

STS de 30 de abril de 1928

En la villa y Corte de Madrid, a 30 de abril de 1928; en el juicio declarativo de mayor cuantía seguido en el Juzgado de primera instancia de Durango y ante la Sala de la Civil de la Audiencia territorial de Burgos por D. Teodosio García Sala y Jove-Huervo y don Ramón García Sala y Arana, Abogados y vecinos de Izurza, contra D. José María Ortiz de la Riva y Arana, propietario y vecino de Bilbao, sobre servidumbre de paso y otros extremos; pendiente ante Nos en virtud de recurso de casación por infracción de ley, interpuesto por el demandado, representado por el Procurador D. Luis Balbontín, bajo la dirección del Letrado D. José Antonio Primo de Rivera; habiendo comparecido los demandantes y recurridos por el Letrado D. Enrique Gavillán:

Resultando que D. Juan Ramón de Arana falleció en Bilbao el 7 de enero de 1870, dejando, entre otros bienes, una casa-palacio llamada de Izurza, por radicar en la anteiglesia de dicho nombre, con dos jardines, parques y demás pertenecidos; y hecha la división de la herencia, la propiedad del palacio quedó indivisa entre los herederos; pero más adelante, y por ser más conveniente, se acordó que uno de los copropietarios, D. Tomás José de Arana y Ampuero, comprase sus participaciones a los otros coherederos, que eran la viuda del causante doña María del Carmen, se otorgó con fecha de 14 de abril de 1864 ante el Notario de Bilbao D. Francisco de Basterra la correspondiente escritura, quedando el D. Tomás José como único propietario de dicho palacio de Izurza:

Resultando que en esa escritura de 14 de abril de 1864 –acompañada por testimonio con la demandada de estos autos y que también ha sido aportada a este Tribunal Supremo– se dice "que no admitiendo cómoda división la finca de D. Tomás José, como inmediato sucesor de los bienes vinculados que poseyó su finado padre D. Juan Ramón, ha convenido en quedar con la expresada casa-palacio de Izurza y sus pertenecidos; y a la doña María del Carmen Engracia, previo información de utilidad, se le ha concedido por el Tribunal autorización para que por sí y como curadora y tutora de sus hijos proceda a la enajenación de la parte que la corresponda en dicha finca, según la convenido con el D. Tomás José, y como resulta de los insertos siguientes; siguiendo a continuación en la escritura la peritación hecha por el Maestro de Obras D. Pedro de Astarbe, quien dice en ella que dicho mencionado inmueble, o sea el palacio de Izurza, con su pertenecidos, es una finca compuesta de cuatro partes, que son: el propio palacio con cochera y una huerta antigua y jardines; otra huerta nueva y dos terrenos que en la escritura se denominan "Bosque Mayor" y "Bosque Menor"; continuando la huerta antigua y los jardines del palacio, por el Este, con la antépara y antusano de la llamada "Ferrería de Izurza"; lindando el Bosque Mayor, al Nordeste, con dicha antépara de la Ferrería de Izurza, y el Bosque Menor, al Suroeste, con la propia antépara de la Ferrería de Izurza:

Resultando que esta otra heredad llamada Ferrería de Izurza es, según la propia

escritura, otra vecina del palacio, según se ha visto anteriormente, y que también perteneció a D. Juan Ramón de Arana, y al morir éste se adjudicó a su viuda doña María del Carmen de Parada, y a su vez, después pasó a ser de doña Cristela de Anana y Parada, esposa y madre, respectivamente de D. Teodosio García Sala y D. Ramón García Sala y Arana, demandantes que han sido en el presente pleito; pesando sobre dicho palacio de Izurza y a favor de la Ferrería dos servidumbres, una de paso, sobre la que ha recaído pronunciamiento firme en estos autos, y que, por lo tanto, no ha sido objeto de discusión en el recurso de casación interpuesto, y otra, con relación a la cual, se dice en la escritura de 1864: "El cauce de la Ferrería de Izurza", adjudicaba con sus obras, mejoras y pertenecidos a la doña María del Carmen, cuyo cauce pasa por los pertenecidos de la casa-palacio, continuará siempre, como hasta ahora, sin que tenga derecho a variarlo el dueño de dicho palacio, quien sólo podrá hacer uso de las aguas del mismo cauce, por la huerta y casa, como se ha verificado y verifica en la actualidad; de manera que son dos las servidumbres que gravan el llamado Bosque Menor y pertenecidos del palacio Izurza, una la de paso o de peatón y carros, y otra, de acueducto; y cuyo Palacio Nuevo de Izurza pasó a ser propiedad por herencia de D. Tomás José de Arana, adquirida a través de distintas personas, de D. José María Ortiz de la Riva y Arana, demandado en este pleito:

Resultando que están conformes ambas partes litigantes en que los dueños de la Ferrería de Izurza nunca dieron al olvido el derecho de servidumbre que se les reconocía sobre la finca Palacio Nuevo en la escritura de 4 de abril de 1864; y que en prueba de ello se otorgó en acta notarial ante el Notario de Durango D. José Vicente Ortiz de Vidasolo, con fecha 17 de enero de 1921, acreditativa de que a la muerte de D. Tomás José Arana y a instancia de don Teodosio García Sala, los sucesores del primero convinieron en la ejecución de las obras conducentes al respeto de la servidumbre que sobre dicho Palacio Nuevo y a favor de Ferrería Izurza pesaba, consistentes dichas obras en que se rasgara una pared contigua a la puerta que daba entrada al bosque, se quitara un puente que unía al bosque con un machón y se suprimiera la tubería y conducción del agua a un surtidor que existía en la inmediación, y que, al efecto, se siguieron diferentes negociaciones entre don Ramón García Salas, de una parte, y D. Mario Camiña, en nombre de D. José María y D. Julián Ortiz de la Riva, de la otra; y posteriormente y después de varias incidencias reanudaron sus gestiones D. Ramón García Sala y el Sr. Ortiz de la Riva, pero desistiendo ya de defender el Bosque Menor, como solución que parecía la más acertada, según se consignó en documento privado de 28 de marzo de 1921; habiendo reconocido, finalmente, el Sr. Ortiz de la Riva la servidumbre de paso a que el Bosque Menor estaba afectado en el acto de conciliación celebrado; pero juzgando los demandantes que esto no era suficiente, por no ser el acto conciliatorio documento auténtico para la inscripción en el Registro, has promovido el presente pleito, a fin de obtener una declaración judicial que realice ese fin de poder inscribir la servidumbre en el Registro, tanto en lo referente al predio dominante como al sirviente:

