

**COMUNIDAD DE BIENES
APROVECHAMIENTOS COLECTIVOS DE AGUA**

- Comunidad de bienes
- Normas reguladoras
- Comunidad de regantes
- Características especiales
- Administración de la cosa común
- Acuerdos de los coparticipes
- Principio mayoritario
- Formación y funcionamiento de la mayoría

- Principio de la proporcionalidad

- Aprovechamientos colectivos de agua
- Aprovechamientos por turnos; superficies regables
- Aguas sobrantes; riego eventual

- Costumbre como norma
- Requisitos para su aplicación

- Distribución de la carga de la prueba en el proceso.

RECURSO DE CASACIÓN

RECONOCIMIENTO SOBRE LAS AGUAS DEL HEREDAMIENTO DEL CAMPILLO DE LOS GIMENEZ

A LA SALA PRIMERA DE LO CIVIL DEL TRIBUNAL SUPREMO

D. Antonio Navarro Flórez, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación, según poderes que acompaño, de Doña María Dolores Giménez Girón; comparezco ante la Sala con el carácter de *parte recurrente* en los autos de *recurso de casación* por infracción de la ley y de doctrina legal, preparado contra la sentencia de 21 de noviembre de 1960 dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, en la segunda instancia del juicio declarativo ordinario de mayor cuantía sobre reconocimiento de derechos sobre las aguas de Heredamiento del Campillo de los Giménez, seguidos en el Juzgado de primera instancia de Caravaca por mi representada, como demandante, contra D. Antonio Pérez Espín, D. Juan Pérez Moya, D. Juan Pintor Martínez, por sí y como representantes del Heredamiento del Campillo de los Giménez y contra D. Francisco Corbalán y otros; y, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que en trámite del artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil, *formalizo este recurso de casación* sobre los motivos que se articularán, exponiendo previamente los siguientes

ANTECEDENTES

PRIMERO

La demandante, Doña Dolores Giménez Girón, es dueña en pleno dominio de la finca y predios que se describieron en la demanda, sitios en término municipal de Ceheguín, partida rural de Campillo de los Giménez, de regadío, en la extensión que marcan sus títulos, que se benefician con aguas del Heredamiento o Comunidad del Campillo de los Giménez.

SEGUNDO

La zona regable por la acequia que rige y gobierna dicha Comunidad de regantes se divide en dos subzonas: en la primera subzona que llamamos «*de privilegio*», los

partícipes del aprovechamiento colectivo de aguas tienen ciertas preferencias o derechos privilegiados al riego, en relación con los de la segunda subzona. En esta segunda subzona todos los partícipes o regantes, es decir, los propietarios, tienen derechos al riego proporcionales a las respectivas superficies de sus predios, y contribuyen también proporcionalmente a las cargas de la Comunidad. No interesa al presente pleito la situación jurídica de los partícipes de la subzona “de privilegio”. El litigio origen del recurso de casación que se formaliza afecta exclusivamente a la segunda subzona.

TERCERO

Doña Dolores Giménez Girón figura en el Padrón de Heredamiento de Regantes del Campillo de los Giménez con derecho a riego de 217 fanegas y 7 celemines, equivalente al 30% de las 767 fanegas que figuran en la totalidad del Padrón de los 172 regantes. Doña Dolores Giménez Girón ha venido contribuyendo, en proporción a aquella superficie, a los repartos ordinarios y extraordinarios girados por el Heredamiento.

CUARTO

Los partícipes de este aprovechamiento colectivo de aguas para riego no se hayan constituidos en Comunidad de regantes de tipo legal, con Ordenanzas aprobadas por la Autoridad Administrativa, sino que integran una colectividad que se venía rigiendo por usos no escritos en los que, respetados los derechos de los propietarios de la subzona de privilegio, no se observaba ninguna norma contraria a la igualdad proporcional de derechos y obligaciones conforme a las superficies respectivas de los partícipes; de suerte que en dicha subzona las aguas se distribuían para el riego guardando los turnos correspondientes a tal proporcionalidad.

QUINTO

En la última época hace pocos años –y desde luego mucho menos de veinte años- la subdivisión de patrimonios y la multiplicación de partícipes ha servido de arranque para alentar una situación de injusticia con la pretensión de que en la administración de las aguas se impongan criterios mayoritarios de número de regantes, para dar al traste con la proporcionalidad de derechos en el riego que de tiempo inmemorial se venía observando.

Para salir al paso de esa injusta intentona, Doña Dolores Giménez Girón, principal perjudicada, suscitó la reunión de una Junta General del Heredamiento en la cual se habían de someter a deliberación los siguientes puntos:

1.º Administración de la Comunidad por el sistema legal de mayoría de intereses, sin que puedan ser efectivos los votos personales cuando no representen a su vez la mayor parte de la superficie regable representada por los votos.

2.º Reconocimiento de que todos los propietarios de la acequia, y todas las tierras de riego de la misma, con excepción exclusiva para ambos casos de los comprendidos

en el “privilegio” –que no es materia de esta “litis”- tienen igualdad de derechos para la distribución y aprovechamiento de las aguas de riego e igualdad de obligaciones para contribuir a los gastos que ocasione el sostenimiento del Heredamiento y gastos comunes.

