

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación 29/2016

S E N T E N C I A N U M . V E I N T I D O S

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

En Zaragoza, a quince de septiembre de dos mil dieciséis.

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 29/2016 interpuesto contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, de fecha 31 de marzo de 2016 recaída en el rollo de apelación número 373/2015, dimanante de autos de procedimiento ordinario núm. 287/2015, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 21 de Zaragoza, en el que son partes, como recurrente, B., representado por el Procurador de los Tribunales D. Raúl Jiménez Alfaro y dirigido por la Letrada D^a. Blanca Liédana de la Riva frente D^a. María Carmen C. G., representada por la

Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Utrilla Aznar y dirigida por la Letrada D^a. Eva M^a Ruiz Pérez Delli-Paoli.

Es Ponente el Magistrado de esta Sala Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el Juzgado de Primera Instancia núm. Veintiuno de Zaragoza, la Procuradora de los Tribunales D^a. Beatriz Utrilla Aznar, actuando en nombre y representación de D^a. María Carmen C. G., presentó demanda de procedimiento ordinario frente a la mercantil BIFORIS S.L. en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma, y terminó suplicando que, previos los trámites legales, “se dicte sentencia por la que:

1º.- Se declare que, a consecuencia de las obras llevadas a cabo en la vivienda del ... calle G. de Zaragoza, se han producido en la vivienda de la actora numerosas grietas y fisuras en toda la tabiquería, paredes y techos, así como una filtración de agua en el techo de uno de los dormitorios, despegue de rodapiés y figuraciones y particiones en la madera del suelo.

2º.- Se declare que a las obras de rehabilitación y modificación integral realizadas en la anteriormente citada vivienda del ... calle G., le es de aplicación el Código técnico de la Edificación y concretamente el documento básico DB-HR de Protección frente al ruido en su artículo 3.1.2.3.5 de condiciones mínimas de los elementos de separación horizontales.

3º.- Se declare que la propiedad de la vivienda del ... G. de Zaragoza ha alterado y agravado considerablemente la servidumbre de tubería de desagüe que soporta la vivienda de la actora en uno de los vértices superiores del baño, ocupando e invadiendo un volumen habitable propiedad de Doña María Carmen C. G.

Igualmente se declare que para la modificación de la servidumbre, la demandada ha rasgado indebidamente el forjado intermedio entre ambas viviendas (elemento común del edificio), que incide negativamente en la seguridad de personas y cosas de la vivienda de la actora, sin haber procedido a su correcta reparación una vez rasgado dicho forjado.

4º.- Se condene a la demandada a la reparación y subsanación, a su costa, de las deficiencias del apartado primero del presente suplico, y a la reparación y subsanación de la deficiencia del segundo párrafo del apartado tercero del presente suplico.

Subsidiariamente, al no constituir una obligación de hacer personalísimo, y solo para el caso de que la demandada no lleve a cabo personalmente dichas reparaciones y subsanaciones, se condene a dicha demandada a indemnizar a la actora con la cantidad de 6.898,50 €, con su correspondiente IVA y los intereses correspondientes desde la presentación de la presente demanda.

5º.- Se condene a la demandada a la estricta aplicación y observación en las obras realizadas en su vivienda, del Código Técnico de la Edificación, documento básico DB-HR de Protección frente al ruido en su artículo 3.1.2.3.5, dejando a la vivienda de la actora, al menos, en las mismas condiciones de protección frente a ruidos provenientes de la vivienda superior que tenía con anterioridad a la realización de las obras, y a la estricta aplicación del código Técnico de la Edificación, en su Documento Básico HS 5, sobre evacuación de aguas.

6º.- Se condene a la demandada a cesar en la perturbación de la propiedad de la actora, eliminando los tubos y manguetones instalados en el espacio existente entre el falso techo de su baño y el forjado comunitario, restituyendo la situación a su estado original, mediante ejecución de las obras necesarias que se realizarán a su costa, absteniéndose de ejecutar instalaciones de esa clase en el futuro.

Todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.”

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a la parte contraria, emplazándola para que comparecieran en autos en tiempo y forma.

Dentro de plazo, contestó a la demanda, con base en los hechos y fundamentos de derecho que expresó en la misma, y solicitó que: “dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, absolviendo a mi representada de los pedimentos aducidos en la misma, con expresa condena en costas a la parte actora.”