Resultando que con estos antecedentes y con fecha 29 de agosto de 1924, el Procurador D. José María Astola, a nombre de don Teodosio García Sala y Jove-Huervo y de D. Ramón García Sala y Arana, dedujo ante el Juzgado de primera instancia de Durango demanda en el juicio declarativo de mayor cuantía D. José María Ortiz de la Riva y Arana, haciendo en los ocho primeros hechos de la demanda una relación sustancialmente conforme con la expuesta y describiendo en el hecho primero la Ferrería llamada de Izurza, y en el segundo, el Palacio Nuevo de Izurza, añadiendo en el séptimo, que las servidumbres mencionadas no afectaban en nada a la subsistencia de los caminos carriles y servidumbres que la misma Ferrería Izurza tenía sobre los pertenecidos de la casería de Irusandi, según se había hecho constar en la escritura de venta del Palacio Nuevo de Izurza a D. Tomás de Arana y Ampuero; y que esos pertenecidos, que eran también propiedad del Sr. Ortiz de la Riva, quedaron incorporados al llamado Bosque; alegando la representación de los demandantes en los hechos noveno y sucesivos, que el demandado no podía negar tampoco la propiedad y el usufructo de los actores sobre los llamados cepellones, que también se llamaban camellones, desde el momento en que la reconocía sobre los cajeros; que a mayor abundamiento, entre los bienes adjudicados a doña María del Carmen Engracia de Parada, abuela de D. Ramón de Arana, figuraban entre los accesorios de la Ferrería las plantas que ocupaba el estolde antépara, con su depósito y cauce hasta la presa, incluso el derecho de los refuerzos y aguas, y cuyos refuerzos no podían ser otros que los cepellones, cuyo objeto era el de reforzar los cajeros, defendiendo las heredados contiguas; que desde el momento en que se pedía el deslinde y amojonamiento de los cajeros y cepellones, era indudable que lindaba con ellos la propiedad del demandado, debiéndose hacer constar igualmente que en el cauce y las márgenes existían árboles que, como era natural, pertenecían a la misma propiedad que aquéllos; que el jardín de Palacio Nuevo del demandado, tenía una escalera con acceso directo a la antépara de la Ferrería de los demandantes, la cual utilizaban los criados del demandado para servirse de las aguas de la antépara para el lavado de ropas y otros menesteres domésticos, ensuciando las aguas recogidas en aquel depósito, a los cual no tenía derecho el demandado; y finalmente, que el no querer el Sr. Ortiz de la Riva otorgar los documentos necesarios para dar eficacia a su asentimiento a los extremos que alegaban los demandantes, había sido causa de tener que formular la demanda: invocando en derecho varios artículos del Código Civil, ley Hipotecaria, de Enjuiciamiento civil y el artículo 127 de la ley de Aguas; y terminando por suplicar se dictase sentencia por la que se declarase:

Primero.- Que la finca denominada Ferrería de Izurza, radicante en la Anteiglesia del mismo nombre, de la que era propietario don Ramón García Sala y usufructo D. Teodosio García Sala, y cuya descripción se hacía en el hecho primero de la demanda, tenía sobre la llamada Palacio Nuevo de Izurza, inscrita en el Registro de la Propiedad, cuya descripción se hacía en el hecho segundo, y de la que era propietario el demandado D. José María Ortiz de la Riva, el derecho de servidumbre, consistente en la obligación que tenía el propietario de la finca sirviente, o sea la llamada Palacio Nuevo, de respetar

el cauce de la Ferrería de Izurza que pasaba por los pertenecidos del expresado Palacio Nuevo, sin poder variarlo ni aprovecharse de sus aguas por medio de vasijas, y en modo alguno, mediante el empleo de medios metálicos, la servidumbre de paso a través del pertenecido llamado Bosque Menor, desde el camino público que atraviesa los pertenecidos de dicho Palacio Nuevo, cruzando dicho Bosque Menor, hasta uno de los machones de la presa de la Ferrería de Izurza, de los señores García Sala; servidumbre de paso que era tanto de peatones como de carros, y que debía ser utilizada libremente por el predio dominante sin necesidad de pedir llaves a los del sirviente o a sus encargados, ni defender ningún acto de éstos; y todo sin perjuicio de la subsistencia de los caminos carriles y de servidumbre que la Ferrería de Izurza tenía sobre los pertenecidos de la casería de Urizandi.

Segundo.- Que el demandado estaba obligado a no poner dificultades ni impedimento alguno al uso de las dos servidumbres debidas por el Palacio Nuevo de la Ferrería de Izurza, a las que se referían los pedimentos anteriores.

Tercero.- Que si bien venía obligado a otorgar escritura pública de reconocimiento de ambas servidumbres, con expresión de todas las circunstancias y requisitos señalados en la ley, para que pudiera inscribirse, tanto en la inscripción de propiedad del predio dominante como en la del sirviente.

Cuarto.- Que a D. Ramón García Sala pertenecía la propiedad y a D. Teodosio García Sala el usufructo de los cajeros y capellones o camellones del cauce y de la antépara de la Ferrería, con el derecho de reforzarlos y de hacer las obras necesarias para evitar los escapes de aguas; propiedad y usufructo a cuyo reconocimiento venía también obligado el demandado, así como a la de los árboles que habían nacido en ella y la de las paredes de la toma, la antépara y las sangraderas.

Quinto.- Que de igual manera estaba obligado el demandado al deslinde y amojonamiento de las referidas cajeras y capellones con los terrenos contiguos de su propiedad y a pasar por lo que de la práctica de dichos actos resultase.

Sexto.- Que el derecho de los habitantes del Palacio Nuevo a utilizar el agua de la antépara de la Ferrería de Izurza no podía hacerse efectivo lavando las ropas y, en general, ensuciando las aguas, o mediante el empleo de medios mecánicos de extracción, sino únicamente mediante vasijas u otro medio análogo, y precisamente por las escaleras y no por medio de baldes lanzados por una cuerda, que causaba desperfectos en los revestimientos de las paredes de la antépara.

Séptimo.- Que los demandantes tenían derecho a ejecutar en la referida antépara las obras necesarias, a fin de que, respetando y dejando expedido el uso de la escalinata por la que tenía acceso directo a dicha antépara el jardín del Palacio Nuevo, y el uso de las aguas recogidas mediante vasijas, o análogamente, no se pudiesen utilizar las aguas en cuestión para lavar las ropas o ensuciarlas o impurificarlas de otro modo cualquiera.