3.º Administración de las aguas de riego de forma que se respete aquella igualdad, según el criterio que se estime mejor a tal efecto.

Después de votado el primer punto, en votación que fue favorable a la mayoría de intereses, la mayoría de individuos perdidos originó tal tumulto que la presidencia levantó de la sesión.

SEXO

Para justificar esta actitud reciente de rebeldía y egoísmo de la minoría de intereses mayoría de individuos, frente a la mayoría de intereses minoría de hacendados, aquéllos han urdido la patraña de que la zona regable se divide no en dos, sino en tres subzonas: la de privilegio, la que puede denominarse zona normal y la de “eventual” o de aguas sobrantes, que sólo puede regar una vez que han atendido a sus necesidades los de la segunda. Aquella mayoría rebelde se encuadra, naturalmente, en la segunda zona; y adscribe la casi totalidad de tierras de mi representada, Doña Dolores Giménez Girón, en la tercera hipotética subzona.

Este supuesto seccionamiento de la zona que no es de privilegio se supone producido a partir de un punto de la acequia conocido por «Tablacho de la Mina».

SEPTIMO

Para reaccionar contra aquella injusta aspiración –ya llevada a la realidad y puesta en vigor *de facto*- D.^a Dolores Giménez Girón se vio precisada a promover juicio declarativo de mayor cuantía, ante el juzgado de primera instancia de Caravaca, contra D. Antonio Pérez Espín y trece más, partícipes en el Heredamiento; formulando *demanda* que fue admitida a trámite por providencia de 17 de noviembre de 1958, con la *súplica* de que se dictase sentencia declarando:

Primero: Que el Heredamiento o Comunidad de la Acequia del Campillo de los Giménez, término municipal de Cehégín, se halla obligado a proceder en la administración y distribución de las aguas por los acuerdos tomados en junta general precisamente por mayoría de intereses, computándose los votos en proporción a la propiedad que cada uno de los propietarios votantes representen, sin que puedan ser decisivos, por tanto, los votos personales, cuando no representen, a su vez, la mayor parte de la superficie con derecho a riego representada por los votantes.

Segundo: Que en proporción a sus respectivas participaciones, todos los regantes y tierras del Heredamiento o Comunidad tienen igualdad de derechos para la distribución y aprovechamiento de las aguas de riego, con la única excepción de las tierras comprendidas en la zona de privilegio, que se extiende desde la toma hasta la

alcantarilla del Tobalo, así como la obligación correlativa de contribuir a las cargas y gastos comunes.

Tercero: La nulidad de cualquier acuerdo tornado, aunque fuese por mayoría de votos, si no concurre mayoría de intereses, que limite la duración de las tandas o distribuya abusivamente el agua, y que prive de la misma a las tierras situadas en la cola del Heredamiento, en beneficio de las existentes a la cabeza a partir de la zona privilegiada.

Cuarto: Condenar a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones.

Quinto: Igualmente condenar a los mismos al pago de las costas procesales.

OCTAVO

Se opusieron los demandados a la demanda; y tras los traslados de replica y duplica, recibimiento a prueba y conclusiones, el *Juzgado de primera instancia* de Caravaca, en 15 de julio de 1959, dicto *sentencia* con el siguiente *Fallo*:

«Que rechazando la excepción de falta de legitimación activa, estimo en todas sus partes la demanda formulada por D.^a Dolores Giménez Girón contra D. Antonio Pérez Espín, D. Juan Pérez de Moya, D. Juan Pintor Martínez, D. Juan Pintor Pérez, D. Francisco Corbalán Corbalán, D. Juan Pérez de Gea, D. Antonio Martínez Martínez, D. Cristóbal Abril Pérez, D. Joaquín Sánchez Herrera, D. Antonio Abril Matallana, D. Juan Zafra Sánchez, D. Juan de la Cruz Ruiz Carmona, D. Fernando Ruiz Carmona y D. Luis Ruiz de Gea, los tres primeros en representación del Heredamiento o comunidad de aguas del Campillo de los Giménez y los demás como partícipes del mismo, así como también los primeros en este concepto; y en su consecuencia debo declarar y declaro : *a*) Que el Heredamiento o comunidad de la Acequia del Campillo de los Giménez, termino municipal de Cehégín, se halla obligado a proceder en la administración y distribución de las aguas por los acuerdos tomados en junta general precisamente por mayoría de intereses, computándose los votos en proporción a la propiedad de cada uno de los propietarios votantes, sin que puedan ser decisivos, por tanto, los votos personales cuando no representen a su vez la mayor parte de la superficie con derecho a riego representada por los votantes. *b*) La nulidad de cualquier acuerdo tomado, aunque fuese en mayoría de votos, si no concurre mayoría de intereses, que limite la duración de las tandas o distribuya abusivamente el agua y que prive de la misma a las tierras situadas en la cola del Heredamiento en beneficio de las existentes en la cabeza, a partir de la zona de privilegio. *c*) Que en proporción a sus respectivas participaciones, todos los regantes y tierras del Heredamiento o comunidad del Campillo de los Giménez tienen igualdad de derechos para la distribución y aprovechamiento de las aguas de riego, con la única excepción de las tierras comprendidas en la zona de privilegio, la cual se extiende desde la toma de la acequia hasta la llamada Alcantarilla o Barranco del Tobalo, así como la obligación correlativa de contribuir a las cargas y gastos comunes. Y debo condenar y condeno a los mencionados demandados: *a*) a estar y pasar por las tres declaraciones anteriores, y *b*) al pago de todas las costas procesales del presente juicio declarativo.»

