

EDJ 2009/367069

Audiencia Provincial de Valencia, sec. 7ª, S 2-12-2009, nº 663/2009, rec. 634/2009

Pte: Ibáñez Solaz, María

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.219 , art.287 , art.394.2 , art.398.1

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.11.1 , art.87.2

CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
art.10.1 , art.14 , art.18.2 , art.24.2

RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.40 , art.350 , art.579

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO
FUNDAMENTOS DE DERECHO
FALLO

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

DOCUMENTOS

DOCUMENTOS PRIVADOS

Fuerza probatoria

DOMICILIO

PERSONAS FÍSICAS

MEDIANERÍA

MODIFICACIONES

SERVIDUMBRES

SERVIDUMBRE DE LUCES Y VISTAS

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

Legislación

Aplica art.219, art.287, art.394.2, art.398.1 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Aplica art.11, art.87.2 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Aplica art.10.1, art.14, art.18, art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Aplica art.40, art.350, art.579 de RD de 24 julio 1889. Código Civil

Bibliografía

Comentada en "La prueba ilícita en el proceso civil"

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En dichos autos, por el Ilmo. Sr. Juez del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCION NUMERO 2 DE SAGUNTO, con fecha 22 de abril de 2.009, se dictó la sentencia cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLO: Que DESESTIMANDO COMO DESESTIMO la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. DE RAFAEL, en nombre y representación de D. Sabino y de Dª Silvia, contra D. Teodoro, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO al demandado de todas y cada una de las pretensiones de la parte actora, con expresa imposición de las costas a la parte actora".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, por la representación de la parte actora se interpuso recurso de apelación, y previo emplazamiento de las partes se remitieron los autos a esta Audiencia, en donde comparecieron las partes personadas. Se ha tramitado el recurso, acordándose el día 11 de noviembre de 2.009 para Votación y Fallo, en que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones y formalidades legales en materia de procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia dictada en la instancia que desestima íntegramente la demandada formulada por el Sr. Sabino y la Sra. Silvia, recurren ambos que alegando error en la valoración de la prueba y en la aplicación del derecho viendo a reiterar la procedencia de la estimación de su demanda y las pretensiones en ella deducidas a lo que se opone el demandado Sr. Teodoro que defiende la tesis de la sentencia.

A continuación examinaremos cada uno de las pretensiones deducidas, comenzando con la relativa a la validez de la prueba documental consistente en algunas de las fotografías incorporadas al Acta Notarial aportada por los actores.

SEGUNDO.- Valoración de la prueba consistente en fotografías números 4 y 5 incorporadas al Acta Notarial de fecha 22 de mayo de 2007.

Los actores aportaron con su demanda un Acta Notarial de presencia levantada en fecha 22 de mayo de 2007 por la notaria Sra. Moran San Juan, a la que se incorporan ocho fotografías. Según dicha acta las fotografías se aportan por el actor requirente Sr. Sabino, y su contenido literal es el siguiente: " Las fotografías números uno, dos y tres, que están tomadas desde la calle Cirilo Amorós, muestran por donde discurre la pared medianera que separa la dos casas, la de la izquierda, propiedad del requirente y la de la derecha, donde se están realizando las obras; en la primera de las fotografías, tomada a nivel de suelo, se puede observar con una línea trazada a lápiz en la pared, donde está situada la mitad del grosor de la pared medianera, y en las otras dos fotografías, que están tomadas una a media altura y la otra hacia la parte más alta, respectivamente, se puede observar como no se ha respetado esa línea que marca el eje central de la pared medianera, sino que, al realizar las obras, éstas se han ido abriendo hacia la izquierda invadiendo la mitad de la pared medianera correspondiente a la casa del requirente. La fotografía número cuatro, que está tomada desde el interior de las obras, muestra el espesor o grosor de la pared medianera originaria. Además manifiesta el requirente que en el interior de su casa, las dos dependencias que lindan con dicha pared medianera desde aproximadamente el centro de la casa hasta el lindero del fondo, que son la cocina y el corral, están unos metros retiradas de dicha pared medianera, es decir, que no se encuentran en línea recta con las dos habitaciones que aparecen situadas desde dicho centro hasta la línea exterior de la calle, sino que aproximadamente el lugar ocupado por la chimenea de la casa, que se muestra en la fotografía número siete, existe un ángulo recto o entrante formado por la superficie no ocupada por dichos corral y cocina, y dicha superficie es la que ha sido invadida por las obras de la casa lindante, como se puede observar en las fotografías números cinco y seis, que están tomadas en la parte de arriba de dichas obras a nivel del tejado de la casa del requirente; también se puede observar en dicha fotografía número seis y en la número siete, que como manifiesta el requirente, las obras han ocasionado perjuicios en las tejas y en la chimenea de su propiedad. También manifiesta el requirente que los daños ocasionados en el tejado se han intentado reparar, pero ello no ha impedido que existan en esa zona filtraciones de agua. Y por último en la fotografía número ocho, que está tomada desde la casa colindante con la propiedad del requirente por el lindero del fondo, se puede observar que desde las ventanas y huecos que se han abierto en el patio trasero de la casa que se está construyendo, no se ha respetado la distancia de tres metros hasta la pared o muro que separa esta casa de aquella con la que linda por su parte trasera".