Octavo.- Que el demandado estaba también obligado a efectuar las obras de arreglo necesarias para dejar en buen estado los canalones y pesebres del palomar que tenía en su finca de la Ferrería; y condenando al demandado a pasar por las anteriores declaraciones y hacer lo que le incumbiese y fuese necesario para darlas cumplimiento; y con imposición de costas; habiendo acompañado con el escrito diferentes documentos, y entre ellos, testimonio de la escritura otorgada en Bilbao en 14 de abril de 1864 por D. Tomás José de Arana y Ampuero, y de la que en lo esencial se ha hecho la debida referencia:

Resultando que el demandado D. José María Ortiz de la Riva contestó a la demanda y formuló reconvencción manifestando su conformidad con los hechos del segundo al octavo, inclusive, de la demanda, y alegando, en cuanto al primero, que en ninguno de los documentos que se acompañaban con la demanda se describían en la forma que en aquél se hacía, la Ferrería y pertenecidos de Izurza, pero reconociendo que el dominio y usufructo de los mismos pertenecía a los actores en los términos consignados en la escritura de 4 de abril de 1864; y añadiendo que los capellones no eran lo que se decía en el hecho noveno de la demanda, ni la escritura de 1864 los concedía a los actores, ni con sus árboles, ni tampoco el derecho de los refuerzos tenía nada que ver con árboles ni cepellones, lindando por complemento el cauce y antépara con propiedad del demandado; que los criados de éste realizaban con perfecto derecho desde hacía muchos años, lo que se refería en la demanda, sobre lavado de ropas y otros menesteres domésticos, como igualmente era un derecho del demandado lo relativo a las aguas del palomar de que se hablaba en la demanda: y que los demandantes, por haber levantado indebidamente la presa, designando al efecto la Jefatura de Obras públicas de la provincia, inundaron los terrenos del demandado y mataron varios árboles y además construyeron en ambos lados del cauce y en propiedad del demandado y sin su permiso los terrenos los terraplenes que se detallaban en el plano que acompañaba, y no se limitaron a usar de la servidumbre de carros en la manera convenida, y por no reforzar el cauce en la forma pactada y que se indicaba en el propio plano, había invadido aquél la propiedad del alegante; y en derecho alegó que no eran pertinentes los fundamentos invocados en la demanda de las leyes de Aguas y del Código civil: citando, por su parte, diferentes disposiciones del Digesto de las leyes de Partida, varias del Fuero de Vizcaya, diferentes artículos del Código civil y de la ley Hipotecaria y sentencias del Tribunal Supremo: y terminando por suplicar que, en méritos de la contestación y reconvencción, se declarase:

Primero.- Que la propiedad del demandado únicamente se hallaba gravada con la servidumbre de paso de carrera de ocho pies de anchura, en beneficio de la Ferrería de Izurza, a través del Bosque Menor, y en la forma y vía que se detallaba en el plano; y que asistía a los actores el derecho de reforzar el cauce y la antépara de su Ferrería, otorgándose en estos términos la correspondiente escritura para su inscripción en el Registro.

Segundo.- Que, por consiguiente, se desestimase en la forma y términos en que

estaban propuestos los embrollados pronunciamientos solicitados en la súplica de la demanda, absolviendo, en su virtud, de ellos al demandado.

Tercero.- Se declarase que pertenecía a éste el pleno dominio del suelo y del vuelo correspondiente a todos los terrenos que lindan con la antépara y cauce de la citada Ferrería, excepción hecha del señalado en el plano que acompañaba con la letra A; condenando, en consecuencia, a los actores a que apenas firme la sentencia hicieran desaparecer los terraplenes que levantaron paralelamente al cauce y antépara.

Cuarto.- Se declarase igualmente que estaban obligados a reforzar el cauce haciendo paredes de fábrica impermeables de suficiente altura y espesor, así para evitar los corrimientos como la inundación de los terrenos contiguos al mismo, y trazadas por los puntos más salientes en la forma que se detallaba en el plano adjuntado, bajo la demominación de "Nuevas alimentaciones de muros de refuerzo".

Quinto.- Se condenase a los demandantes al resarcimiento de daños y perjuicios causados con la inundación de la propiedad del demandado por la elevación indebida de la presa de la Ferrería citada, cuyo importe se fijaría en el período de prueba o, en su caso, en el de ejecución de sentencia, y a que no pusiesen obstáculos de ningún género al cierre que, como límite de servidumbre de paso, efectuó el demandado en la forma y extensión que se detallaban en el plano, y con imposición de costas:

Resultando que los demandantes, al replicar insistieron en sus manifestaciones de la demanda, haciendo notar el verdadero sentido de la palabra caballón, añadiendo que el derecho de los refuerzos a que aludía la tasación hecha en la testamentaría de José Ramón de Arana aludía directamente a la antépara, al depósito y al cauce, y en él se hallaban evidentemente comprometidos los refuerzos o lomos a los que se llamaba cepellones o camellones; no negando los replicantes que el cauce y la antépara lindasen con la propiedad del demandado, y lo único que afirmaban era que esos camellones, cepellones, lomos o refuerzos, formaban parte íntegra del cauce, y negando además que hubiesen causado al demandado los perjuicios que se les atribuía en la contestación y reconvencción; y que los terraplenes a que aludía por la parte contraría eran meramente los refuerzos del cauce, a los que tenían derecho los replicantes según la inscripción de la Ferrería hecha en el Registro de la Propiedad, añadiendo que el plano presentado con la contestación a la demanda contenía varias inexactitudes, y que, por tanto, no estaban conformes con él: y en derecho alegaron que los principios sancionados por la leyes de Partida eran los mismos consignados en varios artículos del Código civil y de la ley de Aguas; mostrándose conforme con la aplicación del artículo 388 del Código civil, y terminando por suplicar se dictara sentencia conforme a lo solicitado en la demanda y se desestimasen los pedimentos de la contestación y reconvencción, excepto en lo relativo a declarar que pertenecía al demandado el suelo y el vuelo correspondiente a los terrenos que lindaban con la antépara y el cauce, entendiendo esos bienes conforme a lo que resultara de los pronunciamientos dictados a instancia del demandante; y con imposición de costas al demandado; habiendo acompañado con el escrito diferentes

documentos:

Resultando que a su vez el demandado, al duplicar, insistió en sus manifestaciones de la contestación y reconvención, alegando en derecho que, como nada se pactó en cuanto a la anchura de la servidumbre de paso, había que atenerse a lo prescrito en las leyes de Partida; y que era aplicable la prescripción al desagüe del palomar, y subsidiariamente, a la servidumbre de terrenos y al derecho de sacar agua y lavar la ropa en la antépara de los actores, en la misma forma que se venía realizando; y terminando por suplicar se dictara sentencia de conformidad con lo solicitado en el escrito de contestación y reconvención:

