



Roj: STS 2486/2014
Id Cendoj: 28079110012014100298
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1010/2012
Nº de Resolución: 358/2014
Procedimiento: Casación
Ponente: XAVIER O'CALLAGHAN MUÑOZ
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados el recurso de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén como consecuencia de autos de juicio de juicio ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Ubeda, cuyo recurso fue interpuesto por la Procuradora Doña Margarita L. Contreras Herradón, en nombre y representación de Don Saturnino y Doña Montserrat ; siendo parte recurrida el Procurador Don Antonio Luis Roncero Contreras, en nombre y representación de Don Carlos José y Doña Tomasa .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La Procuradora Dª Carmen Cátedra Rascón, en nombre y representación de Don Saturnino y Doña Montserrat , interpuso demanda de juicio ordinario contra Don Carlos José y Doña Tomasa y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al juzgado se dictara sentencia *por la que estimando íntegramente la presente demanda, SE DECLARE Y CONDENE: 1º) Que el muro antiguo divisorio de la casa de los actores y la casa de los demandados es medianero. 2º) La obligación de los demandados y su condena a retranquear los muros de su nueva construcción, de tal forma que se respete el grosor de los muros medianeros invadidos, con relleno de hormigón del hueco resultante, al objeto de conseguir una separación-división, aislamiento térmico y acústico para ambas viviendas, cuya función desempeñaba el anterior muro medianero. Y de forma subsidiaria, que los demandados retranqueen los muros de su nueva construcción, al 50% del grosor del anterior muro medianero, es decir, al eje longitudinal del mismo, rellenando de hormigón el espacio el hueco del otro 50% correspondiente al derecho de los actores sobre el muro medianero. Todo ello bajo la supervisión del técnico Don Ángel , 3º) Se condene a los demandados a reparar a su costa y cargo los daños (grietas y humedades) ocasionados en la vivienda de los actores, en la forma indicada por el informe técnico aportado por esta parte. 4º). Se condene a los demandados al pago íntegro de las costas.*

2.- La Procuradora Dª Mª Dolores Mola Tallada, en nombre y representación de Don Carlos José y Doña Tomasa , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que *estimando la excepción de prescripción de la acción de reclamación de daños, y en todo caso, aún entrando a conocer el fondo del asunto tanto sobre esta acción como sobre la declarativa de medianería, desestime íntegramente la demanda presentada por la procuradora Sra. Cátedra Rascón en nombre y representación de don Saturnino y doña Montserrat , absolviendo de la misma a don Carlos José y a doña Tomasa , todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte actora.*

3.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. El lltre. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Baeza dictó sentencia en fecha 16 de septiembre de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que desestimando la excepción procesal de prescripción de la acción formulada por la procuradora Sra. Mola Tallada, en nombre y representación de Don Carlos José y Doña Tomasa , y estimando la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Cátedra Rascón, en nombre y representación de Don Saturnino y Doña Montserrat , contra Don Carlos José y*

Doña Tomasa , representados por la procuradora Sra. Mola Tallada, debo declarar y declaro que el muro antiguo divisorio de la casa de los actores y de la casa de los demandados es medianero condenando a éstos a estar y pasar por dicha declaración y a que realicen las obras necesarias para la demolición de los tabiques ejecutados y el retranqueo al menos hasta el 50% de la dimensión del antiguo muro medianero, con la ejecución de dos tabiques de medio pie uno para cada propietario colindante utilizando para ello material cerámico fono- absorbente que cumpla con el código técnico de edificación o bien aportando a la cámara material fono-absorbente, así como a reparar a su costa y cargo los daños existentes en la propiedad de los actores y consistentes en manchas de humedad y grietas en habitaciones y aljibe del sótano y desprendimiento de bocateja, siendo necesario para su reparación la aplicación de pintura plástica para la eliminación de los restos de humedad; reparación de la grietas en el aljibe y habitaciones por medio de picado, relleno con mortero y pintado final y el relleno de bocateja del muro medianero, lo que unido a la mano de obra para su ejecución e IVA correspondiente ascendería a la suma de 1.637,84 euros y todo ello bajo la supervisión y dirección técnica del perito Sr. Ángel , así como a las costas procesales causadas

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación contra la anterior sentencia por la representación procesal de Don Carlos José y Doña Tomasa , la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, dictó sentencia con fecha 17 de febrero de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: *Que ESTIMANDOSE PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia único de BAEZA con fecha 16 de Septiembre de 2011 en autos de Juicio ORDINARIO seguidos en dicho Juzgado con el número 788 del año 2010, debemos de REVOCAR y REVOCAMOS PARCIALMENTE la referida Sentencia en el sentido de estimar parcialmente la demanda presentada condenando a los demandados a reparar a su costa los daños existentes en la propiedad de los actores descritos en el informe pericial acompañado a la demanda y valorados en 1.637,84 #, desestimando la acción ejercitada con respecto a la medianería que existía entre ambas propiedades, sin imposición de costas en ambas instancias, y devolución del depósito.*

TERCERO .- 1.- La procuradora Dª Lourdes Romero Martín, en nombre y representación de D. Saturnino y Dª Montserrat , interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes **MOTIVO DE CASACION: UNICO** .- Conforme al artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso.

