

COMENTARIO Á SENTENCIA DO 24 DE ABRIL DE 1999 DO TRIBUNAL SUPERIOR DE XUSTIZA DE GALICIA (SALA DO CIVIL E PENAL)

CRUZ ENJO MALLOU

Area de Dereito Civil

Universidade de Santiago

O interese da sentenza obxecto do presente comentario radica básicamente en dous puntos: por unha banda, constitúe un novo recordatorio sobre a necesidade, en aras a evita-la conversión da vía de casación nunha simple táctica para dilata-la duración do proceso, de utilizar adecuadamente a técnica casacional que, polo demais, conta no eido do ordenamento xurídico galego, cunha regulación propia e nalgúns puntos peculiar, representada pola Lei 11/1993, do 15 de xullo, sobre o recurso de casación en materia do noso dereito civil da cal, como se aprecia na sentenza, e a pesar da súa presenza xa consolidada polo paso dos anos, se prescinde en non poucas ocasións.

Doutra banda, e a xeito de argumentación *ex abundantia*, realiza unha serie de consideracións sobre o que constitúe o fondo do asunto, o réxime de aproveitamento das augas, cuestión certamente complexa toda vez que aparte do seu tratamento, por partida dobre, na lexislación común, que regula a materia tanto no Código Civil (art. 552) como na vixente Lei de Augas de 2 de agosto de 1985, a súa innegable transcendencia nunha Comunidade como a galega, na que xenera innumerables conflitos xudiciais, levou ó lexislador foral¹, a adica-los artigos do 15 ó 17 da Lei de Dereito Civil de Galicia (de agora en diante, LDCG), de 24 de maio de 1995 ó rexime de aproveitamento das augas; e neste punto, á vista da dualidade de regulación aplicable, común e foral, e en ausencia de doutrina tanto xurisprudencial como científica que se manifeste frontalmente sobre o problema, non cabe

¹ Coa marxe, non moi ampla, que lle otorgaban os artigos 27.12 e 14 do Estatuto de Autonomía, á luz dos pronunciamentos recaídos na STS 227/1988, de 29 de novembro, para exercer-la competencia lexislativa nesta materia, que debe deixar a salvo, como sinala expresamente o art. 17 LDCG o establecido na lexislación común sobre augas, á que polo tanto haberá que atender.

dúbida da necesidade, á que intentaremos contribuir con estas páxinas, de abordar unha interpretación integradora de ámbolos dous ordenamentos, nun afán de delimitar o campo de acción dun e doutro, tarefa de suma importancia da que, como dixemos, non se ten ocupado a doutrina nin a xurisprudencia máis que tanxencialmente.

O conflito ten a súa orixe na interposición dunha demanda sobre negatoria de servidume de augas ex art. 552 C.c, demanda que se ben é acollida en primeira instancia, por estimar o xulgador *a quo* que o demandado alterou e agravou a servidume, vese abocada ó fracaso en apelación por non apreciar a Audiencia a intervención da man do home na alteración do curso natural das augas, declarando asemade, fronte ó propósito do demandante de interpoñer recurso de casación, que non procedía a preparación do mesmo, recorrida en queixa tal resolución, a Sala do Civil do Tribunal Superior, acordará por auto estima-lo recurso, no que se denuncia como único motivo a infracción do art. 15 LDCG, aínda cando, polos motivos de orde procesual que pasaremos a expoñer, concluirá a inadmisibilidade do recurso.

O esquema a seguir na nosa exposición coincide basicamente coa sistemática utilizada pola sentenza, que adica os tres primeiros fundamentos xurídicos a analizar separadamente os aspectos máis conflictivos do suposto, facendo en primeiro lugar, unha advertencia sobre a necesidade de configura-la casación de acordo co disposto na Lei 11/1993, sobre o recurso de casación no dereito galego, para acabar rexeitando a admisibilidade do recurso por terse introducido unha cuestión nova, sen que o anterior supoña renunciar a efectuar unha serie de consideracións sobre o fondo do asunto atixentes, basicamente, á relación entre o art. 552, no que se fundou a pretensión nas distintas instancias, e o art. 15 LDCG que o recorrente pretende, sen éxito, sexa aplicado para dirimi-la cuestión en casación.

