



Roj: **SAP OU 1077/2003 - ECLI:ES:APOU:2003:1077**

Id Cendoj: **32054370022003100450**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **2**

Fecha: **26/12/2003**

Nº de Recurso: **129/2003**

Nº de Resolución: **307/2003**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE ARCOS ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE OURENSE

Sección 2ª

Rollo: RECURSO DE APELACION 129/03

(APELACION CIVIL)

La Audiencia Provincial de OURENSE, Sección Segunda, constituida por los Ilmos. Sres. D. ABEL CARVAJALES SANTA EUFEMIA, Presidente, D. FERNANDO ALAÑON OLMEDO y D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**, Magistrados, ha pronunciado la siguiente.

### **SENTENCIA**

En OURENSE, a VEINTISÉIS de DICIEMBRE de DOS MIL TRES.

VISTOS, en grado de apelación, por esta Sección Segunda de la Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, los autos de JUICIO VERBAL procedentes del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE NÚM. UNO A POBRA DE TRIVES, seguidos con el nº 153/02, Rollo de apelación nº 129/03, en los que aparece, como parte APELANTE, D./Dª. Eusebio, representado/a por el/la Procurador/a D./Dª EMILIA ENRÍQUEZ DOMÍNGUEZ (D. JULIO TORRES PIÑEIRO, a efectos de notificaciones) y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª CASIANO VIDUEIRA SUÁREZ y como, APELADO, D./Dª. Octavio, Raquel Y Carlos Alberto, representado/a por el/la procurador/a D/Dª ANA-BELÉN VEGA GONZÁLEZ (BLANCA PEDRERA FIDALGO, a efectos de notificaciones), y asistido/a por el/la Letrado/a D./Dª. Carlos Alberto; sobre ACCIÓN DECLARATIVA SERVIDUMBRE DE PASO Y OTROS EXTREMOS. Es MAGISTRADO- PONENTE el Ilmo. Sr. D. **JOSÉ ARCOS ÁLVAREZ**.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el Juzgado de primera instancia de NÚM. UNO A POBRA DE TRIVES se dictó sentencia en los referidos autos con fecha 27.01.03 cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que se estima la demanda presentada a instancia de Don Eusebio representado por el Procurador Dña. Emilia Enríquez Domínguez contra Don Octavio, Dña. Raquel, y Don Carlos Alberto representados los dos últimos por la Procuradora Dña. Ana-Belén Vega González y debo condenar y condeno a los demandados de forma solidaria al cierre del hueco de 0,30 X 0,30 metros abierto en el canal al lado del molino, que vierte las aguas que provienen de dicho canal al prado situado en su vertiente norte. Que debo absolver y absuelvo a los demandados de todos los demás pedimentos contenidos en la demanda. Todo ello sin especial pronunciamiento respecto las costas procesales."

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de D./Dª. Eusebio recurso de apelación y, seguido por sus trámites legales se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial.



TERCERO.- En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales a excepción del término para dictar sentencia debido al excesivo número de asuntos que obran ante esta Sección.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Habiendo sido estimada parcialmente la demanda interpuesta por D. Eusebio , pretende que en la segunda instancia se estimen todos los pedimentos contenidos en la demanda rectora. En concreto, el titular, del predio dominante alega el carácter diviso del inmueble, perteneciendo una porción del mismo a su hermana Fátima debiendo tener cada suerte de terrenos accesos independientes por la finca sirviente de la que son titulares los demandados. El acceso, sostiene D. Eusebio (que fue el vendedor del denominado " DIRECCION000 " a los demandados que es la finca que debe dar paso a la situada en su viento norte), y según el pacto al que llegaron el vendedor y compradores, materializado primero en documento privado y después en escritura pública de compraventa, debería darse por la finca vendida y por el "portón" que atraviesa el canal. En segundo lugar, invoca el recurrente la infracción del art. 543 C.c. ya que sostiene que el alero reconstruido de la vivienda rehabilitada para casa de turismo rural vuela 20 cm. más que el primitivo alero instando a que se condene a los demandados a recortar ese exceso.

El demandante y recurrente pretende, por último, que se abra más el paso del agua del canal al molino debido a que, con las crecidas del invierno, se causan daños a su finca por desbordamiento.

Por su parte, la parte demandada, que fue condenada en la instancia al cierre del hueco de 0,30 x 0,30 metros abierto en el canal al prado situado en su vertiente norte, además de oponerse al recurso de oposición interpuesto por D. Eusebio , impugna la sentencia recurrida en este extremo que le es desfavorable.

