



Roj: **STS 2242/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:2242**

Id Cendoj: **28079110012019100374**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/07/2019**

Nº de Recurso: **860/2017**

Nº de Resolución: **404/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **EDUARDO BAENA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP PO 2143/2016,**  
**AAAP PO 3397/2017,**  
**STS 2242/2019**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 404/2019**

Fecha de sentencia: 08/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 860/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/06/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.<sup>a</sup>

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

Transcrito por: ezp

Nota:

CASACIÓN núm.: 860/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 404/2019**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Antonio Salas Carceller

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. **Eduardo Baena Ruiz**



D.ª M.ª Angeles Parra Lucan D. Jose Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 8 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto contra la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 6.ª), en el rollo de apelación 205/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 925/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo.

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrente la procuradora D.ª Soledad Urzaiz Moreno, en nombre y representación de D.ª Luisa y D. Alvaro .

Ha comparecido ante esta sala en calidad de parte recurrida el procurador D. Javier Toucedo Rey, en nombre y representación de D. Artemio .

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. **Eduardo Baena Ruiz**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador de los Tribunales don Javier Toucedo Rey, en nombre y representación de D. Artemio y en beneficio de la sociedad de gananciales constituida con su esposa D.ª Rebeca , formuló demanda de juicio ordinario contra D. Alvaro y D.ª Luisa . en el suplico solicitó se dictase sentencia con los siguientes pedimentos.

"Se condene a los demandados a permitir al demandante instalar, por el camino denominado Mancarelas, que discurre frente a la propiedad de los demandados y demandante, la tubería de saneamiento o desagüe desde su casa hasta la red general de saneamiento pública, conforme se describe en el informe pericial que se acompaña.

"Subsidiariamente, para el caso de que se entendiera que la franja de terreno que ocupa el camino frente a la propiedad de los demandados es propiedad de ellos, se declare haber lugar a la constitución de servidumbre forzosa a favor de la propiedad del demandante sobre esa franja de terreno destinada a servidumbre de paso, para instalar una tubería subterránea de conducción de las aguas residuales desde su vivienda hasta la red general de saneamiento, en forma descrita en el informe técnico.

"Se condene a los demandados a estar y pasar por dicha declaración, absteniéndose de impedirla y dificultarla.

"Con imposición de costas a los demandados."

2.- Por decreto de 26 de diciembre de 2014, se admitió a trámite la demanda, dando traslado a las partes para contestar.

3.- La procuradora D.ª Marta Barreiro Carrillo, en nombre y representación de D.ª Luisa y D. Alvaro , contestó a la demanda formulada de contrario y suplicó al Juzgado:

"Se dicte sentencia desestimando la demanda en todas sus peticiones, se absuelva a mis mandantes de todos los pedimentos contenidos en el suplico de la misma y todo ello con expresa imposición de costas del presente juicio a la parte actora."

4.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Vigo dictó sentencia el 3 de diciembre de 2015 con la siguiente parte dispositiva:

"Desestimando en su integridad la demanda promovida por la representación de Artemio contra Alvaro y Luisa , debo absolver y absuelvo a los demandados de las pretensiones contra ellos deducidas, con expresa imposición al actor de las costas".

### SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- Contra la anterior sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n.º 1 de Vigo, interpuso recurso de apelación la representación procesal de D. Artemio , correspondiendo su resolución a la sección 6.ª de la Audiencia Provincial de Vigo, que dictó sentencia el 3 de noviembre de 2016 , con la siguiente parte dispositiva:

"Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Francisco Javier Toucedo Rey, en nombre y representación de Don Artemio , frente a la sentencia dictada en fecha 3 de diciembre 2015 por el Juzgado de 1.ª Instancia núm. 1 de Vigo en Procedimiento Ordinario núm. 925/2014, la cual se revoca en el sentido de que se estima la pretensión deducida, con carácter subsidiario, por el procurador mencionado, frente a Don Alvaro y Doña Luisa , en el sentido de constituir servidumbre forzosa a favor de



la propiedad del demandante sobre la franja de terreno destinada a servidumbre de paso, al objeto de instalar una tubería subterránea de conducción de aguas residuales desde la vivienda del actor hasta la red general de saneamiento, en la forma descrita en el informe técnico que se acompaña con la demanda. No se hace expresa declaración respecto a las costas procesales ocasionadas en ambas instancias."

**TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación.**

1.- Contra la sentencia de apelación interpuso recurso de casación la representación procesal de D.<sup>a</sup> Luisa y D. Alvaro , con base en un único motivo, al amparo de los artículos 481 y 477. 2. 3<sup>o</sup> y 3 de la LEC , por presentar interés casacional la resolución del recurso al vulnerar la sentencia que recurrimos el artículo 588 del Código Civil , en relación con los artículos 4 , 348 y 349 , y 551 del mismo texto legal .

2.- La sala dictó auto el 6 de marzo de 2019, con la siguiente parte dispositiva:

"1.º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.<sup>a</sup> Luisa y D. Alvaro contra la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 6.ª), en el rollo de apelación 205/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 925/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo.

"2.º) Abrir el plazo de veinte días, a contar desde la notificación de este auto, para que la parte recurrida formalice por escrito su oposición al recurso. Durante este plazo las actuaciones estarán de manifiesto en la secretaría."

3.- La representación procesal de D. Artemio , manifestó su oposición al recurso formulado de contrario.

4.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo del recurso el 25 de junio de 2019 en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Resumen de antecedentes.**

Son hechos relevantes de la instancia para la decisión del recurso los que se exponen a continuación:

1.- El pleito trae causa de una demanda interpuesta por Artemio contra Luisa y Alvaro , en la que se ejercitaba una pretensión tendente a conectar la finca de su titularidad al saneamiento público mediante la instalación de una tubería subterránea de conducción de aguas residuales desde su vivienda hasta la red general de saneamiento. En concreto, se pretendía, con carácter principal, que los demandados permitiesen instalar la tubería de saneamiento por el camino que discurre frente a su propiedad y, con carácter subsidiario, si se entendiera que la franja de terreno que ocupa el camino es propiedad de ellos, se declare la constitución de servidumbre forzosa de desagüe de aguas residuales a favor de la propiedad del demandante.

(i) Se desestima la acción principal entablada, al no acreditarse, por las razones que expone ordenadamente, la titularidad pública del tramo por el que pretende la actora que discurra la tubería de desagüe.

(ii) Al conocer de la acción subsidiaria sobre la procedencia de constituir la servidumbre forzosa de desagüe, y antes de determinar por donde discurriría la tubería que cumpliera ese fin, se detiene en si cabe o no su constitución, al amparo del art. 588 CC .

Como no existe debate sobre el enclavamiento de la finca, contrae el enjuiciamiento al concepto de "necesidad", para alcanzar la conclusión de la existencia de ese requisito.

En esencia, afirma que: "cuando el demandante recoge sus aguas residuales en una fosa séptica, no les está dando salida de su propiedad, sino reteniéndolas en su finca...", y respecto a conectarse a la red pública de saneamiento considera que la regulación civil de las servidumbres se hizo en un momento muy anterior en el tiempo, y las "normas deben interpretarse conforme a la realidad social vigente cuando se aplican."

(iii) Una vez decidido sobre la existencia de los requisitos legales para la constitución de la servidumbre forzosa de desagüe, al amparo del art. 588 CC , desestima la demanda por no considerar adecuado que sea el camino, propiedad de los demandados el lugar por el que debe discurrir la tubería, que es lo pretendido en la demanda.

3.- Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación la parte actora, por discrepar de los pronunciamientos que le eran desfavorables, a saber, no ser público el camino por el que pretende que discurra la tubería de desagüe para enlazarla con el saneamiento público, y no ser éste el lugar idóneo por el que deba constituirse la servidumbre, cuya existencia no discute por ser un pronunciamiento que le favorece.