El Juzgado de Primera Instancia num. Veintiuno de Zaragoza, previos los trámites legales oportunos, incluida la práctica de prueba que fue propuesta y admitida, dictó Sentencia en fecha 20 de julio de 2015, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Fallo: Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D^a BEATRIZ UTRILLA AZNAR, en representación de D^a M^a CARMEN C. G., contra B., representada por el Procurador D. RAÚL JIMÉNEZ ALFARO, debo declarar y declaro que se han producido en la vivienda de la actora fisuras en los falsos techos y paredes, como consecuencia de las obras llevadas a cabo en la vivienda del piso Calle G. de Zaragoza y, en consecuencia, debo condenar y condeno a la demandada a la reparación y subsanación a su costa de las mismas o, subsidiariamente, al pago de la suma de 669,31 euros, más los intereses desde la fecha de la interposición de la demanda. Asimismo, se desestiman las demás pretensiones de la demanda y no se hace expresa imposición de las costas procesales.”

TERCERO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Utrilla Aznar en nombre y representación de D^a. María del Carmen C. G., recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia num. Veintiuno de Zaragoza, se dio traslado del mismo a la contraparte, que se opuso al mismo.

Elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, comparecidas las partes, dictó sentencia con fecha 31 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor:

“Se estima parcialmente el recurso de apelación interpuesto por D^a M^a Carmen C. G. contra la sentencia de la que se deriva el presente rollo, la que se revoca en el sentido de condenar a la parte demandada a reponer la servidumbre a su mismo o equivalente estado anterior, suprimiendo la estructura de tuberías instalada en el falso techo de la vivienda de la demandante, devolviendo la situación a la preexistente, y todo ello sin hacer una especial imposición de las costas causadas en esta alzada. Con devolución del depósito constituido para recurrir.”

CUARTO.- El Procurador Sr. Jiménez Alfaro en nombre y representación de B., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Cuarta, con base a los siguientes:

“Motivo Primero: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 1.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, y artículos 10.1 y 13 del Código Civil.

Motivo Segundo: Al amparo del artículo 1 de la Ley 4/2005, de 14 de junio, la Sentencia recurrida incurre en infracción del artículo 581 del Código de Derecho Foral de Aragón puesto en relación con los artículos 556, 557 y 558 del mismo texto, y el artículo 3 del Código Civil.”

QUINTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, y comparecidas las partes, se dictó Auto de 23 de junio pasado en el que se acordó declarar la competencia de la Sala y la admisión a trámite del recurso de casación interpuesto; conferido traslado a la contraparte, presentó su escrito dentro de plazo, en apoyo de sus pretensiones.

No habiendo sido solicitado por las partes la celebración de vista y no considerando la Sala necesaria su celebración, se señaló para Votación y Fallo el día 7 de septiembre de 2016.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión planteada en lo que ahora interesa se constriñe a resolver sobre la pretensión deducida por D^a María del Carmen, propietaria del piso ... calle G., contra la mercantil B., que lo es del piso superior, ... del mismo inmueble, a fin de que se declare que dicha demandada ha alterado y agravado considerablemente la servidumbre de tubería de desagüe que soportaba aquella por la ejecución de una obra de remodelación integral del piso superior, que incluía una nueva canalización del desagüe que discurría inicialmente por el falso techo del inferior. Pretensión cuyo fundamento jurídico se hacía recaer en los arts. 7 CC, 543

CC y 538 CDFA, a los que la demandada opuso las normas sobre servidumbres contenidas en los arts. 553 a 558 y 581 CDFA.

Los hechos, que no son objeto de disputa mediante el pertinente recurso por infracción procesal, son expuestos en la sentencia recurrida del siguiente modo:

<<El segundo punto, el más dudoso en términos jurídicos, es que donde antes pasaba un tubo de fibrocemento ahora hay estructura de desagüe, de una doble “y” que recoge ahora un potencial y mayor caudal de las aguas residuales, pasando a ocupar un mayor volumen del falso techo del 3º izda y privativo de éste. Es esta ocupación el quid del proceso.

El informe del Sr. Gracia precisa con claridad la polémica: “la discusión es, pues, qué volumen o cantidad de espacio en el falso techo inferior se ocupa con esta instalación”.

Debe precisarse que es un volumen privativo. Se ha sustituido una instalación obsoleta de fibrocemento por una de PVC que ofrece mayores garantías de estanqueidad y mejores prestaciones. En ese informe, (folio 263) y en su ampliación (f. 394 y 395) con relación a la situación preexistente (primera foto, f. 263, que sin ser la que es objeto de autos, puede representar una idea de la situación preexistente), se desvela la ocupación de un mayor volumen seciente a la colocación de esa estructura de tuberías.