Examinando los distintos motivos del recurso según se han planteado, en primer lugar procede tratar si la servidumbre de paso que aprovecha al fundo de D. Eusebio debe darse por la finca de los demandados y por el mismo "portón" que atraviesa el canal y si estamos ante una división del predio dominante o no. Tanto en el documento privado de compraventa, de fecha 25 de noviembre de 1996, como en la escritura pública de compraventa, de fecha 2 de diciembre de 1996, se establece que la finca de los demandados, denominada " DIRECCION000 ", queda gravada con una servidumbre de paso para tractor y para personas que se ejercerá "desde la cancilla existente junto al camino público que conduce al puente que salva el cauce del canal que limita por el Norte con la finca de la que es copropietario el vendedor." A mayores, las partes contratantes acordaron que "los compradores podrán habilitar otra cancilla de las mismas medidas que la actual, que no dificulte el adecuado paso a los propietarios, arrendatarios o usufructuarios del predio dominante, de forma que pueda la servidumbre ser todo lo menos gravosa posible para los compradores". Como es sabido, en materia de servidumbres, como en toda la relativa a imposición de gravámenes, la interpretación ha de ser estricta y restrictiva y favorecer, en lo posible, el interés y condición del predio sirviente. Esta ha sido la intención evidente y expresa de las partes contratantes y así lo reflejaron en la escritura pública de compraventa, de forma que la servidumbre pudiera ser todo lo menos gravosa posible para los compradores. En este sentido, se habilitó a los referidos compradores a disponer otra "cancilla de las mismas dimensiones", lo cual se produjo en la realidad, y respecto "al puente que salva el cauce del canal" puede, en virtud del principio de interpretación restrictiva en materia de servidumbres antes señalado y aún según los términos e intención de los contratantes ( art. 128 1 C.c.), disponer otra construcción que permita salvar el cauce del canal como consta al haber, en el sureste de la propiedad del demandante, un tramo en el cual el canal está entubado, permitiendo el paso desde el camino a la finca del recurrente por medio de una rampa que habilita el paso de maquinaria agrícola. El titular del predio sirviente, según lo establecido en el art. 545.2 C.c., tiene la facultad de modificar en ciertas condiciones el lugar y forma de la servidumbre, en armonía con el principio que exige sea ésta ejercitada con el menor sacrificio y daño posible del fundo sirviente. Como requisitos necesarios para poder ejercitar esta facultad, es preciso que 1) resulte incómoda la servidumbre al dueño del predio sirviente, 2) que ofrezca éste al que tenga derecho a la servidumbre otro lugar o forma igualmente cómodos, en reemplazo de los que se traten de sustituir, 3) que no resulte perjuicio alguno al dueño del predio dominante o a los que tenga derecho al uso de la servidumbre y, 4) que costee el referido dueño del predio sirviente los gastos que ocasione la variación de la servidumbre. Pues bien, en el presente supuesto, la variación del lugar por el que se ejerce la servidumbre de paso se ha realizado cumpliéndose todos y cada uno de los requisitos mencionados y aún según los términos e intención de los propios contratantes que previeron dicha posibilidad.

Por lo que se refiere a si quedó acreditado que el predio dominante hubiese sido dividido y adjudicado una parte a D. Eusebio y otra a su hermana Dña. Fátima . en los documentos en los que se plasmó la compraventa se habla del carácter de "copropietario" del vendedor por lo que no puede tenerse en cuenta dicha afirmación o manifestación de parte. Por ello, debe decaer el primer motivo de recurso invocado por el recurrente.



SEGUNDO.-En relación a la eventual vulneración del art. 543 C.c. por el exceso en el vuelo del alero del tejado del molino, hay que señalar que lo que se ha realizado por los dueños del " DIRECCION000 ", no fue más que las obras necesarias para que el referido molino pudiese ser reconstruido convenientemente para el fin al que su titular quiso destinarlo. Ello no significó que hiciesen la servidumbre de vertiente de tejado más gravosa para el demandante tal y como señaló el juzgador a "quo" cuyos razonamientos hacemos nuestros y evitamos reiteraciones innecesarias decayendo también esta segundo motivo del recurso.

El tercer motivo invocado por el apelante es el relativo a que se causan daños en su finca en épocas de desbordamiento del río Mao debido a que parte del canal se encuentra cerrado. Según la prueba practicada, consta que el referido canal permanece abierto y sigue vertiendo agua al río Mao por lo que la situación, después de la realización de las obras en el molino, es la misma que antes de la compraventa y que afectaba al predio del demandante por lo que no puede más que desestimarse dicho motivo.

TERCERO.- La parte demandada fue condenada a cegar el hueco de 30 x30 cms abierto en el canal del molino, pronunciamiento que impugna y que también debe ser desestimado por no haber podido acreditar la constitución y vigencia de la servidumbre de aguas con lo que no existiendo, antes de la compraventa, el referido hueco de 30 x30 cms no cabe acoger dicho motivo de impugnación.

CUARTO.-En materia de costas, en virtud de los art. 394 y 398 LEC, no procede hacer expresa imposición de las costas de la segunda instancia.

Por lo expuesto, la Audiencia ha dictado el siguiente:

### FALLO

Se DESESTIMA el recurso de apelación interpuesto por el/la Procurador/a de los Tribunales D EMILIA ENRÍQUEZ DOMÍNGUEZ (D. JULIO TORRES PIÑEIRO, a efectos de notificaciones), en nombre y representación de D./D<sup>a</sup>. Eusebio , contra la sentencia dictada por el JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA DE A POBRA DE TRIVES, en autos de Juicio JUICIO VERBAL 153/02, Rollo de apelación nº 129/03, de fecha 27.01.03, asimismo se desestiman los motivos contenidos en el escrito de impugnación formulados por la representación procesal D. Octavio y tros; SE CONFIRMA ÍNTEGRAMENTE la resolución apelada SIN HACER EXPRESO PRONUNCIAMIENTO EN MATERIA DE COSTAS.

Al notificar esta resolución a las partes, háganse las indicaciones a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que en unión de los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-

PUBLICACIÓN.- Dada y pronunciada fue la anterior sentencia por los Istmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el Istmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo, el Secretario, certifico.