NOVENO

Dicha sentencia de primera instancia se funda en los siguientes considerandos:

«CONSIDERANDO que la parte demandada alega la excepción de falta de legitimación activa en la actora, porque acciona y habla por si y no por la Comunidad; y al hacer esta proposición en el fundamento de Derecho primero de la contestación, sin revestir la forma prevista en el artículo 535 de la Ley de Enjuiciamiento civil no produjo el efecto de suspender el curso de la demanda, por lo cual, a tenor del artículo 544 de dicha Ley procesal, se discute la excepción mencionada, ahora con la cuestión principal; y la estudiaremos previamente, pese a no haberse pedido en el suplico del escrito de contestación, sin duda porque el propio Letrado de los demandados estimó poco probable el que prosperara, y por ello tampoco hizo uso del artículo 535 mencionado; y efectivamente hay que rechazarla, ya que precisamente la demandante actúa en nombre propio y defensa de sus intereses contra la comunidad, contra un tercero defendiendo los derechos de ésta, y sería ingenuo el pretender que se pida autorización a los propios demandados para interponer la demanda contra ellos; estando además legitimada para hacer las peticiones del suplico, por haber acreditado en autos que es dueña en pleno dominio de la finca que describe en la demanda del termino municipal de Cehegín, partido del Campillo de los Giménez, que se beneficia con aguas del Heredamiento de este nombre, según consta en la escritura pública de partición de bienes otorgada el 31 de diciembre de 1941 ante el Notario D. Rufino Bañón Pascual, Notario que fue de Cehegín, escritura que no ha sido impugnada de contrario, y que por ello hace prueba plena.

CONSIDERANDO que han sido tachados por parte demandante los testigos presentados por la contraria, D. Juan Zafra Sánchez, D. Juan Pérez de Egea y D. Francisco Corbalán Corbalán, por ser demandados personados y opuestos en autos; y, efectivamente, al probarse que son demandados y personados con oposición tienen interés directo en este juicio, aunque ellos digan que no lo tienen, pues si ellos no tienen interés directo, ¿quién lo va a tener?, y a tenor del artículo 1.247, número 1.º, del Código civil, son inhábiles por disposición de la Ley, además de que están incluidos dentro de la tacha tercera del artículo 660 de la Ley de Enjuiciamiento civil; por lo cual, y sin necesidad de más argumentos, las manifestaciones de tales testigos es preciso tenerlas por no hechas y sin valor alguno en el presente pleito.

CONSIDERANDO que entrando en el fondo del asunto o cuestión principal y teniendo en cuenta el artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento civil, que vincula al órgano jurisdiccional con las peticiones formuladas por las partes, para que la sentencia sea congruente con dichas peticiones, contrae la cuestión litigiosa al examen de las formuladas por la parte actora, toda vez que los demandados se limitan a suplicar la absolución, por lo cual pasaremos al estudio de la petición de la demanda.

CONSIDERANDO que la primera petición es la de que se declare que el Heredamiento o comunidad de la acequia del Campillo de los Giménez, termino municipal de Cehegín, se halla obligado a proceder en la administración y distribución de las aguas por los acuerdos tomados en junta general precisamente por mayoría de intereses, computándose los votos en proporción a la propiedad que cada uno de los

propietarios votantes represente, a su vez que, digo, sin que puedan ser decisivos los votos personales que no representen a su vez la mayor parte de superficie con derecho a riego representada por los votantes; y teniendo muy en cuenta que se trata de una comunidad de bienes, se debe de regir por los artículos 392 y siguientes del Código civil con carácter general, y por ser comunidad de regantes por los 228 al 247 de la Ley de aguas en particular; y el artículo 398 del Código civil dice: "Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes. No habrá mayoría sino cuando el acuerdo este tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de intereses que constituyan el objeto de la comunidad"; es decir, que el Código exige mayoría de intereses, no de personas; y el mismo criterio sigue la Ley de aguas al manifestar, en su artículo 239, que "las comunidades de regantes celebraran juntas generales ordinarias en las épocas señaladas en las Ordenanzas de riego, y extraordinarias en los casos que las mismas determinen. Estas Ordenanzas fijarán las condiciones requeridas para tomar parte en las deliberaciones y el modo de computar los votos en proporción a la propiedad que representen los interesados", y lo mismo mantiene el artículo 239 de dicha Ley de Aguas, criterio que también sigue la Instrucción de 1884 al exigir en su artículo 6.º que para la validez de los acuerdos es preciso la asistencia de la representación de la mayoría absoluta de la propiedad que reúna todos los que han de ser partícipes de la comunidad; y la cuestión tiene su importancia, como dice GAY DE MONTELLA, pues en las resoluciones habrán de regirse la Comunidad por el número de votos adjudicados a cada asociado en proporción a los módulos o a las hectáreas de riego"; es decir, que se trata siempre de mayoría de intereses, no de mayoría de personas, y contra la Ley de Aguas y el Código civil alega la parte demandada la costumbre citando frases de SANTA TERESA y Horacio, que, aunque muy bonitas, no pueden tenerse en consideración en el presente juicio declarativo de mayor cuantía, porque contra la Ley no puede prosperar el desuso, la costumbre o la práctica en contrario, según preceptúa el artículo 5.º del Código civil y, a tenor del artículo 4.º de dicho Código, si se toma algún acuerdo contrario a la Ley, es nulo de pleno derecho; por todo lo cual es preciso estimar plenamente la primera petición de la actora de que se declare que los acuerdos de la Junta del Heredamiento sean por mayoría de intereses, al ser precepto legal contra el que no cabe prueba alguna en contrario.