4.- La parte demandada se opuso al anterior recurso de apelación, y sobre la constitución forzosa de la servidumbre de desagüe disintió del criterio de la sentencia sobre la necesidad y utilidad de la servidumbre y sobre la interpretación analógica del art. 588 CC .

Se opuso al recurso de apelación pero, sin embargo, no impugnó el anterior pronunciamiento que le era desfavorable.

5.- La sección n.º 6 de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictó sentencia el 3 de noviembre de 2016 por la que estimó parcialmente el recurso de apelación y, a consecuencia de ello, estimó la petición subsidiaria de la demanda.

En lo relevante para el presente recurso hace las siguientes consideraciones:

(i) Que el demandante recurre en apelación, combatiendo los pronunciamientos desfavorables, tanto de la acción principal como de la acción subsidiaria.

(ii) Respecto de la acción principal mantiene el pronunciamiento de ser propiedad de los demandados el camino en cuestión.

(iii) Al examinar la pretensión deducida con carácter subsidiario reconoce que en el pleito se ha suscitado controversia sobre la necesidad a efectos de constitución de servidumbre forzosa de desagüe, y se detiene sobre la cuestión, pero concluye que se ha de tener en cuenta las premisas de las que parte la sentencia del juzgado, esto es, que concurre el requisito del enclavamiento y el de necesidad.

(iv) De ahí, que ciña la controversia a "si la servidumbre propuesta por el demandante es la más viable y adecuada".

6.- Recurre en casación la parte demandada y apelada.

El recurso de casación se articula en un motivo, que se encabeza del siguiente modo:

"Único.- Al amparo de los artículos 481 y 477. 2. 3º y 3 de la LEC, por presentar interés casacional la resolución del recurso al vulnerar la sentencia que recurrimos el artículo 588 del Código Civil, en relación con los artículos 4, 348 y 349, y 551 del mismo texto legal, y con la doctrina del Tribunal Supremo relativa a la exigencia de la concurrencia del requisito de la necesidad para proceder a la constitución de las servidumbres forzosas (legales), y a la presunción de que el derecho de propiedad se encuentra libre de cargas, de modo que siendo las servidumbres un derecho real sobre cosa ajena, y por tanto, limitativo de la propiedad, la interpretación y aplicación analógica de su regulación ha de ser restrictiva."

El recurso de casación se centra en el hecho de que la conexión a la red pública de saneamiento es una actuación recomendable pero totalmente innecesaria, ya que la finca del demandado, pese a estar enclavada, cuenta con un sistema propio de gestión de aguas residuales a través de una fosa séptica. El interés casacional se basa en que la aplicación analógica del art. 588 CC no puede determinar que criterios de conveniencia o utilidad cedan ante la necesidad que, en este caso, no existe; la justificación del interés casacional se efectúa con la cita de varias sentencias de la sala, entre otras, SSTS 832/11, de 17 de noviembre y 1030/05, de 20 de diciembre que versan sobre la necesidad como nota característica de las servidumbres forzosas.

7.- La sala dictó auto el 6 de marzo de 2019 por el que acordó admitir el recurso de casación.

8.- La parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso de casación, pero con carácter preliminar alegó que concurría causa de inadmisibilidad.

En esencia alega que el requisito de la necesidad estaba ya acreditado por el reconocido enclavamiento de la finca y lo que no resultó acreditado es qué trazado tendría que seguir esa tubería subterránea.

Ese fue el motivo por el que se desestimó la demanda.

Añade que el pronunciamiento sobre la existencia de necesidad y aplicación analógica del art. 588 CC no fue objeto de recurso de apelación por la ahora recurrente.

**SEGUNDO.- Decisión de la sala.**

1.- Ciertamente que la dicción literal del art. 588 CC exige el enclavamiento de la casa donde se encuentra el patio o corral entre otras casas, así como que no sea posible dar salida por la misma casa a las aguas pluviales que en él se recojan, para que se pueda constituir la servidumbre forzosa de desagüe sobre un predio contiguo.

