

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON
SALA CIVIL Y PENAL
ZARAGOZA

Recurso de Casación e Infracción Procesal núm. 50 de 2012

S E N T E N C I A N U M . D I E Z

Excmo. Sr. Presidente /
D. Fernando Zubiri de Salinas /
Ilmos. Sres. Magistrados /
D. Luis Ignacio Pastor Eixarch /
D. Emilio Molins García-Atance /
D^a. Carmen Samanes Ara /
D. Ignacio Martínez Lasierra /

En Zaragoza, a diecinueve de febrero de dos mil trece.

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 50/2012 interpuesto contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de fecha 24 de julio de 2012, recaída en el rollo de apelación número 357/2012, dimanante de autos de Procedimiento Ordinario 127/2011, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Daroca, en el que son partes, como recurrentes, D^a. Pilar y D. Teodoro, representados por la Procuradora de los Tribunales D^a. M^a Jesús Sancho Arnal y dirigidos por el Letrado D. Anselmo Loscertales Palomar y como parte recurrida D. Martín y D^a Francisca, representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. Ana M^a Juberías Hernández y dirigidos por la letrada D^a. Begoña Iñíguez Escobar.

Es Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. Carmen Samanes Ara.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Procuradora de los Tribunales D^a. María Jesús Sancho Arnal, actuando en nombre y representación de D^a. Pilar y D. Teodoro, presentó demanda de juicio ordinario contra D. Martín y D^a Francisca, en base a los hechos y fundamentos de derecho que expresó en su escrito y suplicando que: *“...dicte Sentencia por la que estimando íntegramente la demanda declare la responsabilidad de los demandados en las afectaciones sufridas en el edificio de mis mandantes y reseñadas a lo largo de la demanda, y, en consecuencia, condene a los demandados a realizar las obligaciones de hacer recogidas en el informe técnico realizado por el Arquitecto D. Francisco Pérez Arbués, de acuerdo al Proyecto Técnico que se redacte por Técnico competente a designar en ejecución de Sentencia, con las variaciones técnicas a que hubiere lugar y bajo la dirección técnica del mismo –incluyendo el certificado de fin de obra-, a sus exclusivas costas; con expresa imposición de las costas a la parte demandada”*.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda, se acordó dar traslado a las partes contrarias emplazándolas para que comparecieran en los autos en el plazo de 20 días y la contestaran. Por la Procuradora Sra. Juberías Hernández en representación de D. Martín y D^a Francisca se presentó escrito de contestación a la demanda interpuesta de contrario, solicitando se dictara sentencia absolviendo a sus patrocinados.

TERCERO.- Tras la sustanciación del procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia de Daroca dictó sentencia con fecha 9 de abril de 2012 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *“FALLO: Estimo parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Sancho, en nombre y representación de D. Teodoro y D^a Pilar frente a D. Martín y D^a Francisca, obligando a los demandados a la demolición de la fábrica construida sobre el muro del edificio de la C/, para asentarla en el solar propio de la C/, de conformidad con el proyecto técnico que se redacte por el técnico competente a designar en ejecución de sentencia, bajo su dirección técnica, todo ello a costa de los demandados y todo ello en el plazo de 1 año. Se*

absuelve a los demandados del resto de las pretensiones. No se hace expresa imposición de costas”.

CUARTO.- Interpuesto por la Procuradora Sra. Juberías Hernández , en tiempo y forma, recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Daroca, se dio traslado del mismo a la parte contraria, que presentó el oportuno escrito de oposición al recurso. Elevadas las actuaciones a la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2012, cuya parte dispositiva es del siguiente literal: *“FALLO: Que estimando el recurso de apelación formulado por los apelantes D. MARTÍN Y D^a. FRANCISCA contra la sentencia de fecha 9 de abril de 2012, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de Primera Instancia de Daroca, en los autos número 127/2011, debemos confirmar la resolución recurrida en todos sus extremos en tanto no se ejercite por los demandados la facultad reconocida en el art. 578 del Cc. Todo ello sin declaración de las costas ni en la instancia ni en la apelación”.*