CONSIDERANDO que con lo expuesto queda también resuelta la tercera petición de la demanda, de declarar nulo cualquier acuerdo tomado, aunque fuere en mayoría de votos, si no concurre mayoría de intereses; pues ya hemos dicho que ello es lo que disponen el Código civil y la Ley de Aguas, y que por mandato del artículo 4.º del Código civil todo acuerdo en contra de lo dispuesto en la Ley es nulo de pleno derecho.

CONSIDERANDO que pasaremos ahora al estudio de la petición segunda (ya que en el párrafo anterior hemos examinado la tercera por ser deducción de lo expuesto en la primera) de que se declare que en proporción a sus respectivas participaciones, todos los regantes de la tierra del Heredamiento o comunidad tienen iguales derechos para la distribución y aprovechamiento de las aguas de riego, con la única excepción de las tierras comprendidas en la zona de privilegio, que se extiende desde la toma hasta la alcantarilla del Tobalo, así como la obligación correlativa de contribuir a las cargas y gastos comunes; petición ésta, como se observa, independiente de las dos anteriores examinadas, y al margen de lo preceptuado en las Leyes, por lo cual es indispensable el recurrir a la prueba practicada; y tenemos que tener en cuenta que los demandados, con

respecto a este punto, alegan que existen tres zonas de riego: la de privilegio, la de tandas y la de riego eventual, que van, respectivamente, desde la toma al Barranco del Tobalo, de éste al Tablacho de la Mina y del Tablacho de la Mina hasta la cola, en contra de lo que dice la parte actora de que las zonas de riego son tan sólo dos, la de privilegio mencionada y la de tandas, que comprende desde el Barranco o alcantarilla del Tobalo hasta el final; debate éste que vamos a estudiar a continuación.

CONSIDERANDO que así planteado el problema tenemos, en primer lugar, que en el punto clave de la cuestión, el Tablacho de la Mina, según se observó en la diligencia de reconocimiento judicial por el juzgador (folios 224 y siguientes), la acequia principal continua en dirección sensiblemente recta por debajo de la carretera, y en la margen izquierda, aguas abajo, parte en perpendicular un brazal secundario, estimado así por la posición en que nace y ser de menor cauce que la acequia que continua por debajo de la carretera, confirmado todo ello de que es la principal esta acequia, porque poco después atraviesa, por medio de un túnel de gran consideración, un terreno montañoso, túnel que tiene seis registros para respiradero y limpieza, y al ser la obra de gran magnitud, evidencia que la acequia que cruza el túnel tiene que ser la principal y no construida para riegos eventuales, sino para la misma forma que los riegos del trozo de cauce anterior; unido, además, a que después del túnel riega la acequia una gran extensión de zona con árboles frutales, cañamo (cultivo éste que necesita mucha agua) y diversas hortalizas; los recibos obrantes en los folios 7 al 44, del Heredamiento de la Acequia del Campillo a D.^a Dolores Giménez Girón, también deducen una sola clase de riegos, ya que por la nota que de forma impresa consta en los mismos se dice que los que no lo paguen no regaran, o sea, que los que lo hagan tendrán derecho a riego; los testigos de la parte actora hablan todos de dos zonas de riego tan solo, la de privilegio y la de tandas, la primera desde la toma hasta la Alcantarilla del Tobalo y la segunda desde allí al final, y aunque varios testigos de la parte demandada digan que las zonas son tres, hay que tener en cuenta que sus declaraciones son poco convincentes, porque casi todos son regantes entre el Barranco del Tobalo y el Tablacho de la Mina, por lo que les interesa que se declare riego eventual el resto, e incluso tres de los testigos de los demandados son en realidad propiamente demandados personados y opuestos a la demanda, por lo que han sido tachados, y además uno de los de esta parte, D. Francisco Fernández García, manifiesta que todos los propietarios del Heredamiento contribuyen a los gastos y cargas del mismo a razón de un tanto por fanega de tierra, según acuerdo de la Junta; y también de esta prueba testifical se deduce que, exceptuando el privilegio, se riegan las demás tierras con régimen de tanda y que cuando falta el agua para uno falta para todos, aunque a veces los de tanda obtienen favores de riego de los de privilegio; y en junta celebrada el 15 de noviembre de 1958 (folios 7 Y 8), a propuesta del Presidente, D. Antonio Pérez Espín (demandado en este pleito), se acordó girar un reparto de doce pesetas por fanega de tierra para todos los comprendidos en el Heredamiento, sin que se haga mención de riegos eventuales, por lo que ahora no puede ir en contra de sus propias manifestaciones; y el acta notarial (folio 92) ratificada a presencia judicial por los testigos D. Manuel Hernández Corbalán y D. Pedro Carmona Adán, que la operación de monda de la acequia la hacen lo mismo en tierras de D.^a Dolores Giménez Girón que en otros lugares de la acequia, cuyas tierras no son de propiedad de la mencionada señora; por todo lo cual la parte actora ha probado plenamente que las zonas de riego son dos, y que excepto los de privilegio, los demás regantes tienen el riego por tandas en proporción a la cantidad de tierra que poseen, y en la misma contribuyen a las cargas y gastos; y ya hemos dicho que la parte demandada alegó haber tres zonas, cosa que no ha podido probar, pues solamente se

