

REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO

DEDICADA, EN GENERAL, AL ESTUDIO DEL ORDENAMIENTO
CIVIL Y ESPECIALMENTE AL REGIMEN HIPOTECARIO

DEPÓSITO LEGAL: M. 968.—1988.

Año XXXVIII	Septiembre-Octubre 1962	Núms. 412-413
-------------	-------------------------	---------------

Trascendencia de la Ley Hipotecaria del año 1861 (*)

Entre los actos conmemorativos del centenario de nuestra memorable Ley Hipotecaria del 8 de febrero de 1861, figura la celebración del presente acto en la sede de esta Real Academia de Jurisprudencia y Legislación; y ha sido dispuesto que en él tomase parte mi modesta persona, que tanto se honra en pertenecer a esta docta Corporación, así como al ya centenario Cuerpo de Registradores de la Propiedad.

No puedo menos que testimoniar la satisfacción que esta coyuntura me depara, y agradezco al mismo tiempo la gentileza que ello significa.

* * *

El título de este discurso me permite destacar los *méritos* que concurrieron y el *alto grado de valentía* que representó la formulación y aprobación de la Ley Hipotecaria de 1861, principalmente habida cuenta de la época en que la misma apareció y del estado

NOTA.—Conferencia dada en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, el día 5 de mayo de 1961, con motivo del Primer Centenario de la mencionada ley, que publicamos con autorización de la citada Academia.

que entonces se encontraba la legislación sobre la materia en los países latinos e incluso en los germánicos.

En este cometido procuraré armonizar la brevedad de esta disertación con el deseo de evitar, en cuanto sea factible, la repetición de ideas y consideraciones, en parte ya vertidas en publicaciones nuestras, producto de una ya añeja dedicación al estudio del Derecho Hipotecario o inmobiliario registral.

* * *

Los legisladores que prepararon y llevaron a buen fin la Ley Hipotecaria del año 1861 se dieron perfecta cuenta, naturalmente, de la importancia que la misma entrañaba para el país, y aunque se diga que no llegaron a medir todo el real y potencial alcance o trascendencia que el nuevo sistema tenía para el régimen de la propiedad inmueble de España, hay que reconocer que su esfuerzo fué considerable, por lo que dicha Ley es merecedora de los más cálidos elogios, no sólo por el elemento normativo que desarrolló en torno a su objetivo fundamental de proteger registralmente al tercero adquirente y con ello asegurar el tráfico jurídico inmobiliario, sino también por el valor de los elementos que en estado primario, o todavía no desenvueltos por completo, en ella se contenía.

* * *

Es sabido que la Comisión que elaboró la Ley Hipotecaria de 1861 repetidamente había manifestado, a través de sus componentes, y así lo hizo constar en la magnífica Exposición de Motivos que la encabezó, que los objetivos que la Ley perseguía:

Asentar la propiedad territorial sobre sólidas bases que le dieran firmeza, seguridad y certidumbre, mediante la publicidad de las transmisiones del dominio de inmuebles, y la constitución y transmisión de los derechos reales sobre los mismos.

Y establecer la publicidad de las hipotecas, para facilitar la obtención de dinero a los propietarios de bienes inmuebles y garantizar debidamente a los que se lo prestaran.

La necesidad de comprender en la nueva Ley todo lo relativo al primer objetivo propuesto era inexcusable, por su carácter fun-

dañental—dijo el gran hipotecarista BIENVENIDO OLIVER—, y la Comisión entendió que aquella fijeza, seguridad y certidumbre de la propiedad inmueble únicamente podía lograrse por medio de la inscripción en el Registro de la Propiedad inmueble de todas las mutaciones, cambios y modificaciones jurídicas acaecidas en ella. Pero la Comisión—agrega—no trató en la Exposición de Motivos de la Ley la materia relativa a la *aseguración de la propiedad inmueble* con la misma extensión y profundidad que la referente al derecho real de *hipoteca*, diferencia que él mismo considera inexplicable, porque el primer objetivo era básico, ya que el otro era mera consecuencia. Y tanto fué así que cuando dicha Exposición de Motivos procura explicar en qué consiste la *publicidad registral*, expresa que ella quiere decir que desaparezcan las *hipotecas ocultas*, que ninguna carga o título no inscrito afecte al que adquiera la finca o la reciba en *hipoteca*, etc., de todo lo cual resultaba que este concepto de publicidad, tal como la Comisión lo expuso, era muy distinto del sistema que trataba de introducir y que en la realidad introdujo.

La preocupación básica fueron ciertamente las hipotecas—afirma dicho insigne hipotecarista—, y el mismo Ministro de Gracia y Justicia, que presentó el proyecto, dijo en una sesión de las Cortes (la del 6 de enero de 1861), que de lo primero que debió ocuparse la Comisión fué asegurar la propiedad inmueble *porque era la base de la hipoteca*. Y en la misma idea coincidieron varios parlamentarios que intervinieron en el correspondiente debate en las Cortes, en el que por un destacado vocal de la Comisión, y parlamentario, llegó a decirse, al defender la sistemática adoptada por la Ley Hipotecaria, que otro ilustre vocal de la misma Comisión, don CLAUDIO ANTÓN DE LUZURIAGA, era partidario de iniciarla con un artículo definitorio del *derecho real de hipoteca*, y hacerla seguir de la regulación de la misma, para dejar a una segunda parte de la Ley lo relativo a la inscripción de la propiedad inmueble y de los demás derechos reales sobre ella. En el mismo sentido uno de los diputados, que precisamente era de los que entonces dirigían la oposición hacia la Ley Hipotecaria, se lamentó en las Cortes de las innovaciones tan radicales que la Ley introducía en el país, criticándola por haber ido más allá de las exigencias racionales del *crédito hipotecario*. Y otro diputado del mismo grupo expresó

que la Ley que se discutía no era lo que debía ser, pues había de limitarse a regular el derecho de *hipoteca*.

Esta fué una de las causas de adoptarse oficialmente la denominación de *Ley Hipotecaria*, aunque CÁRDENAS, ponente de la misma, la calificara de *Código de la propiedad territorial*.

Mas a pesar de aquella denominación y de que la preocupación de los legisladores de 1861 fuese el *derecho real de hipoteca inmobiliaria*, en esta Ley se contenían las normas suficientes para que quedara establecido en España un sistema inmobiliario registral que entonces, en pleno auge en las naciones latinas del llamado sistema de transcripción, constituía una excelente creación legislativa, que además encerraba en su seno los gérmenes necesarios para que, merced a ulteriores desenvolvimientos, llegara a alcanzar la legislación inmobiliaria registral española la línea de los ordenamientos más avanzados y a la vez más ponderados sobre la materia.

No es que pueda ser atribuído a los legisladores registrales del año 1861 el fenómeno del legislar inconsciente. Ciertó que las leyes, sobre todo las altamente innovadoras, una vez promulgadas se desconectan de sus creadores y producen un resultado normativo que a veces alcanza proporciones mayores que las pensadas originariamente. Los legisladores de 1861 se dieron cuenta de la importancia de la Ley, aunque no midieran de un modo absoluto la relevancia jurídica toda de su sustancia actual y potencial que en la misma se comprendía, cosa perfectamente explicable en aquellos tiempos.

Concretamente, respecto del aseguramiento de la propiedad inmobiliaria por medio del Registro, el aspecto al que se atribuyó más importancia en la Ley Hipotecaria del año 1861 fué, naturalmente, el de la *protección de terceros adquirentes*, a base de *hacer prevalecer el título inscrito sobre el no inscrito* en hipótesis como las de la doble venta sucesiva de una misma finca a favor de personas distintas, y en las demás de índole análoga, para ampliarlo notablemente a otro campo de gran alcance, pero siempre dentro de la pauta fundamental de que *lo no inscrito en el Registro no podía afectar o perjudicar al tercer adquirente que, amparado en él, hubiere registrado su adquisición*.

Sobre esta idea, que constituyó el fulcro o punto central de

apoyo contemplado y, en cierto modo, plasmado por nuestra Ley Hipotecaria de 1861, girará principalmente esta disertación, a base de diferenciar la parte normativa de la misma, ya casi formada o evolucionada, y la parte restante, necesitada de ulteriores desenvolvimientos perfeccionadores, que reformas legislativas sucesivas cuidaron de destacar e incrustar en el cuerpo de la Ley.

* * *

Consideramos útil para nuestro empeño partir de la referida cuestión típica de la doble venta, que resuelta, fuera de toda idea registral, por la Ley *Quotiens* del *Codex* de Justiniano (3, 32, 15), pasó a las Leyes de Partidas y fué glosada por nuestros antiguos juristas clásicos, entre ellos GREGORIO LÓPEZ y ANTONIO GÓMEZ, conforme a la solución romana de dar preferencia al comprador que antes hubiera obtenido la *tradición* de la cosa vendida (*cui res fuerit tradita*).

El proyecto del Código civil en 1851 no siguió esta fórmula romana respecto de los bienes inmuebles: prescindió del mecanismo adquisitivo del título y el modo y, por tanto, de la tradición; pero como adoptaba el sistema inmobiliario de Registro, dispuso en su artículo 1.859 que en dicho caso de doble venta de inmueble *pertenecería «la propiedad al adquirente que haya inscrito antes su título»*.

La Ley Hipotecaria de 1861 no recogió este precepto, sino que en forma más general, e indudablemente pensando en la existencia de varios títulos contradictorios relativos a una misma finca o derecho real inmobiliario, dispuso en su artículo 23 que *los títulos inscribibles que no se hayan inscrito «no podrán perjudicar a tercero»*. Después, el Código Civil, en su artículo 1.473, vino a repetir (aparentemente sin grandes variaciones) aquella norma del proyecto de Código Civil de 1851, al disponer que de mediar inscripción en aquel caso de doble venta de un mismo inmueble, *«la propiedad pertenecerá al adquirente que antes la haya inscrito en el Registro»*.

La fórmula del artículo 23 de nuestra primera Ley Hipotecaria venía a coincidir, al menos en su formulación legal, con la empleada por preceptos de varias Leyes inmobiliarias registrales euro-

peas de aquellos tiempos y señaladamente con la del artículo 3.º de la Ley francesa de transcripciones del año 1855, según el cual, los títulos registrables no registrados *no pueden ser opuestos a terceros* que los hayan registrado conforme a la Ley, precepto éste que hoy también inspira al artículo 2.644 del vigente Código Civil italiano, que dispone que tales actos o títulos no registrados *no tienen efecto respecto de terceros*.

Entre nuestra Ley Hipotecaria de 1861 y aquellas otras legislaciones extranjeras de sistema de transcripción, a pesar de la referida coincidencia, que con el tiempo se debilitó, existía una importante diferencia en cuanto a los efectos de la inscripción respecto de terceros adquirentes protegidos, consistente en que, así como en tales legislaciones extranjeras la protección no alcanzaba a más, en cambio en la Ley Hipotecaria española de 1861, aparte de los efectos de dicho artículo 23, establecía otros también importantes, cuales eran los derivados del artículo 34 de la propia Ley y demás preceptos concordantes de la misma, efectos que con las posteriores reformas se intensificaron.

Sin embargo, al artículo 23 de dicha primera Ley Hipotecaria se le reconoció entonces superior importancia, conforme lo demuestran las tan conocidas palabras del entonces Ministro de Gracia y Justicia cuando presentó a las Cortes del año 1860 el proyecto de dicha Ley, al afirmar que este artículo 23 era tan fundamental *que en él se condensaba la Ley Hipotecaria*, como si ésta no contuviera más que este precepto de importancia. Y esta creencia fué bastante general hasta hace algún tiempo.

La esfera de aplicación del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 era de gran amplitud, pero siempre referida a títulos traslativos de la propiedad de inmuebles o de constitución, transmisión, reconocimiento, modificación o extinción de derechos, gravámenes o cargas reales sobre los mismos, pues suponía un conflicto entre títulos de esta naturaleza y, por tanto, inscribibles, pero que eran incompatibles o contradictorios entre sí, de los que los de fecha anterior no llegaron a inscribirse, mas sí los de fecha posterior. Por esto el dispositivo legal que entrañaba dicho artículo 23 ofrecía una elocuente aplicación en el caso clínico de la doble venta cuando la segunda o ulterior se anticipaba en la inscripción. La primera o anterior venta, que no se había inscrito, *no podía per-*

judicar a tercero, preceptuaba este artículo 23; tercero, que en nuestro caso, era el segundo o posterior comprador que inscribió tempestivamente su título de compra y el cual hizo suya la cosa comprada, porque según el artículo 1.473 del Código Civil esta cosa *pasaba a pertenecer al adquirente que antes había inscrito*; siempre que este título fuese traslativo.

Esta prevalencia se decía era un efecto derivado del *principio de publicidad registral*, que en el caso examinado, como en los demás similares, operaba decisivamente en el proceso adquisitivo. Esto era, indudablemente, apartarse, no sólo del régimen de las Leyes civiles vigentes, sino incluso del régimen registral imperante al tiempo de promulgarse la Ley Hipotecaria de 1861, que era el adoptado para las Contadurías de hipotecas por la Real Pragmática del año 1768, que estableció la *registración obligatoria*, que afectaba tanto a las partes como a los terceros adquirentes, mientras que la nueva Ley afirmaba limitar los efectos de la inscripción a los *terceros*, pero sin extenderlos a las *partes contratantes*.

La alteración que en el régimen entonces vigente introdujo la Ley Hipotecaria de 1861, con su criterio protector del tercero que inscribía antes su título adquisitivo, fué enorme, pero lo imponía la necesidad de asegurar el tráfico jurídico sobre inmuebles, que en aquellos tiempos iba manifestándose en ritmo creciente, debido a los cambios operados en varios aspectos de la vida económica del país. El repetido artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861, a pesar de la novedad que implantaba, no originó entonces mucha discusión en nuestra doctrina científica.

Si bien este precepto se redactó con arreglo a los moldes legislativos de los llamados sistemas registrales de transcripción, es de destacar que fué pensado bajo el clima de la *buena fe* concurrente en el tercer adquirente protegido. La Exposición de Motivos de la Ley lo funda en el razonamiento de que «quien tenga derechos que haya descuidado inscribir, no perjudique, por una falta que a él le es imputable, al que, sin haberla cometido, *ni podido conocer*, adquiera la finca gravada o la reciba como hipoteca en garantía de lo que se le debe». Y uno de los autores de la Ley, LA SERNA, al explicar en qué consiste dicho artículo 23, dice que la razón de la prevalencia a favor del segundo comprador que inscribió su título, es que si el primero no inscribió el suyo dió lugar con ello a que el

comprador segundo, *engañado por el silencio del Registro* acerca de la primera venta, comprara la finca «*creyendo* que el dominio existía aún en el que la vendió», y por esto el nuevo adquirente no podía ser perjudicado por la compra anterior.

Hay que atribuir mucha importancia al sentido de estas palabras, que a pesar de no reflejarse explícitamente en el texto de la Ley, respondían al criterio, de *signo positivo*, de la *protección de la confianza en el contenido del Registro* y constituían el germen u origen de los requisitos de buena fe, de previa constancia registral del derecho del transferente y, en cierta manera, del de onerosidad negocial, básicos para el tercero protegido por el artículo 34 y concordantes de la Ley Hipotecaria, y que en las evolutivas reformas sucesivas tendrían plena cristalización legal.



La importancia que desde un principio tuvo el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 es evidente, aunque la doctrina científica no penetrara *entonces* más a fondo en el estudio del papel desplegado por la inscripción, según este precepto, en el sistema registral adoptado, tanto respecto *al íntimo proceso adquisitivo del tercero inscrito* como en lo concerniente a *la repercusión posible de la inscripción en orden a la tradición como modo de adquirir*.

Veamos ahora estos dos aspectos:

En el primero, el problema consiste en determinar, en relación a dicho artículo 23 de la primera Ley Hipotecaria, si, por ejemplo, ante el esquema inicial de la doble venta, la inscripción practicada del título del segundo comprador desempeña el cometido de *factor esencial constitutivo o estructural* para la producción del resultado adquisitivo, en el sentido de que éste no tiene lugar de faltar la inscripción; o bien, si esta inscripción actúa como *factor de simple refuerzo, robustecimiento o consolidación* de la adquisición ya operada por el tercero (que es el segundo comprador inscrito) y origina, en consecuencia, la *ineficacia* de la compra anterior no inscrita.

De aplicar al artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 (hoy artículo 32) consideraciones doctrinales modernas, forzoso es reconocer que la doctrina dominante niega a la inscripción, prevista

en este precepto, *valor esencial constitutivo*, porque el mismo presupone que lo que se inscribe es un título adquisitivo *ya formado*, y el propio artículo 1.473 del Código Civil lo demuestra al disponer que la propiedad del inmueble vendido pertenecerá al *adquirente* que antes lo haya inscrito, aunque se trate del segundo o ulterior comprador. Por otro lado LA RICA, y con él varios otros escritores, estiman que la Ley Hipotecaria *eliminó la tradición como modo de adquirir la propiedad inmueble*, por haber sido ella *sustituida por la inscripción*, con su *valor constitutivo* anejo.

Esta cuestión del valor constitutivo de la inscripción ha originado abundante controversia, principalmente en la doctrina italiana.

En general, predomina en España y en la mayoría de países latinos, el criterio de que la inscripción no surte efectos propiamente adquisitivos entre las partes contratantes, sino tan sólo respecto de determinados terceros, y así lo expresa la Exposición de Motivos de la Ley Hipotecaria de 1861. Se sostiene que la inscripción no interviene, en principio, en la mutación, cambio o modificación de los derechos reales inmobiliarios, pues éstos surgen sin necesitar del auxilio del Registro de la propiedad inmueble. El valor de la inscripción en el dinamismo de tales derechos es el de dilucidar la pugna o conflicto jurídico entre los dos o más adquirentes entre vivos cuyos títulos son incompatibles entre sí, y del que es ejemplo más sencillo y expresivo el ya referido de la doble venta.

Esta pugna o conflicto de derechos se resuelve a base de preferir al tercer adquirente que primeramente inscribió su título en el Registro, aunque sea quien adquirió ulteriormente, fórmula que adoptó en su artículo 23 la Ley Hipotecaria de 1861 y que innovó de tal modo el régimen de la adquisición de la propiedad inmueble por negocio jurídico *inter vivos*, que a primera impresión parece asignar a la inscripción la virtualidad propia de *otro modo de adquirir acoplado al de la tradición*. El resultado de esto sería que, por ejemplo, en aquel caso más simple de la doble venta, en el que el segundo comprador inscribe su título y el primero no, difícilmente podría sostenerse que la inscripción es meramente *declarativa*, es decir, que publica una adquisición ya realizada, porque el segundo comprador, conforme a la Ley civil pura, nada

había podido adquirir; pero, en cambio, si se entendía que éste había adquirido por la fuerza del Registro, la adquisición sería *a non domino*, y a *título originario y no derivativo*, y la inscripción tendría valor *constitutivo*.

Evidentemente, si lo que impera en el mecanismo adquisitivo de bienes inmuebles por negocio jurídico entre vivos es el del sistema del artículo 609 de nuestro Código Civil, de raíz romana, el segundo comprador nada pudo adquirir del vendedor, porque éste ya había enajenado la propiedad de la cosa por él vendida y, por tanto, había dejado de ser dueño de ella, y es norma clásica que nadie puede transmitir lo que no se tiene. Es decir, aquel segundo comprador habría pretendido adquirir inútilmente de quien ya no podía enajenar la cosa vendida, por pertenecer ésta al primer comprador.

Mas como el artículo 23 (hoy 32) de la Ley Hipotecaria impide que el título no inscrito del primer comprador pueda *perjudicar* al que compró después e inscribió antes su título, y el artículo 1.473 del Código *atribuye la propiedad* de la cosa vendida al primero que inscriba, de ahí que la inscripción no pueda tener un valor *puramente declarativo* desde el momento que produce este efecto atributivo de la propiedad y origina la ineficacia de la primera adquisición, a pesar de cumplirse en ella los requisitos de dicho artículo 609 del Código Civil.

Pero a la conclusión de afirmar que en este caso la inscripción es *constitutiva* llegan pocos tratadistas, incluso en la doctrina italiana, pues ya hemos indicado que la opinión dominante es contraria a atribuir aquel valor a la inscripción registral, aunque no exista unanimidad dentro de este grupo doctrinal al tratar de explicar el verdadero alcance de esta inscripción en los casos como los de nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria en relación con el artículo 1.473. del Código.

PUGLIATTI (1) indica varias de las teorías de dicho grupo italiano, entre ellas las diferentes que sustentan MAIORCA, CARLOTTA FERRARA, FUNAOLI, CORRADO y otros, como la tesis procesalista de FERRI, que sostiene que los preceptos del tipo de nuestro artículo 32 de la Ley Hipotecaria contienen una norma dirigida al Juez, que le impone dar por inexistente la primera adquisición no inscrita,

(1) *La trascrizione*, I-1, 1957, pág. 434.

así como la compleja teoría de RAVÀ, que considera impotente, aún en Italia, el efecto traslativo de la compraventa *solo consensu* para efectuar la transferencia de la posesión formal del derecho y la legitimación dispositiva del mismo, por estimar esencial para ello la *tradición*, integrada por el acto de documentación, y la *inscripción*, que sirve no solo para señalar la mutación jurídica acaecida, sino, además, de causa eficiente de la transferencia de la legitimación.

Pero nosotros nos inclinamos más bien por la teoría de GENTILE (2), que por varias razones sostiene que la adquisición del segundo comprador es a *título derivativo* y no originario, por entender que después de la primera venta, y mientras su inscripción no tenga lugar, no se ha perfeccionado todavía la separación de la propiedad, de la cosa vendida, de la persona del vendedor y, por ello, éste continúa siendo propietario de la misma, aunque de un modo *temporal* y *condicionado*, por hallarse legitimado para disponer del inmueble vendido. Por esta razón, en tanto el primer comprador no inscriba su adquisición, el referido vendedor podrá enajenar el mismo inmueble a un segundo comprador, aunque *potencial* y *condicionadamente*, y así, por consiguiente, a un tercero, cuarto o quinto sucesivos adquirentes, todos los cuales serán también propietarios únicamente *potenciales* o *sub condicione*, y tan sólo el de esta serie de adquirentes que antes inscriba su título se *transformará* en propietario *puro* y actual.

Y termina dicho jurista por desechar la tesis de que la transmisión no inscrita es perfecta entre las partes, mas no respecto a tercero, porque esto es una contradicción *in terminis*, un círculo cuadrado, sin que valga arreglarla con decir que por la Ley civil el primer comprador llegaría a ser propietario *erga omnes*, menos para el segundo comprador que inscribió con anterioridad, pues después de haber éste inscrito, el primer comprador no encontrará a nadie dispuesto a tratar con él acerca de su fantasmal propiedad. Uno no puede ser o no ser, a la vez, propietario de una misma cosa. Luego la inscripción tiene un relieve mayor del que se le suele conceder. Ella no es únicamente un modo de *publicidad*, como no tiene una mera función *declarativa* y, por contrapartida, una función *extintiva* del anterior acto no escrito. La

(2) *Il nuovo Codice civile comentato*, 1958. VI. pág. 7

inscripción es—para dicho autor—una *circunstancia constitutiva* de la adquisición inscribible. No es, ciertamente, un *elemento* del acto inscrito, pues este acto es perfecto como tal. Es una *circunstancia*, porque es un hecho secundario y no principal; *accede* al acto inscrito. Es *constitutiva* la inscripción porque sólo efectuada ésta tempestivamente hace *definitiva* la adquisición, que hasta aquel momento era únicamente potencial y estaba condicionada precisamente a este evento o *conditio iuris*. En relación al enajenante, la inscripción actúa como suceso final que marca la *extinción* de su derecho de propiedad, ya que por la inscripción a favor de cualquiera de los varios adquirentes, dicho enajenante ya no podrá ser más considerado propietario del inmueble vendido.

Esta es la tesis que consideramos más aceptable sobre este importante problema que plantea el artículo 32 (antes art. 23) de nuestra Ley Hipotecaria, por ser el que a nuestro juicio explica mejor y destaca la trascendencia del precepto. Se dirá, acaso, que ante la contundencia del efecto práctico de esta norma huelga toda construcción dogmática, pero bueno es desentrañar su verdadero juego (3).

Ciertamente, no es fácil especificar la indole de la protección que a favor de tercero que inscribe su título estableció por primera vez en España el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861,

(3) Prueba de ello es la decisiva importancia de puntualizar cuál es el preciso momento de producirse la adquisición, a los efectos, entre otros, de determinar la concurrencia del requisito de la buena fe en el comprador, por ejemplo. Nosotros venimos sosteniendo que es el momento en que, otorgada la compraventa, sea efectuada la tradición, real o sucesánea, que es cuando precisamente conviene consultar el estado registral de la finca, prescindiendo del tiempo en que tal compraventa sea inscrita, conforme tiene declarado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y señaladamente en la sentencia de 29 de marzo de 1960 a pesar de que no faltan autores que sostienen lo contrario. Este problema se halla íntimamente relacionado con lo que acabamos de exponer en el texto, pues si la inscripción ha sustituido a la tradición, pasando ésta a ser constitutiva, la buena fe debería tenerla el tercer adquirente al tiempo de inscribirse su título. Puede verse también, entre aquella jurisprudencia, la sentencia de 28 de marzo de 1861.

Lo mismo ha de afirmarse respecto al momento en que debe estar cumplido el requisito de haber el tercero adquirido su derecho del titular, según el Registro, momento que, a nuestro juicio, será también el de ser completada por la tradición el contrato de finalidad traslativa de inmuebles.

Con posterioridad a esta conferencia, se ha dictado, en este último sentido, la sentencia de 24 de abril de 1962, la cual se apoya en la de 26 de febrero de 1949.

que en puridad responde a la necesidad de tutelar a este tercero, porque con ello la Ley tutela asimismo la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario; pero no precisa llegar a reconocer a la inscripción, que prevé dicho precepto, la consideración de *constitutiva*, aunque el confusionismo existente en la nomenclatura jurídica empleada en este aspecto no permita todavía producirse con mayor precisión. La inscripción en estos casos no dejará de ser de naturaleza declarativa, aunque no sea pura, sino *calificada*, porque ella *robustece* o *consolida* la adquisición del segundo comprador o ulterior adquirente que se anticipó en la inscripción de su título lo que origina la *ineficacia* de la primera adquisición y el *cese definitivo* de la propiedad del transferente. Y aun en el caso de que fuese el primer comprador o anterior adquirente el que haya inscrito oportunamente su título, la inscripción en este supuesto será *confirmatoria* de su adquisición y, por repercusión, *impedirá o extinguirá*, según los casos, la del segundo o ulterior adquirente.

En el otro aspecto indicado antes, esto es, acerca de la influencia que el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 pudo tener sobre la subsistencia de la *tradición* como modo de adquirir la propiedad del inmueble, consideramos suficiente poner de relieve, que si bien el expresado sector doctrinal, que estima *sustituida la tradición por la inscripción*, entiende en consecuencia alterada por la Ley Hipotecaria la denominada teoría del título y el modo, vigente antes y después del Código Civil, empero, la referida doctrina dominante da por subsistente, en todo caso, el mecanismo transmisivo de los contratos de finalidad traslativa seguidos de la tradición respecto al dominio y demás derechos reales que entrañan posesión, sin admitir que la Ley Hipotecaria eliminara aquélla. Y aunque existan divergencias en este grupo, estas divergencias no afectan al aspecto sustancial del supuesto, debido a la necesidad de superar el grave escollo que surgiría si, conforme a la jurisprudencia, para la viabilidad de la tradición precisara que el *tradens* se hallare en posesión de la cosa objeto de la transferencia, pues basta pensar en el repetido caso de la doble venta para observar que, entregada por el vendedor al primer comprador la posesión del inmueble comprado, la transmisión al segundo comprador sería, normalmente, imposible de efectuar, por cuyo

motivo no podría surgir propiamente un tercer adquirente inscrito en la persona de este segundo comprador, pues éste no habría podido adquirir tal inmueble, lo que imposibilitaría la actuación del resorte protector del artículo 23 (hoy 32) de la Ley Hipotecaria. Este problema no puede darse en los sistemas de transcripción, porque, en general, adoptan la fórmula de la transmisión por el solo consentimiento de las partes, fórmula ésta que también seguía el proyecto del Código Civil del año 1851, preparado por una Comisión, varios de cuyos componentes formaron parte de la Comisión que formuló la Ley Hipotecaria de 1861.

Por tanto, como tal resultado inutilizador de dicho artículo 23 es inconcebible, aquella doctrina dominante ha encontrado la solución, unos, como VALLET, entre varios, mediante utilizar la *presunción posesoria* que a favor del titular registral enajenante establece actualmente el artículo 38 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 36 de la misma, y otros, como LACRUZ BERMEJO y MANUEL GÓMEZ, a base de hacer valer la *tradición instrumental* y demás formas espiritualizadas de aquella, e inclusive el acuerdo de transferencia entre las partes.

He ahí, pues, expuesto con explicaciones modernas el verdadero alcance del artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861.

* * *

Si en nuestra primera Ley Hipotecaria no se hubiera contenido otro precepto importante, de orden substantivo o material, que dicho artículo 23, el sistema introducido por ella habría sido casi idéntico al de los denominados sistemas de transcripción, salvo en cuanto al artículo 17 de la misma Ley, en cuanto cierra el Registro al título o títulos anteriores no inscritos que hayan resultado ineficaces por la inscripción del segundo o posterior. Pero *nuestra Ley fué mucho más allá, y con sus posteriores reformas avanzó aún más.*

Efectivamente, con su artículo 34, y los artículos 36, 37 y 38 que lo complementaron, la Ley Hipotecaria de 1861 imprimió al sistema que instauraba un notable avance en la protección de los terceros adquirentes inscritos, en contraste con las legislaciones registrales de los países latinos. No es que fuese decisiva la protección que con estos preceptos brindaba la ley, tal como, en definiti-

va, se articularon y entendieron; pero sentaba un criterio que si no era del todo completo, inmunizaba en gran parte al tercero inscrito respecto a determinadas *acciones*, que de otra manera podrían haberle perjudicado.

Según dicho artículo 34 y demás concordantes de la primera Ley Hipotecaria, las adquisiciones que el tercero derivare de quien según el Registro aparecía con derecho para ello, una vez inscritas, no podían invalidarse ni resolverse por el ejercicio de acciones que anulasen, resolviesen o revocasen el derecho del otorgante, salvo que lo fuesen en virtud de *título anterior inscrito* o de *causas que resultaren claramente del Registro*.

Estos preceptos no tenían todo el alcance deseable, pero constituían un adelanto innegable y señalaban el camino a seguir en el futuro.

El artículo 34, y demás concordantes, respondían rigidamente a la expresada regla de que *lo no inscrito no podía perjudicar a terceros adquirentes protegidos*, pero así como lo no inscrito era, para el artículo 23, los *títulos* anteriores al inscrito, en cambio, para el artículo 34 y complementarios eran las *acciones* de nulidad, o de otra especie, no emanadas de títulos inscritos o cuyas causas no resultaren claramente del Registro.

El caso que servía de prototipo para el artículo 23 de la Ley Hipotecaria de 1861 era el de la doble venta, en la que dos actos dispositivos, unos inscrito y el otro no, se producen en sentido *horizontal*, por proceder de un mismo titular; pero para el artículo 34 y concordantes el prototipo era el caso de la venta nula inscrita de un inmueble, cuyo comprador vende a su vez a un tercero que inscribe su título, por cuya razón estos dos actos se producen en dirección *vertical*.

En el primer supuesto se prescinde de si la primera venta no inscrita era nula, pues válida o no quedaba ineficaz si la segunda se inscribía; pero en el segundo, la nulidad o validez de la primera venta, así como su inscripción o reflejo registral, eran circunstancias decisivas.

En ambas situaciones el tercero protegido es un *subadquirente*, pero este carácter tiene más relieve en la segunda que en la primera.

En la Ley Hipotecaria de 1861 el artículo 23 por un lado y el 34 y concordantes por el otro, formaban el cuadro de defensas del tercero protegido por el Registro. Pero la protección del artículo 23 se consideraba entonces más efectiva.

A esta circunstancia se debe precisamente el hecho de que así como dicho artículo 23 se fué reproduciendo casi intacto o sin sustanciales variaciones en su formulación legal, en las sucesivas reformas hipotecarias, en cambio, el artículo 34 sufrió repetidos retoques.

En el año 1869 se modifica este artículo 34 porque había sembrado la alarma una opinión formada a la vista de la posibilidad de lograr la inscripción de un título falsificado en enajenación, lo que ocasionó fuerte polémica, que por cierto sirvió mejor para comprobar la existencia de otro peligro. Para obviar esta dificultad, dicha reforma del año 1869 dió, en este mismo artículo 34, a los terceros adquirentes el medio de evitar el peligro averiguado, medio que consistió en el trámite de una *notificación*. Gracias a este retoque, por la fuerza del Registro, unida a tal notificación, podían *convalidarse* actos nulos inscritos.

En el año 1877 volvió a reformarse el artículo 34 de la Ley, en el sentido de subordinar la protección registral del tercer adquirente a la circunstancias de que lo fuese a *título oneroso*.

Y, por último, en la gran reforma hipotecaria de 1944-46 es *suprimido*, por desuso, aquel indicado trámite de la notificación, se exige explícitamente que el tercer adquirente ha de ser de *buena fe* para merecer la protección del Registro, y se sustituye la antigua redacción del mismo artículo 34 por otra más expresiva de la idea de que al tercero se le protege porque se presupone que adquirió *confiado* en el contenido del Registro, merced a lo cual el sentido *negativo* del amparo registral que inspiraba dicho artículo 34 de la ley, es cambiado por el *positivo* del mantenimiento del tercero en su adquisición, cualesquiera que fuesen los vicios o reparos que dieran lugar a las correspondientes acciones que pudieran enervar o destruir la titularidad inscrita del transferente, siempre que en los asientos no constarán claramente las causas de ello.

Congruentemente con esta reforma, se modificaron los artículos concordantes con dicho artículo 34, preceptos que si fueron

reducidos en su número, se agregaron otros que contemplaban el problema en planos generales o diferentes. Asimismo se armonizaron con esta reforma los preceptos relativos a asientos de *cancelación*. Y además se puntualizó el *alcance de la prescripción adquisitiva en cuanto a tercero*.

* * *

Esta es la situación normativa a la que actualmente se ha llegado en orden al aspecto más vital de nuestro régimen inmobiliario registral, producto todo, aunque posteriormente evolucionado, del sistema que instauró la Ley Hipotecaria de 1861, pues en ella se sentaron los pilares básicos de lo que, con el andar del tiempo, había de llegar a ser, y que tienen su máxima expresión en los referidos artículos 32 (antes 23) y 34 de la Ley Hipotecaria vigente.

Hemos dicho que las reformas ulteriores no han afectado estructuralmente al artículo 23 antiguo (salvo que ahora es el artículo 32), más si afectaron al artículo 34, lo que es comprensible, pues éste requería más audacia legislativa. Pero el sentido *positivo* de la evolución indicada de este artículo 34 ya fué contemplado por los que prepararon la Ley Hipotecaria de 1861, aunque no tuviera de momento plena expresión en el texto legal. Y lo demuestran aquellas referidas palabras de la Exposición de Motivos de la ley, así como las de LA SERNA, dirigidas a justificar que, *si se protege* al segundo comprador que inscribió, es debido a que el silencio del Registrador respecto de la primera venta *le hizo creer* que el dominio de la cosa vendida aún permanecía en la persona del vendedor.

Estas palabras, que responden a lo que en el porvenir había de ser el denominado *principio de fe pública registral*, eran un anticipo relativamente no muy lejano de lo que con la reforma de 1944-46 había de tener perfecta consagración legislativa. Claro que LA SERNA refería tales palabras al artículo 23 de la Ley, pero esto demuestra la *comunicabilidad* del doble dispositivo protector de terceros adquirentes, pues aunque se entienda que dicho artículo 32 actual contempla un supuesto distinto del que tiene presente el artículo 34 y concordantes, todos de la Ley Hipotecaria, por referirse el primero a *títulos* no inscritos y el otro a *acciones* ener-

vadoras no reflejadas claramente en los libros registrales (y en esto coincidimos plenamente con nuestro eximio compañero Núñez Lagos), no obstante creemos que el tercero adquirente, o sujeto protegido por uno y otro precepto, debe reunir los mismos cuatro requisitos indispensables para tal protección registral, porque a este respecto ambos artículos forman una unidad inescindible y, además, porque, de otra manera, se produciría una desigualdad inadmisibles.

Podrá aducirse que al exigir que los requisitos para la protección registral de los terceros del artículo 32 deben ser los mismos requeridos para los terceros del artículo 34 y concordantes implica una modificación substancial de aquel primer precepto en su actuación aparentemente originaria, y que esto supone que el antiguo amparo que se entendía desplegaba este artículo 32, quedaba debilitado o disminuido y que, por tanto, es menor que el que reciben los terceros protegidos por los sistemas de transcripción, pues el artículo 34 de la ley, a medida que con sus posteriores retoques intensificaba la protección registral, a su vez restringía las condiciones que debían darse para que el tercero pudiera acogerse a tal protección. Evidentemente, esto es hasta cierto punto verdad, pero, repetimos, no vemos razón alguna convincente para establecer una *diferencia* de trato entre los terceros adquirentes, amparados por ambos preceptos básicos, sino, por el contrario, estimamos más justificada su absoluta equiparación en punto a la necesidad de tener que reunir todo tercero los requisitos de *buena fe*, de *onerosidad* y de *previa inscripción del derecho del transferente*, además de la natural exigencia de haber el tercero *inscrito* su adquisición. Así lo entiende reiterada jurisprudencia, sobre todo en cuanto al requisito de la buena fe.

* * *

Antes de dar por terminadas estas disquisiciones en materia inmobiliaria registral a base de la Ley Hipotecaria del año 1861, queremos añadir que esta ley es también digna de un alto juicio favorable, por introducir además en nuestro ordenamiento registral inmobiliario estos otros criterios fundamentales:

1) El *sistema de registraci3n por fincas*, que mediante abrir a cada una de ellas la correspondiente hoja o registro particular, establece una regla de orden en el modo de llevar los Registros de la Propiedad, con importantes repercusiones favorables para la aplicaci3n y efectividad de los principios hipotecarios de car3cter material.

La concentraci3n del historial jur3dico de cada finca en su respectiva hoja o registro particular, impuesta por dicha Ley Hipotecaria de 1861, ha sido un poderoso elemento auxiliar del proceso evolutivo de que hab3a de ser objeto la protecci3n del tercer adquirente por el referido art3culo 34 y por los dem3s preceptos relacionados o concordantes con el mismo, y adem3s sirvi3 de coadyuvante para que en el futuro fuese posible la cristalizaci3n del *principio de legitimaci3n registral*, que en la esfera dispositiva tabular se hallaba insito de antiguo en el art3culo 20 de la ley.

2) Asimismo, es digno de alabanza el criterio de la Ley Hipotecaria de 1861 de extender la inscripci3n en el Registro *a todos, absolutamente todos, los actos y hechos jur3dicos* que implicasen mutaci3n, cambio o modificaci3n jur3dica de trascendencia real inmobiliaria, sin distinci3n entre adquisiciones entre vivos y por causa de muerte.

3) Gracias a esta medida se hizo posible implantar, por la misma Ley Hipotecaria de 1861 el denominado *principio de tracto sucesivo* o de *continuidad registral*, que varias legislaciones latinas todav3a no lo han adoptado o no lo han verificado hasta hace poco tiempo, como, por ejemplo, en Francia e Italia, aunque, por cierto lo han hecho de modo diferente al nuestro, seguramente por faltarles aquel mecanismo del sistema de registraci3n de fincas, que la ley francesa del a3o 1955 pretende conseguir en extracto con su fichero inmobiliario, lo que hace posible que en estas legislaciones, en el tan repetido supuesto de doble venta y dem3s an3logos, lleguen a inscribirse incluso las adquisiciones anteriores que hayan quedado ineficaces por obra de preceptos como el de nuestro art3culo 1.473, 2, del C3digo civil, cuando seg3n el art3culo 17 de nuestra Ley Hipotecaria, ya existente en la ley del a3o 1861, queda cerrado el Registro a tales adquisiciones ineficaces, resul-

tado al que colabora también el artículo 20 de la ley, que regula el mencionado principio de tracto sucesivo registral.

4) También la Ley Hipotecaria de 1861 estableció en nuestro sistema los *principios de especialidad, de legalidad y de rogación*, así como el de *prioridad*.

* * *

Lo que la Ley Hipotecaria no hizo fué adoptar, ni siquiera esporádicamente, el sistema de inscripción *constitutiva* como tampoco la de tipo *obligatorio* o *forzoso*. Ningún atisbo de inscripción *constitutiva* cabe observar en dicha Ley, como tampoco se descubre en ella rastro alguno de inscripción *obligatoria* o *coactiva*, ni siquiera en materia de hipotecas legales.

Ha sido posteriormente cuando han aparecido esporádicamente casos de inscripción *constitutiva* como en las hipotecas por obra de nuestro Código civil, y también por disposiciones singulares, han tomado cuerpo casos de inscripción *obligatoria*.

* * *

Y con estas palabras doy por terminada esta exposición, encaminada a proclamar una vez más las excelencias de la admirable Ley Hipotecaria española del año 1861. Y decimos admirable no sólo por su estricto contenido normativo, sino también por su fondo potencial, que posteriores reformas legislativas han desenvuelto y que han situado a nuestro sistema inmobiliario registral a la altura de las legislaciones progresivas y modélicas en la materia. Tanto es así, que, a nuestro entender, es difícil superarlo en substancia, aunque merezca numerosos retoques, de mayor o menor importancia o entidad, aunque siempre de carácter marginal.

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE,
Registrador de la Propiedad.
Notario de Barcelona.

Bienes de la sociedad conyugal según el Código civil, el Derecho foral y la legislación Hipotecaria ⁽¹⁾

PROBLEMA DE DERECHO INTERTEMPORAL.—Se plantea en seguida un problema de derecho intertemporal o transitorio.

Está admitido por todos, hasta en el orden internacional, la inmutabilidad del régimen económico matrimonial, ante los cambios ulteriores de estatuto. Poco tratado este problema en nuestra patria, lo aborda magistralmente LASALA SAMPER (José María) siguiendo las sabias huellas de su padre.

El artículo 2.º de la Convención de La Haya de 1905 dispone que los efectos del matrimonio sobre los bienes de los cónyuges, tanto inmuebles como muebles, se rigen por la ley nacional del marido en el momento de la celebración del matrimonio. El cambio de nacionalidad de los cónyuges o de uno de ellos no ejercerá influencia sobre el régimen de bienes.

(1) Se trata de conferencia pronunciada por don Manuel Batalla González en el Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, en mayo de 1961, publicada después en el Boletín de dicho Colegio. Aun cuando ha llegado a nuestro conocimiento con notable retraso, considerando que interesará a los lectores de esta Revista, la insertamos a continuación, en su parte principal.

Después de decir que el tema, enunciado en una improvisación telefónica, no respondía muy exactamente a lo que iba a decir, pues solamente se ocuparía de bienes inmuebles gananciales, resaltó su importancia, mayor todavía después de la trascendental reforma introducida en el Código por la Ley de 24 de abril de 1958 y la del Reglamento Hipotecario, e hizo además un rápido análisis de la legislación extranjera.

