

## STS de 26 de noviembre de 1864

En la villa y corte de Madrid, a 26 de noviembre de 1864, en los autos que penden ante Nos por recurso de casación, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Valmaseda y en la Sala tercera de la Real Audiencia de Burgos por D. Cristóbal Murrieta con D. Paulino de Echevarri sobre declaración de una servidumbre y consiguiente demolición de la casa que estaba edificando éste en el punto de Bastingorri:

Resultando que por escrituras de 25 de mayo de 1663 y 12 de febrero de 1665, D. Juan Beurco Larrea, vecino de la anteiglesia de Baracaldo, compró 22 pies de árboles en la campa y arbolar de sobre los molinos, en tierra amojonada con toda la vacía pegante a ellos que se hallaban en dos partidas según era bien público y notorio; otros 37 en el puesto de sobre los molinos de Puerto, en tierra amojonada con la demás vacía pegante a los mismos, cuyos linderos eran públicos y notorios, y un arbolar con 29 árboles mayores y ocho pequeños y su tierra y raíz en la campa del Puerto, confinante hacia la parte de Arragieta por la cabecera con árboles del comprador, y por el otro lado de los molinos de Puerto con árboles de Don Juan de Arrageta, y por la hondonada el arroyo y carcabón del agua que bajaba de la fuente de Linajoleta, y además seis árboles en la tierra en que estaban puestos, sitios en el puesto de Requena, y lindantes con otros del comprador por los dos lados y cabecera, y por la hondonada con el juncal del río de Luchana:

Resultando que el Ayuntamiento de la expresada anteiglesia de Baracaldo, previa subasta pública, vendió por escritura de 10 de febrero de 1810 a D. Francisco Domingo de Echevarri, padre del actual demandado, la casa titulada de la Punta con todas las vegas contiguas a ella que contenían 60,848 estados superficiales de terreno, sitas y notorias en la jurisdicción de dicha anteiglesia, con todas sus entradas, salidas, usos, derechos y servidumbres que la pertenecían y pudiesen pertenecer, pero con la obligación de observar, cumplir y guardar en todas sus partes las cláusulas y demás relacionado por los peritos medidores y tasadores, en razón a la pertenencia y uso de caminos de tránsito y servidumbre, a saber: que había de dejar libre y desembarazado para todo transeúnte el camino carretil que dirija desde la sendeja de Zaballa hasta la ría común, con dos estados de anchura por ser conducente para el tránsito común: que tendría libre el camino transitable que conducía desde el final del referido carretil hasta la misma casa, y desde ésta a la barrera de Portu, teniéndolo en buen ser y estado, y no podría impedir el tránsito de personas ni caballerías: que igualmente había de dejar libre el camino transitable que dirigía para Zaballa y sus barrios, con medio estado de anchura; el carretil que conducía desde el principio de otro carretil hacia el puentecillo de madera, con un estado de ancho, el cual era conducente para el tránsito de algunas heredades, y no pondría obstáculo a cuantos transitaren desde su casa hasta la introducción del expresado carretil, teniendo dichos caminos con la suficiencia

necesaria para la comodidad de los que transitaren:

Resultando de la certificación de los peritos medidores y tasadores que la vega confinaba por la parte oriental con pertenecidos de D. José Ramón de Zubiría, por el Mediodía con la heredad del cortimiento de Portu, finalizando por esta parte con pertenecidos de D. Francisco de Echevarri, por Poniente con camino y sendeja común, y por el Norte con playa y ría transitable:

Resultando que dueño el Ayuntamiento de Bilbao del caserío de Portu en su mitad del Oriente, la enajenó en el año de 1810 a D. Pedro Antonio Castañares, de quien y por sucesivas transmisiones ha venido a ser de la propiedad de D. Cristóbal Murriela por escritura de 3 de julio de 1857, en la que se expresa que dicha casa, titulada de Portu se halla rodeada de sus propios terrenos que componían 1,774 estados, y que lindaban por la cabecera que mira al Mediodía con camino carretil y en parte camino peonil, y pasado este con heredad de Francisco de Olazo; por el Norte con dicha vega de la Punta; por el Oriente con camino carretil que se dirige del puerto de Portu al barrio de Landaburu, y por el Poniente con terreno de Doña Carmen de Escauriza:

Resultando que para llevar a efecto el Ayuntamiento dicha enajenación comisionó por acuerdo de 26 de abril de aquel año a dos individuos de su seno para que valiéndose de perito de su satisfacción se tasase la finca; y elegido D. Antonio Abasolo procedió a la medición y evaluó de cada uno de los pertenecidos del medio caserío, diciendo al fijar los linderos generales que todas las partidas de terrenos tasados, con inclusión de la otra media casa, confinaban por el costado de Oriente y cabecera de Mediodía con caminos servidumbres de la misma casa, y para el puerto de la misma comarca; por el Poniente con pertenecidos de la otra media casa y zanja ya citada, y por la hondura del Norte con la vega que acababa de comprar D. Francisco de Echevarri a la anteiglesia de Baracaldo; y 90 y medio estados de área con parte de inculto titulado Ortuche, en la proximidad de la misma casa y su parte superior, confinante con la lindera del Norte y costado del Oriente, con pertenecido recién cultivado del citado Echevarri; por la cabecera del Mediodía con pertenecido de Ignacio Olaso, y por el Poniente con igual trozo de la otra media casa de Garay:

Resultando que con motivo de haber fijado unas estacas en la campa de Portu dos comisionados del Ayuntamiento de Baracaldo, como para demarcar un espacio en que edificar o que enajenar, dedujo D. Paulino de Echevarri en 10 de febrero de 1858 interdicto de retener, el cual, seguido por sus trámites, terminó por sentencia de 7 de abril siguiente, por la cual, después de algunas consideraciones, entre ellas, haber justificado Echevarri con testigos la posesión de dicho terreno y el acto por el que se le había inquietado en ella, y que por el acuerdo del Ayuntamiento no se dio más comisión que la de examinar si sin perjuicio de las servidumbres públicas, se podría construir en el indicado punto el edificio de que se hacía mérito en el acuerdo, habiéndose excedido por consiguiente los comisionados con el acto de fijar estacas, se declaró haber lugar al interdicto y a mantenerle, sin perjuicio, en la posesión que había solicitado, reservando

al Ayuntamiento el entablar la demanda de propiedad que pudiera corresponderle con arreglo a derecho:

Resultando que a consecuencia de haber mandado el Ayuntamiento de Baracaldo a D. Paulino de Echevarri que suspendiese las obras que estaba haciendo en el expresado terreno por ser del común, acudió al Gobernador civil en 23 de julio de 1860, el cual le ofició en 21 de agosto siguiente manifestándole que resultando del expediente instruido en aquel Gobierno, que las obras que había empezado en un terreno de su propiedad no interceptaban ningún camino público, como suponía el Ayuntamiento al ordenar la suspensión de ellas, podía continuarlas puesto que había desaparecido el motivo que indujo al Alcalde a suspenderlas:

Resultando que haciéndose cargo D. Cristóbal Murrieta del acuerdo anterior del Gobernador civil, denunció en 4 de septiembre del mismo año la casa que según decía estaba construyendo de nueva planta D. Paulino de Echevarri en el sitio de Bustingorri por impedir el uso de una servidumbre real rústica que de inmemorial había tenido el caserío de Portu del que era dueño, y pidió la suspensión de la obra y que se condenase a Echevarri a demoler cuanto hubiese edificado, dejando las cosas en el ser y estado que antes tenían:

Resultando que acordada la suspensión provisional de la obra, y celebrado juicio verbal en el que las partes expusieron sus respectivas razones con representación de los documentos que creían corroborarlas, y verificado un reconocimiento judicial del terreno, se dictó por el Juez sentencia en 21 del mismo mes de septiembre de 1860, por la cual y considerando, entre otros particulares, no haber justificado D. Paulino de Echevarri que la campa de Portu fuese el terreno en que construía su casa, y héchose constar por el contrario, que existía esta campa de Portu en otro punto distante sobre 126 pasos, se ratificó la suspensión acordada, mandando se procediera a su ejecución por alguacil del Juzgado que arreglaría ante Escribano diligencia del estado, altura y circunstancias de la obra, apercibiendo a D. Paulino de Echevarri con la demolición a su costa de lo que en adelante se ejecutase:

Resultando, que consentida por las partes esta sentencia, presentó demanda la de Murrieta en 31 de diciembre siguiente para que se condenase a D. Paulino de Echevarri a que en el breve término que se le señalase demoliera la casa que levantaba en el punto de Bustingorri, requiriéndole que de contrario se ejecutaría por el Tribunal a su costa; y haciendo mérito del resultado del interdicto de nueva obra, y exponiendo que de continuar así las cosas, subsistiría permanente el obstáculo material que impedía al propietario e inquilinos del caserío de Portu de hacer uso de la servidumbre que había tenido desde inmemorial, así como subsistiría también la causa de que las aguas fuesen a causar daño en otra casa suya, alegó el deber de todo el que obstruye o impide el uso de una servidumbre, de cualquier naturaleza que sea, de quitar o remover el estorbo o impedimento; dejándole libre expedito; y la obligación del que directa o indirectamente causa daño a un tercero a indemnizarle y remover la causa que ocasionó el daño:

Resultando que D. Paulino de Echevarri contradijo la demanda, y pidió se le absolviera de ella libremente, con imposición de perpetuo silencio a la parte contraria, alegando que era legítimo poseedor y propietario del terreno sito en el puesto de sobre los molinos de Puerto, sin hallarse desmembrado su dominio por razón de servidumbre u otro gravamen cualquiera; que aún cuando sobre dicho terreno pasase la carga de servidumbre nunca podría ser otra que la de íter; que entre el vallado de Murrieta y la pared de la obra que estaba levantada había una distancia de cerca de cuatro pies; por consiguiente, y aun constando la servidumbre que debería en tal caso ser interpretada, ateniéndose en su ejercicio a la forma prescrita, y en su defecto al modo menos oneroso al propietario, no señalándose a la de íter o senda más anchura de dos pies, y habiendo una distancia mayor entre su obra y el predio del demandante, nunca podría decirse que el ejercicio de aquella quedaba obstruido y se le seguía perjuicio alguno:

Resultando que en el término de prueba hicieron una y otra parte las que estimaron conducentes a justificar los hechos que respectivamente habían alegado y el Juez dictó sentencia en 14 de julio de 1862, que revocó la Sala tercera de la Audiencia en 7 de febrero de 1863, absolviendo a Don Paulino de Echevarri de la acción y demanda interpuesta por D. Cristóbal Murrieta, declarando en su consecuencia no haber lugar a la demolición de la casa que había edificado aquél pero con la obligación de recoger las aguas todas de la misma o guiarlas de manera que no puedan perjudicar a los actuales pertenecidos de D. Cristóbal Murrieta:

Resultando que éste dedujo contra el fallo anterior recurso de casación citando como infringidas:

1.º Las leyes 13, tít. 22, Partida 3.ª; 15, tít. 31 de la misma partida, y 1.a, tít. 12 del Fuero de Vizcaya, toda vez que se había desestimado la demanda sin embargo de lo resuelto en la sentencia dictada y consentida por las partes en el juicio de interdicto, y de ser una verdad reconocida la existencia de la servidumbre, y estar ganada con arreglo a la citada ley del Fuero de Vizcaya.

2.º Y en este Supremo Tribunal el art. 317 de la de Enjuiciamiento civil, que obliga a la apreciación de la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos según las reglas de la sana crítica, que son las consignadas especialmente en la ley 40, tít. 16, Partida 3.ª no modificada por dicho artículo:

Y la doctrina deducida de la ley 18, tít. 29, Partida 3.ª, que establece la prescripción de las cosas que son raíces o incorpóreas por el tiempo de 10 y 20 años con los requisitos que en la misma se fijan: "que por este mismo tiempo se gana la referida servidumbre, teniendo el poseedor justo título de un tercero". doctrina y ley que se han infringido en el caso actual al absolver de la demanda a D. Paulino Echevarri, cuando al recurrente se agregaba al uso por más de ese tiempo, la existencia de un justo título:

Vistos, siendo Ponente el Ministro D. Laureano de Arrieta:

Considerando que la sentencia que se pronuncie en interdicto de obra nueva, no prejuzga la cuestión que posteriormente se ventile en juicio ordinario acerca del derecho a continuar la obra denunciada:

Considerando, en su virtud, que no puede atribuirse al fallo del interdicto promovido por D. Cristóbal Murrieta contra D. Paulino de Echevarri, la eficacia y el valor legal de cosa juzgada para el presente litigio, que ha sido instaurado por el mismo Murrieta ejercitando en él la acción real confesoria de servidumbre rústica de vía sobre el terreno en que Echevarri ha construido la casa que fue objeto de aquel interdicto:

Considerando que el ejercicio de la indicada acción y demanda ordinaria imponía a Murrieta la obligación de probar la existencia de la servidumbre a que se refiere, por uno de los tres medios que al efecto señala la ley 11, tít. 31 de la Partida 31.<sup>a</sup>, a saber, por contrato, por testamento o por el uso durante el tiempo correspondiente a la naturaleza de discontinua de la misma servidumbre:

Considerando que no habiendo realizado Murrieta la expresada justificación por los dos primeros medios, de contrato de testamento, ha intentado verificarla por el tercero, de uso, suministrando al efecto la prueba testifical que ha tenido por conveniente, la cual, igualmente que la presentada por la parte de Echevarri, han sido apreciadas por la Sala sentenciadora con arreglo a lo dispuesto en el art. 317 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Considerando que la ley 1.<sup>a</sup>, tít. 12 del Fuero de Vizcaya, no puede servir de fundamento a la referida demanda, ni al presente recurso de Don Cristóbal Murrieta, puesto que establece la prescripción como medio de liberación y de extinción de acciones, y no como medio de adquisición del dominio de cualquiera otro de los derechos reales:

Considerando por tanto que en la sentencia cuya casación se pide no ha sido infringida ninguna de las disposiciones legales ni doctrinas que se citan por el recurrente:

### **FALLAMOS**

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Cristóbal Murrieta, a quien condenamos en las costas. Y devuélvase los autos a la Audiencia de Burgos con la certificación correspondiente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Gaceta e insertará en la Colección legislativa, pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.– Sebastián González Nandin.– Eduardo Elío.– Gabriel Ceruelo de Velasco.– Joaquín Melchor y Pinazo.– Pedro Gómez de Hermosa.– Ventura de Colsa y Pando.– Laureano de Arrieta.

Publicación.– Leída y publicada fue la sentencia anterior por el Ilustrísimo Sr. D.

Laureano de Arrieta, Ministro del Tribunal Supremo de Justicia, estándose celebrando audiencia pública en la Sección primera de la Sala primera del mismo hoy día de la fecha, de que certifico como Secretario de S.M. y su Escribano de Cámara.

Madrid, 26 de noviembre 1864.– Dionisio Antonio de Puga.– (Gaceta de 11 de noviembre de 1864.)