apoya en declaraciones testificales, poco convincentes como hemos deducido, y según la doctrina del artículo 1.214 del Código civil debió probar lo que alegó; por todo lo cual también se ha de estimar plenamente la petición segunda de la demanda.

CONSIDERANDO que prosperando las tres primeras peticiones de la demanda, lógicamente debe de accederse a la cuarta, pues los que son parte en un pleito están obligados a estar y pasar por lo que en el mismo se declara, por lo cual procede condenar a los demandados a estar y pasar por las declaraciones anteriores.

CONSIDERANDO que en el presente juicio se ha observado una gran temeridad en los demandados, desde el pretender, nada menos, tomar acuerdos en las juntas en contra de lo ordenado en las leyes, hasta el extremo de llegar a decir, tres de ellos, y bajo juramento, que pese a estar personados y haberse opuesto a la demanda no tienen interés en este pleito; por lo que se les debe condenar en costas.»

DECIMO

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia del Juzgado de Caravaca, para ante la Audiencia Territorial de Albacete. Y sustanciada esta *segunda instancia*, en ella se dictó por la Sala de lo Civil de aquella Audiencia, en 21 de noviembre de 1960, *sentencia* revocatoria, con el siguiente pronunciamiento:

«FALLAMOS: Que desestimando las excepciones de falta de legitimación activa y pasiva y desestimando asimismo la demanda interpuesta por D.^a Dolores Giménez Girón contra D. Antonio Pérez Espín, D. Francisco Corbalán Corbalán, D. Pérez de Gea, D. Juan Zafra Sánchez, D. Juan de la Cruz Ruiz Carmona, D. Fernando Ruiz Carmona, D. Luis Ruiz de Gea, D. Antonio Martínez Martínez, D. Cristóbal Abril Pérez, D. Juan Sánchez Herrera, D. Antonio Abril Matallana, D. Juan Pérez de Moya, D. Juan Pintor Martínez y D. Juan Pintor Pérez; los señores Pérez Espín, Pérez de Moya y Pintor Martínez, además de como partícipes y regantes del Heredamiento o comunidad de Aguas del Campillo de los Giménez, como representantes de dicho organismo, debemos absolver y absolvemos a estos de todas las peticiones deducidas por aquella, en cuyo sentido revocamos la sentencia dictada por el señor Juez de primera instancia de Caravaca con fecha 15 de julio de 1959; sin hacer condena de costas en ninguna de las dos instancias.»

UNDECIMO

La sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete contiene los siguientes fundamentos:

«CONSIDERANDO que las cuestiones a ventilar en la presente litis se contraen a resolver, en primer término, la falta de legitimación activa y pasiva opuestas por los demandados y, en segundo lugar, acerca de si la actora, que forma parte de la Comunidad de regantes del Campillo de los Giménez, puede modificar el régimen seguido en dicha Comunidad en la computación de los votos necesarios para obtener mayoría decisoria en las Juntas, y el sistema de reparto y aprovechamiento de aguas y

distribución de cargas, usados en la misma, basada únicamente en los artículos 392, 393 y 398 del Código civil.

CONSIDERANDO que la falta de legitimación activa debe desestimarse, de acuerdo con lo resuelto por la sentencia recurrida, por cuanto la interpelante dirige su acción contra la Comunidad de regantes de la que ella forma parte, para modificar en su beneficio la forma de actuar de la misma, y no es dudoso que el comunero tiene personalidad y acción para dirigirse contra los demás condóminos, para defender el derecho de copropietario en que se cree perjudicado.