Aunque en España no existiera un precepto categórico sobre esta cuestión, en relación con las distintas legislaciones común y forales, el espíritu de nuestro Derecho es conforme con el principio de inmutabilidad citado, y así ha sido admitido por todos. Hoy existe una disposición legal que lo consagra, siquiera limitado a una región foral. El artículo 41 de la compilación de Derecho civil de Alava y Vizcaya, aprobada por Ley de 30 de julio de 1959, dispone: Que el régimen de bienes en el matrimonio, una vez contraído éste, es inmutable aun en el caso de pérdida o adquisición voluntaria o involuntariamente por parte del marido de la cualidad de vizcaíno infanzón.

Esto, que está claro en relación al espacio, parece debía ocurrir también en el orden intertemporal, sobre todo cuando, como ocurre en nuestro Código civil, las capitulaciones sólo pueden otorgarse antes del matrimonio, y ya no pueden sufrir modificación después de celebrado.

En este sentido tiene singular interés la conclusión segunda, párrafo b), de las aprobadas en el Congreso Nacional de Derecho civil celebrado en esta ciudad en el año 46, de extraordinaria importancia por las cuestiones tratadas y relevantes personalidades jurídicas que en él intervinieron. Según ese párrafo, aprobado por unanimidad, el régimen económico del matrimonio quedará determinado en defecto de capitulación, por la ley (común o foral) del marido al tiempo de contraerlo y no sufrirá modificación por cambio de regionalidad o de leyes. (Inmutabilidad en el espacio y en el tiempo aclara entre paréntesis).

Si lo que en esta conclusión se propugna fuera derecho positivo, estaría fuera de duda que la reforma llevada a cabo en el artículo 1.413 no afectaría a matrimonios celebrados con anterioridad, y quizá fuera esto lo justo, aun sin ese precepto categórico.

Antes de contraer matrimonio, los futuros cónyuges, regidos por el Código civil, pueden, como ocurría antes de la reforma, convenir en capitulaciones matrimoniales el régimen de la sociedad conyugal, respecto de bienes presentes y futuros, sin otras limitaciones que las señaladas en el mismo Código, y, fundamentalmente, la de no estipular nada que sea contrario a las leyes o a las buenas costumbres, *ni depresivo a la autoridad* que respectivamente corresponde en la familia a los futuros cónyuges (art. 1.316).

Con arreglo a esto, quienes en lo sucesivo contraigan matrimonio, y, naturalmente, los que ya lo hayan hecho después de la promulgación de la Ley de 24 de abril de 1958, pueden, o han podido otorgar capitulaciones, en las que libérrimamente pacten la separación de bienes, o, sencillamente, la sociedad de gananciales con gerencia dispositiva del marido, extensiva a toda clase de bienes, sin intervención de la mujer, ya que no puede estimarse esto como depresivo a su autoridad en la familia, mucho menos después de haberse admitido en alguna compilación, como luego se verá.

Hay que suponer, por lo menos en el terreno jurídico, pues lo cierto es que casi nadie piensa en ello antes de casarse, que quienes lo hicieron antes de la reforma, si no otorgaron capitulaciones, fué por estar conformes con el régimen legal del Código, que atribuía al marido la disposición de los bienes gananciales de toda clase, sin intervención de la mujer, y no parece ningún disparate considerar que esto implicaba el otorgamiento tácito de una capitulación, con aceptación plena del régimen legal supletorio.

Imagínese el caso de una capitulación en la que sencillamente se hiciera constar la aportación de bienes de cada cónyuge, con algún otro pacto especial, y después se añadiera: en lo demás, el régimen económico de la sociedad conyugal se ajustará a lo dispuesto sobre el particular en el Código civil.

Si esta capitulación existiera, ¿afectaría a la sociedad conyugal por ella regida la reforma del artículo 1.413? ¿Es justo establecer diferencia entre esta capitulación y la que hemos llamado tácita, que implica la aceptación plena del régimen del Código entonces en vigor?

Ante la falta de disposiciones transitorias en la ley reformadora, parece obligado recurrir a las del propio Código, y en seguida vemos que la disposición preliminar de ellas ordena el respeto de los derechos adquiridos, según la legislación anterior, pero también inmediatamente, como dice VALLET DE GOYTISOLO, refiriéndose a este punto, surgen las dudas que envuelven el concepto de derecho adquirido, y aflora la distinción propuesta por SAVIGNY entre las normas que se refieren a la adquisición de derechos y las que regulan la existencia o inexistencia, el modo de ser o la duración

de una institución jurídica, o la de DUGUIT, entre situación jurídica abstracta y situación jurídica concreta.

Estas doctrinas dogmáticas tienen el inconveniente, por su carácter abstracto y apriorístico, de olvidarse de la realidad impuesta por el derecho positivo, y, como dice FEDERICO DE CASTRO, hay que partir del fin propuesto por la ley y acudir a las disposiciones transitorias del Código civil para aplicarlas conforme aconseje la analogía de las situaciones, y refiriéndose concretamente en el reciente Apéndice a su compendio de Derecho civil, a la reforma del artículo 1.413, la cree extensiva a los matrimonios anteriores, por considerar que la posición del marido no puede calificarse como «derecho nacido y no ejercido», sino como «facultad dependiente de las que integran el contenido de la autoridad marital», que la nueva ley ha rectificado por entender que las anteriores eran excesivas y peligrosas.

No puede negarse el acierto de este razonamiento, ni el hecho de que se ha dado casi por descontada esta aplicación de la reforma a matrimonios anteriores, pero no puede dejar de observarse la anomalía que implica que los modernos maridos, aún sin capítulos, puedan librarse de la intervención de la mujer en la disposición de los bienes gananciales, sencillamente no haciendo inversiones en inmuebles ni establecimientos comerciales, y que los casados con anterioridad precisen del consentimiento de la mujer para disponer sobre esos inmuebles y establecimientos, que adquirieron cuando esta intervención no era necesaria.

PROBLEMA INTERREGIONAL.—No cree el conferenciante que exista este problema, aunque algún autor ha opinado que la disposición debe ser de aplicación general. Parece claro que al no estar el artículo 1.413 ni en el Título preliminar, ni en el IV, Libro I, del Código civil, y no establecerse en la ley reformadora que sea de tal aplicación general, no puede atribuirsele este carácter. Por si esto no fuera bastante, la claridad hoy ya es meridiana. Se han aprobado como leyes las Compilaciones de Derecho civil de Vizcaya-Alava y Cataluña. En ambas se incluye la regulación de los regímenes económico-matrimoniales, lo cual evidencia la no aplicación a esta materia del Código civil en los países de legislación foral, y concretamente en la compilación de Cataluña, al referirse

a los regímenes de *asociación a compras y mejoras* del campo de Tarragona, y al *agermanamiento o pacto de mitad por mitad* de la comarca de Tortosa, se confiere al marido, en contraposición al actual artículo 1.413, la facultad de disponer, sin intervención de la mujer, de los bienes de toda clase de la asociación o comunidad.

PACTO ATRIBUYENDO CARÁCTER PRIVATIVO A ADQUISICIONES ONEROSAS.— Antes de entrar en el examen de los problemas que plantea el artículo 1.413, referidos a bienes presuntamente gananciales, se estima oportuno hablar de otros en los que pudiera decirse que esa presunción resulta parcialmente enervada, sin que pueda, por este motivo, señalarse su carácter de modo terminante.

Son aquellos adquiridos a título oneroso durante el matrimonio, con la aseveración de que el dinero invertido en su compra es privativo de uno de los cónyuges, generalmente la mujer. Estos casos, con el afán hoy tan en boga de comprar todo el mundo su piso, unido a la gentileza de los maridos, tan propicios a ponerlo a nombre de sus mujeres, son frecuentísimos y bien merecen unas palabras.

Los artículos 95 y 96 del Reglamento Hipotecario, recientemente reformados, se ocupan de esta materia. Los bienes adquiridos así han de inscribirse a nombre del cónyuge a quien se atribuye la exclusiva propiedad del precio o de la contraprestación, sin que el asiento prejuzgue la naturaleza privativa o ganancial del inmueble inscrito. Claro que se hace referencia al caso en que no resulte probada esa propiedad exclusiva del precio.

Sería interesante discurrir sobre esto, y muy especialmente con referencia al supuesto en que el pago de todo o gran parte del precio quede aplazado, lo cual es muy frecuente y casi obligado cuando existe una hipoteca y el comprador asume el crédito garantizado y preceptivo en la transmisión de viviendas subvencionadas. Resulta un tanto extraña la aseveración de que va a ser de la exclusiva propiedad de un cónyuge el dinero que ha de irse abonando en plazos casi siempre muy espaciados. Parecía, por lo menos, necesario repetir esta aseveración al pago de cada plazo.

El artículo 96 dice que respecto de estos bienes inscritos a nombre de un cónyuge, sin prejuzgar su naturaleza privativa o ganancia-

cial, otorgará los actos de disposición el cónyuge titular, con el consentimiento del otro. También aquí podría discutirse si esto implica una contradicción con el Código, pues en realidad, según éste, mientras no exista una prueba categórica de esa propiedad exclusiva del precio, deben presumirse gananciales, y su disposición queda atribuida al marido, hoy con el consentimiento de la mujer; pero lo cierto es que en la práctica, durante el matrimonio, la cuestión no presenta dificultad alguna, pues queda salvada con el otorgamiento de los dos cónyuges, sea disponiendo o consintiendo.

La dificultad surge cuando queda viudo el cónyuge a cuyo nombre figuran inscritos estos bienes híbridos, ni gananciales ni auténticamente privativos.

¿Puede el viudo titular registral disponer por sí solo de ellos? VALLET DE GOYTISOLO, con sus singulares competencia y maestría, abordó ya este problema en 1949, en un dictamen publicado en *Anuario de Derecho Civil*, sosteniendo de modo categórico la facultad del viudo para disponer, sin la concurrencia de los herederos del cónyuge premuerto. Funda su opinión en que la aseveración del marido—en éste, como en casi todos estos casos los bienes estaban inscritos a nombre de la mujer—hace prueba contra él y sus herederos; que a éstos no es aplicable el consentimiento que el Reglamento exige del marido, por ser en favor de éste, dadas sus circunstancias, y que no alcanza a los herederos, que ya están obligados por la confesión de aquél, que su muerte ha hecho irrevocable que aun existiendo legitimarios, en el supuesto de posible inoficiosidad, siempre les queda el recurso de anotar preventivamente la demanda, y que, aun cuando su declaración encubriese una donación, habríase revalidado «mortis causa», por la preterencia del pretendido donante sin haberla revocado.

La Dirección General de los Registros y del Notariado se ha pronunciado sobre este particular en su Resolución de 11 de mayo de 1957, estimando necesario en estos casos el consentimiento de los herederos del marido, por considerar que la eficacia de la confesión requiere por parte del confesante no sólo capacidad, sino también legitimación, es decir, una posición frente al bien discutido, en virtud de la que se reconoce al confesante un poder de disposición sobre el respectivo interés, y en este sentido el artículo 1.232 del Código civil declara que la confesión no hace prueba

contra su autor en el caso de que por ella pueda eludirse el cumplimiento de las leyes, y, por tanto, cuando versa sobre materia sustraída por la ley imperativa a la autonomía de la voluntad, carece de su normal eficacia, puesto que, de no ser así, se podría conseguir mediante la prueba de confesión lo que no puede alcanzarse directamente por vía legal, en este caso una donación entre cónyuges, declarada nula en el artículo 1.334 del Código civil.

EL PROBLEMA EN ARAGÓN.—Distintas facetas presenta este problema trasladado a Aragón, que interesa señalar.

También aquí es frecuentísimo atribuir a la mujer como privativo el dinero invertido en la compra. Esto se ve todos los días, en relación con pisos, y suele utilizarse la forma de decir que ha sido aportado en calidad de bienes sitios, renunciando el marido a cualquier derecho sobre la finca, excepto el de viudedad. También, con esta misma renuncia, suele en otros casos decirse sencillamente que la mujer adquiere con dinero de su exclusiva pertenencia, y en otros se da expresamente a esta declaración el carácter de pacto capitular.

LACRUZ BERDEJO nos dice que cuando la aportación de bienes resulta hecha después de celebrado el matrimonio y a los muebles se les quiere dar la consideración de sitios, ello supone un cambio en las reglas relativas al régimen económico matrimonial, y deberá ser formalizada cumpliendo lo prescrito en el artículo 58 del Apéndice, caso de existir capitulación anterior.

Sintiendo el conferenciante no tener tiempo para seguir el interesante razonamiento de LACRUZ BERDEJO, está completamente de acuerdo con la conclusión a que llega. No surgen dudas cuando se trata de modificaciones convencionales del activo de la comunidad verificadas durante el matrimonio, si son recíprocas y generales, aunque, por ejemplo, en visperas de recibir uno de los cónyuges una cuantiosa heredad, capitulen éstos, con los requisitos legales, que la comunidad se restringirá a las adquisiciones a título oneroso. En cambio, si se trata de considerar inmuebles los muebles procedentes de una herencia ya causada, el negocio sería una donación entre cónyuges. Y lo mismo habría que decir cuando con bienes de la comunidad se hubieran adquirido otros que,

por convenio entre marido y mujer, han de pertenecer sólo a uno de ellos.

Consecuente con esta teoría de LACRUZ BERDEJO, se estima que la declaración de que el dinero del precio es exclusivo de uno de los cónyuges, aunque se diga que procede de bienes aportados como sitios, si esto no se prueba cumplidamente, sea con pacto capitular o sin él, implica siempre una donación entre cónyuges que, como tal, ha de estar sometida a lo que dispone el artículo 52 del Apéndice; es decir, cuando haya descendientes hay que dejar a salvo los derechos legitimarios que a éstos corresponden, según el estado de la familia cuando ocurra el otorgamiento.

Tampoco en Aragón ha de surgir, durante la vida de los cónyuges, ninguna dificultad para la enajenación de estos bienes, pero se presentan cuando aquel a cuyo nombre se ha hecho la adquisición y practicada la inscripción pretenda disponer después de fallecido el otro cónyuge. Ningún obstáculo habrá cuando no haya descendientes, pero existiendo, y siguiendo el espíritu de la Resolución antes citada, se considera necesaria la concurrencia de los herederos del fallecido, salvo que quede patente que aquella supuesta donación no perjudica sus derechos legitimarios, o se opte por practicar una inscripción dejándolos a salvo, pero nunca es recomendable llevar al Registro estos derechos envueltos en incertidumbre.

EL CONSENTIMIENTO DE LA MUJER EXIGIDO POR EL ARTÍCULO 1.413 DEL CÓDIGO CIVIL.—Entrando ya en el examen de la reforma esencial del artículo 1.413, necesidad del consentimiento de la mujer en los actos de disposición de ciertos bienes gananciales, se empezará por examinar la naturaleza de este consentimiento.

Imposible ocuparse ni muy someramente de cuanto se ha escrito sobre este particular. Para LA RICA, VENTURA-TRAVERSET y algún otro, el nuevo artículo 1.413 ha venido a atribuir a ambos cónyuges, conjuntamente, el poder de disposición sobre los inmuebles y establecimientos mercantiles gananciales.

Para RODRÍGUEZ ADRADOS, DE LA CÁMARA, ROCA JUAN, PARRA JIMÉNEZ (José) y alguien más, el consentimiento *uxoris* del nuevo artículo 1.413 no ha modificado el régimen tradicional de disposición—en los supuestos normales del matrimonio—de los bienes

gananciales, que, como una continuación del poder de administrar, sigue siendo atribuido al marido. El consentimiento de la mujer sólo representa, de una parte (lado positivo), la necesidad de añadir al negocio de disposición un requisito extra para su plena eficacia, y de otra, viene a constituir (aspecto negativo) un simple control de los poderes del marido, siendo esto así por estas razones:

La misma redacción del precepto, que en sus primeras palabras atribuye el poder de disposición sobre los bienes gananciales todos, al marido, señalando como una limitación—no excepción—el consentimiento de la mujer para la disposición de los inmuebles y establecimientos mercantiles.

La iniciativa de la disposición corresponde al marido, que si no obtiene el consentimiento de la mujer puede acudir al Juez. Lo que significa que el marido, negado aquél y obtenida la autorización judicial, realiza actos de disposición sin y aun contra el consentimiento de la mujer.

La mujer no es parte en los negocios jurídicos que el marido otorgue, aunque los consienta. El acto del marido obliga sus bienes propios y los gananciales, pero no los de la mujer, pues el Código civil mantiene el anterior sistema de responsabilidades, sin haber introducido en él la menor modificación.

La mujer no percibe, con el marido, la contraprestación que el otro contratante satisface. Como bien ganancial, esta contraprestación queda sometida a la administración del marido, y si no se trata de inmuebles o establecimiento mercantil, de ella podrá disponer por sí solo.

De todo esto se deduce que el consentimiento *uxoris* es una modalidad de los llamados en el derecho alemán negocios de asentimiento, constituidos, según VON THUR, por aquellas declaraciones de voluntad por las cuales su autor da a conocer que está conforme con el acto jurídico de otra persona. Entre la gran variedad de hipótesis que la doctrina alemana encaja en esta figura, está la disposición por el marido de fincas pertenecientes a la comunidad, que requieren el asentimiento de su esposa, según el B. G. B. La identidad con nuestro caso no puede ser mayor.

Admitido que el consentimiento exigido por la reforma es un consentimiento a la disposición ajena, no una codisposición, y si

la *ratio juris* del precepto es la de conceder a la mujer una protección amplia y eficaz de sus intereses en la sociedad de gananciales, poniéndola a cubierto del abuso o mal uso que haga el marido de sus facultades dispositivas, sería absurdo que no pudiera prestarse con posterioridad este consentimiento que sólo se exige para su protección, y ello descarta en absoluto una nulidad radical, absoluta, insubsanable de la disposición realizada sin tal consentimiento, y mucho más descartada queda la tesis de inexistencia.

RODRÍGUEZ ADRADOS opina que es un caso de ineficacia, vecino al acto de disposición realizado sin poder suficiente para él; estima que no hay inexistencia ni nulidad radical; que no produce efectos ni inicialmente, pero que puede ser subsanado por el consentimiento posterior de la mujer, que actúa como *conditio iuris*. ROCA JUAN considera tales actos como impugnables por la mujer y susceptibles de convalidación. PARRA JIMÉNEZ también los conceptúa como relativamente nulos, impugnables, ratificables y confirmables, y CÁMARA se pronuncia rotundamente por la anulabilidad, con caducidad de la acción por transcurso de cuatro años, contados desde la disolución del matrimonio.

Admitida esta opinión de CÁMARA, surge el problema del efecto que estos actos dispositivos del marido, sin consentimiento de la mujer, deban producir en el Registro. También con CÁMARA se estima que no pueden aplicarse, por analogía, las disposiciones de los Reglamentos Notarial e Hipotecario sobre actos realizados por la mujer sin licencia, que, como es sabido, permiten su inscripción a reserva de su impugnación por el marido o sus herederos. Ya se anticipó la opinión contraria a llevar al Registro, al menos por asiento definitivo de inscripción, actos rodeados de incertidumbre, y no existiendo disposición categórica que ordene la inscripción de los actos del marido sobre inmuebles, sin consentimiento de la mujer, debe rechazarse. Existe, además, un motivo fundado. El Reglamento Hipotecario ha sido recientemente reformado, entre otras razones, para adaptarlo a estas innovaciones del Código, y nada se ha dicho sobre esta inscripción, cosa que hubiera ocurrido si se quería dar a estos actos trato análogo al de los realizados por la mujer sin licencia, cuya inscripción está expresamente admitida.

Si se considera, como expresamente lo estima RODRÍGUEZ ADRADOS, y, efectivamente, se deduce de lo dicho, que la falta de con-

sentimiento es un defecto subsanable, habría que admitir la anotación preventiva, si así se solicitase.

La determinación del carácter de este consentimiento *uxoris*, nos lleva de la mano a examinar la forma o modo de prestarlo.

Ya se dijo que en capitulaciones celebradas antes del matrimonio, puede perfectamente atribuirse al marido la gestión de la sociedad de gananciales, con facultad de disposición de toda clase de bienes, sin necesidad del consentimiento de la mujer. Esto no es contrario a la ley ni a las buenas costumbres ni depresivo a la autoridad de la mujer en la familia, y prueba evidente de ello es que ha sido admitido por Ley con referencia a la Asociación a compras y mejoras del campo de Tarragona, y al agermanamiento o pacto de mitad por mitad de la comarca de Tortosa, al aprobarse la Compilación del Derecho civil catalán.

Siguiendo el Código en esta materia el principio de inmutabilidad, no puede admitirse, en cambio, después de celebrado el matrimonio, una renuncia general de la mujer a intervenir en los actos de disposición, ya que ello implicaría una verdadera modificación del régimen económico matrimonial.

En cambio no parece existir ningún inconveniente en que, con ese carácter general, se anticipe el consentimiento para cuantos actos de disposición sobre bienes gananciales pueda realizar el marido, pero es esencial que este consentimiento anticipado se estime revocable para que no implique modificación del régimen.

También parece claro que este consentimiento es delegable, por estar basado fundamentalmente en la defensa del interés de la mujer, y si puede conferir poder, incluso para enajenar sus bienes propios, mucho más ha de poder hacerlo para consentir las enajenaciones de bienes gananciales y, naturalmente, que el mandato puede conferirse al marido, como puede hacerse para venta de bienes privativos.

ACTOS DE DISPOSICIÓN.—Determinado el carácter de este consentimiento y la forma de prestarlo, procede ocuparse de los actos en que es necesario.

No deja de suscitar problemas y discusiones la determinación de cuáles son los actos de disposición, para los que, con relación a inmuebles y establecimientos mercantiles, es necesario, según la

reforma, consentimiento de la mujer, siendo difícil precisar su alcance, bien se contraponga a «actos de obligación» o «actos de administración».

La contraposición entre actos o negocios de disposición y actos o negocios obligacionales parece clara, según RODRÍGUEZ ADRADOS. El acto de disposición produce inmediatamente una disminución o modificación del activo patrimonial; el de obligación aumenta el pasivo patrimonial; el de disposición enajena, grava o modifica, de modo inmediato y definitivo, un elemento del activo del patrimonio; el obligacional crea una obligación a cargo del titular del patrimonio, que podrá llevar en su día a una disposición de un elemento del activo, pero sin afectar a éste de momento.

La distinción entre actos de administración y de disposición ya no resulta tan clara, empezando los autores por no ponerse de acuerdo al intentar una clasificación, hablando unos de actos de ordinaria y de extraordinaria administración, otros de actos conservativos, de ordinaria administración y de extraordinaria administración, y todavía BETTI nos dice que la categoría de actos excedentes de la ordinaria administración no es internamente homogénea, por lo que propone como términos de la clasificación dos iniciales, «negocios de ordinaria administración» y «negocios que exceden de la ordinaria administración», subdivididos éstos en «de administración extraordinaria» y «de administración excepcional».

Nuestros tratadistas, y parece que también el Código en el artículo 1.713, refiriéndose al mandato, suelen oponer a los actos de administración los de riguroso dominio, diciendo CÁMARA que la distinción hay que buscarla atendiendo no sólo a los efectos jurídicos del acto, sino que hay que contemplar dichos actos en función del destino económico del bien a que directa o indirectamente se refiere, y tener en cuenta la situación general del patrimonio a que dicho bien pertenece.

En este sentido, acto de disposición, como equivalente a de riguroso dominio, es aquel que compromete la existencia, la individualidad o el valor de un elemento estable del patrimonio, que afecta, por tanto, al capital. Por el contrario, acto de administración es el que tiene por fin obtener el normal rendimiento de una masa patrimonial, sin comprometer su sustancia.

En principio, se estima de acuerdo con CÁMARA que el término

«acto de disposición» está empleado en el sentido de acto de riguroso dominio, pero que esto, naturalmente, no puede entenderse en términos absolutos, y será preciso, cuando no se trate de los tipos clásicos de enajenación o gravamen, examinar las circunstancias de cada uno, sin olvidar nunca la *ratio iuris* del precepto que, como se ha repetido, al limitar los poderes dispositivos del marido, se propone tutelar más eficazmente los intereses de la mujer en la sociedad de gananciales. No habrá peligro de quebranto de estos intereses, por regla general, más que cuando se trate de negocios con otra persona que produzcan desplazamiento o gravamen del patrimonio ganancial.

Por eso, sin que haya posibilidad de descender al examen de numerosos casos concretos, se anticipa que no deben considerarse como actos de disposición, a los efectos de considerar necesario el consentimiento de la mujer, las segregaciones, agrupaciones y declaraciones de edificación, no obstante haberse considerado aquellas como actos de dominio, por la jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

Aun estando en crisis, según casi todos los autores, la diferenciación de los bienes en muebles e inmuebles, la reforma parte de ella y concreta la necesidad del consentimiento de la mujer a los actos de disposición de inmuebles, y también de los establecimientos comerciales, quedando excluida toda la demás gama de bienes considerados muebles, que tanta importancia cuantitativa suele alcanzar en la actualidad.

Referido a inmuebles, huelga decir que el consentimiento de la mujer será necesario en las ventas y permutas, contrato de promesa de venta, de opción, adjudicación en pago y aportación a sociedad. Todos estos negocios jurídicos, no cabe duda que son actos de disposición. También se estima que el marido necesitará el consentimiento de la mujer para llevar a cabo, en unión de los demás comuneros, la división de la cosa común, si la participación indivisa de que es titular tiene carácter ganancial. No hay posibilidad de entrar a fondo en la cuestión de la naturaleza del acto de partición, pareciendo que gana terreno la opinión que huyendo de las dos soluciones extremas (la traslativa y la declarativa) ve en la división un acto modificativo o especificativo de derechos, y no cabe duda que los actos que tienen por fin y efecto inmediato mo-

dificar el contenido de un derecho patrimonial escapan a todas luces de la administración. La modificación que opera la partición al convertir la relación de copropiedad en propiedad exclusiva es una alteración trascendental, razón por la cual debe entenderse que nos encontramos ante un negocio dispositivo, aunque no sea verdadera enajenación.

También es claro que, en términos generales, los negocios jurídicos por los cuales se grava una finca con un derecho real son actos de disposición que disminuyen el valor de los bienes sobre que se constituyen, y que, además, pueden afectar a la libre disposición de los mismos, y hasta implicar en algún caso la pérdida de ellos. El consentimiento de la mujer es, por tanto, necesario para constituir usufructos, derecho de uso o habitación, servidumbres, censos y, naturalmente, hipotecas. También las modificaciones de estos gravámenes han de necesitar, por regla general, el consentimiento. Después se hablará de la cancelación de hipoteca.

Muy dudoso es lo referente al arrendamiento, pareciendo que el que su otorgamiento se estime o no acto de disposición depende de que se considere derecho real o personal. El Código, al prohibir en su artículo 1.548 al marido respecto a los bienes de su mujer, al padre y tutor respecto de los del hijo y menor, y al administrador que no tenga poder especial, darlos en arrendamiento por término de más de seis años, parece considerar que los arrendamientos que excedan de ese plazo tienen carácter de derecho real, y quizá pudiera decirse lo mismo, aunque la cosa sea más dudosa, de los arrendamientos inscribibles por pacto, o en que se adelante la renta de tres o más años.

¿Y qué decir de los sujetos a las leyes de arrendamientos urbanos o rústicos? Aunque éstos no se contraten por plazo largo, no cabe duda que lo normal es que se prorroguen indefinidamente, y parece debiera aplicarse a ellos el criterio del Código respecto de los concertados por más de seis años.

De todos modos, y se da esta opinión sin ninguna seguridad por discrepar de otras muy autorizadas, se estima que el arrendamiento, por mucha trascendencia que hoy tenga con las prórrogas legales, es de los actos más típicos de auténtica administración, y que respecto de ellos no debe considerarse necesario el consentimiento de la mujer, aunque quizá debiera exigirse, como excepción, en los

de plazo superior a seis años, por parecer que el Código ha querido equipararlos a la constitución de derechos reales, aunque no impliquen necesariamente disminución de valor, ni limitación de la libre disposición, lo cual se ha considerado básico para estimar que el negocio es de disposición.

ENAJENACIONES FORZOSAS.—Entre las que pueden llamarse ventas forzosas merecen especial mención, por su trascendencia singular, las decretadas por el órgano jurisdiccional en un proceso de ejecución.

Estima CÁMARA que en estos casos la intervención de la mujer es innecesaria e improcedente. En estas transmisiones o no hay verdadero acto de disposición, porque falta—dice—una actividad volitiva dirigida libremente a la autorregulación de los propios intereses, o de haberlo, se trata de un acto que el titular de los bienes está obligado a realizar, de tal manera que si se niega a cumplirlo la transmisión se realiza por actuación directa de la potestad que ostenta el órgano público. El consentimiento *uxoris* parece, por tanto, superfluo, ya que la mujer vendrá obligada a prestarlo y, en cambio, su exigencia puede resultar entorpecedora y perjudicial.

Siguiendo este criterio, nada tendría que hacer la mujer en la hipótesis de enajenación de una finca ganancial, embargada a la seguridad de obligaciones contraídas por el marido, que sean, legalmente, de cuenta de la sociedad de gananciales.

Pero el Reglamento Hipotecario, en su última reforma, ha dado al traste con esta interpretación, por exigir en su artículo 144, para que puedan anotarse los mandamientos de embargo sobre bienes presuntivamente gananciales, que la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges, estableciendo, además, que llegado el momento de enajenación de aquellos bienes «se cumplirá lo dispuesto en el artículo 1.413 del Código civil.»

LA RICA, que a su conocida autoridad une la de haber intervenido en la reforma, dice que si el deudor enajena una finca ganancial, sea por propia voluntad, sea obligado por un apremio judicial o administrativo, resulta incuestionable que dispone de los bienes, y que en tal acto de enajenación no debe permanecer ajena la mujer, sino que debe expresar su consentimiento, bien directamente,

bien mediante la representación del Juez o del Agente ejecutivo. Si así no fuera, si se estimara—sigue diciendo LA RICA—que en esta clase de enajenaciones no regía el artículo 1.413 del Código civil, las prevenciones de éste y su finalidad protectora de la mujer serían fácilmente burladas, pues bastaría para ello con la simulación de deudas y la práctica de los llamados juicios o expedientes «convenidos».

Claro que es cierto esto de la posibilidad de que el marido simule deudas para conseguir la enajenación de bienes gananciales sin intervención de la mujer, pero si tal sucede, quizá fuera lo procedente que la mujer impugnase la obligación y consiguiente transmisión, mediante el ejercicio de las acciones pertinentes y no presumir la existencia de simulación en todo caso de enajenación forzosa.

El criterio personal del conferenciante es que el Reglamento ha pecado por exceso al tratar de adaptarse a la reforma, seguramente, no por culpa de sus autores, sino de la propia Ley, que tiene los inconvenientes de toda reforma fragmentaria. Efectivamente, modificado lo referente a disposición de bienes gananciales que sean inmuebles o establecimientos mercantiles, ha quedado intacto el sistema de responsabilidades, y, según el artículo 1.408 del Código, serán de cargo de la sociedad de gananciales todas las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, y resulta paradójico que pudiendo el marido por sí solo—sin perjuicio de las acciones que procedan por fraude o simulación—contraer deudas que obliguen a la sociedad de gananciales sea precisa la intervención de la mujer cuando esas deudas vayan a hacerse efectivas sobre bienes de aquella sociedad declarada expresamente responsable de ellas.

Aunque todo esto sea discutible, nadie dudará del conflicto que se ha producido, al no poderse, en la práctica, aplicar el precepto reglamentario, en esos casos de deudas contraídas por el marido solo, y que, según el artículo citado, sean de cargo de la sociedad de gananciales.

Exige el artículo 144 del Reglamento Hipotecario, para que el embargo pueda anotarse sobre bienes gananciales, que la demanda se haya dirigido contra los dos cónyuges.

Se podrá admitir que esto sea posible cuando la demanda se

ejercite en juicio ordinario declarativo, ya que parece que a este procedimiento pueden llevarse todas las cuestiones, y no se podrá negar el interés de la mujer en reclamación que afecta a la sociedad de gananciales, por cuya razón, aunque alegase excepción de falta de personalidad o legitimación pasiva, seguramente no prosperaría.

Pero hay que tener en cuenta que son excepcionales las anotaciones de embargo procedentes de juicios ordinarios declarativos, si se comparan con las que derivan de juicios ejecutivos, que son la inmensa mayoría.

Y en esto de los juicios ejecutivos, sumarisimos y de resultados tajantes, si que no caben interpretaciones latas. No se comprende cómo un reconocimiento de deuda hecho por el marido, solo, en escritura pública, o en documento privado con firma reconocida, o, lo que es mucho más frecuente, la aceptación, únicamente por él, de una letra de cambio, pueden servir de apoyo a una demanda ejecutiva contra la mujer, que no intervino en ninguno de esos documentos.

Así ha ocurrido, como no podía menos de suceder, que si por alguien se ha intentado, el Juzgado se ha negado a despachar la ejecución contra la mujer que no suscribía esos documentos que llevaban aparejada tal ejecución, pero sólo contra el marido que los había firmado.

Por otro lado, de haberse despachado ejecución contra la mujer, hubiera resultado catastrófico, pues no existe precepto que exima del embargo, una vez despachada ejecución contra ella, a sus bienes privativos, con lo que se daría el contrasentido de que una disposición dictada en protección de la mujer se volviese en su perjuicio, ya que, por lo menos, habría de plantear una extraña tercería para dejar sin efecto el embargo de sus bienes privativos, si sobre ellos hubiera recaído.

Otro perjuicio más efectivo ha originado ya a las mujeres casadas el precepto comentado, por ser ya frecuente que para que, en su día, quede expedita la vía ejecutiva, muchos acreedores exigen que los documentos acreditativos de la deuda sean firmados por las mujeres, lo cual da lugar, porque hay que suponer que no se admita la exclusión, aunque se pretendiera, a que queden también comprometidos sus bienes privativos.

Una sentencia del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1960 parece arrojar alguna luz sobre esto de las enajenaciones forzosas. Dice su primer considerando: que el artículo 1.413 del Código civil, según la redacción que le dió la Ley de 24 de abril de 1958, en relación con la que tenía anteriormente, revela, claramente, que la finalidad de dicha ley no fué otra, como declara el preámbulo de la misma, que conseguir, dentro de la sociedad legal de gananciales, y sin alterar sus fundamentos, ni las normas por que se rige esencialmente, una mayor protección y garantía para los intereses de la mujer, requiriendo al efecto su intervención y consentimiento para que sean válidos los actos dispositivos de bienes gananciales, cuando se refieran a inmuebles y establecimientos mercantiles pertenecientes a la misma, y que será indispensable dicho consentimiento expreso de la mujer, siempre que se trate de realizar un *acto de disposición libre y voluntario de bienes*, de las clases expresadas, pertenecientes a la sociedad de gananciales, en el que puedan existir intereses de la mujer contrapuestos a los del marido.

Como se ve, el Supremo considera necesario el consentimiento cuando se trate de realizar un acto de disposición libre y voluntario, lo cual parece indicar que no será necesario cuando el acto de disposición sea forzoso, pero hay que reconocer que, aunque parece sentada con carácter general esta sana doctrina, el caso contemplado por la sentencia es un tanto especial, pues se trata de retracto ejercitado por arrendatario, y se resolvió, lógicamente, que no precisaba la intervención de la mujer del comprador y demandado.

El caso a que extensamente se ha hecho referencia de ejecución por deudas no cabe duda que es distinto, aunque también es cierto que nunca podrá calificarse de acto de disposición libre y voluntario.

Es conocido por todos el trastorno originado en la Banca por la comentada disposición reglamentaria y la petición elevada, pidiendo primero la derogación del artículo 144 y su reforma después.

Quizá respondiendo a esta petición se ha presentado a las Cortes, e insertado en su Boletín, un proyecto de ley, en el cual, después de decir que los jueces y tribunales que decreten embargos sobre bienes inmuebles o establecimientos mercantiles presuntivamente gananciales, para ordenar la anotación, deberán exigir el

cumplimiento del artículo 144 del Reglamento Hipotecario, deja a salvo lo dispuesto en el artículo siguiente, según el cual, en el caso de que la demanda no se hubiera dirigido contra los dos cónyuges, por no haber suscrito de ellos el documento u obligación que la motivare, el Registrador suspenderá la anotación y practicará la correspondiente anotación de suspensión si así se solicita. Devuelto el mandamiento al Juzgado, acordará éste que el embargo se notifique al cónyuge del deudor, para que, en el plazo de seis días, alegue lo que a su derecho convenga. Si prestare su conformidad o no hiciere alegación alguna, se ordenará la anotación, y si formulare oposición, se dará traslado a las otras partes, y previos los trámites de los incidentes, el Juez resolverá, acordando la anotación, si estima infundada la oposición, y si la considera fundada, acordará dejar sin efecto el embargo y que se cancele la anotación de suspensión.

Como se ve, este proyecto, no obstante empezar diciendo que se cumpla el Reglamento, da por descontado que no se puede demandar, y menos en ejecutivo como ya se ha dicho, a quien no ha suscrito el documento obligacional y habilita la forma de notificar a la mujer.

No ha ido este proyecto al último pleno de las Cortes y no se sabe cómo saldrá de ellas, pero es de temer que, aunque facilite un tanto las cosas, como no deja de ser una dificultad esa tramitación, y hasta puede utilizarse la oposición de la mujer como burladero, por el deudor perezoso o de mala fe, se siga exigiendo, como más cómodo, que el documento amparador del crédito sea suscrito por los dos cónyuges, y ya se ha repetido lo poco que esto beneficia a la mujer.

REPERCUSIÓN EN ARAGÓN.—Ya se adelantó que está clarísimo que ni el artículo 1.413 anterior del Código civil rigió en Aragón, ni rige tampoco el actual. La materia está regulada por el artículo 49 del Apéndice, que, después de atribuir al marido la administración y la representación de la sociedad conyugal, dice que está facultado para disponer no solamente de sus bienes privativos, sino también de los que tienen la consideración de comunes.

El precepto no puede ser más terminante. Es cierto, sin embargo, que concurre la mujer, generalmente, al otorgamiento de es-

crituras en que se dispone de bienes inmuebles comunes, pero sólo a los efectos de su derecho de viudedad, que, por disponerlo el mismo artículo, quedará a salvo si no hubiere dado su expreso consentimiento. Pero esto que algunos autores señalan como precedente de la reforma del Código responde a fines completamente distintos, como lo prueba que exactamente igual ha de prestarse ese consentimiento cuando se trata de bienes propios del marido, y no sería preciso si existiera renuncia a la viudedad, y aun no existiendo esta renuncia puede realizar el marido por sí solo la enajenación, dejando a salvo el expectante derecho de viudedad.

Ya se ha visto que el artículo 144 del Reglamento Hipotecario exige para la anotación de embargo sobre bienes gananciales que sean demandados los dos cónyuges. Siendo normalmente de aplicación general ese Reglamento, pudiera suscitarse la duda de si, en este particular, regia en Aragón. La contestación negativa parece clara, puesto que dicho artículo desarrolla, según se ha visto, el 1.413 del Código civil, y si éste no rige en Aragón, mal podía regir la disposición que lo complementa, que, además, por ser reglamentaria, nunca podría derogar el precepto del Apéndice que tiene rango de ley.

Ahora bien, también se ha visto que LA RICA explica el precepto reglamentario como necesarios para evitar procedimientos judiciales o administrativos simulados, y esto hace pensar que igual simulación podría darse aquí para privar a la mujer del usufructo de viudedad, lo que llevaría a la consecuencia de que también habría que demandar a la mujer, o, en el mejor de los casos, dejar a salvo su derecho expectante, lo cual nunca suele hacerse en las resoluciones judiciales, habiendo resuelto la Dirección que el Registrador no puede hacerlo de oficio.

Pero, en primer lugar, ya sería mucho aquilatar simular deudas y procedimientos para privar a la mujer de un derecho, siempre incierto y que nunca pasaría del usufructo, y, además, el Apéndice que ha cuidado de salvar este derecho en las disposiciones voluntarias, tanto del marido como de la mujer, nada ha dicho de él en el artículo 50, al disponer que al pago de las deudas que contraiga el marido están afectos los bienes comunes y si todos ellos no bastan, los bienes peculiares de cada cónyuge por mitad, aclarando que se presumirán contraídas en beneficio común las deu-

das del marido, salvo prueba en contrario. Al excluir después los bienes de la mujer y su mitad en los comunes de responsabilidad por ciertas deudas del marido, y nada decir del usufructo, prueba que esta reserva de usufructo vidual no se produce cuando se enajenan forzosamente los bienes para hacer efectivas deudas de que deban responder, por lo cual no será necesario demandar a la mujer para que puedan anotarse los embargos sobre bienes comunes.

CANCELACIÓN DE HIPOTECAS.— Finalmente, unas palabras sobre otro tema de notorio interés práctico: *hipoteca*.

En toda hipoteca hay que distinguir el crédito propiamente dicho y la garantía hipotecaria, y supuesto el criterio legal de incluir todos los elementos patrimoniales dentro de la dicotomía muebles-inmuebles, el crédito será mueble, y, por el contrario, la hipoteca, según la construcción tradicional sobre la que se alzan voces discrepantes, entre ellas la de CÁMARA, inmueble. Y admitido este complejo, el problema está en dilucidar si a los actos de disposición sobre el crédito hipotecario hay que aplicarles, en punto a capacidad y legitimación, las reglas de unos u otros bienes.

Junto a los actos de disposición que se refieren al todo, es decir, al complejo crédito hipotecario, cabe señalar otros que parecen afectar sólo a la garantía como renuncia total o parcial de la hipoteca, sustitución de la finca hipotecada por otra, división de la finca hipotecada y asignación de responsabilidad especial a cada nueva finca, para los cuales parece que, como para la constitución, precisa el poder de disposición sobre inmuebles, puesto que sólo se refieren a este elemento inmueble de la relación, y sentado este criterio, se hablará lo más brevemente posible, por su especial interés, de la cancelación de hipoteca, pero solamente de la cancelación por pago, que es la más frecuente.

Se ocupa especialmente de esto el artículo 178 del Reglamento Hipotecario, que ha sido objeto de gran controversia, Según él bastará el consentimiento del marido para la cancelación por pago de hipotecas *inscritas a su nombre* que garanticen créditos gananciales. Si en el artículo no figurasen las palabras «inscritas a su nombre», no habría duda, pero como según el artículo 95 del propio Reglamento la inscripción de los bienes presuntivamente gananciales, cuando adquieran ambos cónyuges o uno de ellos, sin expresar la

procedencia del dinero, ha de hacerse a nombre de los dos esposos, sin expresión de cuotas y para la sociedad conyugal, una interpretación literal puede llevar a la conclusión de que sólo las hipotecas inscritas con anterioridad a la reforma del Reglamento podrán cancelarse con la sola intervención del marido, puesto que las posteriores deberán estar inscritas a nombre de los dos cónyuges.

Efectivamente, LA RICA, con la doble autoridad de que antes se habló, defiende este criterio diciendo que la nueva disposición sólo tiene una importancia en cierto modo transitoria.