QUINTO.- La representación legal de D. Teodoro y D^a Pilar presentó en tiempo y forma escrito interponiendo recursos de Casación y extraordinario por Infracción Procesal contra dicha sentencia que los basó en los siguientes motivos: Recurso extraordinario por Infracción Procesal.- Al amparo del art. 469.1.2º de la LEC, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, por vulneración de los artículos 216, 218.1, 465.5 y 413 del mismo texto. Recurso de casación.- Al amparo del art. 1 de la Ley 4/2005 sobre casación foral aragonesa y del art. 477.1 de la LEC, por infracción -indebida aplicación- del art. 547.2 y 545.1 del Código de Derecho Foral de Aragón, y Disposición Transitoria 23^a de dicho texto legal; y por infracción del art. 2.3 del Código Civil, en relación con el art. 573.1º del mismo texto.

Una vez que la Audiencia Provincial los tuvo por interpuestos, acordó el emplazamiento de las partes ante esta Sala y la remisión de las actuaciones.

SEXTO.- Recibidos los autos en esta Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Aragón y comparecidas las partes, se dictó en fecha 2 de noviembre de 2012 auto por el que se acordó declarar la competencia de

esta Sala para el conocimiento de los recursos interpuestos y admitirlos a trámite. Y se dio traslado a la parte contraria para formalizar oposición, si lo estimare pertinente, lo que hizo dentro de plazo.

No habiéndose solicitado por las partes la celebración de vista, y no considerándose por la Sala necesaria, se señaló para la Votación y Fallo el día 30 de enero de 2013.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los actores son titulares de una finca urbana sita en la localidad de Anento y colindante con la de los demandados. En la demanda se ejercitó (junto con otras que no son de interés para el recurso que nos ocupa) acción reivindicatoria fundada en la alegación de que aquéllos, al realizar una obra de nueva planta previa liberación del solar de construcciones anteriores, invadieron el muro de cierre de la vivienda de los actores, por lo que se postuló la demolición de lo indebidamente construido. La defensa de la contraparte se fundamentó, en esencia, por un lado en la alegación de que el muro en cuestión no era propiedad de los actores sino medianero, y por otro lado en la de que dicho muro no se había visto afectado por la obra, al ser la construcción autosustentante. El escrito de contestación terminó pidiendo la desestimación íntegra de la demanda y la absolución de los demandados.

La sentencia de primera instancia, estimando la demanda en lo referente a la existencia de ocupación del muro colindante entre las fincas de ambas partes, condenó a la demandada a la demolición de lo construido sobre dicho muro, al determinar que éste era propiedad de los actores. Se negó la existencia de medianería sin hacer distinciones entre los distintos tramos del muro tras establecer, entre otras cuestiones, que la existencia de una ventana abierta en el muro constituía un signo contrario a la presunción de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 573 del Código Civil (en adelante Cc).

Recurrida la sentencia, el tribunal de apelación estimó acreditada la medianería en el muro litigioso hasta lo que en origen fue el punto común de elevación, muro que fue después sobreelevado por los actores en lo que constituye actualmente la segunda planta de su vivienda. Se determinó ese carácter medianero al amparo de lo previsto en el artículo 572.1º del Cc tras considerar, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 547.2 del Código de Derecho Foral de Aragón, que la existencia de una ventana no es signo contrario a la presunción de medianería. Se tuvieron en cuenta, además, otros elementos probatorios. Así, la apreciación del perito judicial en el sentido de que la construcción originaria de los demandados cargaba, aunque no con carácter principal, sobre el muro en litigio; la prueba documental aportada con la contestación a la demanda, en concreto de la factura suscrita por el albañil Sr. Valero (y reconocida por él en el juicio) en la que cargaba a la madre de la demandada, Doña Juana, la mitad del importe de la actuación realizada sobre el muro bajo el concepto “medianil de Teodoro y Juana”; finalmente, el burofax que los actores remitieron a los demandados y de cuyos términos se desprendía el reconocimiento, por aquellos, del carácter medianero del muro.