CONSIDERANDO que, en cuanto a la falta de legitimación pasiva, es de tener presente que la Comunidad demandada se reunió el 27 de octubre de 1958, previa convocatoria en la forma acostumbrada, con objeto de dar conocimiento de la demanda de conciliación previa a la que ha dado lugar a esta litis, y en dicha Junta acordó la mayoría facultar al Presidente de la Comisión administradora del Heredamiento "para que pueda otorgar poderes a Procuradores de los Tribunales, ante Notario publico, que representen a dicho Heredamiento para actuar como demandado o demandante", y que, en uso de tal facultad, el Presidente ha otorgado a favor de Procuradores el poder con que ha comparecido en el pleito.

CONSIDERANDO que la mencionada autorización constituye un supuesto de mandato expreso para actuar en nombre de los copropietarios, que se adapta a las ordenanzas consuetudinarias por las que se rige la Comunidad de regantes, por lo que la comparecencia del Presidente en nombre de la misma, por medio de Procurador nombrado al efecto, legitima pasivamente a ésta, confirmándose tal hecho, con los actos posteriores de dicha Comunidad, que en Junta celebrada el 15 de noviembre de 1958, acordó por unanimidad hacer un reparto entre todos los regantes pertenecientes a la misma, de 12 pesetas por fanega de tierra para atender los gastos judiciales causados por este pleito, sancionando con la privación de agua a los que dejaren de abonar sus cuotas, cuyos actos de notoria eficacia jurídica producen los efectos de los actos propios (sentencias de 24 de marzo de 1947, 8 de septiembre de 1954), puesto que son hechos de inequívoca significación contradictoria de la excepción alegada en el pleito.

CONSIDERANDO que, por lo expuesto, es procedente desestimar las excepciones alegadas por los demandados, y entrar a resolver sobre el fondo de la cuestión debatida, estudiando en primer lugar la referente al sistema a seguir en la computación de los votos necesarios para constituir mayoría en las Juntas del Heredamiento.

CONSIDERANDO que la Comunidad de regantes constituye una copropiedad o condominio especial, formado por la agrupación de sus elementos personales -los usuarios- y reales -el agua, las obras de conducción y derivación- que se regirá por las estipulaciones no contrarias a ley que acuerden libremente los condóminos, y, a falta de ellas, por las prescripciones de la Ley de Aguas, y las del Título III, Libro 2.º del Código civil, reguladores de la comunidad de bienes, según se desprende de lo dispuesto en el artículo 392 de dicho Código, y del artículo 231, párrafo 2.º, de la Ley de Aguas, que dispone que "las aguas publicas destinadas a aprovechamientos colectivos que hasta ahora hayan tenido un régimen especial consignado en sus ordenanzas, continuarán sujetas al mismo, mientras la mayoría de los interesados no acuerde modificarlo", habiendo declarado el Tribunal Supremo, en sentencias de 28 de

febrero de 1925, 7 de octubre, 12 de octubre y 18 de noviembre de 1927, que solo en defecto de pacto se habrán de observar las prescripciones de los artículos 392 y siguientes del Código civil.

CONSIDERANDO que el demandante afirma que debe imperar en las Juntas del Heredamiento de regantes mencionado el sistema de contar los votos en proporción a la tierra regable perteneciente a cada comunero, con base únicamente en el artículo 398 del Código civil, por estimar que dicho precepto es norma de aplicación obligada contra la que no cabe la costumbre contraria, pero esta afirmación no puede acogerse, porque, a tenor de los preceptos y jurisprudencia citados, es errónea la interpretación del precepto, ya que lo dispuesto en el artículo 398, párrafos 1.º y 2.º, no es de derecho necesario, inderogable, como sí lo son otros artículos del mismo título señalados con unanimidad por la doctrina, entre ellos el artículo 400, y al no tener ese carácter, puede administrarse la Comunidad por sistema distinto del previsto en el precepto mencionado, como de hecho se esta rigiendo en el caso presente, según se prueba con los testimonios de las aetas correspondientes a Juntas celebradas en diferentes años, y con los testimonios de las convocatorias para otras, de los que aparece rigiendo el sistema de votación personal, ininterrumpidamente, durante toda la vida inmemorial de la Comunidad, y al no contrariar a ley esta costumbre, ni probar el demandante que, por otra causa, deba variarse el sistema de computar los votos, debe revocarse la sentencia en cuanto a este particular, ya que dicha resolución, de acuerdo con la demanda, se basa únicamente en el cumplimiento necesario del artículo 398 del Código civil.

CONSIDERANDO que el tercer apartado del suplico, que tiene por objeto pedir la nulidad de los acuerdos de la Junta, tomados por mayoría conseguida mediante votación personal, se basa en el éxito que tuviera la primera petición, por lo que, al ser esta desestimada, como antes se ha razonado, debe rechazarse también.

CONSIDERANDO que el artículo 393 del Código civil dispone que el concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas, presumiéndose que estas son iguales, mientras no se pruebe lo contrario; el artículo 231.2 de la Ley de Aguas, antes citado, protege la regulación especial que tuvieron las aguas públicas aprovechadas colectivamente, hasta que la mayoría acuerde modificarla, y el artículo 234 de la misma Ley dispone que en los regadíos existentes a su publicación y regidos por reglas escritas o consuetudinarias de una Comunidad de regantes, ninguno será perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y uso por la introducción de cualquiera novedad en la cantidad, aprovechamiento o distribución de las aguas regables.

