



Roj: **STS 3551/2018 - ECLI:ES:TS:2018:3551**

Id Cendoj: **28079110012018100574**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2018**

Nº de Recurso: **3504/2015**

Nº de Resolución: **573/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **ANTONIO SALAS CARCELLER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3551/2018,**  
**AATS 12184/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 573/2018**

Fecha de sentencia: 16/10/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 3504/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/10/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Procedencia: Audiencia Provincial de Almería (1ª)

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: MHS

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 3504/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 573/2018**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Jose Antonio Seijas Quintana

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Eduardo Baena Ruiz

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Angeles Parra Lucan

En Madrid, a 16 de octubre de 2018.

Esta sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de Apelación por la sección 1.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Almería, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 990/11, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Roquetas de Mar; cuyos recursos fueron interpuestos ante la mencionada Audiencia por la representación procesal de don Teodosio, representado ante esta sala por la procuradora doña Paloma Vallés Tormo, por fallecimiento de la procuradora doña María Teresa Puente Méndez, bajo la dirección letrada de don Manuel Archilla Sánchez. Autos en los que también han sido parte doña Constanza y don Luis Miguel, que no se han personado ante este Tribunal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-1.-** La representación procesal de don Teodosio, interpuso demanda de juicio ordinario contra los cónyuges don Luis Miguel y doña Constanza, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia estimando íntegramente la demanda, por la que se declare:

«1º.- Que la finca de mi representado no está gravada con servidumbre alguna a favor de la finca de los demandados.

«2º.- Que el muro de los demandados colindante con la finca de mi representado, que sirve de sujeción a la misma, no está construido adecuadamente, encontrándose en mal estado y constituye un peligro para la finca de mi representado.

«3º.- Que los demandados han construido una habitación lindando la finca de mi representado, sin guardar las distancias establecidas en las ordenanzas del Plan Parcial de la Urbanización de Aguadulce y las normas urbanísticas del Ayuntamiento de Roquetas de Mar, que imponen a la hora de construir en una parcela, un retranqueo mínimo de tres metros a las fincas colindantes.

«4º.- Que los demandados han plantado arbustos y árboles altos, junto a la linde de ambas propiedades, sin guardar las distancias establecidas en el Código Civil.

»Y así mismo, se condene a los demandados:

»a.-) A reconstruir el muro que linda con la finca de mi representado conforme a las normas de la buena práctica de la construcción, de forma que no constituya peligro para la finca de mi representado, en la forma que determinen los técnicos.

»b.-) A derribar la habitación colindante con la finca de mi representado, hasta que guarde los tres metros de distancia con la propiedad de mi representado, que establece la normativa del Ayuntamiento de Roquetas de Mar.

»c.-) A arrancar los árboles altos y arbustos que tienen plantados en su parcela y que no guarden las distancias establecidas en el Código Civil.

»Y todo ello, se ejecutará en el plazo que señale el Juzgado y con expresa imposición de las costas a los demandados que respetuosamente y conforme a derecho solicito.»

**2.-** Admitida a trámite la demanda, la representación procesal de la demandada contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para concluir solicitando que dicte sentencia:

«...por la que se desestime la demanda deducida de contrario, absolviendo a mis representados de cuantas pretensiones se formulan en su contra, con expresa imposición de costas a la parte actora.»

**3.-** Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas, la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 5 de Roquetas de Mar, dictó sentencia con fecha 5 de abril de 2013, cuya parte dispositiva es como sigue:

«DESESTIMO ÍNTEGRAMENTE la demanda interpuesta por Teodosio frente a Constanza y Luis Miguel, con imposición de costas a la parte actora.»



**SEGUNDO.-** Contra dicha sentencia interpuso recurso de apelación la representación procesal de la actora y, sustanciada la alzada, la sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Almería, dictó sentencia con fecha 15 de julio de 2015, cuyo Fallo es como sigue:

«Que desestimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de 5 de abril 2013, dictada por el Juzgado Mixto nº 5 de Roquetas de Mar en el Procedimiento Ordinario nº 990 de 2011, confirmamos la referida resolución con imposición de las costas de esta alzada al apelante.»

**TERCERO.-** La procuradora doña María Dolores Fuentes Mullor, en nombre y representación de don Teodosio, interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y de casación por interés casacional, fundado el primero en los siguientes motivos:

1.- Al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, por infracción del artículo 24 CE, por valoración errónea, arbitraria e ilógica de la prueba, con infracción de los artículos 218.2 y 348 LEC.