La sentencia ha excluido las fotografías señaladas con los números 4 y 5, al estimar que se tomaron desde el interior de la vivienda, sin autorización del demandado propietario de la finca y suponer una vulneración de derechos fundamentales susceptible de ampararse en la previsión del art. 11 de la LOPJ EDL 1985/8754 , y no un acto tolerable por el demandado.

A este respecto recordar el contenido de los siguientes preceptos:

art. 11 LOPJ EDL 1985/8754 :

"1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe.

No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales.

2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundamentalmente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

3. Los Juzgados y Tribunales, de conformidad con el principio de tutela efectiva consagrado en el art. 24 CE EDL 1978/3879 , deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se les formulen, y sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes."

art. 287 de la Lec EDL 2000/77463 . Ilícitud de la prueba:

"1. Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si se tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba.

A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud Véanse arts. 11.1 LOPJ EDL 1985/8754 y 283.3 de la presente Ley.

2. Contra la resolución a que se refiere el apartado anterior sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva."

art. 18.2 de la CE EDL 1978/3879 :

"2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito."

Y también sobre el concepto de domicilio constitucionalmente protegido la Sentencia del Tribunal Constitucional Pleno, S 17-1-2002 (núm. 10/2002, BOE 34/2002, de 8 de febrero de 2002, rec. 2829/1994. Pte: Casas Baamonde, María Emilia)

"SEXTO.- La Constitución no ofrece una definición expresa del domicilio como objeto de protección del art. 18.2 CE EDL 1978/3879. Sin embargo, este Tribunal ha ido perfilando una noción de domicilio de la persona física cuyo rasgo esencial reside en constituir un ámbito espacial apto para un destino específico, el desarrollo de la vida privada. Este rasgo, que ha sido señalado de forma expresa en Sentencias recientes (SSTC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 4; 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), se encuentra asimismo comprendido en las declaraciones generales efectuadas por este Tribunal sobre la conexión entre el derecho a la inviolabilidad domiciliaria y el derecho a la intimidad personal y familiar, así como en la delimitación negativa que hemos realizado de las características del espacio que ha de considerarse domicilio y de la individualización de espacios que no pueden calificarse de tal a efectos constitucionales.

Con carácter general, como acabamos de recordar, hemos declarado que "el domicilio inviolable es un espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima. Por ello, a través de este derecho no sólo es objeto de protección el espacio físico en sí mismo considerado, sino lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 5; 137/1985, de 17 de octubre, FJ; 69/1999, de 26 de abril, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; 119/2001, de 24 de mayo, FFJJ 5 y 6).

