiccional alguno.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.