2.- Al amparo del artículo 469.4.º LEC, por vulneración del artículo 24 de la Constitución Española por contener un pronunciamiento erróneo, arbitrario, ilógico o irrazonable, con infracción del artículo 348 LEC.

El recurso de casación contiene los siguientes motivos:

1.- Por infracción del artículo 591 CC, e infracción de la jurisprudencia de esta sala.

2.- Por infracción del artículo 591 CC, con cita de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales.

3.- Por infracción del artículo 591 CC, en relación con los arbustos existentes junto al límite de las propiedades.

4.- Por infracción del artículo 348 y 539 CC y de la jurisprudencia de esta sala.

5.- Por infracción de los artículos 389 y 1907 CC y la jurisprudencia de esta sala,

**CUARTO.-** Por esta Sala se dictó auto de fecha 27 de junio de 2018 por el que se acordó la admisión de ambos recursos, sin que se haya personado ante esta sala la parte recurrida.

**QUINTO.-** No habiendo sido solicitada la celebración de vista y no considerándola necesaria este tribunal, se señaló para votación y fallo el día 2 de octubre de 2018, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Don Teodosio interpuso demanda de juicio ordinario contra don Luis Miguel y doña Constanza solicitando que se declare que la finca del demandante sita en Aguadulce, término de Roquetas de Mar (Almería), está libre de servidumbres respecto de la de los demandados, que es colindante. Interesaba también la condena de los demandados a la reconstrucción del muro que delimita su propiedad por constituir un peligro para la del actor, el derribo de la habitación colindante, y que se arrancasen los árboles altos y los arbustos que no guardasen las distancias establecidas en el Código Civil.

La parte demandada se opuso y la sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Recurrió en apelación el demandante y la Audiencia Provincial de Almería (Sección 3.ª) dictó sentencia de fecha 5 de julio de 2015 por la que desestimó el recurso.

Se tiene por probado que el demandante adquirió su finca el 12 de mayo de 1998, mientras que los demandados habían adquirido la suya el 15 de febrero de 1990. Razona en el sentido de que, en el artículo 591 CC, el término «en adelante» excluye la prohibición respecto de aquellos árboles ya plantados con anterioridad al tiempo de configuración del derecho de dominio sobre la misma, siendo así que de la prueba practicada se desprende que el árbol podía tener ya veinte o treinta años, si bien efectivamente estaba a menos de dos metros de la propiedad colindante. El árbol estaba en ese lugar desde antes de que el demandante adquiriera su propiedad. Igual argumento se emplea respecto de los arbustos, que no guardan la distancia de 50 centímetros respecto del predio colindante. También el demandado puso de manifiesto que el seto estaba en jardineras, no habiendo quedado probada la ilegalidad de la distancia ni los perjuicios que hubiesen podido causar a la parte demandante.

Sobre el muro se concluye que no ha quedado probado que esté en mal estado y que suponga peligro para el fundo vecino por generar inseguridad para el mismo.

Contra dicha sentencia ha interpuesto el demandante recurso por infracción procesal y recurso de casación.

### Recurso extraordinario por infracción procesal

**SEGUNDO.-** El recurso por infracción procesal se fundamenta en dos motivos. El primero, al amparo del artículo 469.1.4.º LEC, se formula por infracción del artículo 24 CE por valoración errónea arbitraria e ilógica



de la prueba, con infracción de los artículos 218.2 y 348 LEC, en cuanto a la ilegalidad de la distancia de 50 centímetros de los arbustos y la afirmación de que el seto estaba en jardineras, cuando no es así. Se remite la parte recurrente a la fotografía n.º 7 que se acompaña al informe pericial judicial.

No obstante, de la observación de dicha fotografía no cabe extraer las conclusiones que pretende. El perito, en su informe, omite cualquier consideración sobre la existencia de los arbustos y la condición y separación de los mismos respecto del predio colindante, pese a que él mismo se refiere a ello como objeto del informe (folio 118.3.º). Siendo así, la parte no puede remitirse simplemente al contenido de una fotografía, sino que debió fundamentar el motivo en la necesaria ampliación o aclaración del informe por el perito en el acto del juicio, que hubiera podido pronunciarse sobre la cuestión debatida. No corresponde a esta sala indagar si se produjo así o no, pues debemos -por la propia naturaleza del recurso extraordinario y a reserva de cuestiones apreciables de oficio- limitarnos a las razones expuestas por la parte recurrente.