Arremete CÁMARA contra esta opinión. No cabe duda que siendo en nuestro derecho la hipoteca un contrato accesorio de garantía, si se admite que el marido está facultado para cobrar el crédito por sí solo, y, por consiguiente, el pago hecho al marido, sin que en él intervenga la mujer, es un pago válido, que libera al deudor, no sólo podrá, sino que deberá cancelar la hipoteca, aunque a ello se oponga la mujer. El problema estriba, por tanto, en resolver si el marido puede por sí solo cobrar un crédito hipotecario, y ello parece evidente, estimando el conferenciante que en esta cuestión se invierten un tanto los términos; aquí no se trata de un derecho del marido ni de la sociedad conyugal. Por mucho que se quiera teorizar sobre la no accesoriedad del derecho de hipoteca, no cabe duda que quien tiene el derecho de exigir que se cancele, una vez satisfecho el crédito, es el deudor o propietario de la finca, siendo el hacerlo una obligación clarísima del acreedor. Aquí si parece tener exacta aplicación la doctrina sentada por la sentencia de 5 de marzo de 1960, antes citada, en el sentido de no ser necesario el consentimiento de la mujer. Parece también evidente que el cobro de los créditos a su vencimiento es acto de buena y prudente administración, que en ningún caso puede comprometer la existencia, la individualidad sustancial ni el valor de un elemento estable del patrimonio ganancial.

También cree el conferenciante que se desorbita esto de la inscripción de los bienes gananciales a nombre de marido y mujer, porque no es una inscripción personal, incondicional, que atribuya la propiedad de la finca a los dos, sino que el precepto reglamentario categóricamente ordena que se practique sin atribución de cuotas y *para la sociedad conyugal*. El verdadero titular es, por tanto, la sociedad conyugal, aunque se expresen los nombres de quie-

nes la constituyen, siendo interesante que esto se haga resaltar por si hubiera ulterior matrimonio, y parece claro que en todos los casos en que por disposiciones de derecho sustantivo, no sea necesario el consentimiento de la mujer, podrá obrar por si el marido, aunque el nombre de aquélla figure en la inscripción.

Si se admitiera la teoría de LA RICA y se entendiera que sólo puede cancelar el marido, por si, las hipotecas inscritas a su nombre, no se comprendería la razón de diferencia entre hipotecas, y habría que llegar a la conclusión de que también de las fincas adquiridas con anterioridad a la reforma del Reglamento, que necesariamente han de estar inscritas a nombre del marido, podría éste disponer sin consentimiento de la mujer.

También si se entiende, como parece obligado, que este precepto sobre cancelación recoge la reforma del artículo 1.413 del Código civil, se daría la anómala situación, siguiendo a la letra el precepto reglamentario y la opinión de LA RICA de que las hipotecas construidas ya después de la vigencia de la reforma del Código, pero antes de la del Reglamento, que figurarán inscritas a nombre del marido, podría éste cancelarlas por si, no obstante regir ya la reforma del Código.

Se considera, en definitiva, que por la accesoriedad de la hipoteca, la cancelación por pago constituye verdadero acto de administración, y como, además, por la cancelación en si no hay interés de la mujer que pueda sufrir perjuicio si el propósito principal de la reforma ha sido protegerla no hay inconveniente en que el marido sólo otorgue las escrituras de cancelación por pago.

Esto mismo parece desprenderse de la resolución de la Dirección General de 2 de noviembre de 1959, pues aunque se refiere a hipoteca constituida antes de la reforma del Código, sienta la doctrina de que el pago, medio normal de extinción de las obligaciones, es un simple hecho realizado por el deudor con independencia de la voluntad del acreedor, que no ha de verse afectada por las limitaciones introducidas por el reformado artículo 1.413.

Y para terminar, como corresponde, una breve alusión al Derecho foral. Este problema de la cancelación parece clarísimo en Aragón, pudiendo el marido cancelar por si solo la hipoteca constituida en garantía de crédito ganancial; ni siquiera hace falta el consentimiento de la mujer a los efectos del derecho expectante de

viudedad, pues no cambiando, según la inmensa mayoría de los autores y numerosas sentencias, por el hecho de constitución de hipoteca para garantizarlo, la naturaleza mueble del crédito, sobre éste no hay usufructo legal de viudedad.

La falta de tiempo impide un ensayo crítico de la reforma del Código en el particular estudiado. Podría decirse, como si se tratase de una obra teatral, que no ha tenido muy buena crítica. El problema de la mujer que trabaja y que lleva considerables ingresos al matrimonio, algunas veces en contraposición a los nulos o escasos aportados por el marido, no ha sido resuelto. Ya se han puesto de manifiesto los graves perjuicios que pueden ocasionar a la mujer las nuevas disposiciones, en su aplicación a las enajenaciones forzosas. Se cree también por algunos que la reforma hará proliferar las capitulaciones con separación de bienes, que nada beneficiarían a la mayoría de las mujeres, pero se estima que seguirá imperando nuestra proverbial delicadeza, que impide plantear estos problemas económicos antes del matrimonio. Mucho más miedo da la intervención judicial, pues aun reconociendo que será necesaria en algunos casos, hay que temer que, con nuestro amor propio, quizá no menor que la delicadeza, se produzcan en los matrimonios conflictos graves en cuanto la intervención judicial se inicie; por ello es de recomendar a los abogados en el ejercicio que extremen todos los recursos antes de acudir al Juzgado, seguros de que siempre será menos importante un quebranto económico, que los trastornos de orden afectivo y familiar, muchas veces ya irreparables, que pueden producirse enfrentando ante el Juzgado a los cónyuges.

MANUEL BATALLA GONZÁLEZ,

Registrador de la Propiedad.

Heredamientos de aguas del Archipiélago Canario y aplicación de su Ley a otras regiones españolas

I.—PLANTEAMIENTO

Como vamos a tratar del problema relativo a la posibilidad de aplicar la Ley de 27 de diciembre de 1956, sobre heredamientos de aguas del Archipiélago Canario, a otras regiones españolas, parece natural que, en principio, resolvamos dos cuestiones previas:

1.^a Si existen en algunas regiones españolas, aparte Canarias, instituciones semejantes o idénticas a los Heredamientos o Comunidades cuya regulación fué objeto de aquella ley (1).

2.^a Si la Ley de 27 de diciembre de 1956 se dictó con carácter exclusivo para el Archipiélago Canario o, por el contrario, fué pensamiento del legislador extender su ámbito de aplicación a otras provincias españolas, de existir en ellas heredamientos de aguas privadas, semejantes a los heredamientos canarios y que luchan

(1) El largo y laborioso camino recorrido hasta la publicación de la Ley de 27 de diciembre de 1956, puede verse en los trabajos de MARCOS GUIMERÁ, *Heredamientos de aguas en Canarias*, publicado en el «Anuario de Derecho Civil», abril-junio de 1957, págs. 471 a 477; y *Régimen Jurídico de las Aguas en Canarias*, La Laguna de Tenerife, 1960, págs. 139 y sigs.

en la actualidad con las mismas dificultades que éstos antes de la regulación legal (2).

Para resolver la primera cuestión planteada es necesario fijar con claridad y precisión las características de los heredamientos canarios, pues sólo después de examinar éstas tendremos elementos de juicio bastantes para diagnosticar si existen o no instituciones idénticas en otras regiones españolas.

II.—LOS HEREDAMIENTOS CANARIOS

1.º *Orígenes y evolución histórica.*—Los heredamientos en general, como luego veremos, y concretamente los existentes en Canarias, son producto de una época histórica perfectamente determinada: la incorporación a la Corona de Castilla de las diversas regiones españolas que paulatinamente van siendo anexionadas, la mayor parte de las veces por la fuerza de las armas y con una finalidad política evidente (3).

Los Reyes, en esta etapa de expansión de la Corona castellana, hacían repartimientos dominicales de todo lo adquirido por derecho de conquista, con una doble finalidad: a) recompensar o premiar los servicios de los caballeros que más se habían destacado en las campañas militares auxiliando a los Reyes en la empresa de la Reconquista (4), y b) conseguir el asentamiento de los caballeros

(2) No vamos a exponer ahora estas dificultades que el señor VEGA GUERRA, en el Pleno de las Cortes calificó de «pedantería petulante o deshonestidad imprudente», porque después, al examinar los heredamientos existentes en otros puntos de la Península, habríamos de repetir la materia; pero sí queremos hacer constar que ocasionaron numerosísimos contratiempos y perjuicios graves.

(3) El conseguir la unificación española en todos los aspectos: político, religioso, legislativo, etc., ha sido quizá una de las facetas más interesantes de la política de los Reyes Católicos, siguiendo un camino trazado con anterioridad—no hay que decir que la incorporación de territorios a la Corona castellana comienza muchísimo antes—, pero lo que queremos quede bien sentado es que los heredamientos son instituciones típicas de los repartimientos ocasionados por esta incorporación; ello prueba que, teniendo todos ellos la misma causa originaria, sean más o menos antiguos, según el momento de la incorporación de los respectivos territorios y su secuela, repartimiento de tierras y concesión de privilegios y honores por los reyes a los conquistadores.

(4) Estos beneficios o recompensas han sido conaturales de ciertos períodos de la Historia, caracterizados por un afán desmesurado de conquista; el territorio conquistado quedaba anexionado al dominio del Estado vencedor, cuyo caudillo hacía repartimientos, que son el origen de muy diversas formas de propiedad, como luego veremos al tratar de su naturaleza.

propietarios en las villas conquistadas. Esto último suponía una gran ventaja desde el punto de vista militar; de un lado, aumentaban las seguridades defensivas de la villa ante posibles ataques enemigos, y de otro se había creado una especie de puesto de retaguardia, donde contaban los Reyes con una población afecta, dispuesta a correr en su auxilio al primer llamamiento, y de una no despreciable fuente de socorros económicos (5).

En algunas poblaciones donde el agua era de gran valor, por la escasez de aguas pluviales, ésta entraba también en el reparto; y bien, con independencia de la tierra o dependiendo de ella, se adjudicaba entre los conquistadores; en el primer caso se repartía solamente el agua; en el segundo juntamente con la tierra a que iba destinada (6). Las aguas en ambos casos, ello es na-

(5) Una de las ciudades más representativas en este aspecto quizá haya sido Lorca. Conquistada por el príncipe Don Alonso el Sabio, en el año 1242, al que acompañaban esforzados capitanes, nobilísimos caballeros y grandes señores, quedaron muchos de éstos, una vez repartidas las tierras, en ella, como pobladores. Dichos caballeros siempre se mostraron leales a sus reyes, expresando así su agradecimiento a las mercedes recibidas. «Los focorros, con que la Ciudad de Lorca, a fervido a fus Reyes, afsi en Campañas, como en diferentes Plazas con Compañías de Cavallos, y Infantería, con abundantes provisiones de Trigo, Cebada, y Paja, y en especie de dinero, no folo la Ciudad, fi fujetos particulares, acreditan con fu lealtad lo generoso de fus pechos, y animos bizarros...» «Lo que esta Ciudad ha tenido fiempre a fus Reyes, en fervicios y obfequios particulares, lo prueban, con evidencia, los muchos y grandes privilegios, con que han premiado, y remunerado fus lealtades». Tantos fueron y tan dignas de encomio, que merecieron la atención de PÉREZ DE HITA, que entre otros versos dedicados a narrar tales hazañas, tiene los que siguen:

«Si los de Lorca dizen fon furiofos,
Y en casos de la Guerra feñalados,
No menos fon por cierto virtuofos,
Y en cafos de virtudes muy preciados;
Bien mueftran en tal acto fer famofos,
Y Varones en fus hechos esforzados,
Grande honra han ganado en efte dia,
Moftrando fu valor, y gallardia.»

Un estudio completo, y desde luego interesante acerca de la ayuda prestada por esta ciudad a los Reyes, y la importancia que la misma tenía como puesto de retaguardia para la guerra contra los moros de Granada, puede verse en *Antigüedad y Blasones de la Ciudad de Lorca*, y *Historia de Santa Maria la Real de las Huertas*, que el Rey Don Alonso el Sabio trajo para su conquista, y dexo en ella, para su amparo, y defensa, año de 1242. Su autor, el reverendo P. Fr. Pedro Morote Pérez Chuecos, Murcia, 1741.

(6) Inicialmente en Canarias, el agua fué repartida con la tierra a la que regaba. Las datas rezan de «tierra y agua». En algún momento posterior, al adquirir tal agua la enorme importancia que conserva acrecentada, al sustantivarse los heredamientos con independencia de las tierras a las que fertili-

tural, ya estaban alumbradas, y lo único que hacen los reyes personalmente o por medio de sus delegados, es repartirlas o donarlas, convirtiendo a los adquirentes, en la mayor parte de los casos, en verdaderos y auténticos propietarios. No otro es el origen de los heredamientos canarios.

MARCOS GUIMERÁ, uno de los juristas más entendidos que España tiene en esta materia nos dice que datan de tiempo de la conquista de Canarias por las tropas españolas incorporándolas a la Corona de Castilla a fines del siglo xv (7). Las aguas fueron repartidas junto con las tierras por los Reyes Católicos entre conquistadores y pobladores, y casi todas ellas, de fecha incierta, por los años de 1501 a 1505 (8).

Entre los titulares del agua objeto de estos repartos había surgido de hecho una relación de cotitularidad en sentido amplio (Asociación de propietarios, Sociedad, Comunidad), que llegó a tener reconocimiento legal, por la Real Cédula de 3 de enero de 1508, que tuvo a bien establecer que los heredamientos se habían de regir por las Juntas, y el acuerdo de los partícipes bajo la vigi-

zan, se produjo la absoluta separación de tierra y agua, que aún hoy perdura (MARCOS GUIMERÁ, *Régimen Jur.*, ob. cit., págs. 16 y 17).

(7) *Heredamientos y Comunidades de Aguas en Canarias*, A.A.M.N., página 487. También se han ocupado de esta materia: CARLOS LÓPEZ DE HARO, *Heredamientos de Aguas*, «Rev. D. Priv.» núm. 110, 15 nov. 1922, pág. 321; JUAN HERNÁNDEZ RAMOS, que aunque ingeniero agrónomo, su obra *Las Heredades de aguas en Gran Canaria*, M. 1954, tiene importancia jurídica: POMPEYO CREHUET JULIÁ, *Sugerencia y glosa de la Ley sobre Comunidades de Aguas*, de 27 de diciembre de 1956, «Anuario de Derecho Civil», tomo X, fascículo IV, octubre-diciembre 1957, pág. 1122; TOMÁS CRUZ GARCÍA, *Tenerife y sus aguas*, «Rev. Financiera del Banco de Vizcaya», 1950, núm. 76, pág. 144; SANTIAGO PELAYO HORE, *La indivisión perpetua en el Código civil*, «Rev. Der. Priv.», 1942, página 458. Una bibliografía amplia sobre trabajos publicados en revistas canarias puede verse en MARCOS GUIMERÁ, *Régimen Jurídico*, ob. cit.

(8) Hoy día se han ido aclarando algunas fechas. Así, con relación a Gran Canaria, si bien parece ser que su conquista terminó en el año 1483, antes de esta fecha Don Fernando y Doña Isabel, por Real Cédula de 4 de febrero de 1480 dada en la ciudad de Toledo, autorizaron a su gobernador, Pedro de Vera, para repartir tierras y aguas entre los que habían contribuido a la conquista de la Isla. Tales repartimientos fueron confirmados por otra Real Cédula de 20 de enero de 1487.

Respecto de La Palma, su conquista finalizó, según la opinión más segura, en 1493, y por Real Cédula fechada en Burgos el 15 de noviembre de 1496, los Reyes Católicos autorizaron a Alonso Fernández de Lugo para realizar los repartimientos respectivos.

Finalmente, en Tenerife, concluida su conquista en el año 1496, los Reyes Católicos dieron a Alonso de Lugo una Real Cédula, fechada en Burgos el 5 de noviembre de 1496, para repartir tierras y aguas entre conquistadores. (Véase MARCOS GUIMERÁ, *Rég. Jur.*, ob. cit.).

lancia superior de la Real Audiencia de Canarias. Esta Real Cédula fué completada por otras disposiciones.

Para dar efectividad a las mismas, todos los propietarios de las aguas se sometían libremente a unas reglas de organización y funcionamiento, que en la práctica se denominaban Ordenanzas o Reglamentos de la Asociación, y que algunos heredamientos consignaban por escrito, aunque más corriente era que sólo fuesen conocidas verbalmente. El agua repartida pertenecía en propiedad a los partícipes, y el heredamiento venía a ser la cabeza organizadora de aquella Asociación, que funcionaba en la práctica como si de una persona jurídica se tratase (9).

Al publicarse la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866 y, con posterioridad, la actualmente vigente de 13 de junio de 1879, se respetan estas Asociaciones existentes, al declarar que «todo lo dispuesto en esta Ley, es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a su publicación, así como el dominio privado que tienen los propietarios de aguas de acequias y de fuentes o manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden y permutan como propiedad particular» (art. 257 de la Ley de 1879).

Las citadas leyes, como vemos, ni quitan ni ponen a estas Agrupaciones de propietarios sobre aguas privadas, que continuán funcionando, mejor o peor, con arreglo a sus Ordenanzas y Reglamentos; mas la circunstancia de ser la Ley de Aguas el primer Código que se publica sobre esta materia, influirá, aunque sólo sea indirectamente, sobre algunos heredamientos, hasta el punto de que, formalmente al menos, adaptan el ropaje que les ofrecen,

(9) Así lo reconocía el proyecto de ley concediendo la personalidad jurídica a las heredades de aguas de Canarias, tal como la costumbre inveterada y los antiguos textos legales se la reconocían, al afirmar: «Existían, pues, los heredamientos de aguas mucho antes de la promulgación del Código civil, como auténticas corporaciones de realidades patentes, encargadas del gobierno y administración de la cosa común, representados legítimamente por Junta, alcalde y presidente, con una personalidad propia en relación directa con el órgano jurídico rector de Canarias, la Audiencia, con una independencia que les reconocía la ley anterior al Código civil, y dispensadas, por tanto, de constituirse en escritura pública, a pesar del carácter inmobiliario de sus bienes, ya que en nuestro antiguo derecho se consideraban las entidades sociales como nacidas de un contrato consensual, conforme a lo establecido en la Ley I del Título X de la V Partida, y a tenor del principio general contenido en la Ley I, Título I, Libro X de la Novísima Recopilación, el cual determina «que de cualquier manera que apareciese que una persona quiso obligarse queda obligada».

las Comunidades de Regantes que habían sido reguladas por aquellas leyes.

Los diferencias entre heredamientos y Comunidades de Regantes no podían ser más profundas ni más evidentes: a) El heredamiento tiene por objeto las aguas privadas; las Comunidades de Regantes recaen exclusivamente sobre las aguas públicas. b) En aquellos sus titulares tienen la propiedad del agua, en éstas únicamente el aprovechamiento. c) En los primeros, el agua es independiente de la tierra, y su propietario puede venderla, permutarla, arrendarla o conducirla a los fundos que más le interese regar; en las segundas, el agua está adscrita a la tierra y sólo el propietario de ésta tiene derecho a regar de las aguas comunes, sin que pueda venderla, permutarla, arrendarla o conducirla a otros fundos que aquellos para los que se concedió el aprovechamiento; es decir, que aquí el agua está directamente vinculada a la tierra, y al cambiar ésta de titular cambia igualmente la titularidad sobre el aprovechamiento del agua. d) Las Comunidades de Regantes tienen como característica la concesión del aprovechamiento para riego de tierras determinadas; los heredamientos se constituyen sin concesión de clase alguna. e) En definitiva, así como los heredamientos son instituciones típicas del derecho privado, las Comunidades de Regantes caen de lleno bajo la órbita del Derecho administrativo (10).

(10) Los aprovechamientos de aguas públicas, que constituyen el objeto de las Comunidades de Regantes, pueden adquirirse, según determina el artículo 409 del Código civil, por concesión administrativa o por prescripción de veinte años. No entramos en el estudio de esta materia, que extravesaría los límites del presente trabajo. Puede verse sobre ello: SEBASTIÁN M. RETORTILLO, *De las administraciones autónomas de las aguas públicas*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960; CIRILO MARTÍN RETORTILLO, *La inscripción de aprovechamientos hidráulicos en el Registro Especial de Aguas*, «Revista de Derecho privado», tomo XVIII, 1931; JERÓNIMO GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, tomo II; MARCOS GUIMERÁ, *Las actas de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario*, «Revista Jurídica de Cataluña», mayo-junio 1955; *Aprovechamientos de aguas públicas por usucapión* (Comentario a la Resolución de 2 de marzo de 1958), «Anuario de Derecho civil», tomo XI, fasc. IV, 1958; RAMÓN DE LA RICA, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad de España, Madrid, 1959; LÓPEZ DE HARO, *Comunidades de Regantes*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», Madrid, 1912; R. GAY DE MONTELLA y C. MASSÓ ESCOFET, *Tratado de legislación de aguas públicas y privadas*, 1959; CERRILLO QUÍLEZ, *Régimen jurídico-administrativo de las aguas públicas y privadas*. Editorial Jurídico-Española. Barcelona, Madrid.

Pues bien, no obstante las señaladas diferencias, no faltaron «asesores cortos de vista» que creyeron de buena fe, desde luego, que la vestimenta de las Comunidades de Regantes era el traje adecuado para los desnudos heredamientos. Y así, se dió el hecho curioso de que antiguos y prestigiosos varones de luengas barbas y pelo en pecho, como eran los heredamientos, apareciesen en sociedad vistiendo elegantes y vistosas faldas (Sindicatos y Jurados de Riegos), propias de las creadas Comunidades, y hasta que para su individualización usasen este nombre; claro está que disfraz tan burdo a nadie podía engañar: las barbas estaban a la vista; la forma, el traje, no podía cambiar el fondo, su naturaleza, a pesar del disfraz seguía siendo la misma. Así piensa la más autorizada doctrina (11).

En Canarias, nos dice MARCOS GUIMERÁ, ocurrió, hacia 1930, un fenómeno curioso. Por consejo de sus asesores, muchos heredamientos seculares transmutaron su forma, adaptándose a la reglamentación de las flamantes Comunidades de Regantes recién creadas por las Leyes de Aguas. Y así nacieron estas entidades híbridas, heredamientos mixtificados, que siguen siendo en el fondo verdaderas heredades, algunas de las cuales obtuvieron la aprobación del Poder público; si bien en otros casos la Administración, con fino instinto, denegó tal aprobación, por estimar que se trataba de aguas claramente privadas (12).

En idéntico sentido se pronuncia POMPEYO CREHUET, afirmando que las Comunidades de Regantes sólo influyeron en el aspecto formal, pero provocaron el peligroso fenómeno de llevar a los heredamientos expresiones y hasta conceptos propios de las Comunidades de Regantes... Empezando a veces por esta misma denominación, en sustitución de las históricas de heredamientos o heredades, pasando por su estructuración en Sindicatos y Jurados, y terminando por la regulación del secuestro, aquellas Comunidades de aguas privadas se vieron así desdibujadas y, en apariencia, convertidas en otra figura. Aunque sólo aparentemente, claro está; porque ni la calificación puede hacer variar la naturaleza jurídica de las instituciones, ni las Ordenanzas recopiladas, preocupadas más que nada de la organización de las entidades

(11) Véase MARCOS GUIMERÁ, *Her. y Com.*, ob. cit.

(12) *Rég. Jur.*, ob. cit., pág. 29.

(cariz subjetivo), se dirigieron a regular el fondo de la Comunidad, este es el contenido del Derecho real de copropiedad sobre aguas surgidas en fundos privados (13).

Quedamos, pues, en que la publicación de las Leyes de Aguas no afecta para nada la naturaleza jurídica de los heredamientos existentes y hasta tal punto es esto cierto que incluso aquellos que siguieron el equivocado y erróneo camino de someterse a la regulación de las Comunidades de Regantes, creadas por aquellas leyes, han podido hoy, sin dificultad, desprenderse de su inadecuado ropaje y acogerse a las disposiciones de la Ley de 27 de diciembre de 1956 (14).

Al publicarse el Código civil llevaban ya muchos años de existencia los heredamientos y actuando en la práctica, de hecho, como si tuviesen una personalidad, que por no haber sido reconocida legalmente, era en muchas ocasiones puesta en tela de juicio o desconocida por quienes no convenía a sus intereses, lo que no sólo suponía perjuicios y quebrantos económicos, a veces graves, para el heredamiento, sino también para los propios heredados, que no sabían cómo defender sus intereses o cómo salir de esa situación de incertidumbre e inestabilidad derivada de la falta de una norma de derecho reconocedora de la situación de hecho existente. El Código civil se limita a respetar esta situación, diciendo en la primera de sus disposiciones transitorias, «que se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca».

En este sentido, tenían razón los redactores del «Proyecto de Canarias» al afirmar que no había por qué examinar la personalidad jurídica de los heredamientos bajo el prisma del Código civil, ya que nacen y se desarrollan con anterioridad al mismo, adquiriendo sin su presencia un carácter de Asociación *sui generis*, y permaneciendo en esencia intangibles aun después de la vigencia de éste y de la Ley de Aguas. Como tales personas jurídicas

(13) *Sugerencia y glosa...*, ob. cit., págs. 1123-24.

(14) Entre las varias heredades que cita MARCOS GUIMERÁ (*Reg. Jur.*, página 30), como acogidas a las Comunidades de Regantes, creadas por la Ley de Aguas, hoy día ya hay algunas, como *El heredamiento de las Haciendas de Argual y Tazacorte*, en La Palma, adaptado a la Ley de 27 de diciembre de 1956; y otros varios en trámites de adaptación.

—continuaban diciendo sus redactores—han venido actuando, cumpliendo una realidad patente frente, muchas veces, a una incomprensión inexplicable. Y terminan por afirmar que aun aquellos heredamientos que utilizaron el ropaje inadecuado, extraído de la Ley de Aguas, continúan con una capacidad no discutida, tanto en la vida extrajudicial, compareciendo ante Notario para contraer obligaciones y adquirir bienes, inscribiéndolos a su nombre, como en la judicial, demandando y siendo demandados tanto en la esfera de la Administración local, hallándose sometidas a los repartos generales, como en la del Estado, viviendo sujetas a los diversos impuestos y contribuciones.

A nosotros no nos cabe duda alguna que los heredamientos gozaban, ya antes de publicarse el Código civil, de una personalidad jurídica independiente de la individual de sus miembros componentes, y que publicado este cuerpo legal, continuaron disfrutando pacíficamente. Con ello quedaba resuelto el arduo problema de su representación, que en otro caso habría que resolver por las disposiciones que el Código dedica a la Comunidad de bienes, y se evitaba la aplicación de otras normas de esta figura, que eran a todas luces inaplicables a los heredamientos (*actio communi dividundo*, retracto, unanimidad para actos de disposición), unas veces por ser contrarias a la naturaleza de éstos (*actio communi dividundo*, retracto) y otras por ser de imposible o casi imposible aplicación a la práctica, al formar la Asociación numerosos titulares o partícipes (principio de unanimidad para los actos de disposición) (15).

(15) Antes de la publicación de la ley, la doctrina trataba de encontrar medios diversos para soslayar la aplicación de los principios citados de la Comunidad. Así, con relación a la acción de división recogida en el artículo 400 del Código civil, y cuya aplicación a los heredamientos hubiese traído lamentables resultados económicos, se pretendía eludir por alguno de los siguientes medios:

a) Hacer uso del párrafo 2.º del artículo 400 para estipular en las escrituras de constitución de comunidad el pacto por plazo máximo de diez años y exigir que antes de transcurrir el mismo fuese prorrogado por nueva estipulación, adoptada por acuerdo de la Junta general con el «quorum» preciso y ejecutable por el presidente, en virtud de un poder irrevocable, que los miembros habrían concedido a éste en el momento de la constitución de la Comunidad (alude a ella MARCOS GUIMERÁ, rechazándola al final en *Her. y Com.*, ob cit., pág. 526).

b) Entender que las Comunidades de Aguas encajan dentro del marco de la Comunidad germánica (GONZÁLEZ DE ALEDO).

c) Que tratándose de Comunidades especiales, son excepción al derecho de

Todos estos inconvenientes quedaban salvados mediante el reconocimiento expreso de personalidad, que la doctrina, casi unánimemente, venía atribuyendo a los heredamientos (16). Y hasta es posible que esta situación, de hecho a veces desconocida, hubiese tenido consagración, desde el punto de vista del Derecho, con anterioridad a la Ley sobre Heredamientos de Aguas del Archipiélago Canario, de no haber surgido en los tiempos modernos una nueva dificultad constituida por lo que se denomina «Comunidades modernas de Agua», institución muy similar a los here-

pedir la división. En las Comunidades de Aguas la acción de división es compatible con el origen y naturaleza jurídica de la Comunidad (CASTÁN).

d) Constituir casos típicos de indivisión perpetua. La aplicación del artículo 400 a esta clase de Comunidades sería de lamentables resultados económicos. Por ello, a este tipo de Comunidades, que constituyen una variante de la Comunidad social, se les aplica el artículo 401, reservando el 404 para las demás Comunidades ordinarias (PELAYO HORE).

e) Arbitrar un derecho de tanteo frente al que pretendiera la cesación de la Comunidad, cuyo *preemptio* no embargaba el derecho de cada titular de enajenar su participación a tercero cuando no le interesara continuar en la misma (RAFAEL CABRERA).

Todas estas soluciones expuestas a vía de ejemplo están pensadas con relación a las comunidades modernas de aguas, de gran importancia en Canarias, por entender la doctrina que los heredamientos gozaban de personalidad.

Con referencia a los actos de disposición, para evitar el inconveniente que desde el punto de vista práctico surgía al estar constituidos por un numeroso grupo de miembros asociados (en la provincia de Murcia forman los heredamientos trescientas o cuatrocientas personas) para conseguir el consentimiento de todos ellos se recurrió a la figura del poder irrevocable, que en realidad nada resolvía. Para las Comunidades, sin embargo, dice MARCOS GUIMERÁ (*Her. y com.*, ob. cit., pág. 524), que era frecuente estipularlo en las escrituras de constitución, al tratar de la subasta de las participaciones que hayan incurrido en morosidad en el pago de las derramas o dividendos pasivos que dichas entidades hayan acordado repartir entre todos los condóminos. En una de las cláusulas se faculta a quien en dicho momento ejerza el cargo de presidente, es decir, un poder al cargo y no a la persona, para que, en nombre de todos los partícipes, proceda a la enajenación en pública subasta de dichas participaciones morosas y otorgue en su caso la oportuna escritura pública a favor del que resulte rematante. Para la obligatoriedad del pacto de poder irrevocable se estipula asimismo que los partícipes que con posterioridad ingresen en la Comunidad tienen que hacerlo aceptando íntegramente la citada cláusula, entendiéndose conferido el poder igualmente por estos futuros partícipes. No merece la pena hacer una crítica de todos estos procedimientos ideados por la doctrina: 1.º Porque publicada la Ley de 27 de diciembre de 1956, han quedado resueltos al reconocer la personalidad a estas Asociaciones y negar el ejercicio del retracto de comuneros y la acción de división (art. 7.º); y 2.º Porque tales soluciones nada resuelven con relación a los heredamientos existentes en la Península, que tienen planteados—¿hasta cuándo?...—estos mismos problemas.

(16) Véase en este sentido: CARLOS LÓPEZ DE HARO, *Heredamientos de aguas*, «Revista de Derecho Privado», 1922, pág. 521 y sgts.; MARCOS GUIMERÁ, *Her. y Com.*, ob. cit., pág. 507; MAZORRA VÁZQUEZ, DE LA NUEZ CABALLERO, RUIZ DEL CASTILLO, cit. por MARCOS, ob. cit., págs. 502 y sgts.

damientos, pero a las que la doctrina científica se resistía a reconocer personalidad, que no vacilaba, como hemos dicho, en atribuir a aquéllos (17).

La escasez de aguas para riego, característica del Archipiélago Canario, y la infrecuencia de las pluviales, fué la causa que motivó la creación de estas modernas Comunidades. Al poco de transponer el presente siglo comienzan en Canarias a extenderse los cultivos del plátano y del tomate, frutos que, al igual que la caña de azúcar, requieren un clima templado, amén de frecuente agua... Ante la incesante roturación de tierras para riego, los heredamientos no pueden suministrar toda el agua que hace falta, y entonces tiene lugar la búsqueda del líquido debajo de las entrañas del monte, por medio de galerías o pozos, así como la fábrica de estanques o albiges para su depósito en el llano (18). Generalmente varias personas, que son las fundadoras de la Comunidad, compran determinada porción de terreno u obtienen permiso del dueño de éste para hacer las obras de perforación necesarias para alumbrar el agua, que, una vez extraída, es propiedad de todos los miembros componentes de la Comunidad, quienes pueden disponer de ella en la forma que mejor convenga a sus intereses (venta; permuta, arriendo, etc.), y con independencia absoluta de la tierra (19).

En realidad, las diferencias que pudieran señalarse entre los heredamientos y estas modernas Comunidades de Aguas privadas, aparte el arraigo y antigüedad de aquéllos, no pasan de ser meramente accidentales, hasta el punto que autores hay que no reconocen tal distinción, hablando indistintamente de ambas figuras (20). Y los que las distinguen, se limitan a indicar, bien que

(17) Hoy por hoy, dice MARCOS GUIMERÁ (*Her. y Com.*, ob. cit., pág. 520), las Comunidades de Aguas canarias que hemos venido llamando modernas, carecen de personalidad jurídica independiente de la de sus partícipes o comuneros, si bien en el terreno del derecho constituyente sería deseable su pleno reconocimiento como tales personas jurídicas, lo que, por otra parte, facilitaría enormemente el aspecto de su representación jurídica.

(18) POMPEYO CREHUET, ob. cit., pág. 1124.

(19) Hoy día, para su constitución, además de los preceptos pertinentes de la Ley de Aguas y Código civil, hay que tener en cuenta el Decreto de 8 de octubre de 1959.

(20) En el cuestionario remitido a Canarias en marzo de 1955 por el excelentísimo señor ministro de Justicia, se usan indistintamente los nombres de Comunidad, Heredad y Heredamiento. Por otra parte, la exposición de motivos de la ley afirma que se ha creído, al propio tiempo, que no era acon-

la separación última consiste en que en los heredamientos el agua ya estaba alumbrada y en las Comunidades su fin es alumbrarla (21), o bien que, a lo sumo, sólo podían diferenciarse por el inicio o acto creador, que fué incidental casi siempre en aquéllos y convenido en éstas (22).

A nuestro juicio, y desde el punto de vista de su naturaleza, las dos instituciones eran idénticas; pero lo cierto es que la doctrina, sin tener en cuenta que en ambos casos se trataba de una Asociación de propietarios de aguas privadas, formada o integrada por numerosos partícipes, con idénticas dificultades prácticas, negaba rotundamente a las Comunidades una personalidad, que atribuía sin vacilar, quizá por su abolengo y antigüedad, a los heredamientos. Y hasta tal punto ésta era la *communis opinio* y tan arraigada estaba en la mente de los juristas canarios, que en el primitivo «Proyecto de Canarias» se aspiraba tan sólo al reconocimiento de personalidad jurídica para los antiguos heredamientos, con exclusión de las modernas Comunidades (23). Es cierto, como ya hemos reconocido anteriormente, que de hecho, venían gozando de personalidad jurídica los heredamientos; pero no lo es menos que desde el punto de vista del Derecho, a pesar de esa inveterada costumbre y de los antiguos textos legales, que invocan los redactores del «Proyecto de Canarias», no estaba expresamente reconocida (24). De haberlo estado, jamás hubiera po-

sejable mantener la distinción entre Heredades y Comunidades, pues ello daría lugar a un dualismo legislativo con dos caminos diferentes para un pronóstico único. Y es que en realidad, una vez que los miembros de la Comunidad han alumbrado el agua, y como consecuencia repartido o adulado entre ellos, ¿en qué se diferencia la comunidad del heredamiento? Y de Comunidad de Agua como una realidad social sólo puede hablarse si existe el agua, cuya titularidad dominical pertenece a varios.

(21) Véase MARCOS GUIMERÁ, *Hered. y Com.*, ob. cit., pág. 478.

(22) POMPEYO CREHUET, ob. cit., pág. 1125.

(23) El proyecto, redactado por una Comisión de letrados de Las Palmas de Gran Canaria, integrada por don Nicolás Díaz-Saavedra y Navarro, don Manuel Hernández González y don Antonio de la Nuez Caballero, llevaba por título «Proyecto de ley concediendo la personalidad jurídica a las Heredades de Aguas de Canarias, tal como la costumbre inveterada y los antiguos textos legales se la reconocían». Con esta limitación fué elevado al excelentísimo señor Ministro de Justicia, en abril de 1953.

(24) Dos son los requisitos necesarios para que exista una persona jurídica de tipo corporativo: a) Un substrato (asociación de personas) independiente de sus miembros componentes; y b) Reconocimiento del orden jurídico, atribuyendo a dicha entidad la cualidad de persona jurídica con la correspondiente capacidad. Antes de la Ley de 27 de diciembre de 1956. existía evidentemente el primer elemento constitutivo (Asociación de propietarios de aguas

dido negarse, y sabemos hubo casos, y no infrecuentes, en que no ya sólo por particulares interesados, sino por los mismos organismos del Estado, se desconocía y rechazaba personalidad jurídica al heredamiento (25).

El acabar precisamente con estas situaciones inestables e inseguras, mediante un reconocimiento expreso de personalidad, ha sido la finalidad, que siempre se había perseguido; y últimamente, con tanto interés y justicia y apoyada en tan poderosas razones, no sólo de tipo jurídico, sino también económicas, que el legislador acabó por reconocer expresamente esa personalidad en la citada Ley de 27 de diciembre de 1956 (26).

privadas), pero faltaba un reconocimiento expreso de personalidad, para evitar criterios y resoluciones opuestas y contradictorias. Este vacío ha venido a llenarlo la citada ley.

(25) En la doctrina han negado personalidad al heredamiento DÍAZ SAAVEDRA NAVARRO y GONZÁLEZ DE ALEDO (cit. por M. GUIMERÁ, *Her. y Com.*, obra citada, págs. 503-504). También el Tribunal Supremo rechaza la personalidad jurídica de los heredamientos en sentencias de 5 de julio de 1913, «si bien deben y pueden ser estimadas como personas jurídicas, ha de ser siempre con la condición de que la ley les otorgue y reconozca tal carácter», y considera la admisión de su personalidad como «una viciosa práctica contraria a los preceptos legales»; 9 de febrero de 1954: «a pesar de que tal heredamiento no tenga personalidad jurídica independiente de la de sus partícipes frente a terceros, no se puede poner en duda que constituye una comunidad de bienes»; y 31 de enero de 1959: «dichas heredades carecen de personalidad jurídica».

(26) Los redactores del proyecto de ley argumentan en pro de ese reconocimiento las siguientes razones:

- 1.ª La antigüedad de su creación.
- 2.ª El motivo de la misma.
- 3.ª Los grandes servicios prestados a lo largo de su dilatada vida, a la economía de las islas, donde han creado las zonas agrícolas fundamentales.
- 4.ª El carácter social de estas instituciones, aún hoy capaces de sostener la mayor red de aguas utilizada por sus propietarios en las tierras cultivadas; y
- 5.ª El vacío existente en nuestra legislación.

Por su parte, el proyecto de Exposición de Motivos de la ley basaba la normalización de la situación y personalidad jurídica de los llamados heredamientos en las siguientes razones:

1.ª La permanencia de dichas entidades en el ejercicio de sus beneméritas funciones, desde que fueron creadas, a comienzos del siglo xvi por Reales Cédulas, hasta nuestros días, sin que hayan decaído en su espíritu funcional.

2.ª El que hayan sido desconocidas y silenciadas en absoluto—a pesar de su enorme vida práctica—por la legislación vigente, por el Código civil y la Ley de Aguas, que en una y otra debieron aludir a estas genuinas instituciones.

3.ª El que las Heredades de aguas no son equiparables a ninguna de las figuras jurídicas reconocidas, por lo que es imprescindible que la ley se ocupe

Es posible que los redactores del primitivo «Proyecto de Canarias» pensasen que de incluir junto a los heredamientos las recientes comunidades de aguas, nunca se hubiese conseguido del legislador la norma reconocedora de la personalidad; de un lado, por el origen relativamente moderno de éstas, como ya queda apuntado, y de otro porque la doctrina científica configuraba su naturaleza jurídica, enmarcándolas en las formas clásicas de la comunidad de bienes; sin embargo, el objeto y la finalidad de ambas instituciones era el mismo, y las dificultades prácticas derivadas de aplica las normas de la comunidad, se daban tanto en los heredamientos como en las modernas Comunidades. Hay que excluir, decía el «Proyecto de Canarias», la posibilidad de que las heredades de aguas sean reconocidas sólo como simples Comunidades de bienes, porque en ellas ningún partícipe puede hacerlas desaparecer, ni está permitido el ejercicio del derecho de retracto de comuneros; ninguno es tampoco propietario de la gruesa directamente, ni de los tomaderos, acequias o partidores, ni de nada que la heredad utilice para cumplir su misión, ni puede jamás reivindicarlo; existen en ella, además, obligaciones indivisibles entre los herederos, cargos, retribuidos o no, que no es posible encontrar en una Comunidad de bienes. Razones éstas que pueden predicarse igualmente de las modernas Comunidades de Aguas.

Por ello, el legislador, atento a la realidad social (27), con una visión amplia y certera de la misma; y teniendo en cuenta:

a) La gran importancia social que el problema del agua re-

de llenar este vacío, dejado hasta ahora sólo a merced de disposiciones inadaptables con frecuencia el caso que se trataba.

4.^a Los errores de todo género cometidos a favor de aquel silencio y de esta inadaptación.

5.^a La importancia e interés social permanente de las heredades, no sólo por haber creado las zonas agrícolas, fundamentales todavía, dentro de las islas, sino también, porque mantienen repartida el agua entre los propietarios de tierras, evitando la especulación. Después veremos cómo todos estos argumentos son aplicables a los heredamientos de Moratalla.

(27) Ya el proyecto redactado por la Comisión de Codificación afirmaba que «se había creído oportuno recabar datos de realidad fehaciente sobre los cuales operar con base más segura. Y habiendo compartido su opinión el Ministerio de Justicia, se cursó por conducto judicial un minucioso cuestionario, y se han recogido datos y antecedentes de subido valor que, aun no siendo completos, brindan material utilísimo para formar juicio acerca de la existencia y funcionamiento de estas entidades».

presentaba para el Archipiélago Canario, donde había que aprovechar tan valorado líquido hasta el máximo, por su escasez y la influencia de aguas pluviales (28).

b) Que los heredamientos eran los organismos más apropiados para ello una vez reconocida legalmente esa personalidad jurídica, que de hecho disfrutaban por inveterada costumbre.

c) Que las modernas Comunidades de Aguas tenían y perseguían el mismo fin que los heredamientos, viniendo a ser, desde el punto de vista de su naturaleza, instituciones idénticas, y que toparian en la práctica con las mismas dificultades que aquéllos de negarlas una personalidad jurídica independiente de los miembros componentes (29); y

d) Que las normas de la Comunidad de bienes, en sus diversas formas, tan inaplicables eran a las Comunidades de Aguas como a los heredamientos:

1.º Reconoció personalidad jurídica a estas dos formas de Asociaciones de propietarios de aguas privadas por la Ley de 27 de diciembre de 1956, conocida por el nombre de «Ley sobre Heredamientos de Aguas del Archipiélago Canario», y concretamente, en su artículo 1.º, que aparece redactado en los siguientes términos: «Se reconoce personalidad jurídica a aquellas Agrupaciones de propietarios de aguas privadas que con los nombres de «Heredades», «Heredamientos de Aguas», «Dulas», «Acequias», «Comunidades», u otros semejantes, vienen constituidas en el Archipiélago Canario, así como a las que con fines análogos se constituyan allí en lo futuro».