A esta genérica definición hemos añadido una doble consecuencia para el concepto constitucional de domicilio, extraída del carácter instrumental que la protección de la inviolabilidad domiciliaria presenta en la Constitución respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, y deducida también del nexo indisoluble que une ambos derechos: en primer término, que "la idea de domicilio que utiliza el art. 18 de la Constitución EDL 1978/3879 no coincide plenamente con la que se utiliza en materia de Derecho privado y en especial en el art. 40 del Código Civil EDL 1889/1 como punto de localización de la persona o lugar de ejercicio por ésta de sus derechos y obligaciones"; en segundo lugar, que el concepto constitucional de domicilio tiene "mayor amplitud que el concepto jurídico privado o jurídico-administrativo" (SSTC 22/1984, de 17 de febrero, FJ 2; 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y no "admite concepciones reduccionistas -... como las- que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación" (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5).

En una delimitación negativa de las características que ha de tener cualquier espacio para ser considerado domicilio hemos afirmado que ni el carácter cerrado del espacio ni el poder de disposición que sobre el mismo tenga su titular determinan que estemos ante el domicilio constitucionalmente protegido. Y, en sentido inverso, que tampoco la falta de habitualidad en el uso o disfrute impide en todo caso la calificación del espacio como domicilio. Así, hemos declarado que no todo "recinto cerrado merece la consideración de domicilio a efectos constitucionales", y que, en particular, la garantía constitucional de su inviolabilidad no es extensible a "aquellos lugares cerrados que, por su afectación -como ocurre con los almacenes, las fábricas, las oficinas y los locales comerciales (ATC 171/1989, FJ 2)-, tengan un destino o sirvan a cometidos incompatibles con la idea de privacidad" (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ 7). Igualmente, hemos señalado, que "no todo local sobre cuyo acceso posee poder de disposición su titular debe ser considerado como domicilio a los fines de la protección que el art. 18.2 garantiza", pues "la razón que impide esta extensión es que el derecho fundamental aquí considerado no puede confundirse con la protección de la propiedad de los inmuebles ni de otras titularidades reales u obligacionales relativas a dichos bienes que puedan otorgar una facultad de exclusión de los terceros" (STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 2). Y, finalmente, hemos advertido sobre la irrelevancia a efectos constitucionales de la intensidad, periodicidad o habitualidad del uso privado del espacio sí, a partir de otros datos como su situación, destino natural, configuración física, u objetos en él hallados, puede inferirse el efectivo desarrollo de vida privada en el mismo (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5; en sentido similar sobre la irrelevancia de la falta de periodicidad, STEDH 24 de noviembre de 1986, caso *Guillow c. Reino Unido*).

En aplicación de esta genérica doctrina, hemos entendido en concreto que una vivienda es domicilio aun cuando en el momento del registro no esté habitada (STC 94/1999, de 31 de mayo, FJ 5), y, sin embargo, no hemos considerado domicilio los locales destinados a almacén de mercancías (STC 228/1997, de 16 de diciembre, FJ), un bar y un almacén (STC 283/2000, de 27 de noviembre, FJ 2), unas oficinas de una empresa (ATC 171/1989, de 3 de abril), los locales abiertos al público o de negocios (ATC 58/1992, de 2 de marzo), o los restantes edificios o lugares de acceso dependiente del consentimiento de sus titulares a los que el art. 87.2 LOPJ EDL 1985/8754 extiende la necesidad de autorización judicial para su entrada y registro -STC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3 b)-.

SÉPTIMO.- De la jurisprudencia constitucional expuesta se obtiene, como ya hemos anticipado, que el rasgo esencial que define el domicilio a los efectos de la protección dispensada por el art. 18.2 CE EDL 1978/3879 reside en la aptitud para desarrollar en él vida privada y en su destino específico a tal desarrollo aunque sea eventual. Ello significa, en primer término, que su destino o uso constituye el elemento esencial para la delimitación de los espacios constitucionalmente protegidos, de modo que, en principio, son irrelevantes su ubicación, su configuración física, su carácter mueble o inmueble, la existencia o tipo de título jurídico que habilite su uso, o, finalmente, la intensidad y periodicidad con la que se desarrolle la vida privada en el mismo. En segundo lugar, si bien el efectivo desarrollo de vida privada es el factor determinante de la aptitud concreta para que el espacio en el que se desarrolla se considere domicilio, de aquí no se deriva necesariamente que dicha aptitud no pueda inferirse de algunas de estas notas, o de otras, en la medida en que representen características objetivas conforme a las cuales sea posible delimitar los espacios que, en general, pueden y suelen ser utilizados para desarrollar vida privada.