Por ello el motivo ha de ser rechazado.

El segundo motivo de infracción procesal se formula al amparo del artículo 469.4.º LEC, por cuanto considera la parte recurrente que la sentencia vulnera el artículo 24 de la Constitución Española por contener un pronunciamiento erróneo, arbitrario, ilógico o irrazonable con infracción del artículo 348 LEC.

Alega la parte recurrente que la sentencia impugnada dice lo siguiente (fundamento de derecho cuarto, párrafo último):

«En efecto de todo o expuesto podemos concluir que no se ha probado que el muro en cuestión se encuentre en mal estado, hasta el punto de amenazar la seguridad de las personas o dañar la parcela del actor. Los desprendimientos del enfoscado obedecen a los propios materiales de los que esta construido, o incluso al influjo del mar por la proximidad de la línea de costa. Pero no son suficientes para que pueda prosperar la petición que se contiene en la demanda».

A continuación la parte demandante establece como hechos probados otros distintos a los tenidos en cuenta por la Audiencia, y asegura el mal estado del muro. Pero la naturaleza del recurso extraordinario, y más cuando se trata de combatir la valoración de la prueba, impide que el motivo se funde en un simple contraste entre los hechos que la Audiencia ha considerado probados y los que estima como tales la parte recurrente. Esta sala ha venido exigiendo que se precise concretamente el medio probatorio que ha sido desconocido o mal interpretado de forma patente y notoria, y además el punto concreto -tratándose de informe pericial- en que se contiene la afirmación técnica que la sentencia contradice abiertamente, sin que sea suficiente remitirse -como parece hacer la parte recurrente- a una valoración conjunta de la prueba encomendando al tribunal el ejercicio de una labor que no le corresponde, cual es la de buscar dónde está concretamente la prueba del hecho contrario al afirmado por la sentencia.

### Recurso de casación

**TERCERO.-** El primero de los motivos se formula por infracción del artículo 591 CC, e infracción de la jurisprudencia de esta sala, concretamente de la sentencia de 21 octubre 2005, siendo el elemento que integra el interés casacional del presente recurso el que la sentencia recurrida se opone a la lectura que el Tribunal Supremo hace del artículo 591 CC, al interpretar el término "en adelante", contenido en el párrafo segundo del mismo.

Sostiene la parte recurrente que la sentencia impugnada desestima su petición de que se arranquen los árboles altos plantados en la parcela de los demandados que no guardan la distancia de dos metros respecto de la linde de la parcela pues afirma que, aunque podemos concluir que el árbol está plantado a menos distancia de la propiedad del actor, no procede arrancarlos porque estaba en la finca de los demandados, antes de que estos la adquiriesen. El interés casacional se centra en la oposición a la doctrina que emana de la sentencia de esta sala de 21 octubre 2015 al interpretar el artículo 591 CC y el término «en adelante», que contiene el último párrafo de la citada norma. Dicha sentencia, en recurso planteado por interés casacional por doctrina contradictoria de Audiencias Provinciales, declaró en relación con dicha norma que

«es a partir de la entrada en vigor del Código Civil, que contiene dicha norma, cuando han de respetarse tales distancias y es para las plantaciones posteriores a dicha entrada en vigor para las que se establece el derecho del dueño perjudicado a solicitar que se arranquen las que no la respeten. Se trata de proteger a los propietarios en las relaciones de vecindad, las cuales imponen obligaciones recíprocas a cada uno de ellos, y no parece acorde con dicha finalidad que no pueda ejercerse tal derecho por la circunstancia de que se haya adquirido la propiedad existiendo ya las plantaciones que infringen lo dispuesto por la norma, cuando la propiedad se adquiere con los derechos inherentes a la misma y, en concreto, no ha de excluirse el presente».



También se refiere a dicha norma la sentencia de esta sala núm. 512/2014, de 2 octubre, que aunque no incide especialmente en ello también parece dar por supuesto la procedencia de la citada interpretación.