Entrando xa en materia, a sentenza non pode por menos de comezalo seu razoamento, no fundamento xurídico primeiro, plantexando unha cuestión previa de índole netamente procesual que atinxe á maior ou menor corrección da técnica casacional empregada polo recorrente, e elo coa finalidade de xustifica-la decisión tomada de revoga-lo auto dictado pola Audiencia e ter así por preparado o recurso de casación.

E neste senso, sen renunciar a criticar unha práctica, desafortunadamente bastante habitual e que efectivamente se verificou no caso de autos, consistente en utiliza-la vía do apartado 4º do art. 1692 da Lei de Axuizamento Civil (en adiante, LAC), para denuncia-la infracción –entre outras– das normas do ordenamento xurídico civil de Galicia, esquecendo a existencia, dende hai xa bastantes anos, dunha lei galega que regula especificamente o recurso de casación en materia de dereito civil galego, a Lei 11/1993, do 15 de xullo, introduce, ou máis ben recorda, unha serie de precisións postas xa de manifesto en anteriores pronunciamentos, que responden á necesidade de impedir que un formalismo imposibilite o coñecemento do fondo do asunto.

Certamente, non é descoñecido que se ben a devandita lei remite á lexislación común no referente ós motivos de casación enumerados nos apartados 1º, 2º e 3º do art. 1692 LAC, non ocorre o mesmo co motivo previsto no apartado 4º -o alegado no caso de autos- que aparece expresamente regulado no art. 2.1 da Lei 11/1993 nos seguintes termos: “infracción de normas do ordenamento xurídico civil de Galicia ou conxuntamente con infraccións deste e de normas de dereito civil común ou doutrina xurisprudencial que estableza o Tribunal Superior de Xustiza ou a anterior do Tribunal Supremo”, debendo acudirse pois a este precepto, e non ó art. 1692. 4º da lei rituaría que rexirá, segundo o disposto na Disposición Adicional da Lei 11/1993, unicamente con carácter supletorio sempre e cando non se opoña á devandita Lei.

En vista do anterior, e levando o rigorismo formal ata o extremo, a preterición da lei galega que supón recorrer á vía do art. 1692.4º, debería levar aparellada a inadmisión do recurso, absténdose de entrar por tanto no fondo da cuestión, resultado que non obstante non parece ó máis desexable dende o punto de vista do dereito á tutela xudicial efectiva, e concretando máis, o dereito constitucionalmente garantido ós recursos.

E precisamente a intención de evitar que una defectuosa técnica procesual na formulación do recurso de casación, impida acadar unha decisión de fondo sobre a cuestión obxecto de controversia, é o que induce ó Tribunal Superior de Xustiza a adoptar unha liña xurisprudencial flexible e antiformalista neste punto², entendendo que tal defecto de construción non pode calificarse de insuperable, na medida en que “a relegación da lei procesual propia acudindo á supletoria estatal non supón unha opción entre preceptos opostos (art. 2.1 LCG e 1692.4º LAC)”, servindo a súa básica identidade, de canle para poder examina-lo fondo da casación, criterio irreprochable dende o meu punto de vista por canto, obviando a esixencia de formalismos, permite dar cumprida aplicación ó mandato constitucional de tutela xudicial efectiva, dereito fundamental que non pode ceder ante o rigor formal, máxime cando o cumprimento do requisito formal non inflúe no fondo do asunto nin atenta contra as garantías das partes; cómpre aclarar, non obstante, que tal entendemento non significa en absoluto un intento de xustificar semellante actitude, senón que pola contra a sentenza non deixa de insistir na necesidade de abandonar unha incorrección técnica que se estima inadecuada e incomprendible, máxime cando é esta mesma lei que se obvia a que permite, no seu art. 1 a), que a sentenza dictada pola Audiencia sexa susceptible de recurso de casación perante o Tribunal Superior de Xustiza, que mediante advertencias como a feita na resolución comentada, intenta enmendar unha inicial actitude permisiva respecto desta conducta procesual defectuosa do recorrente.