El rasgo esencial que define el domicilio delimita negativamente los espacios que no pueden ser considerados domicilio: de un lado, aquéllos en los que se demuestre de forma efectiva que se han destinado a cualquier actividad distinta a la vida privada, sea dicha actividad comercial, cultural, política, o de cualquier otra índole; de otro, aquéllos que, por sus propias características, nunca podrían ser considerados aptos para desarrollar en ellos vida privada, esto es, los espacios abiertos. En este sentido resulta necesario precisar que, si bien no todo espacio cerrado constituye domicilio, ni deja de serlo una vivienda por estar circunstancialmente abierta, sin embargo, es consustancial a la noción de vida privada y, por tanto, al tipo de uso que define el domicilio, el carácter acotado respecto del exterior del espacio en el que se desarrolla. El propio carácter instrumental de la protección constitucional del domicilio respecto de la protección

de la intimidad personal y familiar exige que, con independencia de la configuración física del espacio, sus signos externos revelen la clara voluntad de su titular de excluir dicho espacio y la actividad en él desarrollada del conocimiento e intromisiones de terceros."

Añadir que consolidada doctrina del T. C. ha dicho que "los medios de prueba no pueden hacerse valer, ni pueden ser admitidos, si se han obtenido con violación de derechos fundamentales (SSTC 114/1984, de 29 de noviembre, 107/1985, de 7 de octubre, 64/1986, de 21 de mayo, 80/1991, de 15 de abril, 85/1994, de 14 de marzo, 181/1995, de 11 de diciembre E, 49/1996, de 26 de marzo, 81/1998, de 2 de abril, y 49/1999, de 5 de abril). Esta interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que dicha admisión entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías y a la igualdad de las partes (arts. 24.2 y 14 CE EDL 1978/3879), y se basa, asimismo, en la posición preferente de los derechos fundamentales en el Ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables (art. 10.1 CE EDL 1978/3879). Para decirlo con las palabras expresadas en la STC 114/1984 4, antes citada, constatada la inadmisibilidad de las pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales, su recepción procesal implica una ignorancia de las garantías propias al proceso (art. 24.2 de la Constitución EDL 1978/3879 EDL1978/3879) implicando también una inaceptable confirmación institucional de la desigualdad entre las partes en el juicio (art. 14 de la Constitución EDL 1978/3879), desigualdad que se ha procurado antijurídicamente en su provecho quien ha recabado instrumentos probatorios en desprecio a los derechos fundamentales de otro."

Aplicando la doctrina legal y jurisprudencial expuesta al caso que nos ocupa, y a la vista de las fotografías cuya valoración ha sido excluida, esto es las número 4 y 5 (folios 40 vuelto y 41), efectivamente se desprende que fueron tomadas desde el interior del edificio en construcción del demandado. Ahora bien, no consta que efectivamente el mismo estuviese vallado de modo que se impidiese a alguien su acceso, a no ser que tuviese que forzar o dañar alguno de los mecanismos de cierre, y tampoco que existiese algún tipo de cartel que prohibiese la entrada. Y ello porque las declaraciones de Teodoro, hermana del actor de que la obra se encontraba cerrada por una valla metálica, no aclaran dichos interrogantes, que ciertamente debió probar el demandado que sustenta dicha circunstancia, si bien se desconoce su tipo y si la misma contaba o no con algún tipo de candado o cierre declaraciones.