2.º Naturaleza y caracteres.—Al tratar de la naturaleza y caracteres de los heredamientos canarios vamos a examinar separadamente dos cosas que nos ayudarán a precisar más esta ma-

(28) Nada más expresivo a este respecto que la paradoja que recordaba GARCÍA LORENZANA: «La riqueza más sólida de Canarias es la líquida» (cita tomada de MARCOS GUIMERÁ, *Herm. y Com.*, ob. cit., pág. 500).

(29) (Véase nota núm. 15). Este criterio amplio fué sostenido por la Comisión de Codificación, en contra de los redactores del primitivo proyecto, por entender, como ya decíamos antes, que la diferencia de los heredamientos con las Comunidades de tipo moderno, sólo tenía valor en cuanto a la primera etapa de ésta, y que lo perdía en buena parte una vez que se encontrasen aguas que habían de administrarse y regirse conciliando intereses particulares y conveniencias colectivas.

teria: naturaleza y caracteres de los repartimientos reales y naturaleza y caracteres de los heredamientos.

a) *Naturaleza y caracteres de los repartimientos reales.*

Es de advertir, en primer término, que estos repartimientos, realizados por los reyes o sus delegados que han dado lugar, en el correr de los siglos, a las más variadas y diversas formas de propiedad y Derechos reales sobre ella (propiedad individual, colectiva, familiar, enfiteusis, colonato, feudos, fundos, mayorazgos, etcétera, etc.), tienen un origen antiquísimo y han sido connaturales de ciertos momentos históricos en que los pueblos eran esencialmente guerreros, y donde la guerra no sólo proporcionaba prestigio y honor, sino también pingües riquezas, ya directamente por la conquista, el robo o el pillaje, ya indirectamente por el reparto de las tierras conquistadas, que, anexionadas en un primer momento al Estado vencedor, eran más tarde repartidas por los reyes o jefes militares o guerreros, como un medio de recompensar a sus fieles soldados o caballeros.

Es cierto que hay casos entre los pueblos antiguos donde el amor y la justicia eran estímulos más que suficientes para participar en la guerra (30), pero lo más corriente era la esperanza

(30) Así luchó Abraham contra los que llevaban prisionero a su sobrino Lot, pues refiere el *Génesis* que, una vez conseguida la victoria, le ofreció el rey de Sodoma premios que él rechazó, diciendo: «Non accipiam ex omnibus, quae tua sunt» (*Gén.*, 14); «No salí a la campaña con la esperanza del premio». Fué el amor a su sobrino y el deseo de que triunfase la justicia lo que le llevó a la pelea: «Sed primum, ob amoris affectum, quatenus erga fratris mei filium gero»; y «De inde propter ipsius iustitiae officium, ut e Barbarorum manibus eriperem injuste abductos» (*Hom.*, 35). Lo más corriente, sin embargo, era la esperanza de obtener premio, que a veces era anticipadamente anunciado para excitar los ánimos de la batalla. Por ello, algunos entendían que premio era lo mismo que «previso», «previo» o «ante-viso», porque se ponía a la vista antes de partir para el combate: «Praemium, quasi praevisum, quia ante oculos certantibus praeponitur: ut ad bellum excitentur, et ad certamen inflamentur» (*Mendoza in Viridario*, fol. 155); en el mismo sentido, Cicerón: «Homines alid artem, omnesque intendimus, et inflamamur ad studia gloriae»; y Propertiano: «Magni iter ascendo, sed dat mihi gloria vires, non iuvat e facili lecta corona iugum». Por ello, los griegos solían poner en una columna los premios que habían de dar entre los que participaran en las batallas, pues conocían el influjo que tales recompensas ejercían sobre los guerreros, animándoles para conseguir la victoria. Según nos cuenta Virgilio en uno de los

de conquistar la gloria y honor a la vez que recompensas materiales por alguno de los procedimientos que quedan indicados. En este sentido, ya en la remota India, los himnos védicos hablan de que en la guerra y en el combate franco no tienen que respetar los indios aryas ni la vida ni la propiedad del enemigo; el vencedor se queda como botín legítimo con lo que perteneció al vencido. Aquí la adquisición era directa: a los reyes o jefes comunes tocaba en el reparto del botín una parte mayor que a los demás, ya fuese en terreno, ya en ganados u otras riquezas (31).

También en la antigua Grecia los espartanos, en un principio, cuando el pueblo entero no era más que una tribu patriarcal, consideraron, según la opinión de Aristóteles, que los reyes eran los propietarios de todo el país, más tarde, cuando comienza la época de la conquista, aparecen inmediatamente los repartimientos de tierras. GILBERT sostiene que los repartos de las tierras conquistadas eran en simple posesión o en forma de enfiteusis, pero parece más acertada la opinión de JANNET, quien afirma que las asignaciones de éstas a los ciudadanos lo eran ciertamente en plena propiedad (32). Por su parte, los atenienses comienzan a practicar y hacer uso de los repartimientos en cuanto emprenden las campañas guerreras. Así, vemos cómo después de haber vencido a los mitilenos de Lesbos en la guerra del Peloponeso, dividieron las tierras conquistadas en treinta mil lotes, de los cuales reservaron trescientos para los dioses, distribuyendo los restantes por sorteo (33).

En Roma, aún no había empezado a organizarse la familia, y el primer legislador de este pueblo, compuesto según se dice de

cantos de *La Eneida*, el caudillo de los troyanos se valió también de esto para dar ánimos a sus soldados:

*Munera principio ante oculos, circoque locantur
In medio sacri tripodes viridesque Corona.
Et Palmae Paetium victoribus, Armaque, et ostro,
Persusae vestes, argenti, aurique talenta.* (Eneida, 5).

(31) S. LEFMANN, *Historia de la India antigua*, tomo I, parte 1.^a del libro I de la *Historia Universal* dirigida por GUILLERMO ONCKEN, traduc. directa del alemán revisada por NEMESIO FERNÁNDEZ CUESTA. Barcelona, 1890.

(32) Tomada la cita de CORBELLÁ, *Historia jurídica de las diferentes especies de censos*. Memoria premiada con accésit por la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1892.

(33) DIODORO, libr. XII, cap. LV; TUCÍDIDES, lib. III, cap. L, citados por CORBELLÁ.

avntureros que carecían de patria y hogar, principia dividiendo la ciudad en tribus, las tribus en curias; reparte la tierra en treinta porciones y señala una porción a cada curia. Del resto de la tierra se reservó la parte necesaria al culto, y aplicó lo demás al Estado... Al lado de las propiedades particulares se hallaban las religiosas, se hallaban las comunes (34). Podrá discutirse por la doctrina si estas adjudicaciones crearon una propiedad colectiva de la curia o de la familia, o bien particular de los jefes de ella, pero en lo que no hay duda es en que había verdadera atribución de propiedad (35).

Porteriormente, al iniciarse la expansión del pueblo romano, son frecuentes los repartimientos de tierra, que en realidad se van practicando durante toda su evolución y a pesar de las dificultades de tipo jurídico, en ciertos casos, para que fuesen atributivos de un verdadero derecho dominical, se van salvando todas ellas y queda al fin, como postulado indiscutible, que los asignatarios por estos repartos favorecidos son auténticos propietarios (36).

(34) GUTIÉRREZ, *Códigos o Estudios fundamentales de Derecho civil*, 3.ª edición, tomo II, Madrid, 1871, pág. 110.

(35) Por ello, siempre fué mirada la guerra como el mejor modo de adquirir y como signo de propiedad, la lanza, que figuraba en los Tribunales y las ventas públicas (*sub hasta vendere*). Como consecuencia de la ocupación bélica, se daban estos efectos que destaca PASTOR Y ALVIRA:

1.º Se hacían del primer ocupante las cosas del enemigo que se hallaban en el territorio romano cuando estallaba la guerra.

2.º Se hacían del Estado las personas y los bienes tanto inmuebles como muebles que por la fuerza de las armas se ocupaban al enemigo; si bien solía distribuirse a los soldados parte del botín o de lo que producía su venta.

3.º Los jefes militares concedían en ciertos casos el botín a los soldados, y entonces adquirían éstos directamente la propiedad de lo que ocupaban (*Manuel de Derecho Romano*. Resumen de la obra *Elementos de Derecho Romano* según el orden de las Instituciones de Justiniano. Madrid, 1888, pág. 193 de la 2.ª edición).

(36) Paralela a la limitación que desde el punto de vista de las personas había establecido el Derecho Romano (*status civitatis*) existía otra con relación a los inmuebles, distinguiendo entre tierras romanas (*solum italicum*) y fundos provinciales (*praedia provincialia*). Un derecho de propiedad, amparado y tutelado por el *ius civile*, sólo podía recaer sobre los primeros. Los predios provinciales, territorios que adquiría Roma al compás de su expansión, pertenecían al Estado Romano, por derecho de conquista, y éste los entregaba luego a los particulares, constituyendo variadas relaciones jurídicas a través de su evolución, sin que en ningún caso pudiese darse sobre tales bienes una relación dominical. El estado podía venderlos, arrendarlos (véase CICERÓN, *In Verrem*, II, 3, 6), hacer asignaciones o repartimientos, pero en ningún caso se transmitía más que la simple posesión o el disfrute, pues el dominio pertenecía al pueblo romano (... *in eo solo dominium populi Romani est vel Caesaris*, Gaius, II, 7). Aparte las relaciones constitutivas de Derechos reales

Al producirse, posteriormente la invasión germana con la desmembración consiguiente del Imperio Romano, el carácter de conquista entonces verificada no fué otra cosa que la material ocupación y división de la propiedad de los vencidos. Los reyes bárbaros reparten entre sus parciales y amigos los terrenos conquistados (37). El mismo sistema siguen en España los visigodos si bien al hacer los repartimientos dejan o reservan una parte para los vencidos. Repartimientos que merecieron la atención del Fuero Juzgo que se ocupa de ellos en alguna de sus leyes. La superioridad que los vencedores habían conseguido por la fuerza de las armas sobre los vencidos había de ponerse de manifiesto también en esta materia, no sólo en la proporción con que se hicieron los repartos sino también en la forma concreta de las adjudicaciones, libres las de los visigodos y sujetas a tributación las de los vencidos (38). Aparte de estas diferencias jurídicamente, en ambos casos, había verdadera atribución de propiedad, que tenía en la ley las garantías adecuadas a su protección (39).

De todo lo expuesto, fácilmente puede comprenderse que España, durante la época de la reconquista, era campo apropiado para la práctica de esta institución. Dice a este respecto GUTIÉRREZ que durante esta época la guerra procuraba grandes beneficios. Por este camino vendría el engrandecimiento del clero y de los magnates, clases que, siendo ya poderosas desde el principio de la Monarquía, auxiliaron a los reyes a la empresa de la reconquista, en premio de cuyos servicios, o recibían grandes mercedes o se adjudicaban en propiedad todo lo adquirido por derecho de conquista. Es extraño, dice, que se promueva disputa sobre la legitimidad de estos títulos: esa cuestión no se resuelve por principios, sino por la fuer-

o personales, o de los que a su vez derivaron otros (enfiteusis) y limitando nuestro estudio al derecho de propiedad, hemos de indicar que en las ventas o repartimientos, los compradores o asignatarios, una vez desaparecida la diferenciación entre suelo itálico y fundos provinciales, y unificada en este aspecto la propiedad, quedaron convertidos en propietarios de derecho, pues de hecho la propiedad la habían adquirido desde el primer momento (*vindicant tamen inter se non minus fines ex aequo ac si privatorum agrorum (Lex Thoria agraria, caps. XXII y XXX; en idéntico sentido, véase ARIAS RAMOS, Derecho Romano, tomo I, 5.ª ed., págs. 90 y 191. Madrid, 1951; PASTOR Y ALVIRA, ob. cit.; CORBELLÁ, ob. cit., pág. 120).*

(37) GUTIÉRREZ, ob. cit., pág. 117.

(38) Véase Libro X, tit. I: «De las particiones y de los arriendos de tierras», Leyes 8, 9 y 16.

(39) Ley 5, tit. 1.º, Lib. X.

za de las circunstancias que son más poderosas que todas las filosofías (40). Y de igual forma que en la etapa visigótica, el Fuero Juzgo había dedicado alguna de sus leyes a regular esta materia, ahora es el Código de las Partidas el que consagrà un título completo a decir cómo habían de pagarse las enchas, enmiendas o compensación de las heridas y la distribución de lo conquistado (41).

No parece oportuno hacer ahora un estudio a fondo sobre esta materia de los repartimientos reales, con las diversas formas que éstos podían revestir y que han revestido a través de los tiempos, lo que nos llevaría a exponer una completa evolución histórica de la propiedad y sus variadas modalidades, sino sólo hacer constar: 1.º Que fueron hechos por los reyes o por sus apoderados, ya a los caballeros o guerreros más destacados en la conquista, ya a los pobladores o a instituciones religiosas; y 2.º Que eran medios adecuados por las circunstancias históricas, de atribución de un derecho de propiedad.

El agua, cuando por su escasez o condiciones climatológicas del país, tenía un gran valor quizá superior al de las propias tierras regables, como ocurría en Canarias, y no existiendo obstáculo legal alguno para que dicho elemento fuese objeto de un derecho de propiedad, también figuraba en el reparto. Estos, con relación al agua, se realizaban, ya junto con las tierras, dependiendo de éstas, como ocurrió en Canarias en una primera época (42) o bien ya desde el comienzo, como una propiedad separada e independiente de la tierra, como ocurrió, según luego veremos, en otros lugares de la península, y concretamente en la provincia de Murcia (43). Tanto en un caso como en otro, el agua ya estaba alumbrada y lo único que hacen los reyes es el reparto entre conquistadores y pobladores a quienes convierte en propietarios.

En Canarias, nos dice MARCOS GUIMERÁ, siguiendo a BENÍTEZ INGLOT, una vez conquistadas las Islas, daban los reyes a sus gobernadores o delegados autorización para repartir las tierras y

(40) GUTIÉRREZ, ob. cit., pág. 124.

(41) La partición de lo conquistado había de ajustarse a lo dispuesto en las Leyes del Título XXVI de la Partida II. Interesantes sobre esta materia son las Leyes 5.ª y 7.ª del Título XXVII, Parte II, y las del Título XXVI de la Partida IV.

(42) Véase MARCOS GUIMERÁ, *Reg. jur.*, ob. cit., págs. 16 y 17.

(43) Heredamientos del Alharabe y Benamor, en el término municipal de Moratalla.

aguas entre los que más se habían destacado en la conquista; son, pues, aclara, verdaderos repartimientos reales, ya que al valerse los reyes de sus apoderados jurídicamente es como si ellos mismos los hubiesen realizado (44).

El propio autor citado señala (45) como caracteres de los repartimientos de aguas realizados por los reyes en Canarias los tres siguientes:

1.º Trátase de aguas ya alumbradas. Los repartos versaron sobre aguas ya existentes que discurrían por los cauces de los barrancos y quizá de algún *riachuelo*. Procedía este agua de nacimientos o manantiales situados más altos. Esto constituye, a su juicio, la última diferencia con las modernas Comunidades que constituyen precisamente para alumbrar aguas. Por ello, si bien es cierto, como afirma POMPEYO CREHUET, que las Comunidades modernas enmascaran una figura civil igual que la de los antiguos heredamientos, no lo es menos que el objeto inmediato de éstos era el agua ya alumbrada, mientras que en las modernas comunidades el objeto inmediato fué y sigue siendo la actividad necesaria para alumbrar el agua, y ésta en todo caso sería el objeto mediano o finalidad última, conseguida la cual, aquella Comunidad no es que enmascarase un heredamiento, sino que era un heredamiento... moderno.

También don FRANCISCO DE LEÓN Y MATOS (46) abunda en esta idea, afirmando que «la formación de los heredamientos fué con toda el agua que va al mar por los barrancos que eran *riachuelos* o *arroyos perennes*, porque todas las aguas, como no estaban detenidas arriba, bajaban naturalmente a ellos, y no hubo que ir a buscarlas ni encañarlas para que bajaran, ni se vieron sus nacientes que estaban en los montes y malezas impenetrables, y por eso, en lo sucesivo, cuando se repartieron los terrenos altos, se dieron en calidad de secanos, aunque nacía agua en ellos, cuyo libro de repartimientos de sequeros existió en el Ayuntamiento, principiado el año 1517»; y añade que «es auténtico el que esos terrenos altos no se empezaron a repartir hasta el año 1517, y lo fueron en calidad de secanos».

(44) *Reg. jur.*, ob. cit., pág. 13.

(45) *Reg. jur.*, ob. cit., pág. 13.

(46) Citado por MARCOS GUIMERÁ, *Reg. jur.*, ob. cit., pág. 14.

Nó otra es la opinión que sostiene POMPEYO CREHUET (47), pues al tratar del origen de los heredamientos afirma que «al conquistar las Islas se repartieron sus grandes extensiones de tierra con sus escasas aguas entre Capitanes y validos». No hay, pues, duda alguna de que los repartos versaron sobre aguas ya alumbradas.

2.º Trátase de aguas privadas.—A pesar de discurrir éstas por pequeños *riachuelos* y *arroyos*, como ya hemos indicado, no encuentra dificultad alguna la doctrina para calificarlas de privadas, ni tampoco el legislador del 27 de diciembre de 1956, que reconoce esta característica en el artículo 1.º de la ley.

Para nosotros, dice MARCOS GUIMERÁ (48), esto ha sido siempre así, pues las aguas fueron repartidas por los reyes junto con las tierras, sin limitación alguna. Esto la separa de las Comunidades de Regantes, que versan sobre aguas públicas.

Este carácter privado del agua ha sido reconocido por todos los autores que se han ocupado de esta materia (49).

3.º Trátase de agua separada de la tierra.—Este carácter que hoy nadie pone en duda, y reconocido por la propia ley, a juicio de MARCOS GUIMERÁ, no existió en los primitivos repartimientos. Nos parece claro, dice, que inicialmente, el agua fué repartida con la tierra a la que regaba. Las datas rezan de «tierra y agua». En algún momento posterior, al adquirir el agua la enorme importancia que conserva acrecentada, al sustantivarse los heredamientos con independencia de las tierras a las que fertilizaban, se produjo la absoluta separación de tierra y agua que aún perdura... Esta independencia constituye una consecuencia del carácter de pleno dominio privado, que ostenta el heredero respecto al agua, que determina otra diferencia con las Comunidades de Regantes, que por ser aguas públicas tienen las mismas adscritas a las tierras o cuenca donde riegan (50).

(47) Ob. cit., pág. 1122.

(48) *Reg. jur.*, ob. cit., pág. 15.

(49) Véase MARCOS GUIMERÁ, *Reg. jur.*, ob. cit., pág. 16.

(50) *Reg. jur.*, ob. cit., pág. 16.

b) *Naturaleza y caracteres de los Heredamientos.*

Por lo que se refiere a la segunda cuestión, naturaleza del Heredamiento como institución ha perdido interés después de la publicación de la Ley de 27 de diciembre de 1956. Antes de promulgarse ésta, el problema se cifraba en determinar si el Heredamiento tenía o no personalidad jurídica. La *communis opinio* de la doctrina se inclinaba por la afirmativa, aunque no faltaron voces discordantes (51).

La Ley de 27 de diciembre de 1956 resuelve expresamente este problema en el sentido de reconocer personalidad no ya sólo a los Heredamientos, sino a toda agrupación de propietarios de aguas privadas en los términos que resulta del artículo 1.º: «Se reconoce personalidad jurídica a aquellas Agrupaciones de propietarios de aguas privadas, que con los nombres de «Heredades», «Heredamientos de Aguas», «Dulas», «Acequias», «Comunidades» y otros semejantes, vienen constituidas en el Archipiélago Canario, así como a las que con fines análogos se constituyan allí en lo futuro». Reconocida la personalidad en los términos expuestos, no parecía lógico, como afirma la Exposición de Motivos, hacer simplemente esa declaración, sino que pareció necesario a los redactores de la ley indicar en qué sector del amplio campo de la persona social debe quedar incluida, porque nunca resultaría adecuado aumentar el número de las figuras jurídicas en este orden existentes.

En este sentido, el artículo 2.º distingue entre agrupaciones constituidas o ya existentes y Agrupaciones que se constituyan después de la publicación de la ley. Las primeras, o sea las ya establecidas, y las que no adopten forma específica de organización se considerarán como Asociaciones de interés particular, de las definidas en el artículo 35, número 2.º del Código civil (52).

Las Agrupaciones que desde ahora se constituyan y quieran gozar de personalidad jurídica se organizarán con arreglo a alguna de las figuras legales existentes en nuestro Derecho (art. 2.º) (53).

(51) Véase nota núm. 25.

(52) «Son personas jurídicas... 2.º Las Asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados».

(53) A pesar de los términos amplios de la ley sobre este tipo de Asociaciones, creemos que si desean gozar de personalidad jurídica, no cabe aco-

También hace la ley uso de la distinción anterior al señalar los requisitos necesarios para gozar de esta personalidad. Las agrupaciones ya constituidas, que vinieran funcionando no necesitarán más que acreditar su existencia, para lo cual bastará que así se haga constar en acta de notoriedad o que hayan sido reconocidas en actuaciones judiciales o gubernativas (54). Las Agrupaciones que a partir de ahora se formen necesitarán constituirse por escritura pública (art. 3.º). En todo caso, deberán consignarse en instrumento público los Estatutos porque se rija la Agrupación, aun cuando vinieran aplicándose de antiguo o tuvieran carácter meramente consuetudinario. Los Estatutos serán Ley fundamental de la Agrupación (art. 4.º). Así, pues, este precepto se refiere a todo tipo de agrupaciones, sean de la primera o segunda clase (55). Constituidas con todos los requisitos, la personalidad jurídica de la agrupación, que será distinta de la que tengan sus miembros o componentes, se extenderá a todos los actos que menciona el artículo 38 del Código Civil (art. 7.º) (56).

Los caracteres de los Heredamientos Canarios, reconocidos hoy día por la Ley de 27 de diciembre de 1956, son, en síntesis, los siguientes: A) Agrupación de propietarios de aguas. B) Aguas de carácter privado. C) Existentes en el Archipiélago Canario.

A) *Agrupación de propietarios de aguas.*—El Heredamiento está constituido por un conjunto de personas que en ciertos casos pasan de varios centenares, y éstas han de tener sobre el agua un derecho dominical.

gerse, más que a la figura señalada para las ya constituidas, pues hay que descartar, como es natural, la comunidad de bienes, y del mismo modo la comunidad de regantes creada por la Ley de Aguas, que se refiere solamente a las de carácter público.

(54) Aquí la ley se muestra un tanto imprecisa. Evidentemente que el acta de notoriedad ha de ser la regulada en los artículos 209 y 210 del Reglamento notarial, pero con relación al reconocimiento en actuaciones judiciales o gubernativas debió concretar algo más el legislador. ¿Deberá entenderse en un sentido amplio? El reconocimiento judicial... ¿ha de ser firme? ¿Qué entender por actuaciones gubernativas?

(55) En las que se constituyan al necesitar la escritura pública, en ella se incluirán los Estatutos. Las ya constituidas habrán de confeccionar-unos, ajustados a las disposiciones de la ley. Las menciones o circunstancias que necesariamente hay que consignar en ellos, vienen establecidas en el art. 6.º.

(56) Dice el párrafo primero de dicho artículo: «Las personas jurídicas pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución».

B) *Aguas privadas*.—Las aguas, pues, han de ser privadas, como ya indicamos antes.

C) *Existentes en el Archipiélago Canario*.—Otras características de los heredamientos es el ser instituciones típicas del Archipiélago Canario, sin que ello suponga no los pueda haber en otras regiones, sino más bien que ha sido en éste, tanto por el número de los existentes como por la importancia que representaban para la política económica de las islas, donde se han planteado y expuesto los problemas que ha venido a resolver la citada Ley (57).

Esta posibilidad de existir Heredamientos en otras regiones españolas que nos lleva a examinar la segunda cuestión planteada fué prevista por el Legislador (58) quien decía en la Exposición de Motivos: «Parece aconsejable la posibilidad de utilizar el cuadro establecido en la Ley para dar entrada a situaciones similares y no infrecuentes en nuestra realidad jurídica y social, porque también en otros lugares de España puede haber agrupaciones de propietarios de aguas que carecen de agilidad *ad extra* por no tener personalidad reconocida y que se ven perturbadas *ad intra* por la necesidad de respetar el principio de unanimidad, la acción divisoria o el retracto de comuneros; y a aquéllas cabrían ampliar la normación ahora establecida, una vez contrastadas con la realidad.» Y señalando el camino a seguir, ordena en la disposición adicional primera: «Queda autorizado el Gobierno para extender la aplicación de la presente Ley a figuras jurídicas de tipo similar que hayan de desenvolver su actividad en cualquier otra parte del territorio nacional, siempre que se trate de agrupaciones en materias de aguas. Para ello se requerirá petición de parte interesada y Decreto ministerial que fije las condiciones concretas de aplicación.»

Los requisitos o caracteres que han de tener estas agrupaciones de propietarios de aguas para que puedan gozar de los beneficios de la Ley son los siguientes:

1.º Que se trate de una agrupación de propietarios de aguas.

(57) Véase MARCOS GUIMERÁ, *Her. de...*, ob. cit.

(58) La idea partió del profesor don Nicolás Pérez Serrano, cuya dolorosa pérdida sentimos todos los juristas. La muerte del ilustre maestro tuvo lugar después de publicada la ley, y la posibilidad de que los heredamientos existentes en la Península puedan acogerse a sus disposiciones se debe exclusivamente a su previsión. Sirvan estas líneas de agradecimiento y homenaje a este jurista, tan conocedor de la realidad jurídica española

2.º Que estas aguas sean, como es natural, privadas. 3.º Que dicha agrupación constituya una figura jurídica similar a las existentes en Canarias. Y es de advertir que la Ley no emplea la palabra «identidad». Sólo habla de figura o situación «similar». 4.º Que medie petición de parte interesada (Presidente de la agrupación o cualquiera de sus miembros).

Ahora bien, dándose todos estos requisitos debidamente justificados, ¿es facultad discrecional conceder o denegar la extensión de la Ley?

III.—LOS HEREDAMIENTOS MORATALLEROS.

Supuesto que la ley citada da pie para su posible aplicación a otras regiones españolas llegamos con ello al punto fundamental de nuestro estudio. ¿Existen en otras provincias españolas, y concretamente en la provincia de Murcia, heredamientos semejantes a los canarios? (59). Creemos, efectivamente, poder demostrar que en

(59) También fuera de la provincia de Murcia tenemos noticias de la existencia de otros heredamientos.

En Albacete, y concretamente en Almansa, hay un curioso «Heredamiento de Aguas de Bogarra», de Claudete, que viene funcionando desde tiempo inmemorial, con arreglo a prácticas consuetudinarias que rigen el sistema de riegos de la llamada huerta de Bogarra.

Son caracteres de este heredamiento:

a) Asociación de propietarios de aguas privadas.

b) Aguas independientes de las tierras regables. Las participaciones de agua van incorporadas a títulos negociables, cuya transmisión supone la transmisión de la participación de agua por los mismos representada. Para que produzca efectos internos, con relación al organismo regulador, es necesario que se tome razón de ella en el Registro que a tal efecto se lleva. Verificada la inscripción, se considera al adquirente como auténtico propietario.

No se inscribe la transmisión, en cambio, en el Registro de la Propiedad. (Debo estas notas a la amabilidad del letrado de Almansa, don Virgilio Sánchez Navarro).

En la provincia de Almería no faltan tampoco agrupaciones de propietarios de aguas; tal ocurre en las villas de Vélez-Rubio y Vélez-Blanco, que aunque procedan de la época en que se incorporaron a la Corona castellana, en realidad las aguas venían ya utilizadas con anterioridad por los moriscos. Al producirse la expulsión de éstos, en tiempos de los Reyes Católicos, se expidió una Real carta incorporando a la Real Corona y Patrimonio todos los bienes que con anterioridad habían pertenecido a aquéllos. Estos bienes fueron posteriormente objeto de reparto, no estando muy claro si juntamente con el agua o con independencia de ella. El agua, según consta en la información testifical practicada en 20 de diciembre de 1571 ante el licenciado Antonio de Medrano, juez de Comisión de S. M., consistía en siete hilas que nacen de la fuente de Argán, llamada también «Fuente negra», y otra hila que nace de la fuente de Mahón. «e otrosi dixerón que asimismo tiene esta dha villa tres

esta provincia existen heredamientos de aguas idénticos a los canarios y que deben quedar sometidos al mismo régimen jurídico que aquéllos (60).

fuentes. . que la una se llama la fuente de Beomar, la otra del Xordil y la otra del Moral... y que de la dha agua la tercia parte pertenece al marques de los Velez para el aprovechamiento de sus tierras y heredades». Preguntados los testigos si sabian que alguna de estas aguas fuesen de la propiedad particular de algunos moriscos y si esta propiedad era enajenable, «dixeron que saben que algunos moriscos tenian agua de propiedad para regar sus tierras y heredades, y esta creen e tienen por cierto que la podian muy bien vender, pero que no saben que ninguno la oviese vendido».

Interesantisimas son también las aguas de Huércal-Overa, asimismo en la provincia de Almería, sobre todo con relación a lo que pudiéramos denominar modernas comunidades de aguas que se cobijan bajo la forma de Sociedad.

No podemos entrar en un estudio detenido de las aguas de estas villas citadas, pero acerca de ellas puede verse: *Historia de la villa de Vélez-Rubio* (en el antiguo Marquesado de los Vélez), desde los tiempos primitivos hasta nuestros días, por don FERNANDO PALANQUÉS y AYEN, miembro honorario de la Academia Dante Alighieri, de Catania, y correspondiente de la Real de Buenas Letras de Barcelona, Vélez-Rubio, imprenta J. García Ayen, 1909. *Historia de la villa de Huércal-Overa y su comarca*. Precedida de un estudio físico-geológico de la cuenca del río de Almanzora y terminando con la descripción política actual, por don ENRIQUE GARCÍA ASENSIO, juez de primera instancia e instrucción. Murcia, 1910; *Crónica General de España: Almería y Granada*, por don Enrique Santoyo y don Juan de Dios de la Rada y Delgado. Madrid, 1869. *Historia de los mozárabes de España*, por don FRANCISCO JAVIER SIMONET, Madrid, 1897-1903. *Monografía de la villa de Vélez-Rubio y su comarca*, por JUAN RUBIO DE LASERNA. *Guerra de Granada hecha por el Rey Felipe II contra los moros del Reino*, por DIEGO HURTADO DE MENDOZA, Valencia, 1830.

También en Alicante hay aguas privadas que pertenecen a sus titulares con absoluta independencia de la tierra y que al igual que las examinadas tienen su origen en la incorporación de esta ciudad a la Corona de Castilla, y reparto posterior realizado por Don Alfonso X.

(60) Aunque nos limitemos a los existentes en Moratalla (Murcia), no obstante hay que hacer constar son varios los heredamientos que vienen funcionando en esta provincia. En la villa de Mula, el Heredamiento de Aguas es la asociación de propietarios más antigua que se conoce. Sus orígenes, al igual que los de Moratalla, se remontan a la época en que dicha villa fué incorporada a la Corona de Castilla, aunque reconocimiento legal no lo obtuvo hasta la publicación de las Reales Provisiones de 7 de septiembre de 1573 y 5 de noviembre de 1578. Del contenido de esta última se deduce que las aguas objeto del mismo fueron sacadas del riachuelo que lleva el nombre de la villa, por medio de una presa de derivación. «porque el consejo e^{ro} de la billa de mula q. diz q. es del marques de los Velez nos fué hecha relación q. en los terminos de la dha villa aver un rio que se dice rio de mula del qual se aprovechaban todos ansi para las molendas de arina y aceite como de regar sus heredades y para el serv^o de sus casas ya que pasaba por medio de la dha villa y q. se sacaba de la madre para le traer por los dhos aprovechamientos mas de una legua arriba de la villa y en la parte que se sacava se hacia una presa que por ser de tierra se la llevaba muchas veces con poca creciente y deseando hacerla de cal y canto y que es menester para ello seiscientos ducados y porque nos los teneis para hacer paguen todos los becinos que se aprovechan por reparto y dije que enbiasen proyecto y se trujo por lo que consultado el consejo os damos licencia y facultad para dha obra hasta los

En el término municipal de Moratalla encontramos dos auténticos heredamientos conocidos con los nombres de «Heredamiento del Alharabe» y «Heredamiento de Benamor». A ellos vamos a de-

seiscientos a cada uno según el aprovechamiento y se depositen en persona honrada y se gasten en presa y no en otra cosas».

En síntesis, los caracteres que presenta este heredamiento puede reducirse a los dos siguientes:

a) Es una asociación de propietarios de aguas privadas: Las aguas, en un 95 por 100, son de propiedad particular y el 5 por 100 restante pertenece al pueblo para sus necesidades. (Véase ANTONIO SÁNCHEZ MAURANDI, *Historia de Mula*, 1955, Murcia.)

b) Aguas independientes de la tierra.

Su régimen interno quedó ya establecido en las primitivas Ordenanzas, que han ido sufriendo diversas modificaciones a través de los tiempos, y de cuyas normas se desprenden los caracteres apuntados: Así, además de regularse lo relativo a las Juntas generales, sus atribuciones, entre las que figura el nombramiento de Secretario entre los propietarios del agua «que sea de toda provida, madurez y pericia» (art. 4.º de las publicadas en 1844), tesorero fiel del concierto y otros cargos. Hay artículos en ellas que prueban lo dicho: Entre sacamos de las que llevan fecha de 1773 los siguientes: «6.º Que los arrendadores de las aguas, los q. las tomen prestadas o vendidas gozen de las mismas preferencias que los propietarios en sus respectivos motes... 8.º Que para concertar alguno el agua q. dixere le han prestado a de estar presente el dueño de ella... 10.º Que si dos o más dueños de quartos de agua sueltos... 17.º Que los dueños de las aguas tengan obligación de pagar anualmente por cada cuarto de agua que tubieren real y medio al depositario que se nombrare para que pague al fiel y a los sobreacequeros».

En la reforma que se llevó a cabo en el año 1842, y publicadas en 1844, se estableció una norma un tanto rigurosa en el artículo 35, al disponer que «sólo podrán cuidar de las aguas de los dueños forasteros sus apoderados»; y en la del año 1895 se abordaron dos cuestiones interesantes relativas al nombramiento de la Junta directiva y al derecho de voto. Los cargos de la Junta directiva venían siendo otorgados por el Ayuntamiento, con lo que estaban un tanto pendientes de las vicisitudes políticas. Para evitar esto, se reformaron las Ordenanzas en el sentido de encomendar a los propietarios de las aguas la elección de los miembros componentes de la misma. Con relación a otro punto, motivo de la reforma, se estableció que los votos habían de ser proporcionados a la propiedad de agua que cada votante posea o represente. Dichas reformas fueron aprobadas a su vez por el Ayuntamiento, publicándose las Ordenanzas en el año 1899.

En la ciudad de Lorca existen propietarios de aguas privadas, siendo éstas independientes de la tierra. Las aguas se distribuyen en tres heredamientos en que se divide la huerta, y su regulación interna estaba contenida en las respectivas Ordenanzas, «que confirmaron y mandaron guardar los reyes con penas graves» (R. P. Fr. PEDRO MOROTE, *Ant. y Blas.*, ob. cit., pág. 301). Afirma el mismo Morote que, «para su distribución y respectiva partición, están nombrados por sus dotaciones tres Alporchones o sitios en donde se parten las aguas por el Fiel, que es un hombre muy práctico e inteligente en ello...; mas aunque son distintos los sitios en que se parten las aguas, es la plaza principal donde se corren, a voz de pregonero, todos los días por las mañanas, hallándose presentes los Fieles de la ciudad, con los libros de las aguas, y también los dueños de ellas, para saber los precios en que se rematan.

«En el Alporchon llamado de Albacete se numeran 22 casas de agua, que se componen de otras tantas hilas, dividiéndose cada hila en día y noche, de que se compone la casa; trece casas son de diferentes dueños, y corren por sus

dicarnos a continuación examinando su origen, naturaleza y caracteres para poder determinar con elementos de juicio suficientes si son o no semejantes a los canarios y, en definitiva, si puede ser o no aplicables a los mismos las disposiciones de la ley dictada en un principio para el Archipiélago Canario.

1.º *Orígenes y evolución histórica.*—Al igual que los heredamientos canarios nacen éstos, existentes en Moratalla a raíz de la incorporación de esta villa a la Corona de Castilla. Verificada la incorporación de Moratalla, y cedida por sus reyes en unión de otros varios pueblos a la militar Orden de Santiago para recompensar al maestro de dicha Orden, el caballero don Pelayo Pérez Correa, los servicios que hizo al Infante Don Alfonso, acompañándole a la toma de posesión del reino de Murcia y llevando toda su gente, mantenida a su costa, como dice la crónica, se procedió a la distribución de la propiedad de los pueblos anexionados entre aquellos caballeros que habiendo de residir en adelante en los mismos se habían distinguido más en las expediciones militares o eran más afectos a la persona del gran maestre de la Orden, el citado don Pelayo Pérez Correa (61).

tandas en los Libros de los Fieles. Otra casa corre sin anotación en los Libros de las aguas, que llaman Igueri; otra, que esta ciudad tiene aplicada a la fábrica de la Insigne Colegial, y seis casas, y una noche, que llaman «Noche de más», propios de esta Ciudad. Dicha «Noche de más», con la hila, o día, que dicen de el Real, completan las 22 casas de agua. En el que llaman de la Tercia, se hacen 8 casas de agua, en la misma forma de noche y día. Las seis están repartidas en sus tandas, anotadas en los Libros de Alporchon y son de diferentes dueños. Las dos restantes es propio de la Ciudad; la una se denomina Comuna... La otra es de Arbitrios. El tercero llamado de Subtulla se compone de dos casas de hilas Reales, y se toman a una legua de distancia de la Ciudad, cuyo conducto es la antigua acequia de Alcalá... Cuéntase, o se corren, no por días y noches, como las de Albacete y Tercia, sino por Quartos y cada uno de estos tiene dos horas y media, con dichas dos hilas, por lo que en las veinticuatro horas del día componen nueve cuartos, y medio. El medio es propio de la Ciudad, y diario, y tiene hora, y media, un cuarto de hora mas que los otros, para completar las veinticuatro horas. Los ocho cuartos son de particulares...; Lo restante es propio y diario de esta Ciudad.»

Su origen se encuentra en el repartimiento que realizó Alfonso X al incorporar el reino de Murcia a la Corona de Castilla, en el año 1266, en el que las aguas fueron repartidas con independencia de la tierra. Con relación a Lorca, la exposición del Real decreto de 11 de julio de 1887, que reorganizó los riegos de esta Ciudad, hace referencia a la donación hecha por Alfonso el Sabio, a la sazón infante, de las aguas de riegos, para que se repartieran y usaran comunamente por días y por tiempos, según se desprende de la Real Cédula expedida en Sevilla a 23 de septiembre de 1268.

(61) Véase las consideraciones que acerca de este punto hace el Notario ALFREDO RUBIO HEREDIA, en su obra *Cosas de Moratalla*. Ensayo histórico. Imprenta Moderna, Moratalla, junio 1915.

A diferencia de Canarias, donde según la opinión más fundada que hemos indicado, se repartió inicialmente el agua dependiendo de la tierra, aquí, ya desde el principio, fué radical la separación entre ambas propiedades, lo que hace que las características de los heredamientos de Moratalla se presenten con más pureza que los propios heredamientos canarios. Al verificar los repartimientos los Reyes entregan las tierras, y con separación de éstas, las aguas, como dos propiedades independientes.

La distribución de las aguas se hizo del modo siguiente:

a) Donación a la Iglesia de toda el agua de domingo de ambos heredamientos y además doce horas de tanda en el heredamiento del Alharabe y ocho en el de Benamor.

b) Repartimiento entre los doce caballeros que acompañaron en la expedición a don Pelayo Pérez Correa y que tomaron carta de vecindad en el pueblo de las restantes aguas, tanto del heredamiento del Alharabe como del Benamor (62).

Tanto las aguas donadas a la Iglesia como las que se adjudicaron por reparto, estaban y están destinadas para el riego de la huerta de esta villa, pero sus nacientes o manantiales brotan en las tierras altas, tierras privativas de particulares, y que también habían sido objeto de reparto, pero adjudicadas como tierras de secano.

Las aguas de todos los manantiales confluyen en un punto determinado, y por sus cauces naturales, entre ramblas y barrancos, debieron discurrir antiguamente hacia el río Segura; pero los moros, que se dieron perfecta cuenta de la importancia que estas aguas podían tener para el desenvolvimiento agrícola y prosperi-

(62) Las aguas pertenecientes a estos Heredamientos, están separadas formando dos cuerpos o grupos distintos e independientes:

a) Las aguas ordinarias o aguas de tanda; y

b) Las aguas extraordinarias o aguas de domingo.

Las aguas ordinarias o aguas de tanda forman dos hilas separadas, cada una de las cuales se encuentra entandada en un turno de diez días, de veinticuatro horas cada uno, designados por los ordinales 1.º a 10.º, saltándose las veinticuatro horas correspondientes a cada domingo, que caen fuera de esta numeración para formar el otro cuerpo o grupo distinto e independiente de las aguas extraordinarias o aguas de domingo, que, como es natural, no consumen turno en la tanda ordinaria, en ninguna de las dos hilas. Así, pues, el total de horas de esta tanda es de 480

Las aguas extraordinarias o aguas de domingo están también divididas en hilas de 24 horas cada una, o sea, un total de 48 horas.

dad de Moratalla, construyeron unas presas en los cauces, por donde las aguas bajaban y las desviaron totalmente hacia una acequia o cauce artificial, por ellos contruidos, y por el cual discurrían hasta la huerta de esta villa. Y estas aguas, propiedad entonces de los moros, son las que fueron objeto de las donaciones y repartimientos a que nos venimos refiriendo y que actualmente constituyen la base de los heredamientos citados (63).

Posteriormente, así como en Canarias fué el cultivo del plátano y del tomate y caña de azúcar lo que motivó que ante la insuficiencia del agua de los heredamientos se recurriera a constituir lo que se ha llamado «Modernas comunidades de aguas», cuyo objeto era la búsqueda de ésta por medio de pozos y galerías, aquí fué el cultivo de la patata y el maíz, ya entrado el siglo xvi, lo que motivó un problema más arduo y distinto del canario. Ya hemos indicado que los nacientes o manantiales de las aguas de los heredamientos surgen en las tierras altas a muchos kilómetros de la huerta de esta villa; ello ocasionó que al introducirse en aque-

(63) Todos los nacientes o manantiales que forman el caudal de estos heredamientos están en propiedades particulares.

Las del Alharabe son procedentes de las siguientes fuentes:

a) Fuente del Prado. Sus aguas se utilizan, en primer lugar, para usos domésticos y abrevadero de ganados de la cortijada del Sabinar; además, tiene derecho el propietario del terreno donde nacen a regar determinada extensión de terreno, y el resto pertenece al heredamiento.

b) Fuente de Somogil. Los propietarios del terreno donde nace tienen derecho a utilizar el agua para baños. Siguen su curso natural, y en el lugar denominado «Llano de la apellania», se unen a las anteriores.

c) Fuente de la Puerta. Sus aguas pasan a engrosar el caudal de las otras citadas.

d) Fuente de la Pegueruela. El dueño del terreno donde está el nacimiento tiene también derecho a regar cierta extensión de terreno, y las restantes confluyen con las precedentes.