2.- Por Auto de fecha 8 de enero de 2013, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

3 .- Evacuado el traslado conferido, el Procurador Don Antonio Luis Roncero Contreras, en nombre y representación de Don Carlos José y Doña Tomasa presentó escrito de oposición al recurso interpuesto.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de junio de 2014, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- 1.- La cuestión jurídica que aquí se plantea, desde el inicio del proceso, gira alrededor de la medianería entre dos viviendas, como cierta comunidad de los propietarios de predios contiguos sobre elementos -como el muro- que media entre ambos. El Código civil lo califica de servidumbre, pero no hay predio dominante y predio sirviente, sino que ambos tienen cierta comunidad de utilización y así lo reconoce la sentencia de 13 febrero 2007 ; también es cierto que la terminología no siempre es exacta, ni puede determinar la calificación de las instituciones. Se plantea el tema de la renuncia, como extinción de la medianería, tanto en el proceso, como especialmente en el recurso de casación. Es muy escasa la jurisprudencia sobre esta cuestión: la sentencia de 23 marzo 1968 resuelve el caso, parecido al presente, de renuncia a la medianería por demolición del muro medianero, que produjo daños en el predio vecino y la de 20 julio de 1990 que dice:

"la facultad de renunciar a la medianería que se contempla en nuestro Código civil da lugar a dos tipos distintos que sólo tienen en común el efecto extintivo: el art. 575, párrafo 2 .º, contempla una «renuncia liberatoria» para dispensarse de contribuir a los gastos de construcción y mantenimiento de la pared, seto, zanja o vallado; y la del alegado art. 576, que es una renuncia por dejar de convenirle a uno de los propietarios de la pared medianera, porque «quiere derribar su edificio», en cuyo caso debe cargar con todas las reparaciones y obras necesarias para evitar los daños que el derribo pueda ocasionar a la pared medianera, sin que quepa excluir los derivados de no haber reparado a su tiempo y debidamente la pared medianera que por definición colinda y sirve de soporte a otra propiedad y cuyo derribo puede afectar, ya sea a la pared

medianera en que aquél se apoya (art. 576 C.C .) ya al edificio colindante por extensión o consecuencia de aquella falta de previsión o cuidados (art. 1902 C.C .), en cuyo caso hay que conectar el supuesto de que se trata con el más genérico art. 1902 C.C ., el cual, con acción constreñida en el tiempo a un solo año, no impide una cierta compatibilidad sustantiva por absorción con el más específico art. 576 C.C "

2.- La demanda formulada por los hoy recurrentes don Saturnino y doña Montserrat tiene un primer pedimento principal que se refiere a la medianería y uno subsidiario que prescinde de la antigua medianería y un segundo pedimento principal, que interesa la reparación de los daños.

La sentencia de primera instancia, del Juzgado de Baeza, de 16 septiembre 2011 , estima la demanda haciendo la declaración de medianería y la condena a reparar, con una serie de detalles que no habían sido solicitados en el suplico de la demanda.

Cuya sentencia fue revocada por la Audiencia Provincial, Sección 3ª, de Jaén 17 febrero 2012 que estimó la demanda solamente en el sentido de condena a reparar los daños.

SEGUNDO .- 1.- Al haber desestimado la sentencia de la Audiencia Provincial la acción ejercitada con respecto a la medianería, la parte demandante ha formulado el presente recurso de casación centrado exclusivamente en ésta. Las partes se han aquietado ante la condena a reparar los daños y ante el rechazo de la excepción de prescripción.

La acción declarativa de medianería, como tantas otras, se basa en los hechos probados, apenas hay cuestión jurídica en esta Sala, que no es tercera instancia y debe aceptar la relación fáctica aprobada, tal como la ha declarado la sentencia de la Audiencia Provincial. Dice que en 1984, se...

"...procedió a la demolición de su vivienda y construcción de una nueva, dejando de utilizar dicho muro y construyendo de forma anexa al mismo, pero independiente, unos nuevos muros de cerramiento."