Pero en todo caso, lo más relevante para decidir, es que el concepto de domicilio constitucional, a nuestro entender, no puede predicarse de una obra en construcción como la que nos ocupa. A la vista del resto de fotografías incorporadas al Acta Notarial 8 no impugnadas) se observa como la edificación no estaba completada pues solo tenía levantada la estructura, los dos forjados y los cerramientos laterales, pero nada más, lo que hace difícil pensar en su aptitud para desarrollar la vida cotidiana. Aparte destacar la ausencia de cualquier elemento de carácter personal que afectase a la vida privada del demandado como dueño de la obra. En consecuencia no procede rechazar la valoración de dichos documentos fotográficos como medio probatorio, por más que se considere innecesario a la vista del resto de pruebas practicadas.

TERCERO.- Fondo del asunto. Valorando de nuevo la prueba practicada en la instancia en función de las pretensiones de las partes, no coincidimos con la sentencia dictada en la instancia en la total denegación de las pretensiones deducidas por los actores, y así cabe concluir lo siguiente:

Invasión de muro medianero mediante fachada lateral (1º punto del suplico).

Según la parte actora el demandado al proceder a efectuar la construcción de su vivienda colindante con la suya ha invadido el muro medianero, sin embargo de la prueba practicada no se desprende tal invasión. Ni de las fotografías incorporadas al Acta Notarial (a excepción de las núm. 4 y 5) ni de las declaraciones testificales, ni de la pericial se desprende tal invasión. Es más de las declaraciones del arquitecto municipal Sr. Sr. Isidro, que trazó una línea divisoria en el muro medianero de un espesor o anchura de unos 60 cm, parece desprenderse que el demandado sí respetó la parte de muro (30 cm.) de los actores. La manifestación de la notaria Sra. Morán en el Acta de fecha 22-5-2007, no deja de ser una mera manifestación carente de base fáctica y sobre todo técnica insuficiente para la eficacia probatoria que se exige. Y el perito judicialmente designado tampoco asevera de modo contundente que se haya producido tal invasión, y en qué parte del muro, máxime cuando visita la obra ya terminada, no efectúa catas u otras pruebas técnicas o mediciones, y la mera alusión a que la parte que sobrepasa la altura del edificio de los demandantes se ha efectuado sobre el muro antiguo, de nuevo sin mayores precisiones o mediciones es insuficiente. En consecuencia no queda probada la vulneración del art. 579 del CC EDL 1889/1 que establece que "Cada propietario de una pared medianera podrá usar de ella en proporción al derecho que tenga en la mancomunidad; podrá, por lo tanto, edificar apoyando su obra en la pared medianera, o introduciendo vigas hasta la mitad de su espesor, pero sin impedir el uso común y respectivo de los demás medianeros."

Tejado o voladizo construido (3º punto del suplico).

Alega la parte actora que el tejado o voladizo construido por el demandado rebasa el eje divisorio de la medianera que separa ambas fincas recayendo sobre el tejado de la finca del actor. En este punto el arquitecto municipal relató como en un principio las cornisas de la casa del demandado sí invadían parte del muro de los actores, y que para mediar señaló una línea divisoria que provocó que el demandado recortase la referida cornisa. Ahora bien el perito judicial, aun sin efectuar mediciones concretas apunta que en el edificio del demandado se hizo un rebaje en la cubierta que coincide aproximadamente con la mitad del muro colindante, añadiendo que efectivamente sí se invadía parcialmente el derecho de vuelo del edificio de los actores, incorporando a su informe varias fotografías en las que claramente se observa dicha invasión (folios 3 y 4 del informe), por lo que en este punto a pesar de no contar con concreciones numéricas si debe darse razón a los actores, ya que no es factible dicha ocupación de acuerdo con las previsiones del art. 350 CC EDL 1889/1 que al aludir el ámbito del derecho de propiedad sobre los fundos, establece que se es dueño tanto de su superficie, como de lo que se encuentra debajo, considerando la jurisprudencia, ya desde antiguo, que de este artículo se deriva que es asimismo dueño del vuelo (así STS 11 de noviembre de 1919, como sentencia clásica, o 7 de noviembre de 1995). En consecuencia procede acoger la pretensión de que el tejado supera el límite divisorio de la pared medianera, invadiendo parcialmente el tejado de la finca de los actores, debiendo proceder a su supresión en la parte en que se produce la invasión.