Las del Heredamiento de Benamor proceden de:

a) Fuente de Juan Blanquilla.

b) Fuente del Maguillo.

c) Fuente de Benamor (el dueño del terreno donde nace tiene derecho a una cantidad de agua igual a la que sale por un cañón de escopeta del 28).

d) Fuente de Chillarón (el dueño del terreno tiene derecho a la mitad).

e) Fuente de la Zanja.

f) Fuente de los Robles (tiene dos conductos de salida, y el propietario de la finca es dueño de la mitad del agua que sale por el de la derecha); y

g) Fuente de las Zorras. El agua de todos estos nacimientos baja unida hacia la huerta de los términos indicados. (Debo los detalles de esta nota a mi buen amigo don Elías Sánchez, gran entusiasta de Moratalla y muy versado en estas cuestiones.)

llas tierras de secano estos cultivos los propietarios de ellas, a falta de agua de lluvia, escasísima en estas tierras (64), no vacilaban en infringir el Código Penal, hurtando el agua a los heredados para regar aquellas fincas que necesitaban varios riegos por la calidad de los cultivos, lo que motivó una serie de colisiones entre los labradores de las tierras de secano y los dueños de las aguas que constituían los heredamientos. Estos, ante tales hurtos reiterados, acudieron a la superioridad, pidiendo el reconocimiento de sus derechos sobre las aguas, y éstos fueron confirmados por las Reales Provisiones de 30 de abril de 1551 y 16 de octubre de 1570. Esto nos pone de manifiesto que tanto el heredamiento de Alharabe, como el de Benamor, son mucho más antiguos que los pro- Esto nos pone de manifiesto que tanto el heredamiento expreso por el Rey, que en aquella época ejercía el poder legislativo, no lo tuviesen hasta la publicación de las citadas Provisiones (65). Esto no impidió que los labradores siguiesen en sus trece, dando lugar con su actitud a una serie ininterrumpida de pleitos (66).

(64) Tan raras son las aguas de lluvia en este término de Moratalla (Caravaca), que cuando llueve, hasta la prensa llama de forma especial la atención sobre ello. El periódico madrileño «Ya» núm. 7.395, correspondiente al 27 marzo 1962, recogía una noticia de la Agencia Logos y Cifra, que, por otra parte, publicó toda la prensa española, de la que entresacamos lo siguiente: «Con decir que ha nevado en Caravaca, en la vega Murciana, ardorosa de suyo y donde ha tres años no llovía, basta». Y es lástima esta escasez de aguas de lluvia en estas tierras murcianas, de tan buena calidad, que ya hace muchos años decía, en su *Población de España*, MÉNDEZ SILVA, aunque refiriéndose sólo a Lorca: «Todo este dilatado y vistoso suelo goza de un terreno tan maravillosamente pingüe, que ya no es ponderación el decir que las tierras de Lorca suelen dar ciento por uno, y sólo lo es cuando se dice: que si llueve no tiene número lo que en Lorca se coge».

(65) Con anterioridad a estas Reales Provisiones ya hacen referencia los heredamientos, disposiciones de los Reyes Católicos de 6 de junio de 1494 y Libro Pergamino del Real Emperador Carlos I, de 12 de abril de 1517.

(66) ALFREDO RUBIO (ob. cit., pág. 335) nos dice que fueron numerosas las denuncias llevadas a los Tribunales sobre estos hurtos de aguas a los heredamientos por parte de los labradores del campo, y se limita a exponer algunas. Como muestra, vaya lo siguiente: En el año 1787 (27 julio) se formularon denuncias en legal forma contra varios labradores que hurtaban agua. Pasadas éstas a dictamen del señor Fiscal de S. M., informó de la manera siguiente: «El fiscal, habiendo visto estas denuncias, con la instrucción de las ejecutadas de muchos años a esta parte, contra los labradores que hacen uso de las aguas que descienden a la huerta, dueños que se titulan de las referidas, y cuando menos se ostentan poseedores de ellas, provéase denunciando y castigando a los vecinos del campo, detentadores y usurpadores de dichas aguas, para que éstos, reconocido su exceso, repongan el perjuicio que causan, mandando tasación de costas y que las paguen dentro del segundo día con la multa a cada uno y bajo doble pena no continúen detentando las aguas, y para cumplirlo otorguen caución juratoria de así observarlo; sobre todo, el Tribunal acordará

La falta de una regulación legal y el poco apoyo que han encontrado hasta ahora en las Autoridades ha sido el motivo principal de estos abusos, que aún hoy continúan. Cada día se va extendiendo más en las tierras altas, donde nacen las aguas, los cultivos de riego, lo que puede traer graves consecuencias económicas para la huerta de esta villa. Como agudamente advierte ALFREDO RUBIO (67), se da la paradoja de que mientras los propietarios de las aguas se hallan tributando al Estado por este concepto, estando las tierras de la huerta casi de secano, por la escasez de agua en ambos heredamientos, los propietarios de las tierras altas riegan las suyas con las aguas hurtadas a los heredamientos, y, sin embargo, tributan por ellas al Estado como terrenos montuosos destinados a pastos, que es como eran en un principio. En la actualidad los labradores del campo riegan ya todo lo que buenamente pueden regar por medios naturales, sin emplear medios mecánicos de extracción del agua, pero de continuar esta situación, las consecuencias son fáciles de adivinar. Ya auguraba hace años ALFREDO RUBIO que ello supondría el fin de este pueblo, que sólo tiene como medios de vida los productos que saca de su huerta (68).

Precisamente, tratando de hallar una solución a éste y otros problemas, ambos heredamientos están tramitando en la actualidad la posibilidad de que se les aplique la Ley de 27 de diciembre de 1956, dictada para el Archipiélago Canario (69).

lo más conveniente. Moratalla, 7 agosto 1787.—*López de Sahajosa*». El fallo recaído fué de acuerdo y conformidad con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal.

Denunciados en el año 1805..., fueron condenados al pago de costas y multas; apelaron a la Real Chancillería de Granada, que confirmó en todas sus partes la Providencia de la justicia de Moratalla».

En el mismo sentido podríamos exponer sentencias cuyos testimonios hemos tenido a la vista. Recientemente, sin embargo, se ha negado al heredamiento personalidad para comparecer en juicio.

(67) Ob. cit., pág. 331 y sgts.

(68) Ob. cit., pág. 337.

(69) Los presidentes de ambos heredamientos, don Juan Martín-Oliva y don Domingo Abellán Moreno me dicen a este respecto que, presentada la solicitud en el Ministerio de Justicia e informada favorablemente por la Comisión de Códigos después de un minucioso estudio, y redactado el correspondiente Decreto de que habla la disposición adicional primera de la Ley de 27 de diciembre de 1956, se opuso a su publicación el Ministerio de Obras Públicas, alegando primeramente se trataba de aguas públicas, y ante el nuevo informe tajante en contrario de la Comisión de Códigos, parece que ha sacado de la manga un nuevo argumento: que las aguas, aunque privadas, aprovechan en su curso hacia la huerta el cauce de los ríos de Benamor y del Alharabe. Al hablar de la naturaleza del agua analizaremos este y otros problemas.

2.º *Naturaleza y caracteres.*—Al igual que antes hacíamos para los heredamientos canarios, vamos a tratar primero de la naturaleza y caracteres de los repartimientos de aguas, para examinar a continuación la naturaleza y caracteres de los heredamientos.

a) *Naturaleza y caracteres de los repartimientos de aguas.*—En Moratalla, como ya hemos apuntado, aparte de las aguas donadas a la Iglesia, las restantes fueron objeto de reparto entre los caballeros más destacados en la conquista o más afectos a las personas de los Reyes. También aquí los repartimientos presentan análoga naturaleza a los realizados en Canarias, en el sentido de ser hechos por los Reyes o sus apoderados, y sus caracteres, al igual que aquéllos, son los siguientes:

A) Trátase de aguas ya alumbradas. Este carácter, en el que se ha hecho tanto hincapié por algún sector de la doctrina para señalar la diferencia, entre heredamientos y comunidades, es típico de los heredamientos moratalleros. Ya de lo expuesto al tratar de su origen se vió con toda claridad que tanto las aguas donadas a la Iglesia como las repartidas entre aquellos doce caballeros que acompañaron en la expedición y conquista de estas tierras a don Pelayo Pérez Correa, recayeron sobre aguas ya existentes, alumbradas. Habiendo sido objeto de donación el agua, sobran ya toda clase de argumentos para probar esta característica, pero no estará de más indicar que las aguas antes de ser objeto de reparto las venían utilizando los moros (70). Se trataba, pues, de agua ya alumbrada.

B) Trátase de aguas privadas.—Si en Canarias los repartos versaron sobre aguas que discurrían por los cauces de los barrancos y quizá de algún riachuelo, como indica MARCOS GUIMERÁ (71), o la formación de los heredamientos fué, como dice LEÓN MAROS, con toda el agua que va al mar por los barrancos que eran riachuelos o arroyos perennes, porque todas las aguas, como no estaban detenidas arriba, bajaban, naturalmente, a ellos...; y la doctrina entendía que eran privadas, al ser repartidas por los Reyes sin limitación alguna, y hoy día lo reconoce el propio legislador en la ley citada; ¿se puede, acaso, negar este carácter a las aguas

(70) Véase en este sentido ALFREDO RUBIO, ob. cit.

(71) *Reg. jur.*, ob. cit., pág. 13.

de Moratalla? Volveremos sobre este punto al tratar de la naturaleza y caracteres de los heredamientos.

C) Trátase de aguas independientes o separadas de la tierra. A diferencia de los repartimientos canarios, en los realizados en Moratalla el agua se asignó con absoluta independencia de la tierra, ya desde el principio, y esta separación ha conservado su pristina naturaleza. Agua y tierra constituyen hoy dos propiedades distintas o independientes que son objeto de tráfico jurídico separado. Aunque prácticamente todo propietario de aguas posee tierras para regar, teórica y jurídicamente no hay obstáculo para que un *dóminus* de participaciones de agua carezca de tierras regables, lo que constituye una prueba más del dominio absoluto que tiene el heredero sobre su agua. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que esta independencia de tierra y agua no se lleva a sus últimas consecuencias, pues sufre una limitación importante, derivada de una práctica consuetudinaria observada desde tiempo inmemorial, consistente en no poder regar con el agua de ambos heredamientos terrenos sitos fuera de lo que constituye la huerta de Moratalla (72).

b) *Naturaleza y caracteres de los heredamientos*.—Por lo que se refiere al problema de la naturaleza del heredamiento en sí podíamos exponer las diversas teorías conque la doctrina ha tratado de explicar estas instituciones en Canarias, pero, en realidad, todo el meollo de la cuestión puede centrarse en la personalidad jurídica, con relación al cual haremos las siguientes indicaciones:

1.^a Doctrinalmente no hay motivo para negar personalidad jurídica a los heredamientos moratalleros. Las mismas razones, invocadas por la doctrina para sostener la personalidad de los heredamientos canarios, pueden aplicarse, sin género de duda, a aquéllos.

2.^a Prácticamente, al igual que ocurrió en Canarias, esta personalidad ha sido desconocida en varias y numerosas ocasiones con los consiguientes perjuicios económicos, a veces graves, para los heredados (73).

(72) En estos términos se expresan las primitivas Ordenanzas, que hablan de «aguas de los heredamientos para el riego de la huerta». Esta se extiende al pie del casco urbano de la villa, en una extensión de unas mil hectáreas.

(73) Lo corriente, sin embargo, es que haya sido reconocida. El secretario del Heredamiento del Alharabe ha tenido la gentileza de facilitarme la copia

A su vez, la falta de reconocimiento expreso de personalidad ha dado lugar a las siguientes consecuencias:

a) No poder recurrir al crédito de que tan necesitados están ambos heredamientos. En Moratalla, las acequias de conducción de las aguas, como hemos indicado, son las primitivamente existentes, y es tal el estado en que se encuentran que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, se desperdicia más del 50 por 100 del agua durante su largo recorrido hasta llegar a la huerta que tan necesitada está de ella. Admitida la personalidad, los heredamientos podían conseguir subvenciones o solicitar créditos con destino al arreglo de las acequias de conducción, revistiéndolas de cemento, lo que supondría un beneficio no ya para los herederos, sino para los intereses agrícolas de esta villa.

b) Tener que respetar el principio de unanimidad, propio de la comunidad de bienes, tan difícil de obtener en la práctica al constituir los heredamientos, asociaciones de propietarios, que pasan del centenar; así como teóricamente habrían de estar sometidos a las normas que regulan el retracto de comuneros y la consiguiente acción de división, sin que las soluciones propuestas por la doctrina para remediar o atenuar en parte las perturbaciones producidas por la aplicación de los citados principios, y pensadas para las recientes comunidades de aguas canarias, resuelvan nada para los heredamientos (74).

c) Una lamentable confusión en cuanto a su configuración jurídica por los organismos oficiales del Estado considerándolos ya

de una escritura en la que el presidente, en nombre del Heredamiento, compareció ante Notario, previamente autorizado por la Junta general, para la compra de un local donde poder realizar lo que se denomina «concierto del agua». Y dicha adquisición fué inscrita en el Registro de la Propiedad de Caravaca a nombre del Heredamiento, sin poner en duda su personalidad. Igualmente, y con idéntica autorización, ha otorgado poderes para pleitos.

En la certificación del Catastro de Riqueza Rústica correspondientes al año 1953, aparece el Heredamiento de aguas para riegos denominado Benamor con el número de 279 horas, y un líquido imponible de 13.950 pesetas; haciéndose constar en la expresada certificación dos cosas interesantes:

1.ª Que en el año 1946 estaba constituido por 156 propietarios con distintas participaciones horarias; y

2.ª Que las tierras regadas por ambos Heredamientos tributan con arreglo a líquidos imponibles de agua comprada, ya que constituyen dominios independientes la tierra y el agua.

(74) Prácticamente, en estos Heredamientos de Moratalla jamás ha intentado ejercitarse el derecho de retracto, ni existe tal derecho. Igual podemos decir de la acción de división de cosa común.

como asociación con personalidad jurídica independiente de los asociados, ya como asociación de propietarios de aguas sin personalidad o también como Comunidad de Regantes sin los derechos que a éstas reconoce la Ley de Aguas, por no estar aún legalmente constituidas con arreglo a los requisitos señalados por la misma. con la consiguiente incertidumbre para lo heredado.

d) Carencia de agilidad *ad extra* en su desenvolvimiento.

3.^a Legalmente, todas las razones invocadas para el reconocimiento expreso de la personalidad a los heredamientos canarios, tanto por los redactores del primitivo proyecto como por los legisladores en la Exposición de Motivos de la Ley, son plenamente aplicables a estos heredamientos. Los argumentos en síntesis se pueden reducir a los siguientes:

1.º La antigüedad de su creación, o como dice la Exposición de Motivos de la Ley, la permanencia de dichas entidades en el ejercicio de sus beneméritas funciones desde que fueron creadas, a comienzos del siglo xvi por reales cédulas, hasta nuestros días, sin que hayan decaído en su espíritu fundacional.

Los heredamientos de Benamor y del Alharabe no sólo han permanecido en el ejercicio de sus beneméritas funciones, que aquí podríamos decir vitales desde el momento de su creación, sino que ésta es mucho más antigua que la de los propios heredamientos canarios, según hemos demostrado al exponer lo relativo a su origen y evolución.

2.º El vacío existente en nuestra legislación, ya que las mismas han sido desconocidas y silenciadas en absoluto, a pesar de su enorme vida práctica por la legislación vigente, por el Código civil y la Ley de Aguas, sin que sean equiparables a ninguna de las figuras jurídicas reconocidas. Lo mismo podemos predicar de los heredamientos de Moratalla.

3.º La importancia e interés social permanente de las heredas no sólo por haber creado las zonas agrícolas fundamentales todavía dentro de las islas, sino porque también mantienen repartida el agua entre los propietarios de tierras, evitando así su especulación.

La importancia que los heredamientos canarios ha representado para la economía de las islas no creo, aunque desconozco prácti-

camente el problema, que supere a la que estos heredamientos de Moratalla ha tenido y tiene para la vida de esta villa. Ya ALFREDO RUBIO (75) ponía de manifiesto que de continuar los abusos por parte de los labradores del campo, ante la indiferencia y apatía de los propietarios de las aguas, llegaría el momento en que se perdería la riqueza principal de Moratalla, lo que realmente resulta suicida, tratándose de un pueblo necesitado, que no cuenta con otros medios de subsistencia que sus mezquinas cosechas agrícolas, conseguidas de un suelo en general sediento por la escasez de aguas surgidoras y la infrecuencia de las meteorológicas.

Las aguas de estos heredamientos son el único sostén de la villa y de su agricultura; y hasta tal punto es esto cierto que han bastado tres años de sequía, con la consiguiente disminución de agua en los heredamientos, al disminuir el caudal de sus fuentes o manantiales y consiguiente carencia de cosecha en la huerta, para producir un verdadero problema social, que si no ha llegado a tener la trascendencia que se pensó en un principio, se debe al movimiento migratorio de obreros agrícolas y pequeños propietarios hacia otros países, principalmente a Francia y Alemania.

Como el agua está extraordinariamente repartida, hasta el punto que es raro encontrar un vecino que no cuente con alguna participación, y por otro lado, todo propietario de aguas tiene su correspondiente trozo de tierra en la huerta del que saca lo indispensable para la subsistencia familiar, en cuanto falla el elemento agua o es insuficiente para dar los riegos que requiere la calidad de los cultivos, su situación es verdaderamente angustiosa, tanto que únicamente puede sobrevivir abandonando todo y partiendo hacia otros lugares en busca de trabajo. Por otra parte, al estar el agua tan repartida no hay posibilidad de especulación, dato éste que también los asemeja a los heredamientos canarios (76).

(75) Obr. cit., pág. 337.

(76) Según la certificación del Catastro de Riqueza Rústica del año 1953, el Heredamiento del Alharabe figura con un total de 552 horas y 333 propietarios de distintas participaciones horarias; resulta, pues, una media de menos de dos horas de agua para cada propietario. Es natural que haya propietarios que tengan más de las dos horas, pero si tenemos en cuenta que el propietario corriente tiene de una a dos horas y que las participaciones de media hora son un tanto anormales y raras, desde luego las de cuartos de hora no habrá más remedio que reconocer que está el agua muy repartida y desde luego sin posibilidad de especulación. Igual podemos decir del Heredamiento de Benamor.

4.º Los errores de todo género cometidos a favor de aquel silencio e inadaptación.

No hace falta, después de lo que llevamos dicho, insistir en este punto, sobre los heredamientos de Moratalla. Sólo hacer constar que han tratado, buscando cobijo legal, de organizarse, primero, equivocadamente desde luego, como comunidad de regantes, y después de realizar los trámites pertinentes con todos los gastos económicos que esto supone, no pudieron conseguirlo, porque al final se reconoció por los organismos oficiales que... ¡eran aguas privadas! Y ahora están haciendo los trámites pertinentes para conseguir la extensión de la Ley de Aguas de Canarias, y según parece, después de redactado el Decreto por la Comisión de Códigos, ha surgido un inconveniente *por parte del Ministerio de Obras Públicas...*, ¡que son aguas públicas! ¿Cabe mayor incertidumbre para los heredados?

Como ya dejamos indicado, los caracteres de los Heredamientos canarios, reconocidos hoy día por la Ley de 27 de diciembre de 1956, eran los siguientes:

A) Trátarse de una agrupación de propietarios de aguas. Esta característica es también propia de los Heredamientos del Alharabe y de Benamor. Además, si en los heredamientos canarios esta agrupación está constituida en muchos casos por varios centenares de asociados, también en los que estamos examinando aparece esta nota, ya que el número de miembros que forman parte de los heredamientos se eleva a 316 en el del Alharabe y unos 200 en el de Benamor (77).

B) Trátarse de aguas privadas. Antes de exponer la naturaleza jurídica del agua, creo necesario hacer una aclaración: las aguas de ambos Heredamientos nacen en las sierras altas. El caudal de todas las fuentes o manantiales confluyen en un punto determinado, para bajar entre ramblas y barrancos hacia el río Segura, desperdiándose durante el trayecto, ya que al río, dado el caudal actual de los Heredamientos, no creemos llegasen más que cuando por la abundancia de lluvias hubiese crecidas extraordinarias, cosa que en estas tierras ocurre en muy raras ocasiones. Pues bien, estos riachuelos fueron bautizados con los nombres árabes

(77) Me han facilitado estos datos los secretarios de los Heredamientos.

de Benamor y Alharabe, de donde luego tomarían su denominación los Heredamientos. Los moros, asentados en Moratalla, comprendieron la importancia que tales aguas podían tener para el riego de la huerta y decidieron aprovecharla. Con esta finalidad construyeron sobre el cauce de ambos riachuelos sendas presas, que deteniendo el agua la hacían derivar en su totalidad hacia unas acequias que desde este punto llevaban las aguas a la huerta. Con dicho sistema de riego quedó garantizada la economía agrícola de Moratalla, que aún hoy sigue siendo su único medio de vida, hasta tal extremo que bastaría suprimir el agua para que desapareciese sin más esta antiquísima villa.

Al producirse la conquista, estas aguas son las que fueron objeto de los repartimientos y donaciones reales y la base sobre la que se crean los Heredamientos. Y si en Canarias la circunstancia de que las aguas repartidas por los Reyes procediesen de pequeños riachuelos o arroyos perennes, no fué obstáculo para calificarlas de privadas, al darlas aquéllos sin limitación, lo mismo podemos decir de éstas que estamos analizando. Vienen a corroborar este carácter los siguientes argumentos:

1.º La naturaleza de los repartimientos reales de dichas aguas, que, al hacerse sin limitación, eran medios legalmente aptos para atribuir un auténtico derecho de propiedad sobre las mismas.

2.º La naturaleza de las donaciones reales. En Moratalla, junto a las aguas repartidas, hubo otras que fueron donadas a la Iglesia y a las que podemos aplicar lo dicho en el número anterior. Y la prueba de que tal adquisición fué firme y sin limitación de clase alguna es que durante la época desamortizadora, al ser tales aguas enajenadas por el Estado, conforme a la legislación entonces vigente, los adquirentes inscribieron tales participaciones en las antiguas contadurías de hipotecas como propietarios plenos y absolutos de las aguas compradas (78). Desde esta fecha el agua, como bien in-

(78) No resistimos a la tentación de copiar dos escrituras de venta de aguas de domingo, unas del Heredamiento de Benamor y otras del Alharabe, que, jurídicamente hablando, constituyen la prueba más evidente del dominio privado del agua y su independencia de la tierra. He aquí los términos claros en que están redactadas las respectivas escrituras. La primera dice así:

«Venta judicial.—Ilustres, año 1844. Don Ramón Marín Alfocea, Abogado de los Tribunales Nacionales y Juez primero de primera Instancia de esta ciudad de Murcia... A todas las personas que la presente venta judicial vieren, hago saber: Qué declarados por las Cortes bienen nacionales todas las propie-

mueble independiente de la tierra, ha sido objeto de los más diversos negocios jurídicos, venta, donación, permuta, etc.; es decir, que como propiedad particular se transmite por actos *inter vivos* y

dades del Clero Secular, Fábricas de las Iglesias y Cofradías con el objeto de extinguir o minorar con ellos la deuda del Estado y poder atender a los gastos presupuestos del Culto y Clero, se dispuso también la enajenación de todas las fincas, derechos y acciones del Clero Catedral, Colegio Parroquial y las dichas Fábricas y Cofradías por la Ley de 2 de septiembre de 1841, sancionada por S. Al. el Regente del Reino en nombre de S. M. Doña Isabel II, que dice así. Consiguiente a lo prevenido en la ley inserta, Reales instrucciones de 1.º de marzo de 1836 y 15 de septiembre de 1841, y a la aclaración de 8 de junio de aquel año sobre la preferencia en los remates, se instruyó el competente expediente de este mi juzgado para la enajenación de la finca que a continuación se expresa: Veinticuatro suertes de agua en el riego del Alharabe, compuestas de dos Ilas cada domingo en la villa de Moratalla, como procedentes de la Fábrica Parroquial de la expresada Villa. Cuya finca fué rematada en concepto de libre de cargas Reales el día veintiocho de febrero último. Cuya finca, tasada y anunciada en la cantidad reales de vellón doscientos cincuenta y tres mil cuatrocientos cuarenta, fue rematada con la solemnidad prevenida. el día ya citado, que ha sido señalado en favor de don . . . , con mejor postor, en la cantidad de . . . a pagar en los cinco plazos señalados... y adjudicada al susodicho según oficio de la Junta de enajenación de bienes nacionales, en fecha treinta y uno del siguiente marzo verificó el pago de la prima quinta parte del precio líquido del remate de los términos que manifiesta la carta de pago exhibida del tenor siguiente . Y puesto el comprador en posesión de la mencionada finca por virtud del pago precedente, otorgo en este día las obligaciones por las cantidades no satisfechas para el completo abono del producto líquido del remate a pagar en los plazos que las mismas señalan, entregadas en este acto al Comisionado principal de los Arbitrios de Amortización de esta Capital, con lo que queda asegurado el pago total del precio de la finca según el tenor de la citada Ley y R. D. de 19 de febrero de 1836; y para que el comprador tenga un título solemne de adquisición y traslación de dominio, por la presente usando de las facultades que me están concedidas por los artículos 23 y 49 de la Real Instrucción de 1.º de marzo, en nombre de S. M. Doña Isabel II y de la Nación española, a quien están adjudicados los bienes referidos, otorgo: Que vendo y doy en venta real y enajenación perpetua por juro de heredad al D. . . , vecino de Moratalla y a sus herederos y sucesores la finca que queda deslindada, la cual pertenecía anteriormente a la Fábrica Parroquial de dha Villa por el precio referido de su remate, cuyo pago ejecutado en su líquido, según la carta de pago y obligaciones de que queda hecha mención, aunque no parece ahora presente, le doy por hecho conforme al R. D. que así lo ha prevenido, y anuncio las leyes de las entregas, prueba, engaño, la *non numerata* pecunia, y el término señalado para su prueba, confesando como confieso, que la suma referida es el justo precio y verdadero valor de dicha finca, y de que no ha habido quien diese más por ella en el remate de que queda hecho mérito; y del mayor valor, si lo tuviese, hago gracia y donación *inter vivos* en favor del comprador y de los que le sucedan, sin ninguna reclamación; a quienes trasmito desde este momento todo el derecho de posesión y propiedad de la finca antes deslindada, con el de todas sus entradas, salidas, usos... en el concepto de que esta venta se otorga bajo las condiciones prevenidas por el artículo 18 del citado R. D., el 13 de la inserta Ley, y por el 33 de la Real Instrucción de 1.º de marzo, que a la letra dice así... y con estas condiciones aparto desde este mismo acto a la Nación española, a quien pertenecía por los títulos precedentes y por la adjudicación posterior para la Amortización de la Deuda Pública, a fin de que no pueda

mortis causa inscribiéndose las transmisiones hoy día sin obstáculo alguno en el correspondiente Registro de la Propiedad.

3.º El respeto de los derechos adquiridos. Esta asociación de propietarios sobre las aguas, cuyos titulares podían disponer de sus participaciones arrendándolas, vendiéndolas, donándolas, etc., como propiedad particular, fué reconocida y respetada por la legislación posterior y por la jurisprudencia:

a) Por la Ley de Aguas, que aludió a estas situaciones existentes tanto en la Exposición de Motivos como en su articulado. Decía la primera, después de declarar el dominio público de todas las corrientes naturales, que era necesario establecer una excepción «en favor de aquellas aguas que, aunque comprendidas en las anteriores, sean aprovechadas exclusivamente durante el tiempo establecido por la Ley civil para la prescripción..., sin dependencia de la administración». Y añadía que «cuando esos riegos se hallan bajo la dependencia de la administración..., no puede reconocerse verdadero dominio sobre tales aguas». ¿No quiere esto

reclamarla en ningún tiempo ni con ningún motivo ni pretexto, obligando a su evicción y saneamiento a la Nación en los términos prevenidos en dichos R. D. e Instrucción, para que quede siempre el comprador y los que le sucedan en quieta y pacífica posesión de la finca que adquieren por virtud de esta venta judicial; y con el poderio de justicias competentes obligaciones y renunciaciones de las leyes que exige este contrato, lo otorga por firme su Señoría en esta Ciudad de Murcia a veinte y dos de junio de mil ochientos cuarenta y cuatro, siendo testigos...; el comprador aceptó esta escritura en los términos y con las obligaciones y condiciones que comprende, y la firmo, e igualmente lo hizo el Comisionado de Amortización por su intervención, de que yo el escribano doy fe, como del conocimiento de los Señores otorgantes; previniéndose que de la copia de esta escritura se ha de tomar razón en la ontaduría de Arbitrios de Amortización de esta provincia y en las de Hipotecas del partido donde radica la finca que comprende, con arreglo a lo dispuesto...; Ramón Marín Alcofea... Concuerta... En fe de lo cual y a instancia de parte libro... Signado: Juan Alfonso Serrano.—Nº 100.—Tomose razón en la Contadª de Bienes Nacionales de esta Provª. Murcia 22 de junio de 1884... Tomada la razón en la Contadª de Hipotecas de mi cargo al folio ocho buelto del cuaderno que corresponde a la villa de Moratalla—Caravaca primero julio de 1844». La segunda, corresponde a la venta de doce suertes de agua cada una de una lla en cada domingo del Heredamiento de Benamor y está redactada y otorgada en idénticos términos.

¿Es que no hablan por sí solas estas escrituras? ¿Qué mayor garantía para los compradores, que ser el propio Estado quien transfiere el dominio y se obliga a la evicción y saneamiento? Dudar, a la vista de estos documentos de carácter privado e independiente del agua, es haber perdido la fe en el derecho. Y reconocerlo y no solucionar los problemas que de siempre han tenido los heredados, ahora que se puede, gracias al celo y entusiasmo de los propietarios de aguas canarios, es desconocer que el derecho es para regular «realidades», allí donde se encuentran.

decir que en el primer caso existe un verdadero derecho de dominio sobre tales aguas?

Por su parte, el artículo 299 de la primitiva Ley de Aguas (257 de la actual) estableció «que todo lo dispuesto en esta Ley es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a su publicación, así como del dominio privado que tienen los propietarios de aguas de acequias y de fuentes o manantiales, en virtud del cual las aprovechan, venden o permutan como propiedad particular».

b) Por el Código Civil, que no sólo se limita a recoger en sus disposiciones transitorias el principio del respeto de los derechos adquiridos, sino que concretamente con relación a esta materia de aguas, tiene un precepto, el artículo 424, de contenido idéntico al ya citado 257 de la Ley de Aguas.

c) Por la jurisprudencia, que antes de publicarse el Código Civil la sentencia de 20 de mayo de 1871 y 10 de diciembre de 1877 sentaron la doctrina siguiente: «Al declarar el artículo 34 (ahora 5.º) de la Ley de Aguas a quien corresponde el uso y aprovechamiento de las aguas que nacen en los predios de particulares, del Estado de las provincias o de los pueblos, ha dado reglas sobre derechos futuros, dejando intactos los legítimamente adquiridos con anterioridad.» Esta misma doctrina, una vez publicado el Código Civil, fué seguida por la jurisprudencia posterior, y así la sentencia de 16 de diciembre de 1893 estableció «que los derechos sobre aguas adquiridos con anterioridad al régimen establecido por el Código Civil quedan exceptuados de las disposiciones de éste, así como el dominio privado que tienen los propietarios sobre las fuentes y manantiales, en virtud del cual las aprovechan o disponen de ellas libremente y como propiedad particular».

¿En virtud de qué principios jurídicos puede, pues, sostenerse que las aguas son públicas?

Dos argumentos se han alegado en pro de esta tesis:

1.º Que en virtud de un asesoramiento, si se quiere equivocadamente, los presidentes de ambos heredamientos, que no tienen personalidad jurídica, incoaron sendas actas de notoriedad e inscribieron su derecho a las aguas en el Registro Administrativo de Aguas, creado por el Real Decreto de 12 de abril de 1901.

2.º) Que dichas aguas, aunque nacen en predios particulares, discurren por sus cauces naturales y son en realidad dos rios, llamados de Benamor y Alharabe, que desembocarían en el rio Segura de no ser por las presas de desviación que hacen derivar las aguas hacia las acequias, propiedad de los heredados, para conducir las a la huerta de Moratalla

Examinaremos separadamente ambos obstáculos a la propiedad privada del agua.

1.º El Registro Administrativo de Aguas. Chocó ya, en primer lugar, que el presidente de una asociación de propietarios de aguas privadas, a la que no se la reconoce una personalidad independiente de la de sus miembros componentes y que, como consecuencia de ello, habría que someter al régimen de la comunidad de bienes, pueda, *sin consentimiento de todos los comuneros transformar*, por el simple hecho de la inscripción en el Registro Administrativo de aguas, sus participaciones dominicales en simples facultades de aprovechamiento. Pero es que, además, resulta un tanto peregrino que dicho Registro produzca tan importantes efectos jurídicos. El sentido común nos dice que el simple hecho de la inscripción no puede tener tal eficacia hasta el punto que baste para transformar la naturaleza de un derecho; para cambiar el carácter privado del agua en público; para que un derecho de propiedad se convierta en una facultad de uso o aprovechamiento. Hasta tanto no puede llegar un *Registro administrativo de fines estadísticos*.

Se dice que si se incoó acta de notoriedad para inscribir en tal Registro las aguas de ambos Heredamientos y a este Registro sólo tenían acceso las aguas públicas, es prueba evidente de que de aguas públicas se trataba. A esto hay que objetar:

a) Que no es exacto afirmar que a dicho Registro sólo tuvieron acceso las aguas públicas. Don JERÓNIMO GONZÁLEZ, con toda la autoridad que nos merece; afirmaba rotundamente que muchísimas veces se inscribían en ellos aguas perfectamente privadas, unas veces porque se trataba de aguas públicas, cuyo dominio había prescrito a favor de los particulares, y otras porque se interpretó extensivamente dicho Real Decreto haciéndole adaptable

a las aguas privadas. Y ningún inconveniente, añade, se sigue de su inscripción (79).

b) Que el Registro creado por el citado Real Decreto lo fué sólo, como se cuida ya de indicar su preámbulo, a efectos estadísticos, y era conveniente, para conseguir estos fines, como nos dice el mismo don JERÓNIMO GONZÁLEZ, que tuviesen acceso a él tanto las aguas públicas como las privadas, ya que en éstas también se dan las razones en que se fundaba el Real Decreto para crear aquel instituto.

Para la consecución de estos fines es, pues, para lo que se crea dicho Registro administrativo en virtud de título fehaciente. Y se da el caso curioso, como afirma PEDRO CABELLO, de que para probar la fehaciencia era inútil presentar documentos de compra o de herencia, e incluso sentencias judiciales, que, aunque sabemos no surten efecto más que *inter aprtes*, nadie puede negarle la cualidad de títulos fehacientes. En las Jefaturas correspondientes nada querían saber sino de informaciones posesorias, a pesar de que la Real Orden de 12 de marzo de 1902 dice que para justificar el periodo de prescripción de veinte años, «a falta de otro documento fehaciente», deberá el peticionario presentar información posesoria. Y aun ahora, a pesar de no haber variado esta reglamentación administrativa, se sigue admitiendo por la sentencia de la Sala 3.ª, de 28 de abril de 1959, que a falta de otros documentos fehacientes se aporte el acta de notoriedad del artículo 70 del Reglamento Hipotecario (80).

En dicho Real Decreto, de 1901, nada se constata acerca de cualquier otro fin que no fuera el estadístico, aunque la Real Orden de 30 de abril de 1901, número 2, ya afirmaba que las inscripciones provisionales sujetas a rectificación no reconocían derecho de ninguna clase al usuario. Pero no se decía qué clase de derecho, y esto pareció probablemente muy fuerte, como hace notar PEDRO CABELLO, y alguien llamaría la atención cuando la Real Orden de 12 de marzo de 1902 estableció, en su número 3, que «las inscripciones no otorgan al usuario más derecho que los que arran-

(79) *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho civil*, tomo II, págs. 188/189. Publicaciones del Ministerio de Justicia. Madrid. 1948.

(80) Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado, y cuya copia a máquina he tenido a la vista gracias a la amabilidad y gentileza a que nos tiene acostumbrado su autor.

que del título en que se funda» (81). Así, pues, los derechos que se tengan serán los que indiquen el título civil respectivo, a pesar de la inscripción, y si ésta no otorga derecho alguno parece lógico entender que tampoco pueda transformar o cambiar el derecho que arranque de aquel título civil.

Este, por otro lado, es el criterio que ha seguido la jurisprudencia contencioso-administrativa en numerosas sentencias. Así, la de 16 de octubre de 1912 indicaba que «es administrativo el derecho que nace de la inscripción en dicho Registro, lo cual no afecta a la preferencia del derecho a las aguas en el orden civil, que es lo que constituye materia propia de los Tribunales ordinarios»; la de 2 de marzo de 1932 nos dice «que hay que tener en cuenta que la inscripción en el Registro de Aguas no crea el derecho, sino que lo garantiza (sentencia de 10 de junio de 1905), y que establecido más bien para fines estadísticos...»; y, finalmente, la de 30 de mayo de 1958 afirma, refiriéndose a la inscripción en el Registro creado por el Real Decreto de abril de 1901, «que según reiterada jurisprudencia no otorga el derecho...» (82).

En definitiva, el verdadero meollo de la cuestión no era ni más ni menos que el que ocurrió en Canarias con algunos Heredamientos. Faltos de regulación y protección legal, trataron de poner sus derechos bajo el amparo de la Ley de Aguas, con la diferencia de que así como en Canarias llegaron algunos a constituirse en comunidades de regantes, éstos de Moratalla, aunque iniciaron este camino, no llegaron en ningún momento a tener reconocimiento legal como tal comunidad.

2.º ¿Hace cambiar la naturaleza del agua el hecho de desviarla de sus cauces naturales hacia otros de propiedad particular? El examen de esta cuestión nos lleva a su vez a tratar otros puntos que nos pondrán de relieve cómo desde cualquier lado que se examine el agua, base de estos Heredamientos, tiene carácter privado. Estudiaremos sucesivamente estas interrogantes: ¿Constituyen las aguas de estos Heredamientos dos auténticos ríos en sentido geográfico-jurídico? Veremos que no; pero aun considerados como tales, ¿son todos los ríos de carácter público, o también los hay

(81) Conferencia cit.

(82) Véanse en el mismo sentido las sentencias de 2 de noviembre de 1954. 14 noviembre 1955. 27 abril 1957 y 17 abril 1958.

privados? ¿Podían los ríos, fuesen públicos o privados, ser objeto de donaciones y repartimientos reales? ¿Puede adquirirse el dominio de las aguas públicas por prescripción? Intentaremos contestar sucesivamente a todas estas cuestiones.

A) Naturaleza de los ríos. Las aguas objeto de los Heredamientos de Moratalla chocan contra el concepto geográfico y jurídico de río. Geográficamente se entiende por río «una corriente de agua que va a desembocar en otra o en el mar». Y por riachuelo, riacho o riatillo, un «río pequeño» o «río pequeño y de poco caudal»; el mismo significado tiene la palabra «arroyo o arroyuelo». Parece, pues, que geográficamente habrá que atender al caudal para calificar a una corriente de agua de río o de arroyo o riachuelo. Esta distinción tiene su importancia, ya que examinadas las aguas de ambos Heredamientos sólo con arreglo a la legislación vigente, veremos cómo jurídicamente al ser considerados como arroyos tienen carácter privado. Efectivamente, así como a partir de la Ley de Aguas y Código Civil, todos los ríos, como luego veremos, son de carácter público, los arroyos o riachuelos pueden ser públicos o privados.

La Ley de Aguas se limita a decir en el artículo 4.º que son públicas o de dominio público los ríos; pero aparte habla, dándoles también este carácter de arroyos o manantiales, cuyas aguas continuas o discontinuas corran por sus cauces naturales; es decir, se trata de arroyos o riachuelos que no llegan a tener la categoría de ríos por la escasez de su caudal. Mas así como los primeros son todos, sin excepción, públicos, los arroyos o riachuelos pueden ser públicos o privados. Esto se deduce claramente de la relación entre los artículos 33 y 34. Habla el primero de los álveos de todos los arroyos; pero si esto fuese así resultaría tonto que el legislador, a renglón seguido, nos dijese en el 34 que «son de dominio público los álveos o cauces de los arroyos que no se hallen comprendidos en el artículo anterior»; no es que haya contradicción entre ambos preceptos, sino que el 38 se refiere, efectivamente, a todos, pero *a todos los privados*. Si los arroyos que cita dicho artículo han de atravesar terrenos de dominio particular, y en este caso, como es lógico, el cauce tiene carácter privado, resulta evidente que está hablando de los arroyos de dominio particular y no de los de dominio público que quedan sometidos al artículo 34, cuyo

objeto, como hemos indicado, es ocuparse de los cauces públicos (83). Con ello llegamos a la conclusión de que las aguas objeto de los Heredamientos de Benamor y Alharabe son, o mejor dicho eran, simples arroyos o riachuelos, cuyos nacientes o manantiales radicaban en fincas de propiedad particular y que discurrían por sus cauces naturales hasta que fueron apropiadas por los moros para el riego de la huerta de esta villa. En la actualidad, pues, al haber sido objeto de apropiación no quedan en ningún momento sus aguas abandonadas a su curso natural, sino que son aprovechadas para el riego de las tierras de la huerta donde van por las acequias de conducción propiedad de los heredados. Si en un tiempo fueron, examinando el problema con arreglo a la legislación vigente, arroyos públicos, hoy serían, indiscutiblemente, de carácter privado.

Aun en el caso de rechazar toda esta argumentación y entender que las aguas del Alharabe y Benamor formaban o constituían dos auténticos ríos, llegaríamos a la misma conclusión: carácter privado de las aguas.

Jurídicamente el problema de la naturaleza y caracteres de los ríos ha sido muy discutido por la doctrina, desde el Derecho romano. Hoy día es postulado indiscutible que las aguas pueden ser objeto de dominio (84). Los que se oponen de una manera absoluta al dominio privado de las aguas corrientes, dice la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas, no pueden citar en apoyo de su opinión la legislación de ningún país, pues todas lo han reconocido y sancionado. En cambio, lo que ha dado lugar a grandes discusiones es el señalamiento de límites entre aguas públicas y privadas, y concretamente con relación a los ríos. ¿Son todos los ríos, sin excepción, de carácter público?

En el Derecho romano reina gran confusión en esta materia

(83) Dice el artículo 33: «Los álveos de todos los arroyos pertenecen a los dueños de las heredades de los terrenos que atraviesan, con las limitaciones que establece el artículo 31, respecto de los álveos de las aguas pluviales». Y el artículo 34 está redactado en estos términos: «Son de dominio público;

1.º Los álveos o cauces de los arroyos que no se hallen comprendidos en el artículo anterior.

2.º Los álveos o cauces naturales de los ríos en la extensión que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias.

(84) Véase, por todos, JOSÉ CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 7.ª ed., Madrid, Reus, 1950, pág. 329.

debido a la existencia de dos textos, al parecer contradictorios; uno de las instituciones, en el que se declaran públicos todos los ríos (85), y otro del *Digesto*, que recoge la distinción entre públicos y privados (86). La opinión más autorizada, y desde luego más numerosa, reconoce esta distinción, aunque discrepan sus mantenedores al señalar las características que sirven para separar unos de otros.