Resultando que practicada prueba y seguido el pleito por los restantes trámites de primera instancia, el Juez de Durango, con fecha 17 de abril de 1925, dictó sentencia declarando:

Primero.- Que la llamada Ferrería de Izurza, propiedad de don Ramón García Sala, y cuyo usufructo corresponde al D. Teodosio, tiene sobre el Bosque Menor, pertenecido del palacio propio del demandado D. José María Ortiz de la Riva –y tal como ambas fincas aparecen descritas en los hechos primero y segundo de la demanda–, servidumbre de peatón y carros a través del primero desde el camino carretil, que de la carretera de Durango a Mañana se dirige al río de su nombre, hasta uno de los machones de la presa, en la forma y de las dimensiones dichas, y la de acueducto entre los Bosques Mayor y Menor, sin poder variarla y sin modificarla en nada el propietario del Palacio.

Segundo.- Que el D. José María Ortiz de la Riva viene obligado a no poner dificultades ni impedimento alguno al uso de dichas servidumbres, debiendo proceder como queda indicado en el cuerpo de esta resolución.

Tercero.- Que a D. Ramón García Sala pertenece la propiedad y al D. Teodosio el usufructo de la antépara y cauce de dicha Ferreria, debiendo reforzarlos y hacer en ellos las obras que se dejan dichas en el Considerando séptimo y en la forma allí indicada, para evitar, ya los escapes de agua, ya los desbordamientos en daño de los predios limítrofes.

Cuarto.- Que el demandado viene obligado al deslinde y amojonamiento de los cajeros en la forma que sea viable con los terrenos contiguos.

Quinto.- Que el derecho de los habitantes del Palacio Nuevo para utilizar el agua de la antépara de la Ferrería ha de hacerse únicamente por las escaleras, por las que tiene acceso a la misma el jardín del Palacio Nuevo, en la forma que queda expresada, y sin que puedan lavar ropas ni ensuciarlas, pudiendo los actores hacer las obras necesarias en aquélla, siempre que respeten ese derecho, no dificultando en modo alguno su ejercicio.

Sexto.- Que el Sr. Ortiz de la Riva viene obligado a estar y pasar por anteriores

declaraciones, otorgando la escritura o escrituras correspondientes, para el reconocimiento de los derechos que quedan expresados a favor de los actores y en la forma que la ley Hipotecaria preceptúa, para que puedan ser inscritos en el Registro de la Propiedad.

Séptimo.- Que al demandado le pertenece el pleno dominio del suelo y del vuelo correspondiente a todos los terrenos que lindan con la antépara y con el cauce de la citada Ferrería, excepción hecha del señalado con la letra A en el plano acompañado con la contestación, debiendo los actores, una vez firmase esta sentencia, hacer desaparecer los terraplenes que levantaron paralelamente al cauce y antépara; y

Octavo.- Que los actores señores García Sala vienen obligados al resarcimiento de los daños y perjuicios causados con la inundación en la propiedad del demandado Sr. Ortiz de la Riva por la elevación de la presa de la Ferrería, y cuyo importe se fijará en período de ejecución de sentencia; y sin hacer expresa condena de costas en esa instancia:

Resultando que como fundamentos de este fallo el Juez consignó varios Considerandos, que han sido aceptados literal o sustancialmente por la Audiencia y se transcriben después; y además, bajo el número duodécimo, consignó otro, que no nombra la Sala, y al que se refiere el último motivo del recurso de casación interpuesto en estos autos, y que dice así: "Que no procede la declaración pretendida en la demanda, de que pertenecen a los actores los árboles que han nacido en la antépara, pues en parte alguna queda justificado que en la misma hayan nacido árboles, sino que lo existentes se hallan en ambas márgenes y en terrenos del demandado, ya que éstos se extienden, según queda justificado, hasta la misma antépara.

Resultando que solicitada aclaración de dicha sentencia, en cuanto a los pronunciamientos primero y tercero, por la representación del demandado, el Juez dictó auto aclarando la misma, en el sentido de que las servidumbres de peatón y de carros no eran distintas, sino una sola; que la servidumbre que se concedía en la sentencia no podía ser mayor que la que se ocupaba el documento de 1864, y que las paredes o muros habían de ser trazados en el sitio que se marcan en el plano acompañado con los autos, pues de lo contrario, no sólo había incongruencia entre los escritos de las partes y la sentencia, sino que la tendrá ésta consigo misma:

Resultando que apelaba la anterior sentencia por la representación de los demandantes y sustanciada la apelación con arreglo a derecho, en 9 de febrero del pasado año de 1927, la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Burgos dictó sentencia confirmando en todas sus partes los extremos primero, segundo, cuarto, quinto y sexto de la sentencia de primera instancia, y declarando, por lo que afecta a los tercero, séptimo y octavo, lo consiguiente:

Primero.- Que a D. Ramón García Sala pertenece la propiedad y al D. Teodosio el usufructo de la antépara, cauce y terraplén de dicha tenencia; debiendo hacer las

obras usuales, corrientes y necesarias a su conservación y aprovechamiento, sin mayor alcance ni extensión, y que directamente tiendan a evitar perjuicios en los fundos colindantes, conforme al uso y costumbre de la localidad.

Segundo.- Que al demandado le pertenece el pleno dominio del suelo y vuelo correspondiente a todos los terrenos que lindan con el terraplén de la antépara y cauce de la citada tenencia, excepción hecha del señalado con la letra A en el plano acompañado con la contestación, debiendo los actores, una vez firme la sentencia, hacer desaparecer los camellones, cepellones y camillones que levantaron paralelamente al cauce y antépara: y

Tercero.- Que lo actores señores García Sala están obligados a pagar, en concepto de resarcimiento de daños y perjuicios causados con la inundación en la propiedad del Sr. Ortiz de la Riva con la elevación de la presa de tenencia, la cantidad de 600 pesetas, y sin hacer expresa declaración de costas en ninguna de las dos instancias; confirmando la sentencia apelada en todo aquello en que coincidiese perfectamente con ésta, y revocándola en lo que discrepase;

Resultando que el Procurador D. Luis Balbontín, a nombre de D. José María Ortiz de la Riva, ha interpuesto recurso de casación por infracción de ley, fundado en los números primero, segundo y tercero del artículo 1.692 de la de Enjuiciamiento civil, por los siguientes motivos:

Primero.- Por incurrir el fallo recurrido en incongruencia con las peticiones de las partes, infringiendo el artículo 359 de dicha ley: pues, en efecto, en el pronunciamiento primero del fallo de la Sala se dice: "Que a D. Ramón García Sala pertenece la propiedad y a don Teodosio el usufructo de la antépara, cauce y terraplén de dicha tenencia, debiendo hacer las obras usuales, corrientes y necesarias a su conservación y aprovechamiento, sin mayor alcance ni extensión, y que directamente tiendan a evitar perjuicios, conforme al uso y costumbre de la localidad" ; pero esta aplicación del uso y costumbre es incongruente con las peticiones de las partes; y la sentencia no puede resolver más que con arreglo a las pretensiones deducidas oportunamente por aquéllas, condenando o absolviendo según el citado artículo 359 de la ley Procesal, que a los efectos de la casación no es adjetivo, sino sustantivo, según sentencias de 15 de octubre de 1919 y 28 de febrero de 1924, concluyendo la oportunidad de las pretensiones deducidas por las partes en el escrito de dúplica, según el artículo 548 de la misma ley, y las sentencias de 30 de marzo de 1894 y 25 de abril de 1896, entre otras; siendo cuestiones nuevas y, por consiguiente incongruentes, las que se resuelven en la sentencia sin haber sido planteadas en ninguno de los escritos fundamentales del pleito, según así se declara en numerosas sentencias, y entre ellas, la de 18 de marzo de 1916 y 4 de junio de 1919, porque lo único que en caso de autos parece tener alguna relación con esa declaración de la sentencia, es lo que se consigna en la demanda, al pedirle a favor de los actores que se haga la declaración de que les pertenecen los cajeros y capellones, "con el derecho de reforzarlos y de hacer las obras necesarias para evitar los

escapes de agua"; y lo que se alegó en la contestación al reconvenir pidiendo que los actores fueran condenados a realizar determinadas obras de alineación e impermeabilización con arreglo a un plano unido al escrito, habiendo después solicitado los actores en la réplica que ese extremo y los demás de la reconvencción, menos uno, fuesen desestimados; y a su vez, en la dúplica, sólo se pidió que se fallasen el pleito con arreglo a lo pedido en la contestación, de manera que no se hizo invocación alguna del uso y costumbre de la localidad; y es de recordar, además de lo dicho, la sentencia pronunciada por este Tribunal Supremo el 15 de junio de 1883, en la que se dice que la Sala sentenciadora no debe hacer declaraciones que se le hayan pedido oportunamente.

Segundo.- Por infringir la Audiencia de Bugos los artículos 5.º y 6.º del Código civil, la ley sexta, título II, Partida primera; ley tercera, título XXXVI, del Fuero de Vizcaya, y la doctrina contenida en la sentencia de 26 de junio de 1899, por violación de esos preceptos y doctrina; pues, en efecto, el Fuero de Vizcaya no determina el valor de la costumbre como derecho supletorio; y como la ley tercera en su título XXXVI ordena que en los casos de silencio del Fuero se acuda a las leyes del Reino y pragmáticas de Su Alteza (o sea el Derecho común), lo que el Derecho de Castilla disponga acerca de la fuerza y aplicación de la costumbre, será ley en los territorios de Vizcaya donde rige el Fuero; y ya dentro del Derecho de Castilla la ley sexta del título II de la Partida primera, dice: "Fuera muy grande, a la costumbre, cuando es puesta en razón, así como diximos en las contiendas que los homes han entresi, de que no hablan las leyes escritas, puedense librar por la costumbre que fuese usada sobre las razones que fue la contienda y aún la fuerza de ley"; y de acuerdo con ese principio, el artículo 6.º del Código, parten del supuesto del silencio legal, porque habiendo ley aplicable al caso, no se puede acudir a la costumbre; y refiriéndose al caso del pleito, en materia de servidumbre de acueducto, es terminante y de perfecta aplicación, la ley cuarta, título XXXI, Partida tercera, que se estudiará en otro motivo; pero, desde luego, faltando como falta el supuesto de silencio legal, se infringe por la Sala sentenciadora dicha ley y título de la Partida primera y el artículo 6.º del código Civil, y si bien podría sostenerse que la ley de Partida referente a la servidumbre de acueducto, podría estar derogada por una costumbre contra ley, el Código civil, en su artículo 5.º, no la admite, pero si las leyes de Partida, que a continuación del párrafo transcrito anteriormente y después de otro dedicado a la costumbre según ley, añade: "E aun otro poderío muy grande que puede virar las leyes antiguas que fuesen fechas antes que ella, pues que el Rey de la tierra lo consintiese usar contra ellas tanto tiempo como sobre dichos es o mayor"; de manera que las Partidas si admiten la costumbre contra ley; pero para que pueda aplicarse una costumbre en la resolución del juicio es preciso acreditarla por medio de la prueba y discusión correspondiente, según sentencia de 26 de Junio de 1899, entre otras; y si la Sala sentenciadora, en uso de su libertad para apreciar la prueba, estableciese como acreditada en el juicio la existencia de una costumbre derogatoria de la ley cuarta, título XXXI de la Partida tercera, habría que pasar por su declaración; pero como no se declara tal cosa, ni ninguno de los litigantes trató de invocarla ni probarla en el juicio, y de ahí la incongruencia alegada en el motivo anterior, el fallo viola las leyes y la

doctrina que se han citado al aplicar la costumbre del lugar.