Daños causados (2º punto del suplico).

En este punto, vemos que los actores en el suplico de su demandada solicitan la declaración de que las obras ejecutadas por el demandado han causado daños en el tejado y en la chimenea de su vivienda, cuestión que es negada por el demandado y rechazada por la sentencia. No coincidimos con la valoración probatoria de la sentencia, ya que aunque el perito judicial no asevera su existencia sí la da como presumible, incluyendo la constatación de existencia de filtraciones, además existen fotografías aportadas en las que dichos daños se evidencian, tales como las que constan con los números 7 y 8 del el Acta Notarial (folios 41 vuelto y 42 de autos) y las obrantes a los folios 47 y 48 de autos. Por ello debe accederse a esta petición que se limitará a tal declaración y a la obligación consecuente de repararlos.

Demolición de muro medianero posterior (4º punto del suplico).

En este punto no coincidimos con la propuesta de los actores, ya que si bien es cierto que ambas propiedades son colindantes desde la fachada principal que accede a la vía pública hasta la fachada trasera donde se ubican sendos patios, no existe prueba suficiente de que el demandado haya procedido a su demolición o supresión, ya que las manifestaciones del perito en este extremo no son contundentes pues no acreditan cual fuese su estado anterior a la realización de la obra por parte del demandado, ni tampoco si el parcial derrumbe del muro es o no reciente, y la mera mención a que está ciertamente y en parte algo derruido no prueba que su estado anterior tuviese necesariamente que ser modificado por la ejecución de las obras del demandado. Tampoco el testigo Sr. Pascual pueda acreditar este extremo, ya que aunque dice que las fincas estaban separadas por un muro de unos siete metros, no efectúa mayores precisiones. Y por último si bien en las fotografías aportadas por el demandante obrantes a los folios 42, 46,47,48,49, y 50 y 51, que cita el apelante, se observa un muro inclinado y al final recortado, desconocemos si antes de las obras estaba en otro estado y condición distinta. Por ello la solicitud de reconstrucción del mismo no puede ser acogida.

Distancia de fachada posterior y servidumbre de vistas (5º y 6º puntos del suplico).

En este punto el apelante pretende que se declare que la fachada posterior de la casa construida por el demandado es ilegal por infracción de la distancia mínima de separación permitida en relación al muro medianero posterior, y que la apertura de ventanas y construcción de terraza en la fachada posterior constituye una servidumbre de luces y vistas ilegal. Esta pretensión debe ser acogida. De las fotografías aportadas y obrantes a los folios ya citados (42, 46,47,48,49, y 50 y 51) se desprende que la casa construida por los demandados tiene al igual que la de los actores una planta baja y otra alta, que dispone de una terraza con dos ventanas abiertas y una puerta de acceso, de modo que se convierte en plenamente habitable superando en altura a la de los actores. Ello tal como el perito judicial manifiesta puede suponer una infracción urbanística de dudosa legalización, pues o implica una elevación de la altura de cumbrera de modo evidente y de forma contraria a la normativa de edificación vigente en la población y claramente se observa en las fotografías de los folios 2, 3 y 4 del informe.

Ahora bien para que dicha edificación afecte a las normas sobre servidumbres de luces y vistas debe atender en primer lugar a si se trata de vistas rectas o a vistas oblicuas, y en segundo lugar la respectiva distancia exigida en cada caso.