El jurisconsulto CASI trató de hallar la distinción, señalando como río público *quod perenne sit* (87) y privados los que no tenían esta característica; en el mismo sentido se pronunció CELSO, y hasta el propio ULPIANO no juzgó prudente rechazar este criterio de calificar de público a todo río perenne. Se entendía como tal el que fuese continuo, sucesivo, el paso del agua. Cuando ésta sólo discurría en épocas determinadas, concretamente en invierno, el río tenía la consideración de privado. Ahora bien, la circunstancia de que los textos del Derecho romano, al hablar de los ríos públicos, hagan referencia a la navegación, unas veces directamente («vel in flumine publicò ripàve ejus aliquid fieri, quo pejùs navigetur» (88), «ne quid in flumine publicò ripàve ejus fiat quo pejùs navigetur» (89), «ne quid in flumine publicò, ripàve ejus fiat quo aliter aqua fluat, atque uti priori aestate fluxit» (90), «ne quis in flumine publicò navigare prohibeatur» (91), y otras implícitamente empleando al hablar de río expresiones como «itaque naven ad eas applicare, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est, si cuti per ipsum flumen navigare» (92) parece dar a entender que los textos al hablar de río

(85) Inst. 2, *De rerum divisione*: *Flumina autem omnia et portus publica sunt*.

(86) Del § 1.º, Ley 4.ª, del tít. *Div. rer.*: «Sed flumina pene omnia et portus publica sunt», se deduce que no todos los ríos son públicos; hay algunos privados. Son abundantes, por otra parte, los textos del *Digesto*, donde poder basarse para admitir la existencia de ríos privados (Títulos XII, XIII y XIV, libro XLIV).

(87) Ley 1.ª, § 3.º, tít. XII, lib. XLIII, *Dig.*

(88) Inst. 1: *De interdictis*, por el que el Pretor prohíbe hacer en un río público o en sus riberas cosa que perjudique a la navegación.

(89) Tít. XII, lib. XLVI del *Dig.*

(90) Tít. XIII, lib. XLIII del *Dig.*: interdicto no posesorio contra los que cambiaban el curso de las aguas en río público.

(91) Tít. XIV, lib. XLIII del *Dig.*: interdicto semejante al citado en primer lugar.

(92) Inst. 4: *De rerum divisione*. Después de indicarnos que el uso público de las riberas de los ríos es de derecho de gentes, con el del mismo río, parece dar a entender se refiere a los navegables, al añadir las palabras citadas: «por tanto, es lícito a todos abordar sus barcos...»

público se refieren sólo a los navegables o ríos de caudal abundoso, mientras que los de poco caudal o no navegables tendrían la consideración de privados. La existencia de éstos es cosa que está fuera de duda. Si la Ley, en materia de interdictos, dice que el Pretor prohíbe hacer alguna cosa en un río público, da a entender que hay otros que no tienen esta consideración.

Esta teoría de considerar sólo como públicos los ríos navegables viene también corroborada por nuestros antiguos cuerpos legales, ya que todos ellos, sin distinción de precedentes, hablan con especialidad de los ríos navegables.

El *Fuero Juzgo* dice en este sentido que «los grandes ríos, porque vienen los salmones u otro pescado de mar, o en que echan los omes las redes, o por que vienen las barcas con algunas mercaderías, ningún ome non debe encerrar el río por toller la pro a todos los otros e facerla suya; mas puede facer seto fasta medio del río, allí o es el agua mas fuerte, e la otra meitad finque libre para la pro de los omes... E si dambas las partes del río oviere dos sennores, non deben cercar todo el río fasta que diga cada uno que cerró la su meitad; mas el uno debe cerrar la su meitad de suso y el otro la de yuso, e deje por medio pase el río...», y añade a continuación que no habiendo más de un sitio que puedan ambos cerrar deben hacerlo de modo que puedan pasar las barcas y las redes (93).

El *Fuero Real* no es menos expresivo: «ningún ome sea osado de cerrar los ríos mayores que entran en la más, porque salen los salmones e los sollos e los otros pescados del mar e por donde andan las naves con mercaderías de las unas tierras a las otras; mas si alguno fuere heredero en rívera de tal río, e quisiere facer pesquera e molinos fagalos en tal guisa que no tuelga la pasada a las naves ni a los pescadores...» (94).

El Código de las Partidas dedica el título XXVIII de la Partida III a «las cosas en que el hombre puede haber señorío, e como lo puede ganar», y en todas las leyes del mismo, cuando habla de los ríos, «como cosas que pertenecen a todos los hombres comunalmente», siempre hace referencia para indicar cuáles son los que tienen esa naturaleza a la circunstancia de que sea navegable;

(93) Ley 29, tít. IV, lib. VIII.

(94) Ley 6.ª, tít. VI, lib. IV.

así, la Ley VI, después de decirnos «que todos los ríos e los puer-tos e los caminos públicos, pertenecen a todos los hombres comun-almente», añade, refiriéndose a las riberas, estas palabras: «todo ome puede usar dellas ligando a los arboles que están y sus na-vios, e adobado sus naves e sus velas en ellas, e poniendo y sus mercadurias, e puede los pescadores y poner sus pescados, e ven-derlos, e enxugar y sus redes...»; y en idéntico sentido se expresa la Ley VIII: «molino, nin cañal, nin casa, nin torre, nin cabaña, nin otro edificio, non puede ningún ome facer nuevamente en los ríos, por los cuales los omes andan en sus navios, nin en las ri-beras dellos, porque se embargase el uso comunal dellos...» Tam-bién la ley anterior, al señalar de quien son los árboles que na-cen en las riberas que los ríos, habla de «algún navio atado», dan-do a entender se refiere a ríos navegables.

Esta misma doctrina la encontramos en las leyes recopiladas. La Ley VII del título XXVI, libro VII de la Novísima Recopila-ción se expresa en estos términos: «mandamos, que cualquier Consejo o persona particular que cerrare o embargare las canales y los ríos, que entran por los términos de las ciudades y villas por donde suelen andar los navios y pescadores, y aprovecharse dellos de otros oficios, de que comúnmente acostumbran aprovecharse dellos los vecinos de tal lugar y tierra...»

Parece, pues, claro que las leyes, al señalar el carácter público de los ríos, no se refiere a todos ellos (no olvidemos que el texto romano dice: «flumina pene omnia»), sino solamente a los nave-gables o de gran caudal, teniendo legalmente los demás la califi-cación de privados.

Además, que la distinción entre ríos navegables y no navega-bles habia tenido realidad en nuestra Península, como signo di-ferencial entre ríos públicos y privados, hubo de reconocerlo tam-bien la Ley de Aguas, ya que al referirse la Exposición de Motivos a las provincias de Cataluña y Valencia, afirma «que en ellas nun-ca se consideraron las aguas de los ríos, aunque no fuesen nave-gables ni flotables, como propiedad de los ribereños», lo que prue-ba, sin género de duda, que en otras regiones o provincias tuvo eco esta distinción, que prevaleció, a nuestro juicio, hasta la pu-blicación de la citada ley. Y esta es la razón que justifica que esta ley declare como públicos todos los ríos, fuesen o no navega-

bles (95). Por ello, GUTIÉRREZ, que se muestra un tanto vacilante sobre si las antiguas leyes, al referirse a ríos públicos, sólo comprende los navegables o todos, es tajante al afirmar que, a partir de la Ley de Aguas, todos, sin excepción, son públicos (96).

Este cambio de rumbo, en realidad ya venía preparado, de una parte por la importancia cada vez mayor que iba adquiriendo el agua para instaurar un buen sistema de riego, y de otra, por la Real Orden de 14 de marzo de 1846, al declarar necesaria la autorización real para permitir en lo sucesivo el establecimiento de cualquier empresa que pudiera hallarse en relación inmediata con el curso y régimen de los ríos, «sean o no navegables y flotables». ¿Por qué tanto insistir el legislador en esta distinción si no hubiese tenido efectividad práctica?

Así, pues, de considerar las aguas de estos heredamientos antiguamente como dos ríos, y de aceptar como criterio diferencial entre públicos y privados el de la navegabilidad o abundancia del caudal, no hay duda alguna de su carácter privado y objeto de dominio particular, primero por los moros, y más tarde al producirse la Reconquista, por los titulares o miembros del heredamiento. Y esta situación fué respetada tanto por la Ley de Aguas como por el Código civil.

Finalmente, rechazando también esta argumentación y considerando, a pesar de todo, como públicas las aguas, la solución, como vamos a ver, es idéntica a la que venimos sosteniendo, y desde luego, con más fundamento jurídico que en los casos expuestos: carácter privado, hoy día, de las aguas.

B) *Los ríos como objeto de donaciones y repartimientos reales.*—Que hubo una época en la historia en la que los reyes podían

(95) El camino venía ya preparado por la Instrucción de Intendentes Corregidores de 1749. Este deseo legislativo de hacer ya públicos todos los ríos aparece con más claridad en el R. D. de 29 de abril de 1866 y culmina con la publicación de la Ley de Aguas.

(96) Ob. cit., tomo II, pág. 23. El mismo autor afirma que el Proyecto de Código declaró propiedad del Estado los ríos, aunque no sean navegables, así como su álveo y toda agua que corre permanentemente dentro del territorio español. El autor de las *Concordancias*, continúa GUTIÉRREZ, si bien reconoce que en los ríos navegables hay una razón más para declararlos de propiedad del Estado, añade que es conforme a la paz y a la conveniencia pública que sea propietario y regulador de todos, por ser necesarios a la vida y de gran aplicación para la industria y la Agricultura. ¿Todas estas cosas no suponen y dan a entender un estado anterior distinto?

donar, repartir y enajenar toda clase de bienes y derechos, muchas veces forzados por las circunstancias históricas, es cosa que nadie puede poner en duda. Limitándonos a la que en el presente trabajo nos interesa, conocida por la Reconquista, podemos afirmar que, durante ella, los Reyes usaron y hasta abusaron de estas donaciones, aunque en rigor tiene razón GUTIÉRREZ al indicar que ello no suponía ninguna arbitrariedad, puesto que el abuso estaba, desgraciadamente, amparado por las leyes que declaraban a su favor esta prerrogativa (97). En este sentido, el Código de las Partidas (98), después de señalar que el rey o emperador puede hacer donación de lo que quisiere, con carta o sin ella, y valdrá pasar revista a las cosas en que podía ejercitarse tal acto de liberalidad y añade: «cuando la donación recaiga sobre Villas, castillos o lugar poblado o que se poblare...» Igualmente en las leyes recopiladas se habla de donar, vender y trocar villas, lugares, castillos, tierra, islas y hasta el señorío y jurisdicción civil y criminal (99). Tan frecuentes debieron ser estos negocios jurídicos, que TAPIA, en el *Febrero Novísimo*, entre las escrituras relativas a las ventas, presenta el formulario de la correspondiente a la venta de una villa realizada de particular a particular (100).

No es cuestión de exponer toda la evolución posterior de esta materia, que culmina con la Ley de Señoríos y demás disposiciones complementarias tendentes a suprimir todo este estado de cosas (101), sólo hace constar que en la venta, por ejemplo, de una villa, iban incluidas todas las aguas o ríos que por la misma discurriesen, y que los reyes podían donar, repartir y enajenar tales aguas, como todos los bienes que pertenecían a la nación. Al desaparecer o extinguirse estas facultades, hubo donaciones, cuyos bienes revertieron a la Corona, con indemnización o sin ella a sus

(97) *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo V, pág. 95; 2.^a ed., M. 1871.

(98) Ley 9.^a del tit. IV de la Partida V.

(99) Leyes 6.^a y 7.^a, tit. V, lib. III, *Nov. Rec.*

(100) EUGENIO TAPIA, *Febrero Novísimo, o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos*. Refundida, ordenada bajo nuevo método y adicionada con un Tratado del Juicio criminal y algunos otros, tomo II, pág. 191, Valencia, año de 1828. Ya el reformador de *Febrero* suprimió el párrafo del autor sobre la venta de villa, por razón, sin duda, de que la doctrina legal que contiene no es en el día de ninguna utilidad práctica. TAPIA la recoge como simple curiosidad, pero el formulario prueba hubo un momento en la historia del Derecho en que, al amparo de las leyes, tuvo evidente realidad.

(101) Véase sobre este punto GUTIÉRREZ, ob. cit., tomo II, págs. 144 y sgts.

poseedores, y otras que quedaron firmes y, por consiguiente, como propiedad particular; entre estas últimas figuran las que tuvieron por objeto las aguas de estos rios, ya que una prueba evidetísima de ello lo constituye el hecho de que el mismo Estado reconociese la propiedad de ellas a la Iglesia y en consecuencia enajenase su dominio, conforme a la legislación desamortizadora a favor de los particulares, como ya queda indicado. Y tal situación es luego reconocida y respetada tanto por la Ley de Aguas como por el Código civil. No hay duda, pues, de que aun consideradas como públicas estarían comprendidas en la excepción a que hace referencia la Exposición de Motivos de la Ley de Aguas. En efecto, después de considerar ésta que es principio sentado por el Gobierno y aceptado sin contradicción por la opinión pública del país sostener el dominio público de todas las corrientes naturales de aguas, añade a continuación «que ha creído, sin embargo, establecer una excepción en favor de aquellas aguas que aunque comprendidas en la anterior regla general, sean aprovechadas exclusivamente durante el tiempo establecido por la ley civil para la prescripción de cosas inmuebles de ausentes por uno o más dueños de predios particulares sin dependencia alguna de la Administración». Esto nos lleva a tratar a continuación del último problema planteado y cuya solución nos vendrá a demostrar el carácter privado del agua de ambos heredamientos. Es éste: ¿Cabe la posibilidad de adquirir por prescripción el dominio de las aguas públicas? En el caso concreto de los heredamientos considerando el agua como pública, la posesión pacífica, pública, ininterrumpida y sin oposición por los heredados, con títulos hábiles de adquisición, durante más de cuatrocientos años, ¿no producirá efectos jurídicos?

C) *La prescripción*.—Es un modo original de adquirir el dominio. Los romanos, con gran precisión, la definieron diciendo: *Adfectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti* (102). Su introducción en el mundo jurídico obedeció, fundamentalmente, al deseo de evitar la incertidumbre del dominio y poner límite a las cuestiones judiciales (103). A estos hechos justi-

(102) L. 3. D.. *De usucap. et long. temp. praesc.*

(103) *Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper incerta dominia esset: cum sufficeret dominis ad inquiren-*

ficativos y como derivados de ello, se añadieron posteriormente otras causas justificativas del Instituto, tales como sancionar la desidia de los propietarios y evitar el temor que habrían de tener los poseedores que de buena fe disfrutaban ciertos bienes a verse privados de ella.

Recogida la institución por la Ley de las XII Tablas, fué solo aplicada a los bienes susceptibles de dominio quiritarario y denominada *usucapio* (adquisición por el uso: un año para los inmuebles y dos para los muebles), quedando excluidos los predios provinciales. Posteriormente, introdujo el pretor para éstos una prescripción de largo tiempo (*praescriptio longi temporis*) que no producía la adquisición del dominio, sino una simple excepción al derecho de otro, por la cual el poseedor por largo tiempo se defendía contra el dueño, siempre que llevase en dicha posesión diez o veinte años, según el dueño estuviese presente o ausente.

Al desaparecer con Justiniano la distinción entre suelo itálico y suelo provincial, no había ya razón para mantener separadas dos instituciones basadas en esa distinción; por ello éste las refunde en una sola, cuya regulación ha tenido muy en cuenta las legislaciones modernas.

En definitiva, la estructura de la prescripción quedó, mediante la unificación justinianeas, configurada en esta forma:

a) *Prescripción ordinaria*: Por ella se adquiere el dominio de cosas susceptibles de ser usucapiadas siempre que sean poseídas con buena fe y justo título durante el tiempo de tres años si son muebles o de veinte o treinta si son inmuebles.

b) *Prescripción extraordinaria o de larguísimo tiempo*.—Por ella se adquiere el dominio de algunas cosas no susceptibles de prescripción ordinaria, siempre que sean poseídas de buena fe durante treinta o cuarenta años, sin necesidad de los otros requisitos.

Configuradas las aguas de estos heredamientos como públicas, en el sentido últimamente apuntado, cabe presentar el problema de si puede adquirirse el dominio de las mismas por prescripción.

das res suas statuti temporis spatium (L. 1, D: *De usurp. et usucp.*). Cicerón, en *Orat. pro Coecina*, cap. 5., dice de ella, *eleganter vocat*, «*finis sollicitudinis et litium*».

El determinar qué cosas son susceptibles de prescripción ha sido siempre relacionado con la posibilidad de las mismas para ser objeto de dominio. Por esto, ya desde el antiguo Derecho Romano se estableció la excepción de la *res extra-comercium* («res divini iuris, res communes omnium y res publicae»). A éstas se añadieron en el Derecho justiniano las *res* fiscales, los inmuebles de la Iglesia y fundaciones pías y en general todas las cosas que no podían enajenarse. El agua fué incluida en las *Instituciones* de Justiniano entre las cosas comunes, y en consecuencia fué considerada no apta para la prescripción (104).

Las Partidas se limitan a recoger, con ligeras modificaciones, la doctrina romana, y nuestros tratadistas apenas se preocupan del agua como posible objeto de dominio. La escasa importancia de ella en una época que desconocía la trascendencia que dicho elemento podía tener para el establecimiento de un buen sistema de riegos y consiguiente fomento de la agricultura, y donde la mayor parte de las corrientes de agua se perdían sin intentar sacar el más mínimo provecho de ellas para la fecundación del suelo, pueden justificar esta falta de interés en el campo jurídico.

Tan sólo GREGORIO LÓPEZ, al comentar la Ley VII del Título XXIX, Partida III, que fundándose en que las cosas comunes no están en el dominio de nadie, y por tanto no pueden adquirirse por la prescripción ordinaria, presenta el problema de si tales cosas podían adquirirse por la prescripción: «Sed an prescriberentur istae res quae sunt in uso publico prescriptione immemoriali?»

ANGELO dice que todas las cosas, excepto el hombre libre, prescribe a los cien años, por más que otra cosa se halle dispuesta por la ley civil o municipal. Para probar su afirmación, alega la ley *Usus aquae*, 4, C. de *aquaeducto*, lib. XI, que declara: «cuando el acueducto está en sitio público prescribe por tiempo, de cuyo principio no exista memoria», y también la Ley última del *Digesto*, *De usucapione*, que prohíbe la prescripción en los lugares públicos de mares o ríos públicos, y sin embargo, afirma «que no procede eso cuando sea esta prescripción inmemorial».

En el mismo sentido se pronunció BALDO, pues con ocasión de otras varias leyes, sostiene que al excluir la prescripción no se considera excluida la inmemorial. A esto objeta GREGORIO LÓPEZ que

(104) Inst. 1: *De rer. div.*

tales cosas no se poseen, y lo que no puede poseerse tampoco puede usucapiarse, y añade que la glosa magna sostiene que las cosas destinadas a usos públicos no pueden prescribir ni en cien años.

JUAN DE PLATA, también citado por GREGORIO LÓPEZ, afirma que, cuando la ley declara imprescriptible una cosa, como acontece con la *res sacra, sancta et res publica civitatum* que están en uso público, no prescribirán ni en cien años. Esta última conclusión, que entiende con relación a las aguas, que cuando son reputadas como de uso de los ciudadanos no prescriben por tiempo inmemorial, y que jurídicamente es más cierta que la contraria, dice GREGORIO LÓPEZ, que está limitada en este sentido:

1.º Es aplicable cuando sólo se aduce tiempo inmemorial, pero no en el caso de que además se alegare algún título justo que le sirva de fundamento.

2.º Únicamente cuando se trate de cosas o términos de las ciudades que no se puedan poseer, pues con relación a los demás cabe la prescripción.

Estas conclusiones fueron aceptadas por RODRIGO SUÁREZ, quien supone que así se entendió siempre la ley en los Concilios Regios y Audiencias reales, añadiendo que resulta absurdo extenderla a todos los términos, aunque GREGORIO LÓPEZ pone en tela de juicio estas afirmaciones.

La conclusión de todo ello parece clara: Todo lo que puede poseerse, puede usucapirse; lo que, aplicado a las aguas de estos heredamientos, nos llevaría a afirmar, de no haber otro título adquisitivo, que pertenecen a los heredados por prescripción.

Antes de publicarse la primitiva Ley de Aguas de 3 de agosto de 1866, ya había comenzado a preverse la extraordinaria importancia que esta materia iba a tener para un pueblo eminentemente agrícola como el nuestro, sobre todo como medio indispensable para establecer un buen sistema de regadío, y ello no sólo por la doctrina, sino también desde el punto de vista legislativo (105). Al publicarse la citada ley, aun reconociendo el carácter de cosa

(105) La *Instrucción de Intendentes Corregidores* de 1749 (Ley 24, tit. XI, lib. VII, *Novísima Recopilación*), al encargarles que se informasen por medio de los Ingenieros de los ríos que se podrían comunicar, engrosar y hacer navegables, a qué costa y con qué utilidades, dónde podría y convendría abrir nuevas acequias útiles para regadío de las tierras..., revela claramente esta orientación

común a las aguas públicas, y creyendo conveniente declarar como tales, de acuerdo con la doctrina, todas las corrientes de aguas, no lo consideró incompatible con la posibilidad de ser materia apta para la prescripción: «Una excepción, dice la Exposición de Motivos de la ley, sin embargo, ha creído se debía establecer en favor de aquellas aguas que, aunque comprendidas en la anterior regla general sean aprovechadas exclusivamente durante el tiempo establecido por la ley civil para la prescripción de cosas inmuebles de ausentes por uno o más dueños de predios particulares, sin dependencia alguna de la Administración» (106).

Reconocida por la doctrina y por la propia ley el agua como objeto de dominio, el Código civil, siguiendo a la ley especial, clasifica las aguas susceptibles de dominio en públicas y privadas, y, a nuestro juicio, y con arreglo al mismo, susceptibles de prescripción, materia ésta que no hemos de olvidar es propia y exclusiva del Derecho privado.

El artículo 334 afirma que las aguas vivas o estancadas tienen la consideración de bienes inmuebles, y éstos, según el art. 1957, prescriben por la posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título. ¿No es lógico, a la vista de ambos preceptos, que las aguas públicas puedan también adquirirse por prescripción?

La naturaleza especial de las aguas corrientes, dice don JERÓNIMO GONZÁLEZ que impide se las pueda estudiar fijas en un sitio, ya que, por su propio impulso, fluyen y se trasladan a otro distinto del en que nacen, y la forma especial en que son utilizadas obliga a la distinción entre dominio de las aguas y aprovechamiento de las mismas. El aprovechamiento de las aguas públicas, por un particular, se adquiere: 1.º Por concesión administrativa. 2.º Por prescripción de veinte años. El dominio de las mismas se transfiere en algunos casos por la Administración o se adquiere por prescrip-

(106) La resolución de 5 de febrero de 1880 dice que la prescripción de que habla la ley se refiere a los derechos que han adquirido los particulares respecto de las aguas públicas de los ríos, arroyos, ramblas, cañadas y otros, pero no respecto a las que sirvieron para el uso comunal de un pueblo, no están sujetas a prescripción.

La sentencia de 17 de noviembre de 1903 afirma, por su parte, que «la posesión continuada por veinte años de aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de autoridad o tercero, aunque no se acredite la autorización correspondiente, se convierte en título de dominio, según el artículo 149 de la Ley de Aguas».

ción, ya que, según el artículo 1.936 del Código civil, se prescriben todas las cosas que están en el comercio de los hombres. Y más adelante añade: Hemos dicho antes, y no puede dudarse, que las aguas son bienes inmuebles; es asimismo indiscutible que, conforme al artículo 1.957 del Código, los inmuebles se prescriben por posesión de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, con buena fe y justo título; por tanto, si una persona utiliza el agua con buena fe y justo título durante ese periodo de tiempo, adquirirá el dominio y no meramente el derecho de aprovechamiento. Y eso según se ha dicho, aunque el agua sea pública, ya que, según el artículo 1.936, se puede prescribir todo lo que está en el comercio. La utilización o aprovechamiento durante veinte años, implica la posesión del agua, y esa posesión es la que produce la prescripción y la adquisición del dominio. Así, pues, no obstante lo prevenido en el artículo 409, núm. 2.º del Código, quien durante veinte años tiene un aprovechamiento de aguas públicas adquiere el dominio indiscutible de éstas, si ha tenido buena fe (que se presume siempre) y justo título (que él ha de demostrar)... Si no hay buena fe o justo título, se requiere, para la prescripción, treinta años, según el artículo 1.959 del Código civil. Y tanto en un caso como en otro, por tratarse de un objeto civil y una cuestión de propiedad, queda esta materia bajo el ámbito, no de la Administración, sino de los Tribunales de Justicia (107).

D) Las aguas públicas, que desde sus cauces naturales pasan a otros de propiedad particular, pierden este carácter y toman el de privadas.

Finalmente, configuradas las aguas de estos heredamientos antiguamente ya como ríos, ya como arroyos o riachuelos, no ofrece duda alguna hoy día su carácter meramente privado. Para convencernos de ello es necesario examinar la importancia que desde el punto de vista jurídico, tiene la desviación de las aguas de sus cauces naturales, por medio de las presas a que ya hicimos referencia, y su entrada en las acequias propiedad de los heredados, por donde discurren para regar la huerta.

Es principio indiscutido, admitido por las leyes, por la jurisprudencia

(107) *Estudios de Derecho hipotecario*, ob. cit., tomo II, págs. 182/184; en el mismo sentido, CABELLO, conf. cit.

dencia y la doctrina, que las aguas de los ríos o de otras corrientes públicas que pasan de sus cauces naturales por donde discurren a cauces o acequias de propiedad particular, pierden su carácter público y toman la condición de aguas privadas.

1.º Legalmente son varias las disposiciones que admiten el principio indicado. Como no es cosa de exponer el contenido de todas ellas, vamos a citar solamente el Real Decreto de 10 de marzo de 1900, en el que podemos leer lo que sigue: «Tratándose de aguas que corren por cauces artificiales, aunque en su origen tengan el carácter de públicas, pierden este carácter y toman el de privadas desde el momento en que entran en cauces construidos artificialmente, y las cuestiones de dominio y posesión que sobre tales aguas se susciten son de la competencia de los Tribunales de Fuero Común» (108).

2.º Jurisprudencialmente, son varias las sentencias, tanto del Tribunal Contencioso como del ordinario, que recogen con reiteración el principio indicado. Vayan por vía de ejemplo las siguientes: Sentencia del Tribunal Contencioso de 27 de diciembre de 1892. Dice en uno de sus Considerandos: «Las aguas que después de salir de un río corren por un cauce o acequia de propiedad particular, pierden su carácter de públicas y, por tanto, el Gobernador no puede autorizar a otro particular para que las tome de dicho cauce o acequia». Y «no pueden calificarse en el concepto jurídico ni como aguas públicas ni menos como sobrantes de aguas públicas, las que corren por todo un cauce o acequias declaradas de propiedad particular, pues aunque la derivación de la acequia sea de un río, pierden las aguas aquel carácter de públicas en el momento en que entran en un cauce artificial y se destinan a los usos generales de concesión. El individuo que con la autorización debida ha construido una presa o abierto una acequia para aprovechar las aguas con un objeto de interés particular, adquiere una propiedad sobre las obras ejecutadas y, por tanto, no puede facultarse a un tercero para que altere o se sirva de esas obras contra la voluntad de su dueño».

(108) En idéntico sentido y siguiendo la orientación iniciada por este Real Decreto, pueden verse los RR. DD. de 25 julio de 1908 y 2 octubre 1922.

Por su parte la sentencia del T. C. de 9 de marzo de 1932 afirma: «Con arreglo al artículo 98 de la Ley de Aguas reproducido en el artículo 408 del Código Civil, en toda acequia o acueducto, el agua, el cauce... serán considerados como partes integrantes de la heredad a que vayan destinadas las aguas y la jurisprudencia en distintas ocasiones (sentencias de 27 de diciembre de 1892 y 27 de mayo de 1896) declaró que las aguas, al entrar en una acequia particular, aunque procedan del río, pierden el carácter de públicas y pasan al dominio del dueño de la acequia o acueducto; y que si bien es cierto que son de dominio público las aguas de los ríos, también lo es que una vez apartadas esas mismas aguas de su cauce natural, se consideran parte de la heredad a que van destinadas» (109).

El Tribunal Supremo ha dado también su parecer en esta materia. La sentencia de 27 de mayo de 1896 recoge el principio expuesto en estos términos: «Si bien es cierto que, con arreglo a los artículos 4.º, 34, 98, 99 y 126 y sus concordantes de la Ley de Aguas, son de dominio público las de los ríos y los cauces o álveos por donde discurren, naturalmente, también lo es que, por el contrario, una vez apartadas esas mismas aguas artificialmente de su curso natural, se consideran igualmente que el cauce, los cajeros y las márgenes del acueducto que las conduce, como parte integrante de la heredad o edificio a que van destinadas, y, por tanto, de propiedad particular, como sucede en el presente caso». La de 6 de abril de 1948 dice en el mismo sentido «que es evidente, según el párrafo último del artículo 408 del Código Civil y los 4 y 98 de la Ley de Aguas, que las aguas públicas de los ríos, desde que se conceden por la administración a particulares y éstos las conducen por cauces de propiedad privada para ser utilizadas en su interés propio... cambian aquel carácter por el de privadas» (110).

3.º Doctrinalmente, la posición citada expuesta tanto por el legislador como por la jurisprudencia es también seguida por todos los autores que se han ocupado de esta materia. Lo más reciente que conocemos es una conferencia en la Academia Matri-

(109) Véanse igualmente las sentencias de 10 junio 1921, 20 junio 1928, 18 diciembre 1930, 20 junio 1930 y 2 noviembre 1954.

(110) También pueden verse las sentencias de 21 mayo 1915, 20 mayo 1921 y 21 junio 1921.

tense del Notariado pronunciada por el hoy ilustrísimo señor Decano del Colegio de Registradores de España, don Pedro Cabello de la Sota. Comentando este ilustre hipotecarista la importante sentencia de 5 de mayo de 1943, dice «que marca una época en cuestión tan debatida al declarar: 1.º que a pesar de la norma contenida en el artículo 4.º de la Ley de Aguas y artículo 407, número 1.º del Código Civil, no debe de dársele el sentido y alcance de que, en absoluto, todas las aguas derivadas de los ríos sean de dominio público. Luego hay aguas derivadas de los ríos que son de dominio privado; y en efecto; 2.º que hay que distinguir entre el dominio de las aguas y el simple aprovechamiento de ellas, y que no es lo mismo aprovechar la fuerza, la energía del agua, cuyo consumo entonces es prácticamente nulo (lavado de minerales, fuerza motriz a través de turbinas, molinos, etc.), que aprovechar su sustancia consumiéndola en el riego. En el primer caso se trata de un aprovechamiento que no hace perder al agua su naturaleza de pública, pues nadie se apropia de ella, en el segundo, la apropiación y el consumo es tan evidente que no cabe hablar más que de dominio del agua, pues no vuelven al río las aguas que de él salió. Y si no se quiere llamar a este derecho de dominio o propiedad, la esencia del mismo no varía: Es un aprovechamiento privado de las aguas públicas, del que nadie puede ser despojado. Y si esto es así, se pregunta PEDRO CABELLO, ¿a qué viene resucitar ahora sutilezas bizantinas, de las que tratamos al examinar la prescripción, y relativas a la diferencia entre la *usucapio* y la *prescriptio*: carácter de dueño otorgado al poseedor o tan sólo un derecho, no igual al dominio, pero tan similar, que llevó a Justiniano a refundir en una ambas instituciones?»

En definitiva, también por este camino llegamos al carácter privado del agua objeto de estos heredamientos (111).

(111) Cuando las aguas de un río proceden de presas hechas en los ríos y no discurren por su cauce natural, no tienen el carácter de públicas (Resolución de 22 de febrero de 1869).

Si las aguas de una presa están apartadas del río, su cauce natural, y se hallan dentro de una acequia de propiedad particular, sin que conste limitación alguna en el disfrute de las mismas, tienen el carácter de privadas con arreglo a los artículos 408 del Código civil y 98 de la vigente Ley de Aguas. En tal caso, el interdicto de posesión de dichas aguas es de la competencia de los Tribunales ordinarios y puede ventilarse, por tanto, en juicio de interdicto con arreglo al artículo 254 de la Ley de Aguas (Comp. de 29 julio 1908).

C) Existentes en el Archipiélago Canario.—En principio la Ley se dicta para Canarias; más de existir heredamientos idénticos o semejantes en otras regiones españolas, lo que no era imposible, pareció justo, y así lo entendió el legislador, extender a éstos los beneficios de la Ley.

Este estudio que venimos realizando es una prueba evidente de que no estuvo engañado el legislador al prever esa posibilidad, pues creemos haber demostrado que las agrupaciones de propietarios de aguas del Alharabe y de Benamor constituyen dos auténticos heredamientos semejantes en todo a los canarios (112). En-

(112) Desde el punto de vista de la organización y funcionamiento, también son idénticos en lo substancial a los heredamientos canarios, aunque pueda haber ligeras diferencias, siempre accidentales. El régimen interno de los heredamientos conserva su verdadero sabor consuetudinario, al que ya hacían referencia las RR. PP. citadas. La primera, de 30 de abril de 1558, dictada por el Rey Don Carlos, hacía ya referencia a la costumbre para regular el riego de la huerta: «Sobre el riego.—Que en quanto al xiego de las hexedades con las aguas, q. tienen los vecinos en esta villa en las huertas della se guaxde la oxden e costumbxe antigua es asavex que las dhas pexsonas que tienen aguas, e quisiexen xegax con ellas salgan un dantes que tengan las dhas aguas ala plaza e ala Lonja desta dha Villa antes que se ponga el sol a concextax sus aguas a dax xaron cada uno del agua que tiene para el día siguiente, e adonde de la hade Xegax, e alli lo conciexten, e se guaxde entxe ellos el dho conciexto, so pena que qualquex pexsona que no gaxdaxe el dho conciexto o fuexa contxa el pague seiscientos maxavedis. la mitad el señox del agua y la otxa mitad se repaxta pox iguales paxtes entxe el denunciadox e Juez q. lo senteciaxe; E si algunos de los q. tienen aguas no saliexen a haxer el otxo conciexto no sea osado de tomaxlas hasta tanto que sepan e haian relación del conciexto q. hizo, e hasta q. haian xegado los que se concextaxon no pueda tomax o xegax el agua q. tenía el q. no salio. So la dha pena, repaxtida como dicho es».

En la promulgada por Felipe II el 16 de octubre de 1570, por la que se confirma la anterior, también e casi en los mismos términos nos dice con relación a esta materia lo que sigue: «Sobxel xiego de las viñas y huexas. Quenquanto al xiego de las huexas y hexedades con las aguas que tienen los vecinos en esta Villa en las huexas della se guaxde la hoxden, y costumbxe antigua; es asabex: Que las dhas pexsonas que tienen aguas que quisiexen xegax con ellas, salgan un día antes de paxte de taxde q. tengan las dhas aguas, a la plaza desta Villa, antes q. se ponga el sol a concextax sus aguas entre los hexedexos de aquel día, y a dax xaron cada uno del agua que tiene p. el día siguiente y adonde las a de xegax, y alli le conciexte, y se guaxde en trellós el otxo conciexto, toxnando la dha agua despues que haian xegado al acequia madxe donde tomaxen haciendo sus paxadas so pena que qualquiera pexssona q. no la guaxdaxe o fuexe contxa ello pague seiscientos maravedis, la mitad pxa el señox del agua, y la otra mitad se repaxta pox iguales paxtes entxel Juez y el denunciadox. Yque lamisma tenga la pexssona q. tomaxe el agua paxa regax sin tenex señoxio en ella, repaxtida segun dicho es. Y que las pexssonas que xegaxen en la paxte de Venamox sean obligados a dexax benix ala asomadilla desta Villa la mitad de un bxazo dagua, so pena de seis xeales. repaxtidos pox texcias paxtes, Juez. Concejo y denunciadox».

tendiéndolo así, tratan en la actualidad de acogerse a la Ley de 27 de diciembre de 1956, por medio de sus órganos representativos. La petición de interés, tanto para los propios heredados como para los intereses económicos de Moratalla, está hecha. Es justa y conforme al derecho. Ahora el legislador tiene la palabra.

JOSÉ LUIS PASCUAL ESTEBAN,

Notario de Moratalla (Murcia)

Jurisprudencia de la Dirección General de los Registros y del Notariado

EMBARGO A FAVOR DE LA HACIENDA.—DECRETADO AQUÉL RESPECTO A FINCAS QUE APARECEN INSCRITAS A NOMBRE DE PERSONA DISTINTA DE LA DEUDORA, EL PRINCIPIO DEL TRACTO SUCESIVO, REGULADO EN EL ARTÍCULO 20 DE LA LEY HIPOTECARIA, IMPIDE LA PRÁCTICA DEL ASIENTO SOLICITADO, EN TANTO NO SE PRESENTEN EN EL REGISTRO LOS DOCUMENTOS INDISPENSABLES QUE PERMITAN REFLEJAR EN LOS LIBROS LAS TRANSMISIONES REALIZADAS, CUYA PRESENTACIÓN NO SE HIZO EN TIEMPO Y FORMA, POR LO QUE NO PUEDE DISCUTIRSE EN EL RECURSO GUBERNATIVO CUESTIÓN ALGUNA A LOS MISMOS REFERENTE.

INSCRITO EL PACTO DE CONCESIÓN DE VIUDEDAD UNIVERSAL MUTUA Y RECÍPROCAMENTE ENTRE DOS CÓNYUGES ARAGONESES, AL ACORDARSE EL EMBARGO SOBRE EL USUFRUCTO UNIVERSAL PERTENECIENTE A LA VIUDA Y LA NUDA PROPIEDAD DE LA SOCIEDAD LEGAL CONTINUADA ENTRE LA MISMA Y LOS HEREDEROS DE SU DIFUNTO ESPOSO, EL ART. 64 DEL APÉNDICE FORAL ARAGONÉS, QUE DETERMINA QUE AL FALLECER UNO DE LOS ESPOSOS QUEDA DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL Y NO PUEDE PASARSE A LA SOCIEDAD CONTINUADA, PUES LA UNIVERSALIDAD DEL USUFRUCTO DEL SOBREVIVIENTE HACE A ÉSTE ÚNICO REPRESENTANTE DEL DISFRUTE DEL HABER HEREDITARIO, SIN QUE NADA TENGAN QUE VER EN ÉL LOS HEREDEROS DEL PREMUERTO, PONE DE RELIEVE EL ACIERTO DEL SEGUNDO DE LOS DEFECTOS SEÑALADOS EN LA NOTA CALIFICADORA.

Resolución de 25 de mayo de 1962 («B. O. del E.» de 9 de julio).

En el expediente de apremio seguido contra doña P. A. B., deudora al Servicio Nacional del Trigo, por préstamos concedidos para abonos y semillas, durante la campaña 1958-59, el Recaudador de

Hacienda de la Zona de Barbastro dictó una providencia en 15 de diciembre de 1960 en la que hizo constar: «Desconociéndose la existencia en esta Zona de otros bienes embargables al deudor objeto del presente expediente de apremio, declaraba el embargo de los inmuebles pertenecientes en usufructo universal a doña P. A. B. y la nuda propiedad de la sociedad legal continuada entre doña P. A. B. y herederos de don J. M. F., ya fallecido, que se describen, mediante reseña de 22 inmuebles sitios en Castejón del Puente y su término y un inmueble en término de Barbastro. Asimismo, expresa la referida providencia, que el usufructo viudal universal aparece transmitido por su fallecido esposo don J. M. F., mediante escritura de capitulación matrimonial otorgada en Monzón el 17 de septiembre de 1918. Y la nuda propiedad como representante de la Sociedad legal continuada del artículo 54 del Apéndice Foral Aragonés, ya que el crédito reclamado fué contraído por la ejecutada en beneficio de dicha Sociedad». «Importe del débito, recargos, costas, procedencia y época a que aquél se refiere: 201.119,44 pesetas. En 16 de diciembre de 1960, el Recaudador expidió mandamiento para la anotación preventiva de embargo dirigido al Registrador de la Propiedad de Barbastro, en el que se insertó literalmente la Providencia».

El anterior mandamiento fué calificado con la nota siguiente: «No admitida la anotación que se interesa en el precedente mandamiento. Primero, porque el usufructo universal está inscrito a favor de doña L. S. C., persona distinta de la embargada. Segundo, porque en cuanto a la nuda propiedad que se atribuye a la sociedad continuada entre doña P. A. B. y los hijos de don J. M. F., que es el titular inscrito, no se acredita la defunción de éste, y aun en este caso tampoco sería posible, porque el artículo 64 del Apéndice Foral Aragonés declara incompatible la Sociedad continuada con la viudedad universal y según capitulaciones matrimoniales inscritas, la doña P. A. tendrá la citada viudedad al fallecer su marido, y la otra usufructuaria preferente. Barbastro a 19 de diciembre de 1960».

Interpuesto recurso por el Abogado del Estado, la Dirección confirma el Auto presidencial, ratificatorio de la nota del Registrador, mediante la ajustada doctrina siguiente:

Que las cuestiones que plantea este recurso consisten en resolver si puede anotarse un mandamiento de embargo sobre unas fincas que aparecen inscritas en usufructo universal y nuda propiedad a favor de persona distinta de aquella contra la que se dirige el mandamiento, sin haber presentado los documentos necesarios para poder hacer constar la transmisión a favor de los actuales titulares.

Que decretado el embargo respecto de fincas que aparecen inscritas a nombre de persona distinta de la deudora, el principio del tracto sucesivo, regulado en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, impide la práctica del asiento solicitado, mientras no se presenten oportunamente en el Registro los documentos indispensables que permitan reflejar en los libros las transmisiones realizadas, ya que en este expediente sólo pueden surtir efecto los presentados en tiempo y forma, toda vez que en el recurso gubernativo no pueden ser discutidas más cuestiones que las relacionadas «directa o indirectamente» con la calificación del Registrador.

Que acordado el embargo de los bienes pertenecientes a la sociedad legal continuada entre la viuda y los herederos de don J. M. F., es evidente el acierto del segundo defecto de la nota calificadora, pues figura inscrito el pacto de capitulaciones matrimoniales que establece el derecho de viudedad universal, y el artículo 64 del Apéndice Foral impide la subsistencia de la sociedad conyugal, que por ser incompatible no puede ostentar la titularidad registral de los bienes.

Que, conforme ya declaró este Centro en la Resolución de 1 de octubre de 1929 no tienen acceso al Registro situaciones transitorias que se engendran por la muerte de uno de los cónyuges, pues aunque se halle pendiente de liquidación y ulterior destino el patrimonio de la sociedad, ello no implica la aparición de una nueva entidad jurídica, por todo lo cual no podría anotarse el mandamiento expedido en las condiciones que concurren en este caso, puesto que debería haberse dirigido contra los verdaderos titulares de los bienes que se pretenden embargar.