Tercero.- Por infringir además, por violación la doctrina relativa a la interpretación de los títulos donde se establecen servidumbres, porque estas nacen, entre otras maneras, según dicho Código, de las partidas "por otorgamiento que hacen aquellos cuyas son las cosas" (ley 14, título XXXI, Partida tercera): y tales servidumbres se rigen por el título, como se dice en el artículo 598 del Código civil; pero esta clase de títulos pueden ocurrir dos casos: o que las palabras estén claras y no dejen lugar a duda sobre la intención de los contratantes, o que no lo estén; y en el primer caso hay que estar a la letra del documento, y así se establece en multitud de sentencias, y entre ellas, la de 15 de junio de 1896, diciéndose en la de 14 de marzo de 1917, que hallándose claramente definidos los términos de un contrato, a ellos ha de estarse, para determinar la voluntad de las partes, sin acudir a interpretaciones que puedan alterarla; y en el mismo sentido se expresan otras muchas sentencias, y entre ellas la de 9 de marzo de 1892, al declarar que es ociosa toda interpretación, y mucho más lo que tienda a ampliar los términos del documento extendiéndolos a casos y cosas que no han querido los otorgantes; cuya doctrina se refleja en el artículo 1.283 del Código civil; y en el segundo caso, es decir, cuando pueden haber dudas sobre el sentido de las palabras empleadas, entonces hay que acudir a la interpretación, pero con arreglo a las normas que señala la ley y la doctrina; y recordando lo que constituye la cuestión que ha dado origen al presente pleito, se aprecia una servidumbre de acueducto constituida voluntariamente en la escritura de 14 de abril de 1864, y en la que se estableció, entre otros extremos, y se señaló el límite de los trozos del predio sirviente lindante con la servidumbre, o sea, como en la escritura se dice: "con la antépara": y por otra parte, las palabras con que describe la servidumbre el Maestro de Obras D. Pedro de Astarbe y cuya descripción aceptan las partes, dice; "Por las plantas que ocupan el estolde antépara, con su depósito y cauce, hasta la presa, incluso el derecho de los refuerzos": palabras que, unidas a los demás extremos de la escritura, dan a entender, apreciando exactamente las consignadas en el título, que la servidumbre en cuestión está constituida por un cauce con sus refuerzos, una antépara y un depósito, y que el cauce para por pertenecidos de la casa palacio, o sea que el predio sirviente —éstos pertenecidos de la casa palacio— lindan con la servidumbre exactamente en la línea adonde llega el cauce y antépara, y si bien es cierto que la Sala sentenciadora puede muy bien no aceptar esta interpretación, al dar la suya, hubo de decidirse necesariamente por una de las dos posiciones de que se ha hablado anteriormente; y desde luego, no se ha decidido por atender rigurosamente a las palabras del título, sin usar otras, puesto que primero declara que los actores son dueños y usufructuarios de la antépara, cauce y terraplén, y después dice "que al demandado la pertenece el pleno dominio del suelo y vuelo correspondientes a todos los terrenos que lindan con el terraplén de la antépara y cauce"; palabra esta de "terraplén" que no se emplea en el título y se añade, por tanto, otro tercer elemento de los dos que nombra la escritura, por lo que es indudable que la Sala sentenciadora no ha encontrado suficientes las palabras del título, pues si hubiera sido así, las hubiera reproducido en sus pronunciamientos; y

aunque, como se ha dicho, está en su facultad el interpretarlas, esta interpretación no infringe la ley y la doctrina legal, sino que respetan las normas fijadas por una y otra; y sobre ello, y para terminar con el desarrollo de este motivo, no es ocioso recordar que en materia de interpretación de títulos por los que se establecen servidumbres rigen los siguientes principios:

A. Los principios generales, y entre ellos, primero el de libertad, según se enuncia en el título XXXIV de la Partida séptima y después el de menor obligación; y así en los ejemplos de interpretación de contratos y testamentos que ofrecen las leyes segunda y quinta del título XXXIII de la Partida séptima, se inclina, por regla general, la ley a favor del sentido menos gravoso para el obligado, y en este mismo principio se inspira la sentencia de 23 de Septiembre de 1885 al decir que la eficacia de los contratos no alcanza a más de la convenido en ellos, y en caso de duda sobre este punto, debe resolverse en contra de la existencia de las obligaciones que no aparezcan claramente pactadas.

B. Los principios especiales de la servidumbre, que son: Presunción de propiedad libre: "Los bienes deben tenerse por libres mientras no se justifique hallarse afectos a algún vinculo o gravamen" (sentencia de 20 de diciembre de 1860), consignándose la misma doctrina en otras muchas, entre ellas, la de 21 de octubre de 1892 y 31 de marzo de 1902. El título: "Las servidumbres no pueden extenderse a cosas que no se hallen comprendidas en los títulos de adquisición, porque de lo contrario se lastimaría el derecho de propiedad" (sentencia de 14 de abril de 1866 y que se consigna en el artículo 598 del Código civil). Interpretación restrictiva: "Los contratos en que se constituyen servidumbres u otros gravámenes deben interpretarse en sentido favorable a la propiedad inmueble" (sentencia de 21 de noviembre de 1881); siendo principio general en materia de servidumbres el que previene se interpreten en los casos dudosos en sentido restrictivo, supuesto que limitan el libre ejercicio del derecho a la propiedad (sentencia de 26 de mayo de 1876); no interpreta restrictivamente, ciñéndose al título, el reconocimiento de la servidumbre discutida en el pleito, sino que la amplía a un elemento –que es el terraplén– y además declara expresamente que o hace así cuando dice en el Considerando tercero "que la propiedad del cauce y antépara se reputará su extensión a los terraplenes"; es decir, que interpreta la servidumbre extensivamente, y sin que finalmente se pueda salvar la violación de la doctrina legal transcrita, ni aun diciendo que los terraplenes son, a juicio de la Sala, ese "derecho de los refuerzos" de que habla la escritura; en primer lugar, porque tal explicación no aparece en la sentencia, y además porque esta nueva interpretación sería encerrada en el mismo dilema que repetidamente se ha planteado en el presente motivo, porque, o la frase en cuestión "derecho de los refuerzos" es clara, y entonces la sentencia no tuvo que hacer más que reproducirla, o no es clara, y entonces la debió interpretar restrictivamente en el sentido menos gravoso para la propiedad; debiendo añadirse, finalmente, que en cuanto al sentido de las palabras, se guía el Tribunal Supremo, según repetidas sentencias, por el Diccionario de la Real Academia Española, y según éste, la palabra quiere decir engrosar o añadir nuevas fuerzas o fomento a una cosa; fortalecer o reparar lo que

padece ruina o detrimento; y refuerzo quiere decir reparto que se pone para fortalecer y afirmar una cosa que amenaza ruina; de manera que, dentro de la amplitud de las definiciones académicas, la Sala sentenciadora no ha escogido la significación más restringida, sino la más amplia, dando como refuerzos al cauce y a la antépara una faja de terreno por cada lado, que son los terraplenes desconocidos en la escritura de 1864, y va contra lo que el mismo título dice "ni el cauce ni la antépara lindan con el predio sirviente", y entre uno y otro ha hecho surgir el terraplén que no consta en el título.