² Tendencia xurisprudencial que xa reflectiu a Sentencia do TSX de 2 de decembro de 1997 (REXURGA 1998,Nº 18, páxs. 61 e ss.).

A pesar do anterior, e entrando xa na segunda das cuestións procesuais a tratar, se ben de xeito breve pois non plantexa maiores problemas³, o rexeitamento da admisibilidade do recurso será obrigado por canto a invocación polo recorrente do art. 15 LDCG supón a introducción dunha cuestión nova que, con fundamento no art. 1710.1.2º, levará a dictar auto de inadmisión por mor da *mutatio libelli* operada na interposición do recurso verbo das cuestións xurídicas obxeto de debate nas instancias.

En efecto, acompañada a demanda sobre negatoria de servidume de augas dun soporte fáctico ou *causa petendi* no contexto normativo do art. 552 C.c., pretender en casación a aplicación do art. 15 LDCG, substraído ó coñecemento tanto do xulgador de instancia como da Audiencia que coñeceu en apelación constitúe, de acordo coa configuración da casación, un despropósito que conduce irrevocablemente ó fracaso do recurso toda vez que supón desvincular o trámite casacional dos termos concretados na solicitude da demanda, causando indefensión á contraparte, que se vería privada da posibilidade de rebater, e mesmo probar, en contra desa nova pretensión.

Declarada a inadmisión do recurso, a Sala non pode sen embargo evitar entrar, no fundamento xurídico terceiro, a efectos meramente clarificadores pero, ó meu entender sumamente ilustrativos, no fondo do asunto, realizando toda unha serie de consideracións dirixidas, básicamente, a establecer nos seus xustos termos a relación entre o art. 552 C.c e o art. 15 LDCG, para evita-la confusión a que pode levar - e que de feito se aprecia no suposto axuiciado pola sentenza, onde o recorrente alega indistintamente ámbolos dous artigos, se ben en instancias distintas - a inexistencia dunha delimitación precisa e nidia dos contornos de cada un dos preceptos.

E así, comeza xustificando a decisión da Audiencia de reputar increditado o pretendido agravamento da servidume por non aprecia-la ausencia dun dos presupostos que, xunto coa natureza rústica dos predios e a situación en liña descendente dos predios, necesariamente deberán concorrer para que xurda a servidume de augas: que o discurrir das augas esté constituído por un curso natural das mesmas, sen intervención da man do home, intervención que segundo o resultado das probas non se estima acreditada

Pero non conforme con isto, e nun afán de exhaustividade digno de eloxio, o Tribunal non quere renunciar a poñer de relevo, para despexar calquera dúbida que puidese quedar sobor da eventual aplicación ó caso controvertido do art. 15, o contraste entre as disposicións contidas no art. 552 C.c e 15 que ó seu criterio –que, adianto xa, comparto plenamente- aínda que enmarcados ambos no campo das limitacións en materia de augas, están ideados para supostos distintos, cuestión esta que non resulta pacífica na doutrina, e que merece, polo seu interese práctico, un tratamento detido.

³ En efecto, o Tribunal Superior xa ten rexeitado en anteriores ocasións (Auto 10 marzo 1998 e sentencias 26 xullo 1997 e 12 maio 1998) a introducción dunha cuestión nova na casación.

É opinión común na doutrina civilista, a de que o art. 552 do Código Civil – que se corresponde co art. 45 da vixente Lei de Augas de 1985 - recolle o que se deu en chamar servidume natural de augas, defectuosa nomenclatura trala que en realidade se esconde unha limitación legal da propiedade, enmarcada no eido das relacións de vecindade, e derivada da ubicación física dos predios, que en aras a protexe-lo desaugadoiro natural dos mesmos, impón ós propietarios dos fondos deberes xurídicos concretos e recíprocos; a saber: a obriga imposta ó inferior de soportar, sen poder levar a cabo obras que o impidan, o decurso das augas que dun xeito natural descendan do predio superior, o titular do cal, á súa vez, non poderá modifica-lo curso natural da auga en perxuízo do outro, que terá na súa man impetra-la tutela xudicial, como efectivamente acontece no caso controvertido, a través do exercicio da acción negatoria pretendendo o restablecemento da situación anterior á agravación producida como consecuencia das obras realizadas polo titular do fondo superior, medida que non pasa de ser unha aplicación concreta do espírito que informa a materia da servidume, isto é, a prohibición de agrava-la condición do fondo servente, que sería o que por atoparse situado nun plano inferior deberá soporta-lo paso da auga.