Cuestionó el Abogado del Estado en su escrito de impugnación sobre si los defectos apuntados por el Registrador sería mejor reputarlos de «subsanales» que no de «insubsanales», como éste

los estimó, dada la trascendencia al sanarlos de la retroacción al momento del asiento de presentación y toda vez que, respecto al primero de los señalados, acompañaba las partidas—una sacramental y otra del Registro Civil—de defunción de los anteriores titulares del usufructo de las fincas según el Registro; y en cuanto al segundo de tales defectos, que, como al anterior lo creía inoperante, se basaba para ello en una sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia de Zaragoza de 26 de enero de 1957, que atribuye la legislación al cónyuge viudo, en caso de viudedad universal hasta que se practique «la liquidación de la sociedad conyugal disuelta, pero no liquidada», para poder ejercitar ciertas «facultades sobre la comunidad conyugal continuada *de facto*».

Como muy bien le replicó el Registrador, la apreciación de la calidad de los defectos es del criterio del que califica, a más—y esto sí que es fundamental—de que la aportación de documentos posteriores no puede influir en la calificación del principal que se califica, por no ser ya aquéllos admisibles (art. 117 del Reglamento Hipotecario, cuyo contenido ha sido harto reiterado por la Dirección). Y en cuanto al argumento del recurrente referente al segundo defecto de la nota, escribe textualmente dicho funcionario «que la sutileza jurídica contenida en la sentencia alegada es registralmente inadmisibile, por su escaso valor jurisprudencial como única, y porque el precepto del artículo 64 del Apéndice Foral para Aragón es terminante y no deja resquicio al Registrador para la interpretación». A lo que añadió lo declarado en la Resolución de 1.º de octubre de 1929 (léase último Considerando de la presente), como las vacilaciones dominantes respecto a si es embargable o no, con independencia de la nuda propiedad, el usufructo foral, respecto de lo cual nosotros, aunque concretamente el problema se refería a la disponibilidad del mismo, nos pronunciamos por la negativa, pues como en reciente artículo sostiene el culto Notario don José Madríguez Sarasola, estos usufructos «no están establecidos en interés de su titular, sino más bien de los hijos, de los tutelados, de la familia en general; están indisolublemente unidos a una cualidad o posición jurídica más amplia: la de padre, marido, etc., y por tanto, la inseparabilidad es una consecuencia refleja de la intrásmisibilidad de esta cualidad. En suma: la inseparabilidad resulta de la vinculación de la titulari-

dad a una situación más amplia, o de que los derechos no están atribuidos en interés del titular, no siendo éste el destinatario, sino el simple órgano portador de intereses superiores de los que no puede a su arbitrio disponer» (*Los Derechos personalísimos*, «Revista de Derecho Privado», abril 1962, págs. 282 y 283).

ESTIPULÁNDOSE EN UNA ESCRITURA DE VENTA DE INMUEBLES QUE LA FALTA DE PAGO DE LA CANTIDAD APLAZADA A SU VENCIMIENTO DARÁ LUGAR A LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO, HACIENDO SUYAS EL VENDEDOR LAS CANTIDADES PERCIBIDAS EN CONCEPTO DE INDEMNIZACIÓN Y PENA CONVENCIONAL, SI BIEN EL COMPRADOR PODRÁ EVITAR LA RESOLUCIÓN DE LA VENTA PAGANDO LO ADEUDADO AUN DESPUÉS DE VENCIDO DICHO PLAZO, ÍNTERIN NO HAYA SIDO REQUERIDO PARA ELLO POR ACTA NOTARIAL, Y TERMINADO EL PLAZO REGLAMENTARIO PARA CONTESTARLA, PUEDE ENTENDERSE COMO SIMPLE CUESTIÓN TERMINOLÓGICA LA DE SI DEBE ESTIMARSE COMPRENDIDO ENTRE LAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EXPLÍCITAS A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 11 DE LA VIGENTE LEY HIPOTECARIA.

Resolución 13 de junio de 1962 («B. O. del E.» de 7 de julio).

En escritura autorizada por el Notario de esta capital don Juan Vallet de Goytisolo, con fecha 11 de abril de 1961, doña M. vendió a doña María T. el piso bajo derecho exterior C de la casa número 17, hoy 19, de la calle Doce de Octubre, por precio de 130.000 pesetas, de las que 70.000 quedaron aplazadas de pago, estipulándose en la cláusula 3.ª que la falta de pago de la cantidad aplazada a su vencimiento dará lugar a la resolución de este contrato, haciendo suyas la vendedora las cantidades percibidas en concepto de indemnización y pena convencional, pero la compradora podrá evitar la resolución de esta venta pagando lo adeudado aun después de vencido dicho plazo, ínterin no haya sido requerida para ello por acta notarial y terminado el plazo reglamentario para contestarla.

Presentada la anterior escritura en el Registro, fué calificada con la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento, con la excepción que se dirá en el Registro de la Propiedad número 2 de esta capital, en el tomo 310 del archivo, folio 20, finca núme-

ro 6.555, inscripción-cuarta. Suspendida la inscripción en cuanto a los plazos de pago del precio aplazado, y en la cláusula tercera, por observar como defecto subsanable el de que no apareciendo en ella explícitamente articulada la resolución de pleno derecho, tal supuesto no puede repercutir en perjuicio de tercero. Sin que tampoco tenga esta repercusión la resolución del artículo 1.124 del Código Civil institucional en todo caso de aplazamiento y encuadrada en el 1.504, por no haberse dado a la falta de pago carácter de condición resolutoria explícita. Calificativo este último notablemente diferenciado del que expresa. No admitida la inscripción de la cláusula quinta por ser opuesta a la libre contratación sobre inmuebles. Madrid, 11 de julio de 1961.

Interpuesto recurso por el Notario autorizante de la escritura, la Dirección revoca la nota calificadora, confirmando el auto presidencial, mediante la doctrina siguiente:

Que en este expediente se plantea la simple cuestión terminológica de si puede estimarse como comprendida entre las condiciones resolutorias explícitas a que se refiere el artículo 11 de la vigente Ley Hipotecaria la que figura estipulada por las partes en la escritura calificada.

Que gramatical y jurídicamente las condiciones resolutorias explícitas y expresas tienen idéntica significación, que tanto unas como otras implican la subordinación de los efectos del negocio jurídico a algún suceso en forma pública y manifiesta, sentido con el que se emplean en la escritura calificada, en la que se revela inequívoca la voluntad de los contratantes de atribuir a la falta de pago del precio aplazado carácter resolutorio, susceptible de surtir efecto en perjuicio de tercero.

Que como ya declaró este Centro en la Resolución de 3 de junio de 1961, es preciso distinguir entre las condiciones resolutorias inherentes a las obligaciones bilaterales y la posibilidad que tienen las partes de asegurar o garantizar su derecho mediante el empleo de determinados pactos, entre ellos el comisorio, por virtud del que se estipula que el impago del precio juegue como condición resolutoria, el cual, inscrito en el Registro al amparo de los artículos 9 y 11 de la ley sustantiva, puede reproducir efectos frente a terceros:

Va a resultar un tanto extraño el comienzo de nuestra glosa a esta interesante Resolución. Y es que por vez primera vamos a anteponer a nuestras reflexiones las que en carta que transcribimos nos envía uno de los más prestigiosos Registradores de cuantos desde sus inicios han figurado en nuestros Escalafones. Se trata de don Antonio Ríos Mosquera, cuya labor jurídica es intensa y extensa y anda suelta en múltiples publicaciones diarias y profesionales y en escritos de diversos pleitos sobre materia de Derecho privado y administrativo, habiendo dedicado especial atención a los Foros, arrendamientos rústicos, problemas agrarios—desde la vicepresidencia de la Junta Provincial Agraria de Pontevedra—, económicos, derecho aéreo—en una época en que se comenzaba su investigación—, teoría constitucional, etc., etc.

En REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO publicó interesantes y meditados estudios sobre *Prohibiciones de enajenar, Cargas inmobiliarias, Inscripción de arrendamientos, Los buques ante el Registro Mercantil, Nuevo ordenamiento hipotecario y régimen de la pequeña propiedad, Inscripciones relativas a las Sucursales sociales y honorarios procedentes, Modificaciones hipotecarias*, etcétera, etc.; y en los Suplementos de la Revista, y bajo el epígrafe de «Pequeñas cuestiones», en breves líneas, trató de problemas registrales, muchos de ellos con original visión, relacionados con el Registro de la Propiedad, el Mercantil y el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, modelos de claridad y útiles para la vida profesional. Y como precursor de este último, instauró, siendo titular de Gijón, conforme a la Ley de 1941, ese Registro, que produjo efectos muy beneficiosos en una época de tanta actividad industrial y gracias a cuyos asientos se evitaron quiebras, juicios ejecutivos y en general procedimientos que se actúan por la inseguridad de las prestaciones, lo que dió a conocer en 1952 en el Instituto de Estudios Jurídicos, en brillante conferencia titulada «Desde la fiducia a la hipoteca mobiliaria», en la que se contienen las experiencias de esa materia registral, estudiando las bases para la creación del Registro de cosas muebles, como hay en otros países, y que la Ley vigente, de 1954, no recogió por haberse limitado a registrar los gravámenes, sin poder calificar la preexistencia de las cosas que se ofrecen en garantía.

A pesar de estar ya jubilado, sigue don Antonio Ríos preocupán-

dose de los problemas del Derecho registral, aprovechando su magnífico fichero, labor de muchos años de trabajo, de resumen de múltiples cuestiones estudiadas en su bien nutrida biblioteca. Esperamos que algún día pueda dar a la imprenta muchos de sus puntos de vista. Y con ese entusiasmo hacia nuestra Institución, con ocasión del Centenario de la Ley, donó, en el año 1957, la suma de 50.000 pesetas para premiar una obra sobre investigación de Derecho Hipotecario, que no se otorgó por no merecerlo los trabajos recibidos, pero que de nuevo se convocará por el Colegio, en cuyo poder figura aquella suma desde el año dicho. Ha poco también hizo un donativo de libros para la Biblioteca de nuestro Colegio.

Finalmente, hay otro aspecto interesante y simpático de este compañero. Cuantas impaciencias siente y que pueden traducirse en mejoras de la legislación las comunica a los Centros Oficiales por si algún día pueden ser aprovechadas en ulteriores reformas, y así durante la guerra de liberación estuvo en contacto con la Junta de Defensa, y luego con la Junta Técnica del Estado, y gracias a ello, en los primeros momentos de confusionismo, salvó en la zona liberada el cuadro de sustituciones de Registros vacantes, evitando así que las propuestas del presidente de la Audiencia de La Coruña, designando Abogados para ocupar los Registros vacantes, cediera ante el cuadro de sustituciones, que era lo procedente.

En el último curso de 1961-62 explicó en la Facultad de Derecho, Sección del doctorado, la cátedra de Temas fundamentales de Derecho Hipotecario, dotada por el Colegio de Registradores, que viene a poner un broche de oro a sus trabajos de, cuando apenas ingresado en el Cuerpo, publicó unos *Principios generales de Derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria* (Instituto Reus, 1926), que se distinguen por el estudio personal de muchas materias, que al par de su exposición sistemática van apoyados de clara doctrina legal y jurisprudencial atinentes a cada caso.

Y toda esa actividad le permite todavía una faceta más de su vida: la del placer de ir reuniendo en su hogar, múltiples aportaciones de objetos coleccionables (relojes, monedas, cuadros, muebles, etc., etc.), a los que dedica sus pocos ratos de ocio, si es que puede tenerlos.

Dice tal carta así:

«Sr. D. Ginés Cánovas Coutiño.

Querido amigo: Jubilado y próximo el día de mi ingreso en ese beatífico cuerpo de pasivos, que desearé no mitigue mi vocación a las cuestiones hipotecarias con el dulce no hacer que muchos aceptan complacidos, quiero decirte el punto de vista mío—formado después de más de cuarenta y dos años de experiencia—sobre las cuestiones últimamente debatidas en materia de *condiciones resolutorias*, tan íntimamente ligadas con el progreso evolutivo de nuestra legislación inmobiliaria.

Todos sabemos que las necesidades de orden social tienden a que las instituciones jurídicas cristalicen en formas eficientes y ramas nuevas como el Derecho Registral, que a la vez que se desprenden de otras más amplias y nebulosas, se concretan en formas que desenvuelven por sí una actividad que antes tenía que ser declarada por un órgano judicicial. Esas formas son verdaderos *status* en el sentido romano de la palabra. ¿Cómo llegamos a los artículos 17, 34, 38, 41, 105, 131, etc., de la Ley Hipotecaria? Hace más de cien años esas conclusiones se obtenían por una sentencia. Hoy son el efecto de presunciones legales que declaran la sustantividad de la inscripción. Los asientos del Registro producen, con independencia del título y otros presupuestos, esos efectos, Instituyen esos efectos, los crean. El verbo latino *instituo, is, úi, ére, utum*, significa fundar, construir, hacer. No duda ningún juez ante el artículo 41 de la ley, y en cambio exigirá prueba para el interdicto de adquirir o para la posesión judicial, y es que cuando se publicó, en 1881, la Ley Procesal civil, no regía aún el artículo 24 de la Hipotecaria de 1909, hoy 38 de la de 1946. La legislación hipotecaria huye de las declaraciones jurisdiccionales y quiere actuar por sí, con lo que socialmente muestra un evidente progreso, pues si tales efectos hubieran tenido que ser obtenidos por una sentencia, el malestar social sería evidente: «Pleitos tuvieres aunque los ganares», dijo no cualquier vulgar gitano.

Y vamos a eso de las condiciones resolutorias. Se escribió tanto, se dijo tanto sobre ello, que no es fácil seguir las diversas opiniones.

Pero lo que sabemos todos es que la condición es una circunstancia que no es *elemento natural* de la institución, y aplico esta

palabra en el sentido dicho, pero que influye en ella por ese principio de autonomía de la voluntad que tan bien nos va a los latinos—*numerus apertus*—y que tantas limitaciones sufre en los sistemas de *numerus clausus*—de «clauso»; *is, si, sum, ère*, cerrar—. *Conditio juris* y *conditio facti* son distinciones que todos conocemos. En un contrato de opción, nadie dirá que hay *conditio facti* y habrá poco más condicional. En la institución de la compraventa nadie dirá que hay *conditio facti* del pago del precio, y si que este elemento es *conditio juris* de la institución.

Tampoco no cabe decir que el pacto comisorio no es una institución y que su contenido es una *conditio facti*. La Resolución de 3 de junio de 1961 nos dice que nació en el Derecho Romano y amparado por el derecho intermedio acabó, merced al derecho consuetudinario, por estimarse siempre comprendido en toda clase de contratos sinalagmáticos, con lo que—añado yo—adquirió el concepto de institución. Inscribir el pacto comisorio es inscribir el contenido de una institución, como se inscribe un censo u otro acto de los que enumera el artículo 2 de la Ley. Y si bien el artículo 1.504 del Código civil figura entre las disposiciones de la compraventa, también la evicción y saneamiento que es aplicable a todos los contratos onerosos está en el título IV del Libro IV del mismo Código.

Tampoco se puede decir que el artículo 1.124 del mismo texto legal origina una *conditio facti*, aunque sea una *conditio juris* de toda obligación bilateral.

Por ello, si lo que se inscribe en el Registro son *instituciones*—formas jurídicas definidas; *conditio juris* si no hay otras circunstancias *conditio facti*—nunca se puede sobreentender que en el Registro hay *conditio facti*.

Esta conclusión es evidente y la confirma el artículo 9.º de la Ley Hipotecaria, que manda que solamente cuando hubiere condiciones suspensivas o resolutorias estas circunstancias deben constar en la inscripción o asiento. Y el artículo 51 del Reglamento Hipotecario, regla 6.ª, manda que se copien literalmente las condiciones suspensivas, resolutorias, rescisorias, revocatorias, *establecidas en el título* que se inscribe. Naturalmente se trata de *condiciones facti*.

Y si esto es claro, resalta más su claridad el artículo 11 de la

ley, que exige que la condición—*facti*—, para que perjudique a tercero; se ha de dar a la falta del pago del precio en el día convenido (aplazamiento equivale a día cierto—art. 1.125 del C. c.—), el carácter de condición resolutoria explícita. «Fijémonos, dice la ley: carácter de condición resolutoria explícita». No sirve cualquier condición. Ha de ser *explícita*. Pero el Registrador no puede, por su función rogada, decir que es *explícita* una condición que las partes no calificaron de tal.

Por eso la calificación de mi inteligente compañero REZA ULLOA en varios documentos, exigiendo que para que haya resolución hipotecaria la condición ha de ser expresa, me parece ajustada a los cánones puros del sistema. No sirven para producir los efectos del Registro las condiciones resolutorias que *no sean explícitas*, no en el documento, sino en el Registro, y para que el Registrador las pueda calificar de tales y que formen parte de la inscripción, es necesario que el título expresamente diga que se solicita que en el Registro conste como tal condición explícita. Y de pasada, debo decir que en el lenguaje no es lo mismo explícita que expresa. Explícita, del latín «explico», *as, avi o cûi, atum o itum, are*, significa desplegar, desenvolver, desarrollar un plan, y representa la idea de actividad, de hacer, *agere*; y en cambio, el verbo «exprimo», *is, spressi, expresum*, más bien representa la idea de exprimir, como prensado, y también expresar.

En el sistema registral es más propia la palabra *explícita*, que originariamente expresa la idea de actuación por su propia índole, que la de expresar, que originariamente es actuar, pero por comprensión. Aquélla indica el pacto, el *agere*; ésta, la decisión judicial, el *actum*.

Y nuestros legisladores de 1861—que sabían castellano—, ya en el artículo 37 de la Ley, hablaron de las acciones rescisorias y resolutorias que deban su origen a causas que consten explícitamente en el Registro, si bien tanto ese artículo 37 del año 1861, como el 37 de la ley actual, actúa de modo diferente que la condición resolutoria explícita del artículo 11 de la Ley, pues las causas explícitas del artículo 37 engendran acciones judiciales, y las del artículo 11 producen un efecto registral por el procedimiento del artículo 59 del Reglamento.

La Ley de 1944, en su artículo 11, nos habló de la condición

resolutoria expresa, y, sin embargo, en el 37 habla de causas que consten explícitamente en el Registro, expresiones que no son equivalentes, sobre todo, por sus efectos.

Y por esa aspiración a la eficiencia que las instituciones persiguen, es visto que, inscrita la condición resolutoria, explícita en el Registro, el artículo 59 del Reglamento concede al Registrador la facultad de, mediante el cumplimiento de los requisitos formales que señala, cancelar una inscripción vigente—que, como todas, está bajo el amparo y salvaguardia de los Tribunales, y sustituirla por otra a favor del vendedor, procedimiento de índole judicial que no se ejercita ante el Juzgado, sino ante el propio Registro. Y repárese que los requisitos del artículo 59 del Reglamento Hipotecario no son los mismos del artículo 1.504 del Código civil. Este no concede valor liberatorio al plazo, y en el 59, contra la voluntad del vendedor no puede pagar el comprador. En el caso del artículo 11 de la Ley Hipotecaria, no puede cancelar la condición resolutoria por el simple hecho del pago, después de transcurrido el plazo, y en cambio, en el artículo 1.504 puede extender la nota de pago, entre tanto no conste el requerimiento del vendedor. Aquí estamos en derecho civil, allí en derecho inmobiliario. Y, conforme a este derecho, al faltar la inscripción de la condición resolutoria explícita, el Registrador no puede aplicar el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, y el interesado tendría que acudir, como antes del sistema registral, al Juez para que decida la contienda, que, en otro caso, resolvería el propio Registro.

A mi juicio, la Resolución de 13 de junio último no dice nada nuevo. Manda que se inscriba el pacto comisorio y tiene razón. ¿Pero con efectos hipotecarios conforme al artículo 11 de la Ley y 59 del Reglamento? Eso lo veremos cuando llegue el momento de aplicar el artículo 59 del Reglamento. Pudo ALFREDO REZA decir: «Inscribo la relación jurídica, pero no la condición resolutoria explícita, que no la hay». ¿Y entonces? Agotada la calificación, firmado el asiento, ¿podría la Dirección decir: inscriba? ¿Pero si no hay condición resolutoria explícita, ni se solicitó su inscripción!

Y con esta visión parcial del problema, y a mi parecer desdénando la aspiración de las instituciones a ser eficientes por sí, sin necesidad de un acto jurisdiccional, se llegó al supuesto de la resolución de 3 de junio de 1961, que no aplicando siquiera lo que

dicen los párraos 7.º, 8.º, 9.º y 10 del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, convirtió al vendedor con precio aplazado, pero no condición resolutoria explícita, en un tercer poseedor, sin serlo, y del artículo 11 de la ley, lo mandó al artículo 37—para que ejercite una acción resolutoria explícita. ¡Oh Manes del párrafo 6.º del artículo 175 del Reglamento Hipotecario, en un tiempo en que la legislación de la Vivienda impone cada vez más la aplicación del artículo 59 del Reglamento! Este imperando sobre la ley, ¡y de qué forma! ¡Pobre artículo 1.255 del Código!— De 1.000 pagaste 999, y por 1 que debes, pierdes lo pagado. Y no se diga lo injusto que representa para la mujer casada, que no interviene en ese pacto resolutorio: a sus espaldas, pierde la parte de precio que haya entregado de su peculio.

No olvidemos, pues, la función del Registro. Lo que éste da no se pide al juez, y en cambio cuando no se dan lo supuestos registrales, el interesado, como antes del sistema hipotecario, tiene que recorrer el peligroso camino de los pleitos, disminuyendo su protección y recogiendo dentro del marco del artículo 37 de la ley y ejercitando una acción resolutoria.

Un fuerte abrazo de tu affmo. amigo y compañero, *Antonio Ríos Mosquera.*»

* * *

Unas breves apostillas por nuestra parte vamos a añadir al brillante alegato de nuestro compañero Antonio Ríos.

¿Se trata de una *simple cuestión terminológica*, como expresa nuestro Ilustre Organismo Rector ésta de la cláusula debatida, o por la forma de haber sido la misma redactada trasciende esa *simple cuestión* a efectos hipotecarios, como es el parecer del Registrador que califica, al que hemos visto que tan apasionadamente se suma Ríos?

Escribe Roca que para que un acto con condición suspensiva sea inscribible, así como para que una condición resolutoria sea registrable, es preciso que en ambos casos la condición afecte *directamente* al derecho correspondiente, o sea que tenga trascendencia real, puesto que si al cumplirse la condición no se produce *de iure* o *automáticamente* la adquisición o transmisión del derecho (condición suspensiva) o su reversión o transmisión (condición resolutoria), sino que tan sólo produce una obligación de transmitir o re-

transmitir, entonces no hay acto inscribible o condición registrable.

Para nosotros ahí está la clave de la cuestión. Mas esta resolución, ¿se produce ciega y automáticamente—en expresión de Irurzun—por la sola realización del evento, el impago del precio o, en general, el incumplimiento de la prestación?

Para este autor, tal evento—o impago, ciñéndonos al problema planteado—sólo concede al acreedor un *derecho a resolver* el contrato, pero no provoca automáticamente esta resolución. Y deduce su aserto, tanto del inciso central del artículo 1.504 del Código civil: «que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tenga lugar de pleno derecho la resolución del contrato», como de la dicción del artículo 11 de la Ley Hipotecaria: «se dé a la falta de pago el carácter de condición resolutoria explícita».

De admitirse tal juego automático—deduce—le bastaría al deudor incumplir (acto negativo perfectamente voluntario) para provocar la realización del evento condicional que daría lugar a la resolución. Determinaría la nulidad de la obligación condicional (art. 1.115), quedando al arbitrio de uno de los contratantes el cumplimiento del contrato (art. 1.256).

Por ello—más adelante de su trabajo, meritisimo trabajo—estima Irurzun que Roca, limitándose a reiterar su teoría de la condición resolutoria, no se ha preocupado de explicar la función ni el contenido del requerimiento que exige el artículo 1.504 del Código civil, y es más, sin advertir que el propio artículo 59 del Reglamento Hipotecario contiene un interesante cambio de terminología y una frase que destruye la posibilidad de la teoría de la condición.

Esta frase y cambio de terminología a que se refiere Irurzun del artículo 59, respecto a su antecedente 97 (R. H. de 1915) es sin duda, en nuestra creencia, la de la *notificación*—en vez de *requerimiento*—del vendedor al comprador de *quedar resuelta la venta* (a más del añadido de que se acompañe el título del vendedor).

Estimamos que no puede achacársele a Roca tal inadvertencia, por la sencilla razón de que el mismo escribe contemplando el derecho hipotecario, adonde llegan los negocios puramente conformados en Derecho civil, para que allí, en el campo registral, desplieguen sus irreversibles efectos, ese automatismo funcional que regulado en Derecho civil por la jurisprudencia a la manera que in-

dica Irurzun, ha sido recogido con toda energía—art. 11 de la ley—y sencillez—art. 59 del Reglamento—por el legislador hipotecario.

Si como el mismo Irurzun explica, siguiendo a Manresa y nutrida jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, la naturaleza del *requerimiento* del artículo 1.504 del Código civil no es otra sino la *notificación* auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato; el que para la máxima claridad se haya llevado esto al Reglamento Hipotecario en modo alguno puede interpretarse como la desvirtuación del automatismo de la condición resolutoria frente al Registro. Todo lo contrario. Porque como es aquí donde despliega plenamente su función, debe llegar a él con la máxima pureza. Entonces, el Registrador actúa *ipso iure*, sin necesidad de orden o mandato—mandamiento—, es decir, forzosa o automáticamente.

Este automatismo registral nace de lo transcrito *supra* del texto de Roca, o sea de la transcendencia real de la obligación en la que se da a la falta de pago el carácter de *condición resolutoria explícita*.

En tal locución *explícita*—añadida o engarzada—a la falta de pago, acaso sea donde tan inteligente autor—Iruzun—encuentra transportada su teoría sobre la naturaleza del requerimiento del derecho civil al hipotecario, que nosotros, matizando o sutilizando, si se quiere, la cuestión, no la vemos así, por estimar—según venimos propugnando—propio de este último tal automatismo que el derecho civil—podríamos conceder—le da conformado.

Por ello, y si, como escribe Ríos Mosquera, la Dirección—en esta Resolución que nos ocupa—no dice nada, sino tan sólo que se inscriba el pacto comisorio..., sin prejuzgar sus efectos posteriores, ¿no podrá pensarse o deducirse acaso que lo que debió declarar es que, por tratarse de un mero pacto obligacional sin transcendencia real alguna, no podía tener acceso al Registro? (regla 6.^a *in fine*, art. 51 R. H.). Y es que—estimamos—debe ponerse sumo cuidado en la redacción de estas cláusulas de condición resolutoria, cual, según resalta el Registrador del recurso, hacen muchos Notarios, evitando con ello que las no así conformadas se conviertan de cláusulas de estilo en norma, con lo que daríamos un salto atrás que volverá a situarnos en el mismo punto en que nos hallábamos antes de la reforma, como dijo con justeza el ilustre Notario de Madrid Enrique Giménez Arnau.

Por tanto, cuanto tan brillantemente expone Irurzun, viene a confirmar lo que sostiene el funcionario calificador y apoya Ríos Mosquera. Al Registro no pueden llegar negocios equívocos, máxime como éste del impago, que llevan en su interior posibles nulidades, si no van revestidos de todo formalismo y claridad, cual será el empleo de la locución «explicita» que exige el artículo 11 de la Ley Hipotecaria, como símbolo que implica el automatismo, consubstancial en el desenvolvimiento de efectos registrales de la condición resolutoria.

Pero exista automatismo hipotecario al cumplirse la resolución, tal como lo vemos nosotros, o que el mismo se efectúe a través de la provocación del vendedor, mediante la «notificación», como parece centrar la cuestión Irurzun (que si bien nos fijamos es lo mismo), la realidad siempre será la de que el automatismo—consubstancial, insistimos, en el campo registral—o la provocación de voluntad del vendedor, en la forma dicha, han de constar *explícitamente* constatados en los Libros Hipotecarios.

Y es que, a nuestro juicio y en resumen, para la seguridad del tráfico—finalidad primordial de nuestro sistema inmobiliario—, el Derecho, a veces más que «forma» es «fórmula»: manifestación real de un proceso psíquico hecho con palabras rituales, sin las cuales no se puede conseguir el efecto jurídico deseado.

Y si, parafraseando a nuestro admirado Juan Vallet, agregamos que el Derecho, al proyectarse sobre lo hipotecario adquiere dimensión de geometría jurídica, se comprenderá que nuestra postura esté más cerca de los Registradores Reza y Ríos Mosquera que de lo declarado por la Dirección, sin que ello signifique que no se nos alcance lo dudoso y delicado de la cuestión.

* * *

Véase:

ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, tomo II, edición 1948.

IRURZUN GOICOA, *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio*. Notas para un ensayo de su diferenciación, «Revista Internacional del Notariado», 4.º trimestre 1961, núm. 52.

JIMÉNEZ ARNAU, *Las condiciones en el Registro de la Propiedad*. Conferencia. Centro de Estudios Hipotecarios.

VALLET DE GOYTISOLO, *La crisis del Derecho*. Separata.

LA CLÁUSULA «SE SOMETE LA COMPRAVENTA A LA CONDICIÓN RESOLUTORIA DE LA FALTA DE PAGO EN SUS RESPECTIVOS VENCIMIENTOS DE CUALQUIERA DE LAS LETRAS DE CAMBIO, BASTANDO PARA ACREDITARLA CON SU PROTESTO, QUE OPERARÁ DE PLENO DERECHO DESDE LOS QUINCE DÍAS SIGUIENTES, SIN NECESIDAD DE OTRA INTIMACIÓN, QUEDANDO EL IMPORTE DE LOS PAGOS ANTERIORES EN BENEFICIO DE LA VENDEDORA, COMO CLÁUSULA PENAL E INDEMNIZACIÓN POR EL USO DEL PISO», ES INSCRIBIBLE Y EFICAZ RESPECTO DE TERCEROS, PUES CUALQUIERA QUE SEAN LOS TÉRMINOS GRAMATICALES EMPLEADOS EN LA REDACCIÓN DE ESTAS CLÁUSULAS DE APLAZAMIENTO DE PAGO DEL PRECIO, HA DE ATENERSE A QUE RESULTE DE MANERA CLARA Y PRECISA LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE CONSIDERAR EL IMPAGO COMO CONDICIÓN RESOLUTORIA.

Resolución de 18 de junio de 1962 («B. O. del E.» de 12 de julio).

Don José González Palomino, Notario de Madrid, autorizó el 21 de febrero de 1961 una escritura de compraventa en la que doña C. B., con licencia y consentimiento de su esposo, vendió a don A. G. el piso primero, letra D, de la casa número 42 de la calle de Duque de Sesto de esta capital, en precio de 410.060,40 pesetas. El comprador retuvo del precio 100.000 pesetas, importe de un crédito hipotecario, y el resto, 310.060,40 pesetas, se satisfizo a la vendedora por la entrega hecha por el comprador de 16 letras de cambio, que se reseñan a efectos del artículo 1.170 del Código civil; y se estableció el pacto, que literalmente dice: «Se somete la compraventa a la condición resolutoria de la falta de pago en sus respectivos vencimientos de cualquiera de las letras de cambio, bastando para acreditarla con su protesto, que operará de pleno derecho desde los quince días siguientes, sin necesidad de otra intimación, quedando el importe de los pagos anteriores en beneficio de la vendedora, como cláusula penal e indemnización por el uso del piso».

Presentada la primera copia de la escritura en el Registro de la Propiedad número 2, fué calificada por la siguiente nota: «Inscrito el precedente documento, con la excepción que se dirá, en el Registro de la Propiedad núm. 2 de esta capital, tomo 496 del archivo, folio 65, finca 13.230, inscripción cuarta. Suspendida la inscripción, en cuanto al aplazamiento de pago, por el defecto

subsana ble de que si bien, con arreglo a la redacción que el artículo 11 de la Ley Hipotecaria se le dió por la de diciembre de 1944, sólo la resolución automática actuaba en perjuicio de tercero, no lo es menos que la enrevesada redacción que a dicho artículo se le dió por el 6.º refundido, recaba como requisito indispensable para que él despliegue su fuerza, que, a falta de pago, se le atribuya por los interesados efecto en cuarto a tercero, que en esto desemboca la terminología legal, requisito que no aparece cumplido. Madrid, 24 de junio de 1961».

Interpuesto recurso por el Notario autorizante, la Dirección confirma el auto del presidente de la Audiencia, revocatorio de la nota del Registrador, mediante el Considerando siguiente:

Que este expediente plantea la misma cuestión decidida por la Resolución de 13 de junio de 1962, ha sido defendida con idénticos argumentos, y se adujeron en apoyo de la pretensión los mismos fundamentos legales, por lo que procede reiterar la doctrina en ella declarada de que, cualesquiera que sean los términos gramaticales empleados en la redacción de la cláusula de aplazamiento de pago del precio, siempre que resulte de manera clara y precisa la voluntad de las partes de considerar el impago como condición resolutoria, podrá inscribirse conforme al artículo 11 de la Ley Hipotecaria, en el Registro de la Propiedad, a fin de que sea eficaz respecto de terceros.

Poco o nada debíamos decir respecto a la Resolución precedente, pues bastaría con ratificarnos en lo ya expuesto con referencia a la de 13 de junio del presente año.

Más técnica, hipotecariamente hablando, la cláusula de la escritura calificada, a nuestro juicio, que la que motivó aquella Resolución, de marcado o puro sabor civilista (y de ahí nuestra alusión al texto, que en nuestra glosa transcribíamos, de Roca SASTRE, que puede leerse en las páginas 261 y 262, con cuanto escribe en ésta, y en la 352 del tomo II de su *Derecho Hipotecario*, éd. 1948), sólo en la cláusula de referencia de la escritura origen del recurso que nos ocupa, la falta de la palabra «explícita» parece podría servir de fundamento a la calificación de suspensión de la misma por el Registrador. Pero, en nuestro entendimiento, no de la cláusula por

si sola, sino del título total, ya que, de acuerdo con el Notario autorizante, tratándose de una compraventa condicional y siendo, por tanto, ese negocio jurídico un todo unitario, cuyos elementos no pueden desintegrarse, al inscribir parte del título dejando fuera del Registro el pacto de garantía, transforma el Registrador el negocio condicional en puro, cosa muy distinta a lo preceptuado en el párrafo segundo del artículo 434 del Reglamento Hipotecario, si bien en éste la cuestión se presta a interpretación diversa, es de nuestro deber puntualizar.

Claro, que lo dicho podía aplicarse a la anterior Resolución, pero como allí el Notario impugnador de la calificación no matizó esta cuestión, nos abstuvimos de aludir a ella para mayor claridad y concisión de las respectivas glosas. Cuestión ésta, por otra parte, no abordada por nuestro Ilustrado Centro Directivo, no obstante su trascendental importancia, ya que, como afirma el Notario que provocó este recurso, tal calificación hasta podría constituir un caso de responsabilidad civil para el Registrador.

De todos modos, aparte la falta de la locución «explicita», también echamos de menos en la debatida cláusula cuanto exige el artículo 50 del Reglamento Hipotecario, y ello unido a la *intimación* anticipadamente pactada—dictada, se diría, prevaleciéndose de la superior posición que ostenta la vendedora con precio aplazado—nos obliga a mirar con prevención dicha cláusula, que si admitida en la compraventa, debe configurarse con la pureza que el Código civil—art. 1.504—y la Ley y Reglamento Hipotecario—artículos 11 y 59, respectivamente—determinan. No olvidemos la repulsa del legislador civil—arts. 1.859 y 1.884—del pacto comisorio añadido a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis, la regla 6.ª del artículo 175 del Reglamento Hipotecario y la interrogante de la doctrina de hasta dónde es lícito actúe el pacto comisorio como garantía.

Puede verse para todo esto la segunda parte del trabajo de IRURZUN, tan comentado en nuestra glosa a la Resolución de 13 de junio, en el número 53—primer trimestre 1962—de la «Revista Internacional del Notariado»: *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio. Notas para un ensayo en su diferenciación.*

Jurisprudencia del Tribunal Supremo

CIVIL

I.—FAMILIA.

SENTENCIA DE 12 DE DICIEMBRE DE 1961.—*Matrimonio civil.—Posible y eficaz prueba de catolicidad, aunque la Iglesia católica—autoridad eclesiástica diocesana—nada haya expuesto después de un mes de habérsele comunicado el proyectado matrimonio.*

Se interpuso demanda contra el Ministerio Fiscal, a fin de que se declarase el derecho de doña... y don... a contraer matrimonio civil. Los demandantes habían seguido expediente con el fin de contraer matrimonio civil. Aunque habían sido bautizados, en su infancia en la Iglesia católica, profesaban, según sus alegaciones, la religión Evangélica Bautista; expediente que fué resuelto en sentido negativo.

El Ministerio Fiscal se opuso a la demanda, la cual fué desestimada en primera y segunda instancias.

El Tribunal Supremo revocó la sentencia recurrida, y declaró que no existía obstáculo legal para el matrimonio civil.

Razonó así: Que no obstante no ser potestativo el escoger la clase de matrimonio de los dos que reconoce la ley, sino obligado para los católicos el celebrarlo conforme a las prescripciones de la Iglesia, y ser cierto, que tienen la condición de tales quienes por el carácter que imprime el estar bautizados, de ella forman parte, y que a su jurisdicción exclusiva compete el decidir acerca de la exclusión de su seno, no lo es menos que los que a esta situación hayan advenido, pueden contraer matrimonio civil, si prueban haber perdido dicha concepción de católicos que les imponía el matrimonio canónico. Tal prueba, si bien es exacto que, por la índole de la materia, no puede estimarse cumplida por la mera declaración de los interesados, ni por aportaciones que avalen una situación de conciencia o confirmen hechos externos, sobre cuya trascendencia sólo puede pronunciarse la Iglesia, como declarado tienen las sentencias de 21 de octubre y 12 de noviembre de 1959, si ha de considerársela suficiente cuando se han cumplido las prescripciones legales que obvian el obstáculo que se opone a la eficacia de la prueba aportada, mediante

la comunicación circunstanciada del caso a la autoridad eclesiástica diocesana (art. 245 del Reglamento del Registro Civil), con lo que se reconoce la competencia de su jurisdicción.

Sentado lo expuesto, como por la sentencia recurrida, se acepta que los actores y recurrentes han abjurado de los dogmas de la Iglesia Católica Apostólica y Romana, que pertenecen a la Cristiana Evangélica Bautista, y que han aportado prueba documental demostrativa de no practicar aquélla; que en el pertinente expediente se expuso a la autoridad eclesiástica diocesana el proyectado matrimonio, habiendo transcurrido un mes sin que nada se hubiese expuesto por la misma, y no obstante todo ello, se denegó la pretensión de los actores, por la razón de estimar ineficaz la prueba de su acatolicidad, entendiendo erróneamente que es inexcusable la aportación de la expresada declaración de la Iglesia de no ser católico, en contradicción con lo preceptuado en el artículo 41 del Reglamento del Registro Civil vigente a la sazón y recogido en el 245 del actual, que se limita a determinar la forma como debe ser probado por los bautizados el no profesar la religión católica y solicitar celebrar el matrimonio civil que permite el artículo 42 del Código Civil vigente, en la fecha en que se solicitó, esta tesis ha de reputarse equivocada. Es procedente acoger el denunciado error de derecho e interpretación errónea del artículo 42 del Código civil.

III.—OBLIGACIONES Y CONTRATOS.

SENTENCIA DE 24 DE ENERO DE 1962.—*En retracto instado por arrendatario de finca urbana, no es necesaria la consignación de rentas. El conocimiento que ha de tener el inquilino de la venta de la finca urbana ha de ser completo de los pactos y condiciones esenciales de la misma, para que empiece a correr el plazo de retracto.*

El artículo 148 de la L.A.U. exige como requisito indispensable para interponer los recursos a que se refiere, entre los cuales está incluido el de justicia notoria, que el inquilino pague o consigne la renta que hubiera venido abonando a la iniciación del litigio en el plazo y modo previsto en el contrato, precepto que ha sido interpretado por reiteradas resoluciones del Tribunal Supremo en el sentido de que solamente es aplicable a los recursos de tal naturaleza que se interpongan contra las sentencias en que se decreta la resolución del contrato de arrendamiento e impliquen, por tanto, el desalojo de la cosa arrendada, pero no contra aquellas que como las estimatorias de la acción de retracto, no acuerden tal resolución.

Añade esta sentencia que si bien el artículo 64 de la L.A.U. derogada establecía el derecho de retracto a favor del inquilino en los casos comprendidos en el 63 de la propia ley, el propio precepto señalaba los plazos en que tal derecho podría ejercitarse, disponiendo que cuando la transmisión no hubiere sido inscrita en el Registro de la Propiedad, estos plazos se contarían que tal conocimiento pueda estimarse, no es bastante una mera noticia del acto traslativo de la propiedad, sino que es preciso que el retrayente que ha de subrogarse en el lugar del comprador y por tanto en los derechos que adquiriera y en las obligaciones que contraiga por virtud de la compraventa, conozca los pactos y condiciones esenciales de la transmisión como se cono-

cen en caso de inscripción en el Registro de la Propiedad por los términos desde que el inquilino retrayente hubiere tenido conocimiento de la venta. Para de la misma, según ha proclamado la constante doctrina de este Tribunal, que es aplicable tanto a los retractos fundados en los preceptos del Código civil como a los ejercitados al amparo de la L.A.U. porque ello deriva de la propia naturaleza del retracto.

SENTENCIA DE 22 DE DICIEMBRE DE 1961.—*Interpretación de pacto contenido en escritura de préstamo hipotecario. Pago en moneda de oro ó plata. Cláusula de estilo y no cláusula de valor.*

En la escritura de préstamo hipotecario de 4 de noviembre de 1926 se pactó que el pago se haría «en plata, oro o billetes del Banco de España, sin descuento ni quebranto». En la de préstamo hipotecario de 31 de enero de 1930 la fórmula empleada fué que el pago se haría en oro o plata, «con exclusión de cualquier clase de papel que la sustituya, aunque fuese declarado de curso forzoso».

El problema planteado en el pleito fué, en sustancia, si esas cláusulas encierran un pacto de estabilización o «cláusula valor», o si son simples cláusulas de estilo.

El Tribunal Supremo entendió que eran cláusulas de estilo simplemente.

Los interesantes Considerandos de esta sentencia, en resumen, dicen: Que, teniendo en cuenta que la circunstancia que caracteriza la «cláusula valor», como la viene elaborando la doctrina y la jurisprudencia, consiste en que el pacto se contraiga no sólo a que el pago haya de hacerse en una moneda o en una especie determinada, sino que es imprescindible que los interesados remarquen su intención de que de no hacerse en tal forma el pago por imposibilidad u otra causa, se hará en su equivalencia en relación a la moneda de curso legal o a la especie existente en el mercado al momento del pago; por lo que a tal definición y concreción había de estarse al resolver el problema planteado.

Sentada la anterior doctrina, el estudio de las cláusulas transcritas lleva a la conclusión de que no contienen elemento esencial de obligar al abono de la equivalencia del valor oro; aparte de que la exclusión del papel moneda es pacto nulo por contrario a la ley.

SENTENCIA DE 17 DE ENERO DE 1962.—*Edificio no habitable. No es aplicable la L.A.U., sino la legislación común.*

En el reconocimiento judicial se demostró que el objeto del pleito era un solar cercado en el que existía una pista, al parecer dedicada a bailes y algunas construcciones que «por sí solas no permiten la habitabilidad de dicho terreno, pues en las actuales condiciones no reúnen los requisitos y condiciones mínimos para ser destinadas a esa finalidad».