Cuarto.- Infracción, por violación de la ley cuarta, título XXXI, Partida tercera, y en la que incurre la Sala sentenciadora de tres maneras: al no tenerla en cuenta para señalar las obligaciones del título de la servidumbre; al desestimar la reconvencción en que se la reclamaba su cumplimiento; y al concederle derecho sobre tierra de fuerza del cauce; pues, en efecto, dice dicha ley de la indicada Partida: "E por ende decimos que aquellos que ovieren tal servidumbre en heredad agena, que deben guardar e mantener el cauce o la acequia, o la canal, o el caño, o el lugar por do corriere el agua, de manera que non se pueda ensanchar sin alzar, ni abaxar nin facer daño aquel por cuya heredad pasase. E... devenia mantener e guardar con estacadas-non metiendo cantos que embarguen la propiedad agena"; incurriendo en el primer modo de infracción, porque en lugar de aplicar la reglamentación establece por dicha ley a la servidumbre de acueducto reconocida, la encomienda a la costumbre del lugar; en el segundo, porque el recurrente, fundado en la misma ley de Partidas y queriendo evitar el ensanche continuo del cauce que cruza su heredad, pidió que se condenara al actor a consolidar e impermeabilizar sus paredes; y el demandado, quien no puede ir ahora contra sus propios actos, había reconocido su obligación en la súplica de la demanda, al decir en el pedimento cuarto: "que a D. Ramón García Sala pertenece la propiedad y a D. Teodosio García Sala el usufructo de los cajeros y cepellones o camellones del cauce y de la antépara de la Ferrería, con el derecho de reforzarlos y de hacer las obras necesarias para evitar los escapes de aguas" y aún más explícitamente en el último párrafo del fundamento noveno, al decir "entre estos refuerzos deben considerarse comprendidas las obras de revestimiento u otras análogas del cauce y los márgenes, encaminados a evitar los escapes o filtraciones de agua"; pero la ley reproducida anteriormente se obliga además a hacer las obras precisas para que el cauce no se pueda ensanchar "sin alzar, nin facer daño"; a pesar de lo cual no se impone al actor en la sentencia ninguna concreta obligación respecto a la conservación del cauce, y únicamente se le hace una vaga indicación recomendándole que lo cuide según la costumbre de la localidad; e infringe finalmente en el tercer modo señalado dicha ley de la Partida tercera, porque según la misma, los refuerzos deben hacerse dentro del cauce mismo, "non metiendo cantos que embarguen la propiedad agena"; a pesar de lo cual, y por el contrario, la sentencia recurrida concede a los actores una faja de terreno a cada lado del cauce, para que puedan meter, no sólo esos cantos, sino cuanto les parezca.

Quinto.- Infracción por violación del principio de derecho "nemini res sua servit jure servitutis" (Digesto, títulos VIII, I, XV, recogido en sentencias de 15 de Marzo de 1860 y 6 del mismo mes de 1875); porque, en efecto, si los señores de García Salas

tienen derecho a reforzar la antépara y cauce, ha de ser porque la tierra en contacto inmediato con esa antépara y cauce, no es suya, porque si los fuese, podrían reforzar en ella lo que quisieren por título de propiedad; y dice la sentencia de 6 de Marzo de 1875, que "la servidumbre es un derecho constituido sobre cosa ajena y no sobre cosa propia, la cual sirve a su dueño por derecho de dominio"; y por eso, si los refuerzos a que tiene derecho el cauce (para usar una expresión abreviada) sobre la tierra que lo bordea se apoyasen en terraplenes de su propio dueño, dejarían de constituir una servidumbre; por lo cual, la sentencia, al declarar que son de un mismo dueño el cauce a cuya propiedad va unido el derecho de refuerzos y los terraplenes donde se han de apoyar, infringe el principio del Digesto que se ha citado anteriormente.

Sexto.- Por conceder además el fallo pronunciado por la Audiencia de Burgos más de lo pedido, infringiendo el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque los señores García Sala, en el fundamento tercero de la réplica dijeron que no dirigían su reclamación ni al terreno contiguo al cauce y la antépara, ni a los árboles, plantas y hierbas que en él se encuentran, sino el mismo cauce y a la misma antépara; y en la súplica del mismo escrito pidieron "que se desestimase los pronunciamientos solicitados en la contestación, excepto en lo relativo a declarar que le pertenece al demandado el suelo y vuelo correspondiente a los terrenos que lindan con la antépara y el cauce, entendidos esos bienes conforme a lo que resulte de los pronunciamientos dictados e instancia del demandante"; es decir, que los actores se conforman con que se declare que el del demandado todo el terreno sobre el cauce y la antépara; pero la sentencia les concede cauce, antépara y terraplén; y si bien puede decirse que éste es una parte integrante de aquellos, en realidad no puede ser así, primeramente, porque si lo fuera no se nombraría como cosa distinta, y además, porque si el terraplén forma parte del cauce, los refuerzos de éste no se apoyan en terreno ajeno (lo que es condición indispensable para que haya servidumbre), sino en terreno propio, y o ha de admitirse este motivo de casación o el anterior, porque si cauce y terraplén son una misma cosa, se perdió la servidumbre, porque ya los refuerzos del cauce no pesan en terreno del vecino, y si el cauce y terraplén son cosas distintas, no hay congruencia, porque se concede el terraplén a quien sólo pidió la antépara y el cauce; y

Séptimo.- Porque, finalmente, la Audiencia de Burgos guarda silencio sobre una de las pretensiones formuladas por las partes, infringiendo el repetido artículo 359 de la ley Procesal civil; que, en efecto, se pedía en el extremo cuarto de la súplica de la demanda que se reconociera a favor de los actores la propiedad y usufructo de los árboles nacidos en el cauce y antépara; y si bien el Juez no hizo pronunciamiento alguno en su sentencia acerca de este particular, por lo menos en el Considerando duodécimo explicaba las razones de su silencio; pero al ser revocada en parte aquella sentencia por la Sala, ésta, si bien aceptó la mayoría de los Considerandos de la primera instancia íntegramente o en lo sustancial, nada dijo respecto a ese Considerando duodécimo, y por lo tanto, perdura el silencio del fallo de primera instancia acerca de ese extremo de los árboles, más explicable aún porque al rechazarse por la Sala aquel Considerando debió sustituirlo por otro; y si se quiere sobreentender, que los árboles nacidos son de

cada una de las partes en la tierra que respectivamente se les atribuye, aunque así fuera, una vez que se ha hecho la petición concretamente por el demandante y por separado, ha debido resolverse en un pronunciamiento también separado, según el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, porque cuando las partes piden se haga una declaración, ellas tendrán su razón para ello, sin que pueda parecer superflua ninguna de las que se interesa por los litigantes; y viniendo a la cuestión de autos los árboles en ocasiones pueden pertenecer al dueño del suelo donde no han crecido; por todo lo cual, es indudable que al guardar la Sala silencio sobre un extremo, sobre el cual se solicitó por una de las partes una declaración completa, incide en este último motivo de casación:

Resultando que admitido el recurso, al instruirse, la parte recurrente solicitó se aportase a los autos, con arreglo al artículo 1734 de la ley de Enjuiciamiento civil, testimonio de la escritura otorgada en Bilbao el 14 de abril de 1864 por D. Tomás José Arana y Ampuero y doña María del Carmen Engracia de Parada, por ser este documento de capital importancia para el pleito, y ser deficiente la referencia que se hacía del mismo en el apuntamiento, a cuya petición se opuso la parte contraria; y por providencia de 9 de diciembre próximo pasado, se ordenó se aportase dicho documento, del cual, una vez remitido por la Audiencia de Burgos, se instruyeron las partes y se declararon los autos conclusos, mandándose traer a la vista con las citaciones correspondientes:

Visto, siendo Ponente el Magistrado D. José García Valdecasas:

Considerando que es doctrina mencionada por este Tribunal, en armonía con lo dispuesto en el artículo 359 de la ley de Enjuiciamiento civil, que se encuentra inspirado por la 16, título XXII de la Partida tercera, que los preceptos en aquél contenidos sobre que las sentencias sean claras, precisas y congruentes, con la demanda y demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, decidiendo en el fallo todos los puntos litigiosos, no sólo precisa en su observancia condenar, absolver y hacer las declaraciones que esas pretensiones exijan, sino también, sin traspasar los límites trazados por las partes en los escritos fundamentales del pleito, que convenga lo resuelto con lo por ellas solicitado, ya que la congruencia se quebranta tanto al dejar de decidir alguna cuestión de las propuestas o verificarlo de la que no se interesó, como al conceder mayor extensión y alcance a lo reclamado y discutido, otorgando más de lo que con la acción o reconvencción ejercitadas se trata de hacer efectivo:

Considerando que es manifiesto incurrió la Sala sentenciadora en el vicio de incongruencia y en las infracciones que se aducen en los motivos primero y segundo de este recurso, porque habiéndose solicitado por los demandantes se les reconozca el derecho de reforzar la antépara y cauce objeto de discusión en el pleito y hacer las obras necesarias, para evitar escapes de agua, fundándose en lo dispuesto en el Código civil y la ley de Aguas, y por la parte demandada, la declaración de venir obligada la contraria a verificar los refuerzos indicados, por medio de las obras que determinadamente expresa, citando leyes de Partida, sin que ninguno de los litigantes fundamentara sus

pretensiones en la costumbre del lugar, ni menos instaran llevar a efecto tales refuerzos con arreglo a la misma, se impone reconocer que, al mandar en el fallo de la sentencia recurrida se hagan dichas obras sin mayor alcance ni extensión que directamente tiendan a evitar perjuicios a los fundos colindantes, conforme al uso y costumbre de la localidad, extremo sobre el que ni se pudo articular ni, por tanto, se practicó prueba alguna, toda vez que no fue objeto de discusión en la instancia, ni por ello se hace siquiera la menor indicación en sus fundamentos respecto a lo en que consistan esos usos y costumbres, infringió el juzgador el artículo 359 antes citado de la ley Procesal, puesto que decide cuestión no alegada ni discutida ni ha sido objeto de prueba en el juicio, por lo que su cumplimiento exigiría la necesidad de prueba, a fin de conocerlo, y como este conocimiento se halla exigido por los artículos 5.º y 6.º del Código civil, según tiene resuelto este Tribunal Supremo, estableciendo que la costumbre del lugar supletoria a falta de ley, para que pueda aplicarse en juicio, es preciso acreditarla por la prueba y discusión correspondientes, lo que ha debido tenerse presente en concepto de supletorio del Fuero de Vizcaya, y al no tener en cuenta dichos preceptos y doctrina, se han infringido y procede estimar los dos citados motivos del recurso:

Considerando que además de lo expuesto, no habiéndose formulado en la demanda pretensión alguna encaminada a obtener los actores reconocimiento de dominio, ni siquiera de posesión de terraplenes levantados paralelamente a los lados del cauce y antépara discutidos en este juicio, sino únicamente en cuanto a camellones, cepellones o camellones, formados en el terreno limítrofe a los mismos, que se han denegado en la sentencia recurrida, en este extremo consentida, y como los propios demandantes al contestar en la réplica a la reconvenición deducida por la parte contraria, pretendiendo, entre otros extremos, se le concediera pertenecerle el suelo y el vuelo del terreno que linda con los referidos cauce y antépara, y en su consecuencia condenar a los primeros a que hicieran desaparecer los terraplenes que habían levantado paralelamente a los susodichos conducto y depósito de agua, solicitaron se desestimaran los pronunciamientos pedidos al reconvenir, excepto en lo relativo a declarar perteneciese al demandado el suelo y el vuelo correspondiente de los terrenos que lindan con los tan repetidos cauce y antépara, petición que demuestra con toda claridad la pretensión de los actores de que se resuelva sobre ello en los términos interesados por el contrario, forzoso es reconocer que por no haberse demandado derecho alguno a favor de aquéllos respecto a los aludidos terraplenes, al declararse en la sentencia recurrida que el dominio de éstos pertenece a los demandantes y que el terreno del demandado se encuentra por dichos terraplenes limitado, se concede a los que demandan más de lo por ellos pedido, consistente en cosa que no habían reclamado, incurriendo el Tribunal de instancia en la incongruencia alegada en el sexto motivo, del recurso, que debe ser estimado:

Considerando que estimados los motivos a que se refieren los anteriores fundamentos y procediendo casar por ello la sentencia recurrida, se hace innecesario ocuparse de los demás formulados en el presente recurso, toda vez que se resuelve en su virtud sobre los dos pronunciamientos que se combaten de los en la misma

comprendidos:

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación por infracción de ley interpuesto por D. José María Ortiz de la Riva y Arana; y en su consecuencia, casamos y anulamos la sentencia que en 9 de febrero de 1927 dictó la Sala de lo Civil de la Audiencia territorial de Burgos, sin hacer expresa imposición de costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta de Madrid, e insertará en la Colección Legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Diego María Crehuet.– Luis Ibarguen.– José García Valdecasas.– Fulgencio de la Vega.– Saturnino Bajo.

Publicación.– Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. José García Valdecasas, Ponente que ha sido en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sección primera de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en el día de hoy ante mí, de que certifico como Secretario de la misma. Madrid, a 30 de abril de 1928.– César del Campo.