Enfocado pois o asunto dende a óptica do titular do predio inferior, que é o que adopta a posición de demandante no caso resolto pola sentenza obxecto de comentario - coma na maioría dos pleitos que versan sobre a aplicación do art. 552 - estaríamos ante unha auténtica limitación imposta ó mesmo, que deberá acata-la obriga de soporta-lo paso das augas procedentes do predio superior polo seu terreo, á que só se poderá opoñer no caso de que o dono do predio superior alterase, agravando o perxuízo que o inferior ten xa que soportar, o curso natural das augas, sen olvida-lo disposto no número 2 do art. 45 da Ley de Aguas de 1985 que, en virtude da remisión xenérica que o art. 17 LDCG fai á vixente lexislación de augas⁴, complementa o alcance do art. 15, por canto permite ó dono do predio inferior opoñerse así mesmo á recepción das augas, con dereito a esixi-lo resarcemento de danos e perxuízos, se as mesmas foran produto de alumbramento, sobranceiros doutros aproveitamentos, ou se tivese alterado de xeito artificial a súa calidade espontánea, salvo que exista a correspondente servidume que lle faculte a elo, gravame que por outra banda, de resultar acreditada a súa constitución, sería o único medio a través do cal podería o titular do predio superior variar ou agravar lexítimamente o curso das augas, e que será susceptible de adquirirse, polo seu carácter de continua e aparente, non só por medio de título e signo aparente, senón tamén polo transcurso do prazo de prescripción legalmente sinalado.

Nembargantes, non falta quen tacha de incompleto o art. 552 ó botar de menos unha referencia ó suposto contrario, é dicir, aquel no que o dono do predio superior está intere-

⁴ Recordemos que a constitucionalidade da Lei 29/1985 foi confirmada pola STC 227/1988, de 29 de novembro, o que implica a necesidade de interpretar o art. 15 e os demais preceptos que na Lei 4/1995 regulan aspectos concretos sobre o aproveitamento das augas públicas, dentro do contexto da Lei de Augas e do seu Regulamento, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril.

sado, non en evacua-las augas senon en retelas impedindo o seu descenso, actitude que perxudica ó inferior que cabe que pretenda aproveitar, e non só limitarse a soportar, as augas que de xeito natural deberan discorrer a través do seu fondo, abogando por unha interpretación máis aberta do mentado artigo que permita comprender no seu seo tales situacións, o cal podería lograrse considerando que o que protexe, máis alá do desaugadoiro dos predios, a conservación dos cursos naturais, prohibindo calquera modificación por parte dos donos dos predios afectados⁵.

Semellante interpretación esquece, nembargantes, que ese tipo de situacións fácticas teñen a súa cobertura xurídica específica no artigo 52 la Lei de Augas de 1985⁶, o que exime de facer malabarismos xurídicos, forzando a interpretación do art. 552 C.c para cubrir unha suposta lagoa que non é tal, toda vez que o devandito art. 52 LA autoriza ó propietario dunha finca para aproveitar-las augas pluviais que discorran por ela e as estancadas, dentro dos seus lindeiros, sen máis limitacións que as establecidas na Lei e as que se deriven do respecto ós dereitos de terceiro así coma as derivadas da prohibición de abuso de dereito, se ben peca de incompleto por omitir calquera referencia ó interese que o titular do predio inferior pode ter en recibir tales augas, defecto que, cinguíndonos ó ordenamento xurídico galego, é superado gracias a unha interpretación integrada da lexislación común e foral en materia de augas, que esixe ter presente o disposto no artigo 15 LDCG por canto matiza o contido do art. 52 LA ó engadi-la obriga, imposta a aquel que aproveite as augas de “facer saí-las sobrantes polo lugar acostumado”, obriga que, segundo a sentenza⁷, “aparece dotada do significado histórico que lle presta a LA do 13 de xuño de 1879, a cal, dada a existencia a prol dos donos dos predios inferiores ou estremeiros de aproveitamentos eventuais das augas non aproveitadas ou das sobrantes non aproveitadas no predio superior (artigos 5 e seguintes), impuña que as ditas augas saísen polo mesmo punto da súa canle natural e acostumada, sen que poidan ser de ningunha maneira desviadas do curso por onde primitivamente se afastaban (art. 9)”.