CONSIDERANDO que con el segundo pedimento de la demanda pretende el postulante variar una situación de hecho existente en la Comunidad de regantes, a la que pertenece, como se deduce lógicamente del contexto de la petición y de sus escritos de replica y demanda, en los que tilda a ese estado de hecho de practicas viciosas, arbitrarias e injustas, contrarias a la ley; no trata de establecer una situación jurídica o de hecho, perturbada, sino que admitiendo esa practica, que llama viciosa, solicita para todos los regantes una igualdad de derechos proporcional a la extensión de las tierras que posean, basado además en que "desde el año 1955, por la escasez de agua, vienen produciéndose abusos y anomalías, lesionando o desconociendo el derecho de unos comuneros en beneficio de otros", pero sin especificar cuál es el *statuante* que sirva de apoyo a su petición, en que consisten esos abusos ni que derechos han sido lesionados, y

sin probar, en definitiva, la realidad de esa mala administración, pues frente a la opinión de los siete testigos contestes que deponen a su instancia está la de otro número mayor, que con igual unanimidad responden lo contrario a instancia de los demandados, y tan feble es, a juicio de esta Sala, el resultado de una prueba testifical como el de la otra, dado el evidente interés de todos los manifestantes en que prevalezca la tendencia a favor de la cual declaran.

CONSIDERANDO que aunque tampoco han probado los demandados que sea real y cierta la división de los regantes que componen el Heredamiento, en tres clases -privilegiada, normal y eventual-, pues el padrón de regantes que presentan no ofrece garantías de responder a la verdad en ese sentido, sin embargo, sí resulta admitido por ambas partes que en la Comunidad hay unos regantes de privilegio -aunque "por ahora" no se dirige contra ellos la demanda-, es decir, que hay desigualdad de derechos entre los partícipes del Heredamiento, también está probado con los testimonios de las aetas de las Juntas que las cargas del mismo han sido repartidas desigualmente unas veces y otras por igual, y así la limpia de la acequia tanto se ha hecho por la administración del Heredamiento como por los propietarios en la parte que les correspondía o se les asignaba, y en otras se ha hecho un reparto de cantidad fija de pesetas por fanega de tierra para atender a los gastos comunes; asimismo se prueba con los testimonios de las aetas correspondientes a las Juntas celebradas por el Heredamiento el 30 de junio de 1942 y el 30 de mayo de 1955, y por las manifestaciones recogidas en las aetas notariales de 27 y 28 de diciembre de 1958, ratificadas en el pleito, que los riegos se hacen en el Heredamiento según es uso y costumbre establecidos, cuyo uso descarta el reparto del agua por igual entre todos los regantes desde cabeza a cola -folio 45 del rollo- y finalmente se acredita con el informe de Comisaría de Aguas de la Cuenca del Segura, que en los Heredamientos de riego tradicional de dicha cuenca hay usuarios de mejor derecho respecto al riego que otros regantes O partícipes del mismo Heredamiento.

CONSIDERANDO que ante estos hechos, que acreditan la existencia de una costumbre en la distribución de los riegos del Heredamiento del Campillo de los Giménez, distinta de la situación que pretende implantar el actor, no cabe que prospere su petición porque dicha costumbre, que atribuye derechos desiguales en el uso del agua entre los regantes, no es *contra legem*, como sostiene el interpelante, sino que esta admitida por la ley, según se desprende de los artículos 231 y 234 de la Ley de Aguas antes citados; porque, además, la petición no se basa en título alguno y, en definitiva, porque el derecho de igualdad que pretende obtener tiene como base de hecho una mala administración de las aguas no demostrada, y como único apoyo jurídico lo dispuesto en los artículos 393 y 398 del Código civil, que no son aplicables al caso presente, por las mismas razones expuestas al estudiar el apartado primero del suplico.

CONSIDERANDO que en cuanto a la circunstancia de que en los títulos de propiedad de la actora conste que determinadas fincas se riegan con aguas del Heredamiento del Campillo de los Giménez, esta expresión sólo es una cualidad del predio, inoperante con respecto a tercero -artículo 71 del Reglamento Hipotecario en relación con el 13 de la Ley- que sirve de elemento indiciario de prueba para constatar la realidad de esa cualidad, al conjugarlo con otros medios probatorios, y que, en el caso presente, sólo indicaría que esas tierras se riegan con dichas aguas, pero no la forma y módulos en que hayan de regarse.

CONSIDERANDO que por todo lo expuesto anteriormente debe revocarse la sentencia apelada y desestimar la demanda sin imposición de costas en la primera instancia, por no apreciarse temeridad ni mala fe, ni tampoco en esta apelación por el mismo motivo.»

DUODECIMO

Fue notificada esta sentencia a mi representada en 23 de noviembre de 1960. En 29 del mismo mes se presentó escrito ante la Audiencia anunciando el recurso de casación.