A la interrogante de si el demandante puede dar salida desde su propiedad a las aguas residuales, el demandado afirma que sí, pues tiene la casa una fosa séptica para recoger las aguas residuales.



Este alegato lo desvirtúa la sentencia de primera instancia con un argumento de peso, a saber, cuando el actor recoge sus aguas residuales en una fosa séptica no les está dando salida de su propiedad, sino reteniéndolas en su finca, mediante un sistema técnico que permite la acumulación de residuos, útil en su momento pero totalmente desfasado de la realidad social al día de hoy y de principios rectores sobre política de salud y medioambiente recogidos en los arts. 43 y 45 CE .

Lo anterior enlaza con el concepto de la necesidad de conectarse a la red pública de saneamiento.

A tal cuestión también ofrece respuesta la sentencia de primera instancia con un argumento también de peso, fundado en la realidad social vigente al aplicarse la norma.

La regulación civil de las servidumbres se hizo en un momento muy anterior en el tiempo, y no se compadece con los tiempos actuales y con el resto del ordenamiento jurídico que el precepto se entienda solo para dar salida a las aguas pluviales o que desaparezca la necesidad de dar salida si la casa tiene una fosa séptica que, en su día, acumulaba los residuos. Aunque podría constituirse como una servidumbre de paso, si bien como tal no se plantea.

Por este motivo la sentencia recurrida ha querido abundar en los argumentos de la primera instancia, acudiendo a la Ordenanza Municipal de uso eficiente del agua del Ayuntamiento de Bayona.

Concluye que, por los argumentos que expone, no existiría obligación de conectarse a la red de saneamiento, por lo que sería más una recomendación.

Pero deja claro que ningún perito puso en duda que por razones de salud pública, higiene y medio ambientales es preferible y recomendable una conducción a la red de saneamiento público que una fosa séptica.

Por tanto el concepto de necesidad a efectos de constitución de la servidumbre no se identifica con el de obligación por disposición administrativa, pues, de ser así, sí que estaríamos en otro ámbito.

La sentencia recurrida, por todo lo que se ha ido razonando, sostiene, con acierto, que, dada la parca regulación del art. 588 CC , ha de completarse con leyes, reglamentos y ordenanzas generales o locales sobre policía urbana o rural, pero entonces estaremos en presencia del art. 551 CC que trata de las prescripciones que regirán las servidumbres que impone la ley en interés de particulares o por causa de utilidad privada, a cuya clase pertenece la de desagüe de los edificios.

Pero que no exista una obligación imperativa no contradice que exista necesidad para quien quiera desaguar sus residuos a la red de saneamiento público y no a una fosa séptica sita en su casa.

**2.-** La sentencia recurrida ha querido completar la argumentación de la sentencia de primera instancia, y de ahí que afirme que tiene en cuenta las premisas de las que parte la misma para apreciar el enclavamiento y la necesidad.

Y es que la Audiencia tiene en consideración que el recurso que enjuicia ha sido interpuesto por la parte actora y solo por ella, y decidir sobre la necesidad de la constitución de la servidumbre de desagüe, en contra de lo sustentado por la sentencia de primera instancia, podría suponer una *reformatio in peius*, como apunta la parte recurrida.

Por ello afirma la Audiencia "de manera que la controversia queda ceñida a la cuestión de si la servidumbre propuesta por el demandante es la más viable y adecuada".

El recurso se desestima.

**TERCERO.-** De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394. 1 y 398. 1 LEC , procede imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

## FALLO

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

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Luisa y D. Alvaro , contra la sentencia dictada con fecha 3 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (sección 6.ª), en el rollo de apelación 205/2016 , dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 925/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Vigo.

**2.º-** Confirmar la sentencia recurrida, cuya firmeza se declara.

**3.º-** Imponer a la parte recurrente las costas del recurso.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