Respecto deste dereito do dono do predio inferior a esixi-lo aproveitamento das augas sobrantes, que ó meu ver queda fora de discusión á vista do teor do art. 15, cómpre precisar que, en contra do que dá a entende-la sentenza no fragmento transcrito, a remisión ó

⁵ Neste senso pronúnciase ROCA JUAN, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. VII vol. 2, ed. Revista de Derecho Privado, páx. 137.

⁶ Reproducido literalmente polo artigo 84.1 do regulamento que desenrola a lei.

⁷ Que segue neste punto a interpretación de MOURE MARIÑO - “Lei 4/1995, do 24 de maio, de Dereito Civil de Galicia. Comentario ó Título III: Dereitos Reais”, en *Dereito Civil de Galicia* (Comentarios á Lei 4/1995, do 24 de maio), coordinados por J.J. Barreiro Prado, E. Sánchez Tato e L. Varela Castro, Asociación Revista Xurídica Galega, Vigo, 1996, páx. 138 - segundo a cal a expresión “polo lugar acostumado” non é máis que unha reiteración do recollido no art. 9 da Lei de Augas de 1879, que aludía á “saída natural” das augas.

costume que implica a expresión “facendo saí-las sobrantes polo lugar acostumado”, non debe verse como unha reiteración do disposto no art. 9 da derogada Lei de Augas de 1879, que aludía á “saída natural”⁸, senón máis ben, como apunta REBOLLEDO VARELA⁹, como unha a remisión ó costume, ó que é habitual que, sustentado nunha posesión previa, pode implica-la conformidade a Dereito dunha variación na saída de augas pluviais sobrantes, que poderían discorrer por un lugar distinto do que sería natural, debido ás obras efectuadas polo titular do predio, e iso sen necesidade de acreditar, como sucedería no suposto regulado no art. 552, a adquisición dun dereito de servidume polo transcurso do tempo, senón por aplicación dunha norma específica como é o costume, recoñecida de xeito expreso como fonte do dereito no artigo 1 da Lei 4/1995 e dotada, como sabemos, de especial relevancia no Dereito civil galego.

Non queremos concluir sen salientar, unha vez máis, o que ó meu entender, sen perxuízo do acertado das precisións de orden procesual, constitúe o clave da resolución comentada, que non é outra que a de poñer de manifesto a necesidade sentida, en vista da ausencia de doutrina tanto xurisprudencial como científica que abordase directamente o problema, de aproveita-la ocasión para clarificar e sentar nos seus xustos termos cales son as situacións fácticas sobre as que se proxectan dous preceptos reguladores do aproveitamento privativo de augas públicas, como o art. 552 C.c e o art. 15 LDCG, de incuestionable trascendencia práctica na Comunidade galega e que podería resumirse, de xeito gráfico, e desde a óptica do titular do predio situado a nivel inferior, nos seguintes termos: mentres o artigo 552 C.c. facultará ó dono do predio inferior para esixi-la cesación do perxuízo causado pola alteración do curso natural das augas que descenden do predio superior, provocada por obras realizadas polo dono deste último, coa finalidade de facer menos gravosa a obriga de soportar que tal precepto lle impón, o art. 15 LDCG permitiralle acudir ós tribunais para acadala efectividade do dereito que tal artigo lle concede expresamente, fronte a actuacións do superior tendentes a reter toda a auga e impedi-lo paso da sobranse, de aproveita-las augas sobrantes do predio superior, o que dito noutras palabras, supón que no primeiro caso o descenso das augas polo predio superior configúrase como unha carga ou perxuízo para o dono –non hai máis que atender ó teor do art. 552 que di “ os predios inferiores están suxeitos” -, que deberá soportar en tanto non se altere o discurso natural das augas, estando facultado para á accionar en vía xudicial cando, como consecuencia das obras do superior, se agrave a carga ó soportar un caudal de augas superior ó que é natural, mentres que

