

Roj: **STS 789/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:789**Id Cendoj: **28079110012016100102**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/03/2016**Nº de Recurso: **445/2014**Nº de Resolución: **111/2016**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP CU 586/2013,**
STS 789/2016

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Marzo de dos mil dieciséis.

Vistos por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Audiencia Provincial de Cuenca (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 270/2013, dimanante del juicio ordinario n.º 448/2012 del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Tarancón; cuyos recursos fueron interpuestos por la procuradora doña Aránzazu Fernández Pérez, en nombre y representación de doña Regina; siendo parte recurrida el procurador don Francisco Miguel Redondo Ortiz, en nombre y representación de don Andrés y doña Almudena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La procuradora D.ª Milagros Virginia Castell Bravo, en nombre y representación de don Andrés y doña Almudena interpuso demanda de juicio ordinario contra doña Regina y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, suplicó al juzgado dicte sentencia por la que estimando íntegramente la demanda:

«a) Se declare la ilicitud de las obras ejecutadas por la demandada en su propiedad que están descritas en el informe que se acompaña como documento número 17 y cuyas paredes del cerramiento han elevado el muro medianero que divide su propiedad y la de mis representados en dos metros cuatro centímetros más de lo que tenía anteriormente. b) Se condene a la demandada a la inmediata demolición de todo lo construido y a restablecer el muro medianero a su estado anterior dejándolo con las mismas dimensiones y altura, con el apercibimiento de ejecutarse a su costa. c) Por último se condene a la demandada al pago de las cosas que se causen en el presente procedimiento.»

SEGUNDO.- El procurador D. Ricardo Díaz-Regañón Fuentes, en nombre y representación de doña Regina, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia:

«En la que se absuelva a esta parte de los pedimentos de la actora, imponiendo las costas del presente procedimiento al demandante».

Y formulando demanda reconvenional, alegó los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación para terminar suplicando al Juzgado dicte sentencia por la que:

«Estimando la demanda reconvenional, se declare la ausencia de servidumbre de luces y vistas y de vertiente de tejados de la finca de la CALLE000 número NUM000 propiedad de doña Regina respecto de la finca de



los actores reconvenidos en la CALLE000 número NUM001 y que se condene a los actores reconvenidos a:

- recoger las aguas de sus canales que vierten sobre la finca número NUM000 CALLE000 de Tresjuncos propiedad de doña Regina , derivándolas a su propio suelo o la calle o sitio público, de modo que no causen perjuicio en la propiedad de doña Regina .
- a cerrar la ventana abierta en la planta alta de su vivienda con vistas rectas sobre la finca de doña Regina o bien retranquear su construcción a una distancia mínima de 2 metros respecto de la finca de doña Regina .
- el pago de las costas de esta demanda reconventional».

TERCERO.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Tarancón, dictó sentencia con fecha 2 de septiembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLO: Estimar la demanda interpuesta por la procuradora de los tribunales Doña Milagros Castell Bravo en nombre y representación de don Andrés y doña Almudena , contra doña Regina , representada por el procurador de los tribunales D. Ricardo Díaz-Regañón Fuentes declarando la ilicitud de las obras ejecutada por doña Regina en su propiedad, descritas en el informe que se acompaña como documento nº 17 cuyas paredes de cerramiento han elevado el muro medianero que divide su propiedad y la de don Andrés y doña Almudena en dos metros cuatro centímetros más de lo que tenía anteriormente condenando a doña Regina a la inmediata demolición de todo lo construido y a restablecer el muro medianero a su estado anterior dejándolo en las mismas dimensiones y altura, con el apercibimiento de ejecutarse a su costa. Se condena asimismo a la demandada al pago de las costas que se causen en el presente procedimiento».

CUARTO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de doña Regina , la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca, dictó sentencia con fecha 26 de diciembre de 2013 cuya parte dispositiva es como sigue:

«FALLAMOS: Desestimar el recurso presentado por doña Regina , contra la sentencia dictada por el juzgado de primera instancia num. 2 de Tarancón, en el procedimiento ordinario num. 448/2012, seguido contra don Andrés y doña Almudena , luego demandante reconventional, y confirmar la sentencia en su integridad imponiendo a la apelante las costas de la alzada».

QUINTO .- La procuradora doña Alarilla del Pilar Gallego Sánchez, en nombre y representación de doña Regina , interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos:

«Por infracción: PRIMERO.- Al amparo del artículo 469.1. 4º de la LEC , por vulneración del derecho a una sentencia congruente, reconocido en el derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución . SEGUNDO.- Al amparo del artículo 469.1.2º por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: se ha conculcado el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . TERCERO.- Al amparo del artículo 469.1. 4º de la LEC , por vulneración del derecho una sentencia motivada fundada en derecho y congruente reconocido en el derecho a la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución y regulado en el artículo 218 LEC sobre la exhaustividad y congruencia de las sentencias y motivación.