Sobre la misma cuestión se formula el motivo segundo que, alegando la misma infracción legal, se refiere ahora a la discrepante interpretación que han hecho de dicha norma las Audiencias Provinciales. Cita sentencias de la Sección 8.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 3 de noviembre de 2008, 14 de mayo de 2012, la misma sentencia recurrida, la de la Sección 11.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 de abril de 2015, las cuales mantienen que el término "adelante" se refiere a la exclusión de la prevista prohibición de plantación de aquellos árboles ya plantados con anterioridad al tiempo de la configuración del derecho de dominio. En sentido contrario -acorde con la sentencia de esta sala de 21 octubre 2005- se manifiestan las sentencias de la Sección 6.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Alicante de 4 junio 2013, de la Sección 7.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 octubre 2013, de la Sección 20.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid de 21 mayo 2013, de la Sección 3.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Baleares de 3 marzo 2014.

Procede reiterar ahora el criterio ya expresado por esta sala pero teniendo en cuenta que lo que resulta exigible para la aplicación de la limitación prevista en el artículo 591 CC es que la plantación del árbol sea posterior al momento de creación de la finca en cuestión, de modo que no será aplicable dicha norma cuando por las circunstancias del caso quepa presumir -como ahora ocurre- que el árbol existía en el momento en que se delimitó la parcela de la parte demandante respecto de la demandada creándose un inmueble registral independiente, todo ello sin perjuicio de los derechos que se reconocen a todo propietario por el artículo 592 CC.

Por ello, el motivo no puede ser estimado.

**CUARTO.-** Se denuncia nuevamente en el motivo tercero de casación la infracción del artículo 591 CC, en relación con las sentencias de esta sala de 2 octubre 2014 y 21 octubre 2015 en relación con los arbustos que, según manifiesta la parte recurrente, se encuentran a una distancia de menos de cincuenta centímetros de la línea divisoria de las propiedades.

La sentencia impugnada, tras una serie de consideraciones expresadas en su fundamento de derecho cuarto, concluye que no ha quedado probada «la ilegalidad de la distancia» ni «los perjuicios que hubiera podido causar a la parte actora». Es cierto que, frente a tal afirmación, la recurrente ha solicitado mediante el recurso extraordinario por infracción procesal que se revise tal declaración sobre la valoración probatoria, lo que expresamente pide mediante la formulación del motivo primero de dicho recurso. Pero hemos de remitirnos ahora a lo razonado para rechazar dicho motivo de infracción procesal, en el sentido de que no resulta suficiente lo allí alegado para variar la valoración probatoria de la Audiencia, teniendo en cuenta que, dada la afirmación de la sentencia en el sentido de que no ha quedado acreditada la vulneración de la norma es correcto -conforme a la distribución legal de la carga probatoria ( artículo 217 LEC)- hacer soportar a la parte demandante la falta de acreditación en forma de un hecho determinante para la estimación de la demanda en cuanto a este extremo.

El siguiente motivo cuarto se formula por infracción del artículo 348 y 539 CC y la jurisprudencia de esta sala que los interpreta, en sentencias de 24 octubre 2006, 13 octubre 2006, 24 marzo 2003 y 31 diciembre 1996, sobre la doctrina de que la propiedad se presume libre de cargas y gravámenes, así como que es el demandado quien tiene que probar la existencia de las servidumbres; que la declaración de la inexistencia de servidumbre se puede ejercitar como meramente declarativa, siendo el elemento que integra el interés casacional, el no seguir la sentencia recurrida la jurisprudencia fijada por la sala en las sentencia citadas al interpretar los citados artículos.

El motivo se estima por las siguientes razones. Dice la sentencia impugnada sobre la acción negatoria de servidumbre lo siguiente:

«La acción que nos ocupa se describe de forma genérica en la demanda, haciendo referencia a que la finca del actor no estaba gravada con servidumbre alguna a favor de la finca de los demandados, aportándose la certificación registral de la misma, inscrita en el Registro de la Propiedad n° 3 de Roquetas de Mar, y que figura como libre de cargas y gravámenes. La juzgadora de instancia al inicio de la vista oral instó al demandante para que aclarase a qué tipo de servidumbre se refería, y mantuvo el criterio de que era a título general. Aparte de la mención que antecede no concurre ninguna otra sobre el particular, y es por ello que no puede acogerse la pretensión del actor»

Pues bien, presumiéndose libre la propiedad, no corresponde al dueño de la finca la carga de acreditar la no sujeción de la misma a servidumbre alguna, sino que es el colindante -demandado- el que habrá de alegar la existencia de cualquier posible gravamen si lo hubiere ( sentencias 1024/2006, de 13 octubre y 347/2016, de 24 de mayo, y demás citadas por la parte recurrente) o, en su caso, mostrar su conformidad con dicha



pretensión de libertad de la finca de la parte demandante, lo que no consta que hiciera ni siquiera cuando en la audiencia previa se planteó la cuestión, por lo que resulta procedente la declaración de que el fundo de la parte demandante no está sujeto a servidumbre en la que aparezca como predio dominante el de los demandados.