⁸ En efecto, a Lei 1866/79, no seu art. 9 esixía de xeito explícito, ó referirse ás augas non aproveitadas polo dono do predio, así como ás sobrantes dos seus aproveitamentos, que as mesmas saíran polo mesmo leito natural e acostumado, sen que poidan ser de ningunha maneira desviadas do curso por onde primitivamente se afastaban.

⁹ REBOLLEDO VARELA, A.L., *Los derechos reales en la Ley 4/1995, de 24 de mayo, de derecho Civil de Galicia (Montes vecinales en mano común, aguas, servidumbre de paso y serventía)*, ed. Revista Xurídica Galega, 1999, páx. 84.

no suposto do art. 15 a recepción das augas polo predio inferior contémlase como un beneficio para o seu titular, que poderá solicitar ante os tribunais, acolléndonos á literalidade da sentenza “ que as augas sobrantas saian polo lugar acostumado para respecta-lo dereito a aproveitálas”, é dicir, esixir que se obrigue ó superior a deixar que discorra polo seu predio as augas sobrantas das aproveitadas no predio superior, para que él poida proceder ó seu aproveitamento.

DEREITO CIVIL DE GALICIA. SERVIDUME NATURAL DE AUGAS. RECURSO DE CASACIÓN: NORMAS PROCESUAIS DE APLICACIÓN. CAUSA DE INADMISIÓN: ALEGACIÓN DA LDCG COMO CUESTIÓN NOVA.

Sentencia do 24 de abril de 1999

Tribunal Superior de Xusticia de Galicia

Sala do Civil e Penal

Relator: Sande García

Normas estudias: arts. 552, 1088 CC; art. 15.1 LDCG; arts. 733, 1692.4, 1710.1, 1715.1 LAC; arts. 45.1, 52.1 LA; arts. 2.1 Lei 11/93.

O recurso de casación interposto contra a SAP que revogou a do Xulgado e ó tempo rexeitou a demanda formulada en exercicio de acción negatoria de servidume de augas ex art. 552 CC contráese a denuncia-la infracción por inaplicación do art. 15.1 LDCG con apoio procesual no art. 1692.4º LAC. A recorrente esquece, pois, a Lei 11/93, do 15 de xullo, sobre o recurso de casación en materia do noso dereito civil (LCG), e en particular o seu art. 2º.1, consonte o que teñen que expresarse os motivos nos que se denuncian infraccións -entre outras- de normas do ordenamento xurídico civil de Galicia; defecto de construción do recurso que non imos tachar de insuperable na medida en que, como subliñamos nas recentes SSTSXG dos días 2 e 11 do pasado mes de marzo, o certo é que a relegación da lei procesual propia acudindo á supletoria estatal non supón unha opción entre preceptos opostos (os arts. 2º. 1º LCG e 1692.4º LAC) e que a súa básica identidade serve de canle para podermos examina-lo fondo da casación. Sen embargo, engadimos agora, superados 5 anos de vixencia da LCG e logo das nosas repetidas advertencias, a Sala non renuncia a reflecti-la incompreensible e inadecuada preterición desa lei galega no que especialmente fai ó motivo de casación sinalado no seu art. 2º.1º (*infraccións de normas do ordenamento xurídico civil de Galicia ou conxuntamente con infraccións deste e de nomas de dereito civil común ou doutrina xurisprudencial que estableza o TSX ou a anterior do TS*) e máis aínda cando -como acontece nesta ocasión- a mesma lei galega é a que permite que sexa susceptible de recurso de casación perante esta Sala a S. definitiva pronunciada por unha AP de Galicia nun xuízo de cognición sobre servidume de augas (art. 1º.a).