De casación : PRIMERO.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC , en relación con el artículo 477.3 y 477.2.3º todos ellos LEC , por infracción del artículo 541 del Código civil y doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. SEGUNDO.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC , en relación con el artículo 477. 1 y 477.2.3º todos ellos LEC , por infracción del artículo 538 en relación al artículo 537 del Código civil y doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. TERCERO.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC , en relación con el artículo 477.1 y 477.2.3º todos ellos LEC , por infracción del artículo 582 en relación a los artículos 537 y 528 del Código civil y doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo. CUARTO.- Al amparo del artículo 477.3 de la LEC , en relación con el artículo 477.1 y 477.2.3º todos ellos LEC , por infracción del artículo 586 en relación al artículo 537 del código civil y doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo».

SEXTO.- Por Auto de fecha 4 de marzo de 2014, se acordó admitir los recursos por infracción procesal y de casación y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días. Evacuado el traslado conferido, el procurador don Francisco Miguel Redondo Ortiz, en nombre y representación de don Andrés y doña Almudena , presentó escrito de oposición a los recursos interpuestos.

SÉPTIMO. - No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de febrero de 2016, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO



PRIMERO .- 1.- Los antecedentes fácticos de la presente cuestión jurídica, un tanto complicada y un mucho confusa, parten de la situación física de las fincas (viviendas) de ambos litigantes. Doña Regina (demandada en la instancia y recurrente en casación) es propietaria de la casa número NUM000 de la CALLE000 , en Tresjuncos que había adquirido en 1959. Don Andrés y doña Almudena son propietarios de la casa colindante, número NUM001 , adquirida en 2007. Ambas están separadas por un muro medianero.

A finales de 2007, doña Regina procedió a alzar el muro medianero, cuya altura quedó elevada en 2.04 metros y la distancia a la casa vecina es de 1.16 metros. A su vez, don Andrés y doña Almudena levantaron un piso en su casa (en 2011) con ventana a una distancia inferior a 2 metros de la finca vecina.

A consecuencia de los hechos anteriores don Andrés y doña Almudena formularon demanda contra doña Regina reclamando la declaración de ilicitud de obra de elevación del muro medianero y la condena a la demandada a la demolición de lo construido. Esta no sólo se opuso a la demanda, sino también formuló demanda reconventional ejercitando acción negatoria de la servidumbre de luces y vistas y de la de vertiente de tejados y la consiguiente condena a cerrar la ventana abierta en la planta alta y a recoger las aguas de sus canalones, derivándolos a su propio suelo o a sitio público.

2.- El Juzgado de Primera Instancia número 2 de Tarancón dictó sentencia de fecha 2 septiembre 2013 estimando la demanda principal y desestimando la reconventional. Estimó la «acción confesoria» de servidumbre de los demandantes y «por ende la desestimación de la acción negatoria planteada en la reconvencción»; dejó «acreditada la existencia del muro medianero que divide ambas propiedades, existiendo a favor de los actores una servidumbre de luces y vistas» y, por el contrario, declara que doña Regina «no ha respetado la distancia exigida por del Código civil» y, a su vez, respecto a la ventana de los actores «justifica la existencia de luces y vistas» y asimismo, «resulta acreditada la existencia de una servidumbre de aguas a favor de la actora».

Cuya sentencia fue confirmada por la Audiencia Provincial, Sección 1ª de Cuenca, en la de 26 diciembre 2013 . Los primeros fundamentos de ésta son dedicados a rebatir la falta de congruencia esgrimida por la demandada doña Regina , apelante y, en cuanto al fondo, declara que «la prueba aparece correctamente valorada» y añade, como remisión a la primera instancia:

«La remisión plena que se hace al contenido de la sentencia, hace innecesaria una respuesta más detallada a la indebida aplicación de cada uno de los preceptos reguladores de las distintas servidumbres, que no hacen sino reiterar argumentos planteados bajo distintas vertientes y que la sentencia examina y valora con suficiencia para llegar a la conclusión que esta Sala comparte».

En todo caso, el fallo de la sentencia de primera instancia, confirmada por la Audiencia Provincial, no hace mención de servidumbre alguna, sino que recoge la petición del suplico de la demanda (ilicitud de obra y condena a su demolición) y, simplemente desestima la demanda reconventional.

3.- Contra esta sentencia y, por su remisión, la de primera instancia, la demandada doña Regina ha formulado sendos recursos por infracción procesal y de casación.

El primero contiene tres motivos. El primero de éstos insiste en la falta de congruencia. El segundo, sobre la carga de la prueba, se refiere a la falta de acreditación de la existencia de un título de la servidumbre. El tercero alega la falta de motivación.