Sentado lo anterior, la sentencia ahora recurrida establece que la parte del muro elevada por los actores en la planta segunda (bajo cubierta) es propiedad exclusiva de éstos, con lo que entiende que no cabe duda de que se produce una invasión del muro privativo del actor y añade: *en estos términos el recurso debía ser desestimado, pero no es menos cierto que los demandados tienen la facultad inherente a todos los copropietarios de la medianería original, de adquirir los derechos de medianería sobre el muro elevado por uno solo de los propietarios pagando proporcionalmente el importe de la obra y el valor del terreno.* Y después de expresar que esa facultad ni prescribe ni caduca, pudiendo ser impuesta contra la voluntad del copropietario que alzó el muro, de modo –según señala– que si se ejercita por los demandados dejará de existir la inmisión, razona que el recurso ha de ser parcialmente admitido en el sentido de estimar que, si bien no existe una situación de medianería actual, la facultad de configuración jurídica atribuida a los demandados *cuando sea debidamente ejercitada* puede hacer desaparecer la inmisión

denunciada. Ello da lugar, como pone de relieve el recurrente en casación, al tenor del fallo que ha quedado recogido en los antecedentes de la presente sentencia: ... *debemos confirmar la resolución recurrida en todos sus extremos en tanto no se ejercite por los demandados la facultad reconocida en el art. 578 del Cc.*

SEGUNDO.- El primero de los motivos de infracción procesal se interpone al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, al considerar la parte que se ha incurrido en incongruencia “extra petita”, vulnerándose el principio que imponen los artículos 216, 218.1 y 465.5 de aquélla. Expresa la parte recurrente que la sentencia ha rebasado el objeto del proceso, cuya delimitación corresponde a las partes, en la medida en que ha resuelto un aspecto que no se planteó en la primera instancia ni en el recurso de apelación. Y refiere que en el suplico de la contestación a la demanda se pidió únicamente la desestimación de ésta y absolución para los demandados sin que la parte demandada ejercitara, vía reconvencción, pretensión alguna y sin que ejercitara la facultad prevista en el artículo 578 del Cc al que ha acudido la sentencia impugnada. Si la sentencia recurrida hubiera respetado el principio de congruencia, debería – sostiene la parte- haber desestimado el recurso y confirmado íntegramente la sentencia de instancia, incluyendo la obligación de demolición que ésta contenía.

TERCERO.- Conviene, en primer lugar, precisar el alcance y significado del principio de congruencia. Ésta, como nos recuerda reiterada jurisprudencia –SSTS de 16 de marzo y 18 de junio de 2007, 17 de marzo de 2008, 20 de mayo de 2009 entre otras muchas-, consiste en el ajuste o adecuación entre la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente de lo que hubiera sido pretendido. La sentencia de 28 de junio de 2004 citada por el propio recurrente indica que la resolución

no puede acordar cosa distinta de lo pretendido por unas y otras partes. La STS de 26 de febrero de 2008 precisa que la congruencia o incongruencia de una resolución judicial ha de apreciarse confrontando o poniendo en relación lo pedido por las partes con lo acordado o resuelto por el juez.

El suplico del escrito de interposición del recurso de apelación terminaba interesando una declaración de que *el muro objeto de debate es medianil, y absolviendo por ello a mis representados de la condena de demoler parte de su vivienda...* En efecto, y tal como observa la recurrente, no se ejercitó facultad alguna (no pidiéndose en consecuencia, la condena de los apelados a soportarla). Sostiene la parte recurrida en su escrito de oposición que invocó el artículo 578 del Cc al contestar a la demanda, pero lo cierto es que no sólo no lo hizo en apoyo de un afirmado derecho suyo a la adquisición de la medianería, sino que, sobre la alegación de que fue precisamente ella quien mejoró o dio mayor espesor al muro medianero (en el tramo del que la sentencia niega ese carácter) concluyó que los actores podrían adquirir los derechos previo pago del importe proporcional de la obra.