A recorrente en casación, nun principio actora e despois apelada, acompañou a súa demanda dun soporte fáctico ou *causa petendi* e solicitou ó respecto unhas concretas peti-

cións que non consenten acepta-la aplicación ó litixio da norma contida no art. 15.1 LDCG, norma invocada como infrinxida por vez primeira no recurso sometido á nosa decisión e que participa de causa de inadmisión (agora convertida en causa de rexeitamento: por todas, a STS, nº 935/98, do 19 de outubro, tida en conta na STSXG do pasado 11 de marzo) que á letra di *se as normas citadas non gardasen ningunha relación coas cuestións debatidas* (art. 1710.1.2ª LAC). Coincide así a Sala coa parte recorrida, quen, no seu escrito de impugnación ó recurso, aduce a doutrina establecida a partir dos nosos autos do 23/5 e 10/12/96 e logo reiterada, *ad exemplum*, nos do 28/4, 3/6, 30/9 e 16/12/97, e doutrina que, polo que aquí importa, conduce ó fracaso do recurso no que se menciona como infrinxida unha norma da LDCG subtraída ó coñecemento tanto do xulgador de primeira instancia coma da AP que dictou a S. combatida en casación á luz das alegacións incorporadas (ex arts. 733 LAC e 62 D. 21/11/52) ós escritos de formalización do recurso de apelación e da súa impugnación, alegacións que tiñan como exclusivo punto de referencia normativo disposicións do dereito civil común ou estatal.

Insistimos: o art. 15.1 LDCG, traído inopinadamente a colación *ex novo* pola recorrente no seu recurso, non garda relación coa cuestión debatida no preito (no contexto normativo do art. 552 CC) e delimitada en esencia por aquela mesma no seu escrito rector da demanda favorable acollida na S. do xulgado revogada pola da AP sen altera-lo fundamento histórico da acción real exercitada (negatoria de servidume de augas) e verbo da que resulta tan elocuente coma indubidable a separación introducida en casación ó tentar fixalo *thema decidendi* en torno ó precepto galego atinente ó dereito do propietario dunha leira a aproveita-las augas da chuva, estancadas ou non, facendo saí-las sobrantas polo lugar acostumado. En conclusión: o único motivo do recurso non pode admitirse porque en absoluto encaixa coa pretensión deducida pola recorrente na súa demanda, ata o grao de que a Sala, se o estimase, non podería resolver ex art. 1715.1.3º LAC *dentro dos termos en que apareza suscitado o debate*, isto é, non podería casa-la S. do Tribunal *a quo* e confirma-la de primeira instancia na que se *declara que as demandadas variaron a servidume natural de augas pluviais que grava o predio da actora condenándoas a restablece-la situación anterior* (realizando para isto determinadas obras).

Moitísimo menos, en fin, podería a Sala resolver congruentemente se á marxe das concretas peticións solicitadas na demanda declarase, tal e como suplica a recorrente, *a aplicación do art. 15.1 LDCG, cos pronunciamentos inherentes á dita aplicación*, o que aínda que non constitúe un modelo de fixación con claridade e precisión do que se pide, nos ilustra definitivamente do seu despropósito de cambiar de contenda xudicial en casación.

1. A AP, no transo de constatar segundo o resultado das probas, os feitos subministrados polas partes e entre eles de xeito substancial os facilitados pola actora (e apelada), reputa *inacreditado, por non dicir que inexistente*, o agravamento da servidume en virtude da cal o seu predio está suxeito a recibir-las augas que descenden naturalmente do predio superior posuído polas demandadas (e apelantes), ás que, ademais, nin sequera se lles pode imputa-la *autoría dalgún extremo nuclear* demostrativo da *certa modificación do discorrer das augas* que se desprende do informe técnico achegado coa demanda, se ben o que se

subliña con carácter decisivo na S. impugnada en casación (a teor da proba pericial practicada a proposta das partes contendentes) é que *debido ó relevo orográfico e á configuración do inmovible das demandadas é imperativo (natural se di na pericial) que se hai moita cantidade de auga discorra (por gravidade) no sentido da pendente (ata o seu lindeiro oeste, onde hai un muro que en principio a retería) filtrándose (a través do muro) e pasando ó predio da demandante.*