El recurso de casación contiene cuatro motivos. El primero de ellos alega la infracción del artículo 541 del Código civil que, por cierto, no ha sido objeto del proceso. El segundo se refiere a la falta de los requisitos para la constitución de servidumbre por prescripción adquisitiva, que tampoco se ha planteado. El tercero trata de la apertura de ventana en la finca de los actores. El cuarto se refiere a la vertiente de aguas sobre su propio terreno.

SEGUNDO .- 1.- El primero de los motivos del recurso por infracción procesal se funda en el artículo 469.1. 4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil por vulneración por la sentencia, de ser congruente, reconocido en el derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el artículo 24 de la Constitución Española . No cita artículo alguno de la Ley de Enjuiciamiento Civil que avale su razonamiento. Este se refiere al muro medianero y a las distancias y menciona el artículo 541 del Código civil .

Este último artículo sólo se menciona (primera línea del fundamento primero de la sentencia de primera instancia) como formando parte de la pretensión de la parte actora o se menciona en ningún caso como fundamento del fallo.

El motivo se desestima porque no aparece en modo alguno una incongruencia.



No se puede obviar que la acción que ha sido ejercitada en la demanda no es confesoria ni negatoria de servidumbre, sino que se refiere sólo a la sobreelevación del muro medianero (artículo 577 del Código civil) y se menciona como consecuencia que se le priva a los demandantes luces y vistas pero no se ejercita acción sobre éstas. Por lo cual, el fallo de la sentencia estima la demanda y no hace referencia alguna a servidumbre, sino que prácticamente transcribe el suplico de la demanda y la congruencia es precisamente la correlación adecuada entre el suplico y el fallo, tal como dicen las sentencias, entre otras muchas, de 12 noviembre 2009 , 3 noviembre 2010 , 10 febrero 2012 , 26 septiembre 2013 , 21 abril 2015 , 16 junio 2015 .

2.- El segundo de los motivos del recurso por infracción procesal formulado al amparo del artículo 469.1. 2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil alega que se han conculcado las normas sobre la carga de la prueba establecidos en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

El motivo se desestima porque las sentencias de instancia dan por probado hechos de los que deducen las consecuencias jurídicas, pero no dejan sin probar hechos esenciales. Se discutirá (en casación) si la deducción es correcta, pero esto es cuestión no procesal, que queda fuera de este recurso.

No es, en consecuencia, falta de prueba, sino valoración de la misma, ciertamente discutible.

3.- El tercero de los motivos del recurso se formula, por vulneración del derecho a una sentencia motivada y congruente, reconocido en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución Española y regulado en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil sobre exhaustividad, congruencia y motivación.

Comienza el desarrollo de este motivo con la alegación de que la sentencia recurrida ha presumido la existencia de servidumbre basado en el artículo 541 del Código civil . No es así, ya que -como ha sido apuntado- esta norma no ha sido en ningún caso fundamento del fallo ni, realmente, ha sido objeto del proceso.

En cuanto a la exhaustividad y motivación de la sentencia, el motivo debe ser acogido. La sentencia recurrida, confirmando en todo la de primera instancia, parte de que «resulta probada la existencia del muro medianero que divide ambas propiedades, existiendo a favor de los actores una servidumbre de luces y vistas» y no acredita ni siquiera insinúa el título adquisitivo, ni conoce ni alude al artículo 577 del Código civil cuyo primer párrafo dispone que «todo propietario puede alzar la pared medianera haciéndolo a sus expensas e indemnizando los perjuicios que se ocasionen con la obra aunque sean temporales» y en la demanda se ha ignorado este derecho y no se ha pedido e indemnización alguna. En la demanda se ha expuesto que le quitaba luces y vistas, pero no ha alegado -ni mucho menos probado- que era titular de un derecho de luces y vistas, conforme al artículo 585, ni tampoco se ha podido aludir a la distancia que impone el artículo 582 siendo así que el muro medianero tiene una antigüedad cercana al siglo y lo que se pide en la demanda no se refiere al muro sino a la sobreelevación que ha realizado la demandada.

Tal como dice la sentencia de 13 febrero 2015 , reproduciendo el concepto que da la de 20 junio 2014 :

«La medianería implica una comunidad -comunidad de utilización, como dicen las sentencias de 13 febrero 2007 y de 20 junio 2014 - de propietarios de predios contiguos sobre elemento común, como el muro, que es medianero entre tales predios. No se trata de servidumbre, aunque el Código civil la trata de servidumbre legal, puesto que no hay predio dominante y predio sirviente, ni situación de copropiedad, ya que a cada propietario le corresponde la propiedad exclusiva de su parte, si bien sometido a límites en interés del otro. Una de las facultades que corresponden a cada medianero es poder alzar la pared medianera, a sus expensas e indemnizando al otro los perjuicios que le ocasionan, tal como dispone el artículo 577 del Código civil y al otro, adquirir los derechos de medianería, como añade el artículo 578 del Código civil ».