Y añade, insertando en los hechos, la cuestión jurídica que también se ventila:

"A diferencia de lo sostenido en la resolución recurrida la renuncia a la medianería no ha de ser expresa, sino que puede ser tácita. Es admisible en definitiva la voluntad renunciativa en la renuncia tácita, pero para que ésta pueda tenerse por tal ha de ser clara, terminante e inequívoca, con expresión indiscutible del criterio de voluntad determinante de la misma, debiendo aparecer de actos concluyentes, S.T.S. de 27 de febrero de 1.989 .En el caso de autos resulta que la parte actora levantó su edificación sin que encuentre sostén en la pared medianera y construyendo en su terreno, despreocupándose absolutamente del muro medianero que además estaba en estado ruinoso. Por ello, en virtud de los arts. 573.2 , 575.2 y 576 del Código civil , hay que entender que ha tenido lugar una renuncia a la medianería, aunque tácita, ya que se ha construido por el demandado nuevo muro y exclusivamente en su terreno".

2.- Con lo cual se llega a la cuestión jurídica, realmente la única, que se plantea, que no es otra que si cabe renuncia tácita. La jurisprudencia (en el recurso de casación se cita una sola sentencia del Tribunal Supremo; es decir, no cita jurisprudencia) exige claridad en ella, que sea inequívoca y terminante, *"sin que quepa deducirla de conductas de dudoso significado"* : sentencias numerosas desde la de 4 octubre 1962 hasta la de 30 octubre 2001 y más tarde: las sentencias del 7 diciembre 1963 , 16 octubre 1987 y 26 mayo 2009 admiten que la renuncia puede ser expresa o tácita, la última de las señaladas dice literalmente que *"la renuncia de derecho es un negocio jurídico de carácter unilateral que se asienta en una declaración de voluntad -expresa o tácita- del titular del derecho..."*

Es decir, una jurisprudencia reiterada exige que la renuncia sea clara e indudable; puede ser expresa o tácita, pero no cabe imaginarla de hechos dudosos y que no sean inequívocos. Así, la sentencia de instancia deduce de hechos tan inequívocos como demoler una casa y dejar de utilizar el muro medianero al construir otro no medianero propio de la nueva casa (hecho probado).

3.- En el recurso de casación formulado en dos motivos, no cita norma infligida, como exige el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , sino expone el interés casacional, conforme el mismo artículo 477, apartado 2 ("serán recurribles...") número 3º y apartado 3 ("interés casacional").

Se citan en el motivo primero dos sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias que no se pronuncian en caso análogo, sino que "no es posible la renuncia si la pared sostiene un edificio del recurrente" o si el muro medianero "actúa como revestimiento exterior del inmueble o como aislante del mismo de forma que permanece la utilidad del muro como medianero". No es el caso de autos en que desde tiempo ha (1984) se ha levantado el edificio sin apoyo y con separación de lo que fue en su día muro medianero del que se ha prescindido y renunciado por lo cual, se desestima el motivo primero.

En el motivo segundo se cita una sola sentencia de esta Sala que reitera una doctrina jurisprudencial indiscutida, que consiste en que la renuncia ha de ser clara, terminante e inequívoca. Lo cual es cierto y no se plantea. En el caso presente, lo que se discute y se debe resolver es que, de acuerdo con la propia jurisprudencia, la demolición de un edificio y la ausencia de forma definitiva de todo apoyo e incluso contacto con el muro intermedio o medianero, constituye la renuncia a que se refiere el segundo párrafo del artículo 575 en relación con el artículo 576 del Código civil . Renuncia, negocio jurídico unilateral, sujeto a todos los elementos y caracteres del mismo, entre los que se encuentra la declaración de voluntad tácita.

TERCERO .- **1.-** En definitiva, se debe entender que cabe la renuncia tácita en la comunidad de medianería, no tanto con carácter general, sino cuando -como en el caso presente- se prescinde de ella, tras una demolición, quedando la nueva edificación separada de ella y, esencialmente, queda fuera de una comunidad de utilización, ya que efectivamente no se utiliza ni hay comunidad. Tal como dice la sentencia recurrida, aparte de los daños que pudieran haberse producido y que no se discuten en este proceso:

"La posibilidad de renunciar es lógica consecuencia de la falta de utilidad del elemento común, cuando éste no le presta ya servicio alguno tras derribar su edificio".

2.- En consecuencia de todo lo anterior, se desestima el recurso de casación y se confirma la sentencia recurrida, con la imposición de costas que establece el artículo 398.1 en su remisión al artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Primero .- QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de Don Saturnino y Doña Montserrat , contra la sentencia dictada por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Jaén, en fecha 17 de febrero de 2012 , que SE CONFIRMA.

Segundo .- Se condena al pago de las costas a la parte recurrente.

Tercero.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo 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 Jose Antonio Seijas Quintana Francisco Javier Arroyo Fiestas Francisco Javier Orduña Moreno Xavier O'Callaghan Muñoz** 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 Secretario de la misma, certifico.