Como ha quedado dicho, los dos términos de la comparación que ha de llevarse a cabo para determinar si hay o no congruencia son, del lado de las partes, lo que se pide; del lado de la sentencia, lo que se concede. Efectuada esta comparación, se observa que el inciso con el que la parte muestra su disconformidad nada otorga. El fallo no contiene condena alguna a los ahora recurrentes y tampoco absuelve a la parte demandada. Desde esta óptica, podríamos afirmar que no hay incongruencia, aunque pudiera apreciarse una cierta oscuridad. Sucede, sin embargo, que la parte dispositiva de la sentencia supedita el pronunciamiento que ordena la demolición al no ejercicio de la facultad del artículo 578. Y eso es tanto como decir que el efecto jurídico declarado a favor de la actora (la obligación de demoler a cargo de los demandados) puede verse excluido en el caso de que efectivamente se ejercite la tan repetida facultad (aunque no se precisa hasta qué momento cabe esa posibilidad, ni tampoco si ese eventual ejercicio ha de ser extraprocesal o procesal). Con ello, se introduce en el litigio una cuestión no planteada por la demandada, que es a quien hubiera correspondido hacerlo.

Como se ha indicado antes, en el fundamento de derecho tercero se precisa que tal facultad no prescribe ni caduca, de modo que conforme al tenor del fallo la demandada puede, todavía, a pesar de haberse consumado la inmisión, ejercitar la facultad, estando aún a tiempo de hacerlo. No sólo eso, sino que la sentencia da por sentado que el uso del muro que han efectuado los demandados está dentro de los límites que contempla el artículo 579 del Cc, ya que razona que, si se amplía forzosamente la servidumbre ... *dejará la inmisión de existir para pasar a ser el legítimo ejercicio de un derecho de copropiedad sobre el objeto, la pared medianera*. Semejante aseveración no se ha visto precedida del oportuno debate procesal, con lo que se produce indefensión del demandante, que no ha podido combatirlo. Desde este punto de vista, considera la Sala que se ha producido vulneración del principio de rogación y por ende la incongruencia denunciada, con la consecuencia obligada de la estimación de este motivo de recurso.

En aplicación de lo establecido en la Disposición Final 16^a, apartado 1, regla 7^a, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, habiéndose estimado el motivo de infracción procesal interpuesto, procede, asumiendo la instancia, dictar nueva sentencia, lo que se efectúa ahora dictando otra en los mismos términos que la anulada, pero eliminando el añadido “en tanto no se ejercite por los demandados la facultad reconocida en el art. 578 del Cc.” Resultando ya innecesario examinar el motivo de casación.

CUARTO.- No procede hacer imposición de costas causadas en el presente recurso dado el contenido del presente fallo, ni en las de la instancia, dadas las dudas que el caso ha presentado.

Vistos los artículos legales y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO:

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso por motivo de infracción procesal interpuesto por la representación procesal

de D. Teodoro y D^a Pilar contra la sentencia dictada el día 24 de julio de 2012 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Zaragoza que anulamos, dejándola sin efecto.

SEGUNDO.- En su lugar, dictamos nueva sentencia, lo que se efectúa dictando otra en los mismos términos que la anulada, pero eliminando el añadido “en tanto no se ejercite por los demandados la facultad reconocida en el art. 578 del Cc.”

TERCERO.- No se hace expresa imposición de las costas causadas en el presente recurso, ni en las de la instancia.

CUARTO.- Devuélvase el depósito constituido.

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

Se pone en conocimiento de las partes que contra esta sentencia no cabe recurso alguno.

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