El motivo quinto se formula por infracción de los artículos 389 y 1907 CC y la jurisprudencia de esta sala, con cita de las sentencias de 30 mayo 1992, 28 junio 2005, 19 julio 2007, acerca de la necesaria reparación del muro divisorio de la finca de los demandados.

El artículo 389 CC establece que, si un edificio, pared, columna o cualquier otra construcción amenazase ruina, el propietario está obligado a su demolición, o a ejecutar las obras necesarias para evitar su caída. Por otro lado, el 1907 CC dispone que el propietario de un edificio es responsable de los daños que resulten de su ruina de todo o parte de él, si ésta sobreviniere por falta de las reparaciones necesarias.

La sentencia impugnada dice al respecto (fundamento de derecho cuarto «in fine») lo siguiente:

«podemos concluir que no se ha probado que el muro en cuestión se encuentre en mal estado, hasta el punto de amenazar la seguridad de las personas o dañar la parcela del actor. Los desprendimientos del enfoscado obedecen a los propios materiales de los que está construido, o incluso al influjo del mar por la proximidad de la línea de costa. Pero no son suficientes como para que pueda prosperar la petición que se contiene en la demanda».

La dictada en primera instancia decía que:

«en este momento el muro no tiene problemas estructurales ni amenaza ruina, sin perjuicio de las obligaciones de conservación que tiene el propietario. Así, en el acto de la vista manifestó el testigo-perito autor del informe que en la parte en la que hay mayor desnivel entre las propiedades (que es la que podría plantear mayores problemas), al estar la piscina se forma un muro artificial entre el vaso de la piscina y el muro en cuestión, lo que hace casi de muralla y permite que el muro esté en pie, añadiendo que al existir solado no hay filtraciones. Por tanto, basándonos fundamentalmente en este informe, pero poniéndolo en relación con lo señalado en los otros y expuesto con anterioridad, se ha de concluir que el muro construido por los demandados y que linda con la propiedad del demandante no amenaza ruina y, por tanto, y en aplicación del artículo 389 del Código Civil, no procede su demolición. Y ello sin perjuicio de que, variadas en un futuro estas circunstancias, el actor pudiera instar nueva acción, si concurrieran los requisitos para ello, o ejercitar las acciones tendentes a obtener el resarcimiento de los daños que se le produzcan, si llegaran a producirse».

En consecuencia hemos de remitirnos a lo razonado al resolver sobre el segundo de los motivos por infracción procesal que, como allí se dijo, viene a combatir la valoración probatoria sobre la prueba pericial, cuando ésta se ha realizado de modo conjunto teniendo en cuenta los informes obrantes en autos de los que tanto el Juzgado como la Audiencia han llegado a la conclusión de que en este momento no es necesaria la reconstrucción del muro, si bien lógicamente requerirá de las oportunas medidas de conservación tras la necesaria comprobación del estado del mismo según la carga que soporta, tal como señaló la sentencia de primera instancia.

**QUINTO.-** De lo anterior resulta la procedencia de desestimar el recurso por infracción procesal y estimar en parte el recurso de casación, con imposición a la recurrente de las costas causadas por el primero de los recursos con pérdida del depósito constituido, sin especial pronunciamiento sobre las costas causadas por el segundo ( artículo 394 y 398 LEC).

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

- 1.º- Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por el demandante, don Teodosio , contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.ª) con fecha 15 de julio de 2015 en el Rollo de Apelación n.º 593/2014.
- 2.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por dicho demandante contra la referida sentencia.
- 3.º- Casar parcialmente la sentencia recurrida a los solos efectos de declarar, con estimación parcial de la demanda, que la finca propiedad de la parte demandante no está sujeta a servidumbre alguna en que sea predio dominante la finca de los demandados.
- 4.º- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas causadas por el recurso de infracción procesal, con pérdida del depósito constituido.
- 5.º- No hacer imposición de las costas causadas por el recurso de casación, con devolución a la recurrente del depósito constituido para su interposición.



Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