Atendiendo a la prueba de que se dispone coincidimos con la juzgadora que la tipología constructiva concreta y la existencia de un muro de cerramiento exterior sobreelevado el linde de la casa de los actores implica que las luces y vistas de la última planta construida por el demandado no se reciban en línea recta sino oblicua. Por ello debería respetarse la distancia exigida de 60 centímetros que exige el segundo párrafo del art. 582. Y al respecto si bien no se cuentan con mediciones directas en el informe pericial practicado, si acudimos a otras prueba aportada por el propio demandado, consistente en el proyecto de ejecución de la vivienda, y concretamente al folio 5, donde se describen los cerramientos de fachada, vemos que el mismo está compuesto por ladrillo cerámico hueco del 11 revestido de enfoscado de 20mm de espesor en su cara exterior y con mortero de cemento en su cara interior, cámara de aire con asilamiento de poliestireno expandido de 4cm, y hoja interior de ladrillo cerámico hueco del siete, revestido interiormente de yeso alicatado. Ello supone que el grosor del muro sobreelevado sea del total de 24 cm, y aunque sumásemos otros 2 cm de yeso obtendríamos 26 cm que no llegan a los 60 exigidos legalmente. Aparte de ello la mera observación de las fotografías reiteradamente citadas (no de las del Acta Notarial) y las del informe pericial revelan que dicho muro de separación no llega a los 60 cm, por lo que la vista que se ofrece desde la terraza que se ha construido vulnera claramente la distancia legalmente exigida para evitar las referidas luces y vistas. En consecuencia las pretensiones relativas a la fachada posterior deben ser parcialmente estimadas., y debe el demandado proceder al cierre de las ventanas y terraza. En este punto destacar que la solicitud primeramente efectuada por los actores es la citada en su suplico y aunque plantea en este punto la alternativa de sobre elevación del muro posterior medianero hasta la altura equivalente a la parte superior, no puede optarse por ella, ya que siendo dudosa legalidad de acuerdo con el informe pericial y norma urbanísticas este Tribunal carece de elementos suficientes que garanticen su legalidad administrativa por lo que no podemos decidirla.

La decisión adoptada respeta los límites de la congruencia exigida en el art. 219 de la Lec EDL 2000/77463 , en el ámbito de las pretensiones deducidas por los actores.

CUARTO.- Costas. Al suponer lo resuelto la estimación parcial del recurso no procede efectuar expresa imposición de las costas de esta segunda instancia conforme al art. 398.1º de la lec. EDL 2000/77463 El mismo pronunciamiento procede respecto a la primera instancia al estimarse parcialmente la demandada de acuerdo con el art. 394.2º de la Lec EDL 2000/77463 .

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto por D . Sabino Y Dª Silvia, contra la Sentencia de fecha 22 de abril de 2.009, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sagunto, en el sentido de acordar la estimación parcial de la demandada interpuesta por D. Sabino Y Dª Silvia contra D. Teodoro y en consecuencia:

1º.- Declaramos que:

- a) Las obras ejecutadas por el demandado han producido daños en el tejado y en la chimenea de la finca de los actores.
- b) El tejado o voladizo construido por el demandado supera el límite divisorio de la pared medianera, invadiendo parcialmente el tejado de la finca de los actores.
- c) Las ventanas y terraza construida por el demandado en la fachada posterior de la casa construida constituye una servidumbre de luces y vistas que no respeta la distancia de 60 cm exigida legalmente.

2º.- Condenamos al demandado a:

- a) Reparar los daños causados en el tejado y en la chimenea de la finca de los actores.
- b) Suprimir la parte del tejado o voladizo de su finca que supere el límite de la pared medianera del tejado de la finca de los actores.
- c) A cerrar las ventanas y terraza de la fachada posterior de su finca.

3º.- Costas. No se hace expresa imposición de las costas de esta segunda instancia ni de las de la primera.

Y a su tiempo, con certificación literal de la presente resolución, devuélvanse los autos al Juzgado de procedencia, para constancia y ejecución de lo resuelto y subsiguientes efectos.

Así, por esta nuestra Sentencia de la que se llevará testimonio al Rollo de su razón, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Doy fe: La anterior Sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Valencia, en el día de la fecha. Valencia a dos de diciembre de dos mil nueve .

Número CENDOJ: 46250370072009100600