Se estimó que el elemento esencial del contrato arrendaticio consiste en la pista de baile al aire libre y, por tanto, que este es el elemento preponderante que habrá de determinar la legislación aplicable, la cual no puede ser otra que la común, ya que la L.A.U. no comprende en su ámbito las locaciones de fincas que no sean habitables.

BARTOLOMÉ MÉNDEZ BENÍTEZ,
Registrador de la Propiedad.

Jurisprudencia sobre el Impuesto de Derechos reales

*Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3
de octubre de 1961.*

FORMA DE COMPUTAR EL PLAZO DE PRESENTACIÓN DEL DOCUMENTO CORRESPONDIENTE EN EL CASO DE AMPLIACIÓN DEL CAPITAL DE UNA SOCIEDAD POR EMISIÓN DE NUEVAS ACCIONES.

En una ampliación de capital de una Sociedad, por un importe de 250.000.000 de pesetas sostuvo la Sociedad emisora que, después de publicada la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951, el plazo para presentar a liquidación del impuesto la documentación correspondiente habría de contarse a partir de la fecha en que el Consejo de Administración hubiese aprobado la suscripción de las nuevas acciones y su adjudicación a los antiguos accionistas.

El Tribunal Central desechando tal teoría, dice que, según el artículo 19 del Reglamento del Impuesto, en sus apartados 10 y 11, el acto imponible es de la aportación del metálico y, por tanto, como el pago del dividendo pasivo ha de tener señalado un plazo determinado, el de treinta días señalado en el artículo 107 del Reglamento para la presentación de los documentos a liquidación, ha de contarse desde el día que termina el del pago del dividendo pasivo, y, por tanto, si para la suscripción se señaló el plazo de un mes, a partir de él corrió el reglamentario dicho de treinta días,

transcurrido el cual, como en el caso ocurre, es procedente la multa impuesta por falta de presentación en plazo.

Según la entidad recurrente, la simple suscripción de acciones no supone por sí sola contrato alguno, por ser una manifestación unilateral que requiere la aprobación del Consejo de Administración para su perfección, y desde ella, por consiguiente, se ha de contar el plazo cuestionado.

El razonamiento es inconsistente, dice la Resolución que reseñamos, porque la Ley de Sociedades Anónimas no exige tal requisito, aparte de que la conceptualización contractualista de la suscripción de acciones está reconocida por el Tribunal Supremo, en su sentencia de 28 de mayo de 1945, estimando que la simple adhesión de la parte suscriptora perfecciona el contrato y vincula a la Sociedad.

Además, aunque el pago del dividendo pasivo se realice según el acuerdo social, fraccionadamente, el plazo de presentación ha de contarse a partir del último día del vencimiento de cada plazo.

Como único comentario, ante problema tan claro decimos simplemente que la aludida Ley de Sociedades Anónimas no contiene las previsiones que la reclamante le atribuye en los artículos 84 al 101, que son los que tratan de la materia.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 13 de octubre de 1961.

Reitera la doctrina de las de 17-XI-58 y 24-II-59, según la cual la transmisión de viviendas de renta limitada, en periodo de construcción, y por tanto, antes de haber obtenido la calificación definitiva de bonificables, no gozan de la exención del artículo 8.º, número 10, de la Ley de 15 de julio de 1954.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de noviembre de 1961.

El Banco retiró de la Caja General de Depósitos la fianza que garantizaba la construcción de ciertas viviendas protegidas, y pretendió la correspondiente bonificación fiscal, de acuerdo con el ar-

título 5.º de la Ley de 19 de abril de 1939 y el Central resuelve en definitiva la improcedencia de la pretensión, fundado en que, aunque se admitieran los hechos alegados, la bonificación del 90 por 100 del impuesto reconocida en el artículo 4.º de la Ley del Impuesto, es aplicable a los actos a que se refiere el mencionado artículo 5.º de aquella ley, pero ésta la concede a los actos relacionados con la construcción y no comprende la constitución o extinción de las fianzas que los adjudicatarios de las obras deban prestar en garantía de las mismas. Esto aparte de que el criterio restrictivo con que han de interpretarse los privilegios fiscales impide hacerlos extensivos a los casos que no estén expresamente favorecidos con aquéllos.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 3 de noviembre de 1961.

LIQUIDACIÓN DEL IMPUESTO EN EL CASO DE CANCELACIÓN DE FIANZA BANCARIA.

Determinado Banco retiró de la Caja General de Depósitos la fianza que había constituido en beneficio de una empresa constructora y el acto se liquidó por el concepto «prenda», y la liquidación fué recurrida alegando que el concepto aplicable era el «fianza», y el tipo aplicable el del número 28 de la Tarifa.

El Central desestima el recurso y dice que, según el art. 26 del Reglamento, el acto debe ser calificado por el concepto «prenda».

Por nuestra parte, entendemos que, si bien la tesis del Banco podría tener alguna variabilidad con arreglo al Reglamento de 1947, es indudable que no la tiene según el vigente de 1959, dado que las previsiones reglamentarias en cuanto a los conceptos «prenda» y «fianza» son distintas en uno y otro texto.

Efectivamente, el Reglamento de 1947 involucraba en un solo concepto tributable los de «prenda» y «fianza», pese a que en Derecho civil son dos figuras jurídicas con substantividad propia e independiente, sin otra concomitancia que ser contratos de garantía, como lo revelan los artículos 1.822 al 1.856, en cuanto a la fianza, y los 1.857 y siguientes por lo que respecta a la prenda, to-

dos ellos del Código civil; y supuesta esa equiparación, dijo que tributarían al 0,75 por 100 en su constitución, modificación y cancelación todas las fianzas contractuales, de *carácter pignoraticio o personal*, con lo cual indudablemente asimiló o equiparó el contrato de garantía pignoratícia, el «pignus» o entrega de la cosa que sirve de garantía al acreedor o a un tercero, con la fianza que, como es sabido, consiste en obligarse uno a pagar o cumplir por un tercero cuando éste no lo hace.

Así lo estableció el artículo 17 del anterior Reglamento al ocuparse de las anotaciones de embargo y secuestro y de la prohibición de enajenar, siendo de notar que no menciona expresamente el contrato de «prenda», sino una sola vez, cuando en el número 22 de su artículo 6.º dice que está exenta la extinción del contrato de prenda.

Esta confusión o anomalía había sido esclarecida por el Tribunal Central en su Resolución de 22 de febrero de 1949, en la que sentó que tienen el concepto de fianza la prenda y las garantías pignoraticias.

La ley actual del 58 y su Reglamento del 59 dejaron la cuestión zanjada, y el segundo dejó reducido el citado artículo 17 a la regulación de las anotaciones de embargo, de secuestro y de prohibición de enajenar, y estatuyó en el 26 lo relativo a la sujeción al impuesto de las *fianzas* de carácter personal, y separadamente la regulación de la prenda, estableciendo para las fianzas el tipo de 0,75 por 100, y para la prenda el del 1,10 por 100, el cual quedó fijado en el número 53 bis de la Tarifa.

Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 17 de noviembre de 1961.

Insiste en el criterio de la de 12 de abril de 1960, diciendo que el contrato de obras «implica necesariamente el que una persona ejecute por otra, mediante precio cierto, un servicio u obras, creando, modificando o transformando bienes propios de quien pagué el precio, con aportación o no de los materiales necesarios, cuando así se estipule»; requisitos que no se dan cuando el propietario de las cosas objeto de las obras es al propio tiempo el contratista.

Resolución del mismo Tribunal Económico-Administrativo Central de 24 de diciembre de 1961.

En el transcurso de cuatro días sucesivos, padre e hijo, otorgaron veinte escrituras de donación del primero a favor del segundo, de numerosos títulos mobiliarios en importante cuantía, las cuales las acumuló el liquidador en un solo expediente de comprobación.

No conformes los interesados con semejante acumulación, entablaron recurso que fué resuelto favorablemente por el Central, diciendo que cada documento debe ser objeto de su correspondiente expediente de comprobación y de su respectiva liquidación independiente, sin que puedan ser involucradas en una sola, de acuerdo con lo previsto en los artículos 84 y 86 del Reglamento del Impuesto, y particularmente en el primero, cuando, al detallar los requisitos de los expedientes de comprobación, se refiere a los bienes declarados, partida por partida, «de los comprendidos en el documento de que se trate».

Comentario.—La aplicación literal del aludido precepto reglamentario encierra en el caso indudable trascendencia económica tributaria, puesto que se trataba de una donación muy cuantiosa en su conjunto, lo cual quiere decir que, sumadas las bases de las veinte escrituras, el tipo de liquidación aplicable habría de ser mucho mayor que el correspondiente a cada una.

Comoquiera que sea, lo que parece indudable es que el contribuyente o sus asesores conocían la doctrina del Tribunal, el cual, a partir de la Resolución de 8 de febrero de 1949, en las de 17-I y 9 y 21 de febrero de 1959, y otras posteriores sostiene que en las sucesivas donaciones de un padre a un hijo no es acumulable el importe de todas ellas para determinar el tipo de liquidación.

Sentencia del Tribunal Supremo del 14 de marzo de 1962.

DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO DE COMPRAVENTA Y EL DE PROMESA DE VENTA.

Antecedentes.—El dueño de un piso convino con el otro contratante, por medio de un documento privado, en que se obligaba a vendérselo, obligándose el segundo a comprarlo en precio de 100.000 pesetas, entregando al efecto en el mismo acto al vendedor un cheque por valor de 60.000 pesetas como señal de compromiso, subrogándose al mismo tiempo en la deuda hipotecaria de otras 60.000, pesetas con que el piso estaba gravado, y comprometiéndose el vendedor a dejarlo libre en el plazo de dos meses y el comprador a satisfacer el resto del precio contra entrega de la llave, en cuyo momento las 60.00 pesetas entregadas como señal se entenderían a cuenta del precio, hecho lo cual y a requerimiento verbal del comprador, el vendedor quedaba obligado a otorgar la escritura de compraventa, aunque transcurriesen más de dos meses a partir de la fecha.

El contrato fué liquidado como compraventa y fué mantenida la liquidación tanto por el Tribunal Provincial como por el Central, frente a la tesis del comprador, que sostuvo que se trataba de un contrato de promesa de venta.

El Tribunal Supremo confirma la tesis combatida y dice que el contrato refleja claramente la voluntad de las partes de comprar y vender, y contiene en sus cláusulas todas las condiciones y características de un contrato de compraventa, puesto que en él se fija con precisión la cosa y el precio y se da el concurso de voluntades en orden a la entrega de aquéllos, aunque se aplaze la entrega del piso por dos meses y se condicione la de parte del precio a la entrega de las llaves, habiendo quedado en definitiva perfeccionado un contrato de compraventa a tenor de los artículos 1.261, 1.262, 1.278 y 1.450 del Código civil.

Por otra parte, no es posible prefigurar el contrato como preparatorio o precontrato o de promesa, tendente a la futura declaración o celebración de una posterior compraventa, sino que lo que queda en suspenso es solamente la entrega de parte del pre-

cio y de las llaves del piso; así como tampoco se desvirtúa la calificación jurídico-fiscal con la cláusula contractual relativa al posterior otorgamiento de la escritura pública para solemnizar la compraventa, ya que ello no implica la celebración de un nuevo contrato, sino simplemente la formalización del celebrado anteriormente sin alterar su naturaleza jurídica.

Por fin, la sentencia añade que el propio comprador y recurrente confirma con sus actos lo dicho, desvirtuando su postura dialéctica, puesto que al exigir por el incumplimiento del contrato el doble de las cantidades que entregó «como señal de compromiso», reconoce la existencia de la compraventa, al no pedir la indemnización de daños y perjuicios que procedería, conforme al artículo 1.101 del Código civil por incumplimiento de la promesa de vender, y si los efectos de las arras o señal, como el citado texto prescribe en su artículo 1.454, cuando del contrato de compraventa se trata.

Comentarios.—Nos limitamos a decir, ante la claridad del caso, que la distinción, ante el derecho positivo entre el contrato de opción, el de promesa de venta, el preparatorio o precontrato, y el propiamente dicho de compraventa, con las sutilezas que a veces presentan, para distinguirlos, está reiteradamente estudiada por la jurisprudencia, como, por ejemplo, en las sentencias de 15 y 23 de marzo de 1945, 11 de noviembre de 1943 y 1.º de julio de 1950, junto con lo que al respecto dice la Resolución del Tribunal Central de 12 de febrero de 1946, afirmando que la promesa de venta requiere un acto posterior con eficacia en derecho para transmitir el dominio de la cosa y, por tanto, aunque de promesa lo califiquen los contratantes, el contrato encerrará una compraventa si hay conformidad en la cosa y en el precio, aunque ni una ni otro se hubieren entregado.

A ello añadimos que hoy, a tenor del vigente Reglamento de 1959, adquiere mayor relieve la separación del concepto compraventa frente a los demás aludidos que alrededor de él giran, especialmente el de promesa de venta, porque, como es sabido, dicho Reglamento ha variado sustancialmente las normas de liquidación aplicables a la misma, en relación con las que el Reglamento de 1947 señalaba: mientras éste sujetaba al impuesto la contri-

bución de la promesa de venta a título oneroso sobre inmueble y derechos reales, tomando como base liquidable el precio convenido, el texto reglamentario vigente supone que el contrato se realiza siempre a título oneroso y toma como base el precio convenido, y, a falta de éste, el 5 por 100 del valor de los bienes; basé ésta aplicable al caso en que la misma sea mayor que el precio convenido.

Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de abril de 1962.

INTERPRETACIÓN DEL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1956 SOBRE LOS BENEFICIOS FISCALES CONCEDIDOS A LOS ACTOS Y CONTRATOS REFERENTES A LA AMPLIACIÓN DE LÍNEAS ELÉCTRICAS.

En 31 de agosto de 1957 se otorgó a favor de una Empresa productora de energía eléctrica una concesión para el tendido de una línea de enlace de subestaciones y con otras líneas, con el carácter de utilidad pública y facultad de imponer servidumbres forzosas sobre los predios afectados, previas las indemnizaciones legales procedentes.

Presentado el documento acreditativo de la concesión a la liquidación del impuesto, se giraron las correspondientes por Derechos reales y timbre del Estado, que importaron sumas considerables, agravadas con la multa del 20 por 100 por presentación de la declaración fuera de plazo.

Fueron recurridas las liquidaciones con fundamento en que la Compañía recurrente gozaba de las bonificaciones fiscales establecidas en el Decreto de 21 de agosto de 1956, en relación con la Ley de 24 de octubre de 1939, en cuanto a los actos y contratos conducentes a la ampliación de sus instalaciones; y en cuanto a la multa liquidada, alegó su improcedencia, diciendo que si bien las líneas de transporte de energía eléctrica venían siendo liquidadas por el susodicho impuesto, es lo cierto que no aparecieron sujetas hasta la Ley de Reforma tributaria de 26 de diciembre de 1957, que así lo consideró en su artículo 83, lo cual quiere decir, según la recurrente, que hasta su vigencia no pudieron obligar los plazos de presentación de los respectivos documentos.

En definitiva se pidió la anulación de las liquidaciones y su sus-

titución por otras, con la bonificación del 50 por 100 y sin imposición de multa.

El Tribunal Provincial desestimó la reclamación, entendiendo que era improcedente la bonificación y exigible la multa, puesto que las concesiones administrativas de transporte de energía eléctrica siempre han estado sujetas al impuesto, y por consiguiente, presentada la certificación cuestionada fuera de los treinta días siguientes a la notificación del acuerdo de concesión, es clara la procedencia de la sanción reglamentaria.

El Tribunal Central, después de varias incidencias procesales que no afectan a la sustancia del problema planteado, modificó en parte el acuerdo del inferior y dispuso que se girasen nuevas liquidaciones sobre la base que prevé el art. 71 del Reglamento de 1947, aplicable al caso, con imposición de multa, por la no presentación en plazo del documento liquidable.

Recurrido el acuerdo ante la Sala 3.^a, ésta empieza por plantear el problema diciendo que consiste en determinar si la Empresa recurrente tiene derecho a la bonificación que pretende, dados los términos del artículo 2.º del Decreto de 21 de agosto de 1956, que declaró de interés nacional la ampliación de instalaciones y nuevas construcciones integradas en el plan presentado por dicha entidad en el Ministerio de Industria, en cuyo plan se comprende la concesión debatida.

Esto sentado, dice la sentencia que, examinado aquel Decreto, resulta que su apartado B) otorga la bonificación a los actos y contratos relativos a la administración de maquinaria y demás elementos de fabricación relativos a las instalaciones y nuevas construcciones integradas en el plan presentado por la Compañía en el Ministerio de Industria; y en el apartado C) otorga la bonificación a la «adquisición de los terrenos necesarios para la ejecución del plan», y, por tanto, cualquiera que sea el método de interpretación de estas normas, sea el gramatical, el lógico, el finalista o el sistemático, es claro que comprenden la bonificación pretendida, ya que literalmente se refieren a «maquinaria y demás elementos de fabricación relativos a las instalaciones y demás construcciones», y la concesión es un elemento no sólo relativo, sino indispensable para el funcionamiento de la Empresa, declarada en este aspecto de interés nacional.

Finalmente añade la Sala que no es de estimar la alegación de la representación de la Administración de que la bonificación debió otorgarla el Ministerio de Hacienda, puesto que la concesión se acordó en Consejo de Ministros del que es miembro aquél, lo que implica su aprobación; y en conclusión anula las liquidaciones y ordena la aplicación de la bonificación para las que las sustituyan y deja subsistentes los demás pronunciamientos—refiriéndose sin duda a la multa—, por no haber sido objeto, dice, de recurso.

Comentarios.—Sobre el fondo del asunto hacemos notar simplemente que ciertamente son convincentes, aunque no aplastantes, los razonamientos que la sentencia contiene en cuanto a la interpretación jurídica del texto legal aplicado, pero no se puede dejar de recordar que, en cuanto a exenciones y bonificaciones se refiere, está siempre latente el principio interpretativo de aplicación de las mismas, contenido en el artículo 5.º de la Ley de Administración y Contabilidad, el cual, como es sabido, manda, que se apliquen con criterio restrictivo, cuya norma fué expresamente invocada por el Tribunal Provincial en su resolución de la primera instancia.

Por último resta hacer una referencia acerca del alegato que la Sala acoge respecto a que la bonificación pretendida y acordada no nació de un acuerdo o decisión específica del Ministerio de Hacienda: sobre esto es de recordar el contenido de la Ley del Impuesto de 1947—aplicada al caso—, la cual, en su artículo 3.º, número 51, reiterado por su Reglamento en el mismo número de su artículo 6.º, que dicen que quedan exentos los demás actos y contratos a los que se reconozca la exención por *leyes* especiales; y especialmente, y por ser más explícito, el artículo 5.º de la Ley vigente de 1958 y el 8.º del Reglamento de 1959, al decir que las exenciones y bonificaciones han de concederse por ley, y que las que se otorguen han de ser desarrolladas en su extensión y condiciones en cada caso por el Ministerio de Hacienda.

JOSÉ M.^a RODRÍGUEZ-VILLAMIL

VARIA

La demanda de pobreza (En los procedimientos civil y penal).

Prontuario de Derecho, por GREGORIO PARRA CÁNOVAS, abogado del Ilustre Colegio de Murcia. Editorial Reus.

Con *La demanda de pobreza (En los procedimientos civil y penal)*, publica la Editorial Reus un nuevo libro que puede ser de gran interés para la teoría y la práctica del Derecho, y en el que se revela al señor PARRA CÁNOVAS como acertado publicista sobre estas materias.

Consta la obra, ya definida por el propio autor como un prontuario de Derecho, de abundante bibliografía y legislación sobre el beneficio de la defensa gratuita en general, así como de jurisprudencia y formularios de especial aplicación a la demanda de pobreza, lo que, ya desde el principio, pone en manos del lector valiosos elementos de compulsa.

Hace la presentación de este nuevo procesalista don JOAQUÍN GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, diciéndonos que: «Si es siempre grata tarea la de presentar al lector a quien por primera vez le va a pedir su atención, lo es aún más si el autor que hemos de presentar está unido a nosotros por lazos de parentesco que ahora se estrechan y se hacen más íntimos por la comunidad de vocación. Porque GREGORIO PARRA que, pese a su juventud, ha tenido tiempo para asomar su curiosidad intelectual a muchas parcelas del sa-

ber, entra hoy con esta monografía en la gran familia de los hombres del Derecho, y lo hace con un tema que quizá sea, si nos atenemos a la letra, el más humilde de todos: «La demanda de pobreza»; pero que es, al propio tiempo, el que mejor demuestra el anhelo del legislador de que la justicia sea un bien asequible a todos, incluso a aquellos a quienes les está vedado el disfrute de otros bienes peor repartidos. Tema lleno de dificultades en el terreno de la práctica, porque muchas veces ese noble propósito de hacer de la Justicia un bien universal se ve defraudado por quienes simulan pobreza para conseguir un salvoconducto que les permita viajar gratis por los más intrincados vericuetos procesales; y no precisamente para alcanzar Justicia, sino para retrasarla todo lo posible. Como mercantilista, no estoy yo «legitimado»—como diríamos en lenguaje técnico—para juzgar de la bondad de un trabajo de Derecho procesal. Con plena autoridad ya lo ha hecho mi colega el profesor MARTÍNEZ BERNAL, y por cierto en términos sumamente elogiosos para el autor. Pero quienes, como yo, quisieron sumar a la de cátedra universitaria la labor del abogado—a fin de hacer del Derecho vida y no mera fórmula, ni cirugía de encerado—creo que estamos en situación de declarar que el presente estudio es de gran utilidad práctica, entre otras razones, por el exhaustivo estudio que contiene de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, razón por la cual su consulta debe ser recomendada a cuantos tengan la vocación—esa vocación a la que con entusiasmo e inteligencia se entrega ahora GREGORIO PARRA—de ayudar a la realización de la Justicia, con el escrito forense o con el informe desde los estrados de un Tribunal».

Presentación que va seguida de un prólogo del profesor MARTÍNEZ BERNAL, Catedrático de Derecho procesal de la Universidad de Murcia, que dice: «Prologar la obra de un antiguo discípulo es siempre tarea grata para cualquier profesor, por cuanto representa para éste el acogimiento de una inquietud por el estudio que permanece viva, a pesar de los años transcurridos desde la distancia. Pero si además la obra, aunque reducida en proporciones, es muestra evidente de un auténtico sentido de vocación, de un propósito modesto y definido y de una realización escrupulosa y honrada, como ocurre con el trabajo de GREGORIO PARRA CÁNOVAS, titulado *La demanda de pobreza*, la satisfacción es máxima, y así ha de ha-

cerse constar con toda complacencia. Efectivamente, el señor PARRA CÁNOVAS, Letrado joven, reduce la finalidad de su trabajo a procurar que sea más fácil para los abogados que comienzan su ejercicio profesional, el conocimiento de la problemática de ese tema concreto que constituye el contenido del presente libro; pero, sin duda alguna, habrá de convenir el que lo leyere en que su utilidad alcanzará no sólo a los principiantes, sino aun a los curtidors en las lides del foro. Debe señalarse que el plan seguido por el autor tiene el acierto de suscitar los temas más importantes que se relacionan con la solicitud del beneficio de justicia gratuita en materia civil y penal, tal como la doctrina misma se los ha planteado, ofreciendo a continuación las soluciones que su propia experiencia y la Jurisprudencia patria han ofrecido sobre el particular. Si a ello se une la facilitación, no sólo del entendimiento, sino también del procedimiento y sus formas e incluso sus fórmulas encaminadas a conseguir la más adecuada actuación del Letrado ejerciente en materia de tanto interés fáctico como es la demanda de gratuidad, se comprenderá que el trabajo que comentamos es merecedor de una auténtica alabanza. Las citas de obras científicas están bien seleccionadas y es también cuidadosa la aportación de sentencias de nuestro más Alto Tribunal, lo que, unido a la elaboración meticulosa de cuanto es esencial al tema escogido, como ocurre, por ejemplo, con el análisis de los requisitos de la demanda, hacen de esta reducida obra un valioso elemento de compulsa para cuantos tengan que afrontar las varias dificultades que en ocasiones ofrece la aplicación de los preceptos substantivos que sirven de base al comentario del autor. En suma, creemos que el modesto propósito enunciado por el señor PARRA CÁNOVAS se cumple con creces, y que su trabajo permitirá disponer de ahora en adelante de un nuevo material muy significado en la bibliografía no muy abundante por cierto, de obras monográficas de carácter práctico en el Derecho procesal de nuestro país».

Cualquier escrito forense encierra en sí mismo dificultades de diversa índole: de tipo substantivo, adjetivo e, incluso, de mera formulación. La demanda de pobreza es el primer escrito «serio» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y, por extraña coincidencia, uno de los más difíciles de todo el mencionado ordenamiento legal, por comprender diversas clases de exigencias procesales.

El artículo 28 de la citada ley adjetiva, dice: «Esta demanda se formulará del modo prevenido en el artículo 524 para las demandas ordinarias, expresándose además en ella: 1.º El pueblo de la naturaleza del demandado, el de su domicilio actual y el que haya tenido en los cinco años anteriores. 2.º Su estado, edad, profesión u oficio y medios de subsistencia. 3.º Si fuere casado o viudo, el nombre y pueblo de la naturaleza de su consorte y los hijos que tenga. 4.º La casa o cuarto en que habiten, con expresión de la calle y número, y del alquiler que paguen. 5.º Los bienes de su consorte y de sus hijos, cuyo usufructo le corresponda, y la renta que produzcan. 6.º Y acompañará una certificación expedida por la autoridad o funcionario competente, de no pagar contribución de ninguna clase en el año económico corriente y en el exterior o de la que pague acompañando en este caso los recibos del último trimestre que hubiere satisfecho, y otra certificación en su caso, para acreditar si se halla o no inscrito en las listas electorales y en qué concepto». La obra que comentamos desarrolla las exigencias de este precepto legal a través de los siguientes apartados: paréntesis sobre generalidades de carácter fundamental para cualquier clase de demanda y estudio de los requisitos específicos de la demanda de pobreza; la participación del procurador, los documentos del artículo 504 (LEC) y la fecha y los «otrosíes» de la demanda de pobreza. Haciendo posteriormente su transposición al campo penal, con las ligeras variantes que ello encierra.

Entre las generalidades de carácter fundamental, estudia el autor el principio de escrituralidad, el de la redacción en lengua española, la identificación del sujeto activo (demandante), los correctos principios de competencia de los órganos jurisdiccionales, la recusación de oficio (o auto-récusación), la necesidad de dirección a través de un letrado, los documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, las copias de la demanda y de sus anejos y el lugar y el tiempo oportunos.

Dentro de los requisitos específicos de la demanda de pobreza, desarrolla el señor PARRA CÁNOVAS dos tipos de formalidades: al primero corresponden las exigencias del artículo 524 de la Ley de Enjuiciamiento Civil—exposición sucinta y numerada de los «hechos» y de los «fundamentos de derecho», fijación clara y precisa de lo que se pida, la persona contra quien se proponga la demanda

y la clase de acción que se ejercite cuando por ella haya de determinarse la competencia—, mientras que al segundo son de apartar las seis exigencias concretas del citado artículo 28 de la ley ritaria civil—el pueblo de la naturaleza del demandante, el de su domicilio actual y el que haya tenido en los cinco años anteriores; su estado, edad, profesión u oficio y medios de subsistencia; si fuere casado o viudo, el nombre del pueblo de la naturaleza de su consorte y los hijos que tenga; la casa o cuarto en que habiten, con expresión de la calle y número y del alquiler que paguen; los bienes de su consorte y de sus hijos, cuyo usufructo le corresponda, y la renta que produzcan; y el acompañamiento de una certificación, expedida por la autoridad o funcionario competente, de no pagar contribución de ninguna clase en el año económico corriente y en el anterior, o de la que pague, acompañando en este caso los recibos del último trimestre que hubiere satisfecho, y otra certificación, en su caso, para acreditar si se halla o no inscrito en las listas electorales, y en qué concepto—.

Más tarde trata la obra del principio de representación de las partes, ya que el artículo 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena, como regla general, que la comparecencia en juicio se haga por medio de Procurador legalmente habilitado para ejercer en el Juzgado o Tribunal que conozca de los autos, y con poder declarado bastante por un letrado. Y aunque para el incidente de pobreza legal no sea preceptiva dicha representación, de acuerdo con la eximente 6.ª del artículo 4 de la misma Ley de Ritos Civiles, considera el autor este requisito como muy importante en los «incidentes», ya que las partes por sí solas no podrían desenvolverse bien en el litigio, en la mayoría de los casos. En la práctica, casi siempre se comparece por medio de procurador, previamente nombrado de oficio a requerimiento de las partes, basándose en las normas del artículo 27—continúa diciendo—; sin que por lo mismo, sea necesario poder declarado bastante por un letrado, ya que el nombramiento es *apud acta* en este caso, requiriéndose la rectificación posterior.

En el capítulo VI se comenta el requisito de acompañar a la demanda el documento o documentos en que la parte funde su derecho, y, en caso de no tenerlos a su disposición, designar el archivo o lugar en que se encuentren los originales para justifi-

car durante el período probatorio que tales derechos le asisten. Se entenderá que el actor tiene a su disposición los documentos, y deberá acompañarlos precisamente a la demanda, siempre que existan los originales en un protocolo o archivo público del que se pueda pedir y obtener copias fehacientes de ellos.

La exigencia de la fecha y de aquellos «otrosíes» de especial aplicación a cada caso concreto, es estudiado en el capítulo VII, para pasar, después de un capítulo de síntesis, al estudio de la demanda de pobreza en el procedimiento penal.

Al final de la obra aparecen formularios de especial aplicación al tema, y que consideramos de sumo interés práctico por la minuciosidad y objetivismo con que están redactados.

Ya no nos queda más que decir, si no es abundar en las ideas desarrolladas en la presentación y en el prólogo del libro, ya transcritas anteriormente y por las que se ha podido estar en sinceros antecedentes sobre la bondad del libro que, para hacer justicia y espontáneamente con toda complacencia, hemos de hacer constar en esta reseña.

Formulario para los expedientes administrativos de apremio, por H. Rossi, Recaudador de Hacienda. (Publicación patrocinada por el Instituto de Especialidades Jurídicas.) Volumen I, Librería Bosch (Ronda de la Universidad, 11), Barcelona, 1962.

No hace mucho nos ocupamos de las *Instituciones de Derecho Financiero*, del mismo autor (véase números 402-3 de esta REVISTA, página 1.193), y en términos elogiosos, como en justicia se merecen. Ahora nos enfrentamos con otra nota bibliográfica que estimo de gran interés, por la materia de que se trata y porque el autor es Recaudador de Hacienda, y, en consecuencia, su especialización no puede ponerse en duda. Es más: esta especialización es indispensable, porque se necesita conocer los recovecos, los rincones, los fallos, las omisiones de los modelos oficiales, las dificultades, al enfrentar la legislación y el Estatuto recaudador con la realidad, pues la experiencia es más rica en matices que la mente del legislador, y a cada paso surgen problemas, distinguos, posiciones inesperadas y sorpresas que confunden al incauto que se fía de un

elemental conocimiento o de un rápido vistazo a las disposiciones rectoras, unida a cierta práctica durante algún lapso de tiempo, con el enorme peligro de formar un expediente nulo.

El mismo autor en un sincero prólogo, reconoce la multitud de problemas que en detalle son distintos, aunque por similitud pueda agrupárseles de algún modo al fin de someterlos a un mismo tratamiento formal, a un denominador común, a un encasillado que permite formas rituarias prefabricadas. Estas formas prefabricadas, que economizan tiempo, que ahorran esfuerzo intelectual a la afanosa busca del precepto, entremezclado entre otros, a veces mal situado, que se esconde o se esfuma, justifican la preparación y la posterior utilización de formularios que, además, proporcionan al consultante o al atareado ejecutante la seguridad de ir por buen camino.

Cierto también que no todos los casos pueden quedar previstos ni recogidos, por muy generales que sean (objeto del volumen I) o por especiales que se consideren (objeto del volumen II, si llega a publicarse, que yo espero que sí y animo al autor, aunque por tratarse de lo eterno crematístico no se pueda forzar en este punto, aun contando con el gran impulso del Instituto). Esto es de toda evidencia, pero es un guía seguro y que inspira confianza.

Los formularios, añade el autor, pueden ser ajustados al articulado de la ley o bien ordenados sistemáticamente. Cualquiera de los dos sistemas tiene sus inconvenientes y sus ventajas, y por ello, un sistema mixto presenta igualmente aciertos y desventajas. Este último es elegido por el autor y completado con índices que hacen del libro un instrumento de trabajo de gran valor práctico, tanto para los Recaudadores propiamente dichos como para otros muchos profesionales, entre los que nos encontramos en primera fila los Registradores de la Propiedad, que por nuestra función tenemos que calificar tantas veces mandamientos administrativos y escrituras de adjudicación en virtud de subastas administrativas. El artículo 26 del Reglamento Hipotecario es buena muestra de la atención que nos merecen los procedimientos de la expresada naturaleza y del conocimiento que debemos tener de sus normas, de sus incidencias y de cuál es esencial y cuál accidental.

Habría, indudablemente, quien con superioridad alegue que no necesita de esta clase de trabajos, por ser más que capaz de co-

nocer, interpretar y aplicar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes. No lo dudamos, pero aun así, nos permitimos recomendar la posesión del libro que comentamos brevemente, porque muchas veces en él encontraremos condensado y agrupado cuanto disperso se nos aparece en los artículos aplicables.

Un inciso. El libro es caro; importa 650 pesetas, por razones que conozco y que no es preciso divulgar, aunque afirma que tiene toda la razón el autor para haber fijado dicho precio, y aun sin considerar el buen papel, la magnífica impresión y la encuadernación en tela, que también tiene su precio. Pero a los Registradores de la Propiedad que envíen su petición por intermedio de esta REVISTA, por gentileza amable del autor, el precio que se les cobrará será de 500 pesetas. La diferencia es apreciable y debo de agradecer públicamente esta deferencia, según corresponde a tan generoso rasgo y a la atención del autor de comunicármelo para conocimiento de quienes le interese.

Basta ya de prolegómenos y entremos en el examen del libro, que es como mejor se aprecia su utilidad y su bondad intrínseca.

Se exponen, en primer lugar, los medios de comunicación (oficio, cédula de notificación, mandamiento, instancia, suplicatorio, exhorto, exhorto modernizado, exhorto breve, edicto, pregón, certificado, testimonio, anuncios en periódicos y radiodifusión), pues la comunicación del instructor del expediente con los deudores, con los terceros afectados, autoridades y coadyuvantes, generalmente se realiza por escrito, procurándose siempre la economía, la celeridad y la eficacia, así como la clasificación, manejo y archivo.

Se determina el tamaño, el membrete, la fecha, referencia, asunto, dirección, cuerpo del escrito, fórmula de salutación, ante-firma, firma y otras peculiaridades, sin omitir la razón de su existencia, sin disquisiciones teóricas. Lo justo y lo práctico nada más y nada menos, pero siempre con referencias al *Manual del Centro de Formación y perfeccionamiento de Funcionarios* (por cierto que no está de más la adquisición de este Manual, que autoriza nuevas fórmulas y desecha la inutilidad de frases de estilo, sin razón bastante para su uso).

A continuación va una serie (la 2.ª) con el nombramiento de Ejecutores (Recaudador o Agente ejecutivo y Auxiliares). Sigue la serie 3.ª, con lo relativo al formato general del expediente (for-

mación y recepción del título ejecutivo, iniciación del expediente y su formación, incorporación de documentos, acumulación y desglose, con modelo de providencia de apremio), para entrar en la serie 4.^a, que trata de los actos preparatorios de la ejecución, delegación de funciones, autorización de entrada en domicilios y designación de testigos. Números marginales de cada modelo hacen referencia a la serie y al número de orden del modelo en la serie.

La serie 5.^a desenvuelve la notificación del apremio y requerimiento de pago, de tan substancial importancia, con distinción según se trate de deudores forasteros con domicilio conocido; haya que investigar éste o el paradero de aquéllos, o bien sean desconocidos o de domicilio y paradero desconocido; se trate de deudores domiciliados en el extranjero; haya que declarar la rebeldía; se señale domicilio por el deudor forastero, etc. Después, la serie 6.^a se ocupa del pago de los débitos y de la justificación del pago, y la 7.^a de la investigación de bienes muebles y semovientes.

Posteriormente llegamos a la parte, muy interesante para todos, pero en especial para los Registradores, donde constan los formularios relativos al embargo, serie 8.^a, con la providencia de embargo, el embargo domiciliario, la alteración del orden de embargo de bienes, la notificación del embargo, las incidencias del embargo domiciliario, la denuncia de la actitud del deudor al Juzgado y a la Autoridad administrativa y la ampliación del embargo. Inmediatamente las series 9.^a y 10.^a se refieren al nombramiento, cese y cuentas del depositario y a la incautación y depósito de los bienes muebles y semovientes embargados; al nombramiento de tasadores, del tercer perito y a la tasación de los bienes muebles y semovientes.

Las series 11.^a a 16.^a tienen relación en el embargo de dinero, los cobros totales y parciales y las liquidaciones correspondientes, según el momento del cobro y el lugar de situación del dinero (cuentas bancarias, efectos públicos y valores industriales, con indicación del lugar a efectuar las ventas) y la naturaleza especial de los bienes embargados (salarios, pensiones, rentas, frutos, etc.).

También de gran interés se nos muestran las series 18.^a a 20.^a, con el embargo de bienes inmuebles (embargo de fincas, anotación

de embargo en el Registro de la Propiedad, incidencias de estas anotaciones en los casos de suspensión y denegación, según los distintos supuestos que las motiven, ya sea por falta de previa inscripción, por defectos subsanables, por inscripción a favor de terceros, etc.), la prórroga de la anotación de embargo, la ampliación de embargo, valoración de la finca, certificaciones de cargas, certificación del liquido imponible, fijación del tipo de subasta, discrepancia entre el Registro y el Catastro Rústico, certificación acreditativa de los honorarios devengados por los Registradores, hasta llegar a la subasta de bienes muebles y semovientes, formación de lotes, redacción de edictos, publicación de éstos, anulación de convocatoria de subasta, acta de subasta, traslado de bienes, ofrecimiento de éstos al Estado, adjudicación al depositario, devolución de depósitos, notificación del remate, entrega de bienes, pago, alzamiento de bienes, cesión del remate, subasta colectiva de bienes, etc.

Concretamente, la serie 21.^a, que trata de la subasta de bienes inmuebles, reviste especial interés para nosotros: se ocupa de la designación de fincas y autorización de subasta, providencia de subasta, anuncio y notificación, acta de subasta de fincas, providencia de adjudicación de fincas, etc., seguida por la serie 22.^a, comprensiva del otorgamiento de la escritura de venta (designación de Notario, certificación descriptiva del expediente de apremio para unir a la escritura de venta, constancia en el expediente de otorgamiento), y por la serie 23.^a, reducida a la adjudicación de fincas al acreedor, ya que la serie 24.^a comprende el alzamiento de bienes y cancelación de las anotaciones consiguientes practicadas en el Registro de la Propiedad, según los distintos casos de cobro de créditos, baja o anulación de éstos adjudicación al mejor postor, adjudicación al acreedor, por constitución de depósito para garantizar el cobro del débito, y según sea total o parcial la orden de suspensión del procedimiento.

Por último, la serie 25.^a desarrolla: la orden del Recaudador para cancelar inscripciones y anotaciones del Registro de la Propiedad ordenadas por otras Autoridades o practicadas a petición de terceros (posteriores y no preferentes al crédito de la Hacienda, cuando haya adjudicación al mejor postor; en igual caso de adjudicación al acreedor; reducción de la hipoteca anterior al embargo cuando se trata de impuesto que afecta directamente a la

finca o exista hipoteca legal tácita; existencia de asientos posteriores a la certificación de cargas), y la serie 26.^a se ocupa de la liquidación de los expedientes.

Excusamos decir que existen referencias a los artículos pertinentes de las disposiciones que regulan las materias tratadas, y además de un índice general, otro alfabético. Incluso hay modelos con citas a Resoluciones del Centro Directivo y remisiones a la revista «Recaudación», de Barcelona, números de diciembre de 1953 y enero, febrero, marzo, mayo y junio de 1954, donde se publicaron artículos del autor acerca del otorgamiento de la escritura de venta y de la cancelación de inscripciones. También otras obras del mismo autor, como *El Derecho procesal recaudatorio*, en unión de PÉREZ MORILLO, y *El tercero fiscal*, son objeto de notas en el texto.

En cuanto a otras notas, estimamos muy ajustadas a Derecho; la de la página 332, que critica el modelo oficial número 18, por inoperante, ya que el Registrador no puede ni debe determinar las cargas que son preferentes (compete a los Tribunales de Justicia esta determinación): la crítica de la página 341 del número 1 del artículo 130 del Estatuto de Recaudación, también de imposible defensa, ya que la Ley Hipotecaria no puede ser interpretada, ni rectificada, por dicho Estatuto, cuando haya que reducir una hipoteca tácita, así como otras que no examinamos por razones de brevedad (véase, por ejemplo, lo dicho en la página 525 acerca de las búsquedas en el Registro).

Nos hubiera gustado una referencia especial y un pequeño comentario, aunque fuere en nota, del artículo 26 del Reglamento Hipotecario (1), donde constan los datos que han de insertar las inscripciones derivadas de procedimientos de apremio de carácter fiscal, pues es un artículo guía para los datos de la correspondiente escritura o de la certificación de adjudicación. Acaso en un formulario puede disculparse esta omisión, pero, como puede conducir a nulidad absoluta la falta de requisitos esenciales o a defectos la no constancia de datos exigidos, no creemos estaría de más llamar la atención de los funcionarios interesados.

Sería una lástima que no se publicase el volumen II de esta

(1) Véase las págs. 478 y las siguientes.

obra, lo que naturalmente depende de la aceptación que tenga, el volumen I, pero soy optimista y creo y espero que el autor verá recompensados sus desvelos y se decida a terminarla, agotando la materia, y por muy penosa que sea la redacción y la corrección de pruebas, dada la aridez del tema y la frialdad del modelo. En otro supuesto, el trabajo quedaria incompleto y no llenaria bien su finalidad, que, a mi juicio, no es sólo ahorrar trabajo, sino además orientar y enseñar a quienes por sus modestas aspiraciones, por escasez de medios o por falta de estudios o de facultades, desempeñan cargos de Auxiliares para quienes este libro de *Formularios* es un maná caído del cielo, que les facilita su labor y les proporciona tranquilidad y seguridad de que su conducta y su trabajo cae dentro de las normas legales.

Basta lo dicho para constancia de mi elogio al trabajo realizado y para que quienes lean esta nota bibliográfica, especialmente si son Registradores de la Propiedad, se den cuenta de la importancia de su texto y del instrumento de trabajo y rapidez que pueden tener en sus manos. Mi enhorabuena al autor por su paciencia benedictina, por el enorme tiempo empleado y por la utilidad de su contenido (2).

PEDRO CABELLO,

Registrador de la Propiedad.

(2) Creo conveniente rectificar dos erratas de las que ha dado nota el mismo autor: En la pág. 339, nota (1), han puesto de 100 denominador común a ambos casos y 4 y 5 de numerador, y es a la inversa: siempre 100 es el numerador y 4 ó 5 el denominador, según sean fincas urbanas o rústicas. Igualmente en la pág. 341, línea 12, dice: 1.º Que $P < V$, y debe decir: Que $P > V$.