[...]

Pero la nueva estructura, intrusión en bovedillas aparte, guarda desproporción con la verosímilmente preexistente y conlleva la ocupación de un volumen privativo que no tiene el deber jurídico de soportar el propietario del piso inferior.>>

La sentencia de primer grado desestimó dicha pretensión con base a los artículos 556 CDFA, 558 CDFA Y 581 CDFA arguyendo que:

<<Sobre la servidumbre, debemos estar a lo dispuesto en los arts. 556 a 558 CDFA y fundamentalmente, a lo establecido en el art. 581 del mismo, que debe interpretarse en la forma que indica el art. 3 del CC, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, su

espíritu y finalidad de las mismas. A la vista de la pericial del Srs. García, cuyo informe debe prevalecer frente al del Sr. Navarro Campos por los motivos anteriormente expuestos, la servidumbre de la red de saneamiento no se ha visto agravada por las obras de la demandada. El perito afirma en su informe que no se produce un cambio sustancial de la situación anterior, porque todas las instalaciones del edificio pasan por el techo del piso inferior, se ha renovado la instalación persistente con materiales actuales y mejores prestaciones, además considera que la instalación se ha hecho en un hueco del falso techo que no afecta al uso del piso inferior.>>

Por el contrario, la de apelación da lugar al recurso acudiendo a lo dispuesto en el art. 7 LPH en los siguientes términos:

<<Dispone el art. 7 de la LPH que “el propietario de cada piso o local podrá modificar los elementos arquitectónicos, instalaciones o servicios de aquél cuando no menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores, o perjudique los derechos de otro propietario, debiendo dar cuenta de tales obras previamente a quien represente a la comunidad.”

La posibilidad de modificar el departamento privativo tiene pues ese límite de que no se perjudique a otro propietario. Y aquí el perjuicio acaece: se ocupa, en razón a esa estructura de tuberías un volumen y espacio privativo que excede lo que verosíblemente existía previamente, un único tubo. La modificación sería tolerable si se hubiera cambiado ese tubo, aunque fuera de un mayor diámetro. Pero la nueva estructura, intrusión en bovedillas aparte, guarda desproporción con la verosíblemente preexistente y conlleva la ocupación de un volumen privativo que no tiene el deber jurídico de soportar el propietario del piso inferior. Por tanto la parte demandada tendrá que dar otra solución a la recogida de esas aguas residuales, de forma que se mantenga de manera equivalente la situación preexistente.>>

El primero de los motivos de casación va dirigido a discutir la aplicación de la norma que sirve de fundamento a la decisión del tribunal de apelación, pues afirma que supone infracción de las reglas de determinación de la norma aplicable contenidas en los arts. 1.2 CDFA (sistema fuentes del

derecho civil de Aragón) y arts. 10.1 y 13 CC (normas de derecho interterritorial).

El segundo de los motivos de casación afirma infracción del art. 581 CDFA en relación con el art. 556 a 558 CDFA, por cuanto sostiene que la actuación sobre el desagüe respeta las reglas sobre servidumbres explicitadas en dichas normas.

SEGUNDO.- Primer motivo de casación. Selección de norma aplicable. Sistema de fuentes y derecho interterritorial.

Sostiene el motivo que la sentencia recurrida ha quebrando las reglas que gobiernan la determinación de la norma aplicable, pues la existencia de derecho civil propio impide la aplicación del art. 7 LPH seleccionado por la sala de apelación para la decisión del conflicto, y ello por infracción de normas de carácter y naturaleza diferente: las relativas al sistema de fuentes del derecho civil de Aragón (art. 1.2 CDFA), y las que regulan la convivencia de los diferentes derechos civiles existentes del territorio nacional (art. 10.1 y 13 CC). En puridad las dos infracciones debieron haber sido articuladas a medio de diferentes motivos, dada la falta de homogeneidad que es de apreciar entre ellas.

En cuanto al derecho interterritorial, es de señalar que el derecho civil propio de las Comunidades Autónomas es fragmentario, en tanto que no ocupa todo este ordenamiento, sino tan solo el que supone conservación, modificación y desarrollo de sus derechos civiles, forales o especiales (art. 149.1.8ª CE), por lo que no puede darse conflicto de leyes entre este derecho y el estatal en aquellos ámbitos del derecho civil al que no alcanza el derecho propio.