Con lo cual, aceptando este motivo, queda rechazada la demanda principal que interpusieron en su día los demandantes, ahora parte recurrida.

TERCERO .- 1.- Tal como dispone la disposición final decimosexta, regla séptima, al estimar el recurso por infracción procesal, «se dictará nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del recurso de casación».

Al estimar el motivo tercero del recurso por infracción procesal, esta Sala asume la instancia, partiendo de que la demanda principal debe ser desestimada y entrando en la reconvenición, a que se refieren los motivos tercero y cuarto del recurso de casación. Los dos primeros motivos de éste carecen de sentido por cuanto no son fundamentos del fallo ni el artículo 541 (motivo primero) ni la prescripción adquisitiva (motivo segundo).

2.- En la demanda reconvenicional se interesa en primer lugar el cierre de la ventana abierta en la planta alta de la vivienda o retranquearla a una distancia de dos metros, de los demandados reconvenionales (es decir, demandantes en la instancia, de la demanda principal) ya que tal como está no respeta la distancia que impone el artículo 582 del Código civil . Este artículo impone no ya una servidumbre sino un límite a la propiedad que impide al propietario de un fundo abrir ventanas o balcones a menos de dos metros que den vista recta sobre



la finca del vecino (en este caso la reconviniente), lo que constituye una verdadera prohibición, como dijo la sentencia de 28 marzo 1994 o limitación del propietario, la de 10 octubre 1998 .

En consecuencia, habiendo sido probado que la ventana del piso alto con vistas al fondo de la reconviniente-recurrente en casación, está a menos de dos metros, contraviniendo lo prohibido en el artículo 582, debe acogerse la petición contenida en la reconvencción

3.- En cuanto al pedimento de la reconvencción relativo a recoger las aguas que de la finca de los demandantes-reconvenidos cae sobre la finca de la reconviniente, se establece en el artículo 586 que «el propietario de un edificio está obligado a construir sus tejados o cubierta de manera que las aguas pluviales caigan sobre su propio suelo o sobre la calle o sitio público, y no sobre el suelo del vecino. Aun cayendo sobre el propio suelo, el propietario está obligado a recoger las aguas de modo que no causen perjuicio al predio contiguo». Y así lo reconoce la jurisprudencia en sentencia de 30 noviembre 1992 y más antiguamente, la de 16 mayo 1985 y 25 octubre 1986 .

El hecho de que las aguas vierten sobre el terreno de la reconviniente está acreditado en la instancia y se desprende de su texto que no existe título adquisitivo alguno que, como titular de una servidumbre voluntaria, le permita verter las aguas sobre el terreno de la reconviniente-actual recurrente. No es aceptable que la sentencia de instancia considere título adquisitivo el conocimiento de antiguo de que las aguas vertían en su territorio, tanto más cuando actualmente vierten en mayor cantidad que anteriormente; ni tampoco es aceptable que se justifique el vertido diciendo que no se ha probado la perturbación o perjuicio, lo cual no es exigido por el Código civil.

CUARTO .- 1.- Consecuencia de la estimación de ambos recursos y de lo expuesto hasta aquí, se debe desestimar la demanda principal sobre la sobreelevación del muro medianero y estimar la reconvencción sobre el límite a la propiedad por las luces y vistas y sobre la servidumbre de desagüe de edificios.

2.- En cuanto a las costas, las de primera instancia se imponen a la parte demandante. No se hace condena en las costas de segunda instancia ni en las de estos recursos. Todo ello conforme a los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Se devolverá el depósito constituido a la parte recurrente.

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

FALLAMOS

1.º Se declara haber lugar a los recursos por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de doña Regina , contra la sentencia dictada por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Cuenca, en fecha 26 de diciembre de 2013 , que se casa y anula.

2.º En su lugar, se desestima la demanda formulada por don Andrés y doña Almudena y se estima la reconvencción interpuesta por la recurrente; se declara la ausencia de servidumbre de luces y vistas y de vertiente de desagüe y se condena a los demandantes-reconvenidos a recoger las aguas de sus camarones que vierten sobre la finca de la mencionada recurrente (reconviniente) y a cerrar la ventana abierta en la planta alta de su vivienda o bien retranqueada a una distancia mínima de dos metros.

3.º Se condena a la parte demandante en las costas causadas en primera instancia. No se hace condena en las de segunda ni en la de los presentes recursos. Devuélvase el depósito a la parte recurrente.

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

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .-Francisco Marin Castan.-Antonio Salas Carceller.-Francisco Javier Arroyo Fiestas.-Eduardo Baena Ruiz.-Fernando Pantaleon Prieto.-Xavier O'Callaghan Muñoz.- Rubricados.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Xavier O'Callaghan Muñoz** , 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 Letrado/a de la Administración de Justicia de la misma, certifico.