Comprenderase, en consecuencia, que o Tribunal de apelación, dentro dos parámetros da controversia, exclúa, a diferenza do Xulgado, as perseguidas pretensións declarativa da alteración e agravamento da servidume de augas pluviais que grava o predio da actora e condenatoria ó restablecemento na situación anterior: a AP recoñece -alomenos implicitamente- que nos atopamos en presenza dos presupostos que de conformidade co art. 552 CC xeran o deber de soporta-las augas que proceden do predio superior das demandadas, isto é, dito sexa en atención á STS nº 202/97, do 14 de marzo, os predios afectados están ubicados en liña descendente os uns dos outros, trátase de predios rústicos e non urbanos (presuposto avanzado na STS 12/1/1906) e o discorrer das augas está constituído por un curso natural das mesmas, sen intervención en moito ou en pouco, da man do home.

2. Non obstante o que antecede, cómpre salientar que o recurso de casación non incita a Sala a emiti-lo seu parecer sobre a infracción ou non dunha norma de dereito civil común ou estatal e que as consideracións que acabamos de realizar se xustifican en canto contribúen a que nos percatemos mellor de que o suposto ó que obedece o art. 15.1 LDCG permanece alleo ó contemplado no litixio. En efecto, por contraste co art. 552 CC (e co seu concordante art. 45.1 Lei 29/85, do 2 de agosto, de augas, LA), o art. 15.1 LDCG (e o seu correlativo art. 52.1 LA) establece un dereito, a saber, o do propietario dunha leira ó uso privativo das augas da chuvia, estancadas ou non (ó respecto, o FX 23e da STC 227/88, do 29 de novembro), dereito que na lei galega se anoa á obriga de facer *saí-las sobrantas polo lugar acostumado* e obriga que (con independencia de que en verdade consista nun facer, art. 1088 CC, na razoable hipótese de que na leira pola que discorren ou na que caen as augas da chuvia se executen obras de aproveitamento ou estancamento que alteren o seu curso natural) aparece dotada do significado histórico que lle presta a LA 13/6/79, a cal, dada a existencia a prol dos donos dos predios inferiores ou estremeiros de *aproveitamentos eventuais* das augas non aproveitadas ou das sobrantas das aproveitadas no predio superior (arts. 5 e ss), impuña que as ditas augas saísen *polo mesmo punto da súa canle natural e acostumada, sen que poidan ser de ningunha maneira desviadas do curso por onde primitivamente se afastaban* (art. 9).

Xurda ou non entre os propietarios das leiras referidas (superior e inferior ou estremeiras) unha comunidade sobre as augas da chuvia, o certo é que na lei galega o dereito individual a aproveita-las que por unha delas discorran, incluídas as que caían, estancadas ou non, tampouco se concibe desvencellado do idéntico dereito que lle pode asistir ó propietario doutra verbo das sobrantas (xa sexan estas só as que integran os retornos das augas aproveitadas ou tamén as non aproveitadas en absoluto) e de aí a acción que se tira ex art. 15.1 LDCG en orde a esixir que as augas sobrantas saian polo *lugar acostumado* para respecta-lo dereito a aproveitalas; pero dereito sobre o que o silencio que continúa mantendo

a recorrente en casación confirma que o preito por ela incoado non é merecente de solventarse en aplicación dese precepto galego.

O rexeitamento do único motivo en que se basea a casación comporta, por mor do establecido no art. 1715.3 LAC, a declaración de non haber lugar á mesma, sen que sexa preciso efectuar ningún pronunciamento sobre o depósito, inconstituído por seren desconformes entre si as sts. recaídas en primeira e segunda instancia (art. 1703 LAC). No tocante ás custas do recurso, e malia o seu rexeitamento, a aplicación preferente da LCG, e en concreto a do seu art. 4º, implica que non se lle impondrán á recorrente xa que o Tribunal non aprecia que esta *procedeu con temeridade ou mala fe* na súa interposición, único caso no que (como dicimos desde as SSTSXG 19/10/96 e do 24/6/97) lle serían impostas *razoándose expresamente*.