Es el caso que, a diferencia de otras Comunidades Autónomas, la aragonesa no dispone en su ordenamiento civil de regulación sobre propiedad horizontal, por lo que los conflictos que surjan en el seno de estas han de

entenderse sujetos a la LPH, L 60/1996, de 21 de julio, como norma especial establecida para la regulación de esta forma de copropiedad.

Pues bien, no es discutido que el edificio en cuestión se halla dividido en la forma prevista en el art. 396 CC y arts. 1 y 2 LPH, por lo que su régimen jurídico es el que se ocupa de esta copropiedad especial, que desplaza al resto del ordenamiento civil, que sería de aplicación tan solo con carácter supletorio (Art. 396 CC, art. 2 LPH y SSTS nº 44/2008, de 23 de enero; 398/2009, de 28 mayo; nº 306/2013, de 25 de abril, sentencia esta última que confirma la SAP de Teruel nº 222/2009; y nº 725/2014).

En este sentido es de especial claridad la STS 221/2005 de 17 de Marzo de 2005 -con criterio que sigue la posterior STS nº 115/2007- que se expresa en los siguientes términos:

<< En definitiva, la posible discusión sobre la aplicación de la Ley general a las comunidades, que tengan los requisitos del régimen de Propiedad Horizontal, carece actualmente de sentido, como ha aclarado el artículo 2 de la Ley 8/1999, de 6 de Abril, de modificación de la Ley 49/1960, de 21 de Junio; pues este precepto suple cualquier laguna legal, de tal forma que, de manera categórica, se puede concluir indicando que las repetidas normas son de carácter imperativo>>

Y el de autos es un conflicto propio de los que surgen en los inmuebles en copropiedad horizontal. De lo que se trata es de la modificación por la demandada de los elementos del edificio, por lo que no podemos aceptar la afirmación que el recurrente desliza en el desarrollo del segundo motivo de que la sentencia de apelación haya desviado el debate desde *la servidumbre forzosa de acceso a red general a una mera cuestión de ocupación de finca ajena*. No se trata de una cuestión de servidumbre predial entre fundos separados pertenecientes a distintos propietarios, sino de la más compleja relación que surge entre los copropietarios en comunidad horizontal de un edificio construido de acuerdo con una singular y concreta disposición de sus

diferentes elementos, que ha de ser respetada por todos los comuneros, y cuya modificación por uno de ellos en palabras de la STS 306/2013:

<<[...]está sujeta a un doble requisito: a) la obligación de los propietarios de respetar los elementos comunes (artículo 9 LPH) y la consiguiente imposibilidad de realizar obras que comporten su modificación sin obtener el acuerdo unánime de la Junta de Propietarios exigida para la validez de los acuerdos que impliquen aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad o en los estatutos (artículo 16 LPH , en relación con el artículo 11 LPH aplicable en estos autos, y el artículo 12 LPH); b) como exige expresamente el artículo 7 LPH , que no se menoscabe o altere la seguridad del edificio, su estructura general, su configuración o estado exteriores o se perjudiquen los derechos de otro propietario (STS 17 de enero 2012).>>

En consecuencia, la sentencia de apelación no ha infringido las normas de conflicto de leyes que indica el motivo (Arts. 10.1 y 13 CC) al haber resuelto de acuerdo con la regulación contenida en la LPH.

Tampoco es de apreciar infracción del sistema de fuentes establecido en el art. 1 CDFA, pues la falta de regulación de la propiedad de inmuebles divididos en régimen de comunidad horizontal en esta Comunidad Autónoma justifica la entrada de la ley estatal que se ocupa de ellos.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

TERCERO.- El segundo de los motivos de casación sostiene la infracción del art. 581 CDFA en relación con los arts. 556 a 558 CDFA.

En primer lugar, hemos de señalar que, como motivo de casación que es, el estudiado no puede discutir las afirmaciones de hecho realizadas por la sentencia recurrida, en particular la conclusión alcanzada por la Sala de apelación de que la modificación de su sistema de desagüe por el recurrente ha supuesto la invasión de un mayor volumen del espacio

privativo del actor que la instalación originaria lo que supone un perjuicio para el actor.

En segundo lugar no podemos dejar de resaltar tampoco la contradicción que implica afirmar como norma aplicable la contenida en el art. 581 CDFA, que tiene por objeto la constitución de una servidumbre legal de desagüe a favor de la propiedad que *carezca de acceso a una red general de saneamiento o suministradora de agua, energía, tecnologías de la información y las comunicaciones y otros servicios*, al tiempo que se afirma que *en el caso dicha servidumbre no es 'ex novo' sino que ya estaba constituida*; y ello porque la segunda afirmación elimina el presupuesto de hecho de aplicación del primero.

La actora en su demanda y la sentencia de primer grado en su fundamentación acuden a las normas rectoras de las servidumbres, mientras que la Sala de apelación, como vimos, se basa en la legislación especial de propiedad horizontal, y el motivo lo que pretende es reconducir el debate al ámbito en que fue resuelto en la primera instancia.

Es cierto que la jurisprudencia ha admitido la constitución de servidumbres y la aplicación supletoria de las normas que las rigen en el marco de la relaciones existentes entre comuneros en régimen de propiedad horizontal más allá de las establecidas en el art. 9.1.c LPH (STS 390/2014), pero para que pueda ser exigida una servidumbre legal, como lo es la de desagüe regulada en el art. 581 CDFA que se invoca en el motivo, es necesario que se den el caso los presupuestos de tipicidad indicados en la norma que la establece, y que no sean contrarias al régimen aplicable al inmueble sujeto a la ley especial, título constitutivo incluido, ni se invoquen con intento de eludirlo, dado el carácter imperativo que la jurisprudencia que ha quedado reseñada le ha reconocido. De ahí que la servidumbre legal de paso haya sido rechazada para resolver el espinoso problema del gravamen que ha de soportar un comunero en los supuestos de instalación de ascensor por falta del presupuesto de enclavamiento contemplado en el art. 564 CC (SSTS 351/2014 y 357/2014).

Si ello es así, difícilmente puede ser llamado el art. 581 CDFA a la solución del conflicto, pues, como paladinamente reconoce el recurrente en la exposición de las razones en que se basa el motivo, el piso de su propiedad privativa ya dispone de una conexión a las red común de desagüe, y es presupuesto de hecho para la aplicación de dicho artículo la inexistencia de tal conexión previa, lo que excluye la posibilidad de que el mismo haya sido infringido por la sentencia cuestionada.

Sin duda por ello, el recurrente afirma la infracción de dicha norma en relación con otros preceptos del Código que se ocupan del contenido de las servidumbres, como son los artículos 556, 557 y 558 CDFA, pero no explica en cambio el recurrente la razón por la que extrae de dichos preceptos la facultad de hacer las variaciones en su sistema de desagüe que afectan a la configuración física del inmueble y las instalaciones con las que cuenta con incremento de ocupación de la propiedad privativa perteneciente al dueño del piso inferior por donde la servidumbre discurre con perjuicio para este.

Ninguna de dichas normas permite al dueño de la finca dominante hacer modificación alguna que agrave la servidumbre en contra de lo dispuesto en el art. 543 CC, de aplicación supletoria de acuerdo con el art. 1.2 CDFA, conforme al que:

<<El dueño del predio dominante podrá hacer, a su costa, en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre, pero sin alterarla ni hacerla más gravosa>>.

Por el contrario, del conjunto de dichos preceptos tan solo se desprende el derecho al y uso mantenimiento de la servidumbre en los términos en que se hallaba establecida, y la exigencia de su ejercicio de modo menos incómodo y lesivo para la finca sirviente sin perjuicio de su utilidad para el dominante, y es este sentido puede ser citada la sentencia de esta Sala nº 36/2014 en la que decíamos, con la finalidad de fijar el alcance de los

preceptos generales sobre la servidumbres contenido en el CDFA, lo que sigue:

<<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.>>

Por ello, dichas normas no pueden servir de fundamento para excepcionar el régimen establecido en art. 7 LPH aplicado por la sentencia cuestionada, pues coinciden con él en impedir al recurrente cualquier alteración en los elementos del edificio que puedan perjudicar la propiedad de la actora.

En consecuencia, procede también la desestimación de este segundo motivo.

CUARTO.- Las costas se rigen por el art. 398 LEC y del depósito para recurrir por la DA 15 LOPJ

VISTOS los artículos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

1. Desestimar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2016 dictada por la sección cuarta de la Audiencia

Provincial de Zaragoza en el Rollo de Apelación nº 373/2015, que confirmamos.

2. Imponer las costas del recurso a la parte que lo ha interpuesto.

3. Decretar la pérdida del depósito constituido para recurrir, al que se dará el destino legal.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

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

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.