Con fecha 17 de diciembre de 1960, por auto dictado por la Audiencia Territorial de Albacete, se mandó librar y entregar al Procurador de mi representada la certificación literal de la sentencia solicitada. Y en 16 de marzo de 1961 se entregó a esta parte la mencionada certificación con emplazamiento para la formalización del presente recurso.

FUNDAMENTOS PROCESALES

1. Procede el recurso que se formula, por cuanto la sentencia que se impugna, dictada por la Audiencia Territorial de Albacete, es una sentencia definitiva y se encuentra, por tanto, comprendida en el caso 1.º del artículo 1.689 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

2. Se presenta este escrito dentro del término del emplazamiento, o sea, dentro de los cuarenta días hábiles contados desde el día siguiente al de la entrega de la certificación de las sentencias, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3. Se acompañan a este escrito los documentos exigidos por el artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento civil, a saber:

El poder que acredita la legítima representación del Procurador que suscribe.

La certificación de la sentencia que se recurre, así como de la dictada en primera instancia.

Las copias del escrito para las otras partes litigantes a que se refiere el número 5.º del mencionado artículo.

4. No se acompaña el documento que justifique haberse hecho el depósito que ordena el artículo 1.698 por no ser necesario, ya que las sentencias de primera y segunda instancias no son conformes de toda conformidad.

MOTIVOS DE CASACION

MOTIVO PRIMERO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil. - Infracción de Ley por *violación* del párrafo 2.º del artículo 392 del Código civil, que dispone que, a falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones del Título III del Libro II del Código civil. Pues la sentencia recurrida viola y conculca dicho precepto legal al desestimar el primer pedimento de la suplica de la demanda, es decir, la pretensión de que se declare que la Comunidad de la Acequia del Campillo de los Giménez se halla obligada a proceder en la administración y distribución de las aguas por los acuerdos tornados en junta general precisamente por mayoría de intereses, computándose los votos en proporción a la propiedad que cada uno de los propietarios votantes representen, sin que puedan ser decisivos los votos personales cuando no representen, a su vez, la mayor parte de la superficie con derecho a riego representada por los votantes. Es decir, que la sentencia recurrida, al rechazar esta pretensión, prescinde de considerar aplicables a la administración de esta comunidad las normas de administración que se contienen en el Título III del Libro II del Código civil.

Se resuelve así de modo contrario a la ley, violando ésta, infringiéndola, la cuestión que podemos denominar preliminar en la presente contienda; la cuestión de la *norma* aplicable en la administración de este *genus* de copropiedad que es una comunidad de regantes.

Para desarrollar convenientemente este motivo de casación es preciso sentar la premisa de que cuando una comunidad de regantes rige y gobierna un aprovechamiento colectivo de aguas (como es el caso de la Comunidad de Regantes de la Acequia del Campillo de los Giménez), en rigor la persona jurídica de la comunidad no es sino la organización de la administración de un derecho -el de aprovechamiento de aguas públicas para riego- que pertenece proindiviso a los propietarios de las tierras regadas. Hay, pues, una comunidad (con minúscula) o copropiedad, como especie de cotitularidad *real*, que sirve de soporte a una Comunidad (con mayúscula). La yuxtaposición, la superposición de esta persona jurídica que es la Comunidad de Regantes, no desvirtúa la situación inicial de comunidad de bienes o derechos en que es preciso encuadrar el régimen, la administración, de esa cosa o derecho común, perteneciente a los propietarios regantes; pues si hay «Comunidad» como entidad organizada, es porque hay cosa o derecho proindiviso que exige la constitución de tal entidad. Esta premisa no sólo no es negada, sino que se da por supuesto en la sentencia recurrida cuando, con cita del artículo 392 que reputamos infringido, se arguye acerca de la primacía del pacto sobre la ley, en cuanto a administración de comunidades.

Consecuencia de ello es que, cuando los regantes, los partícipes en el derecho de aprovechamiento colectivo, se reúnen en junta general, adoptan acuerdos para *administrar* el aprovechamiento y distribuir las aguas. Y que, por consiguiente, esos acuerdos lo son de administración de una comunidad de bienes.

El artículo 392 del Código civil, después de definir lo que es una «comunidad», enuncia en su párrafo segundo la jerarquía normativa de la institución, por este orden:

primero, el contrato; segundo, a falta de contrato, las disposiciones especiales; en último término, las prescripciones de este título, o sea, del Título III del Libro II del Código civil, que lleva por rubrica «De la comunidad de bienes», y dentro del cual se hallan insertos el artículo 398, que se refiere a la administración y disfrute de la cosa común, y el artículo 393, que se refiere al concurso de los partícipes en los beneficios y en las cargas.

Pues bien, la sentencia recurrida rechaza la aplicabilidad de las reglas de administración de comunidades del Código civil, porque estando supeditada esa aplicabilidad a la inexistencia de contrato, sólo a falta de éste o de disposiciones especiales entran en juego aquellas reglas. Y esta declaración –insita en el fallo- se hace por el juzgador de instancia sin declarar probada la existencia de un *contrato* entre los partícipes de la comunidad en el cual se establezcan unas normas concretas de administración distintas de la legal.

Nótese que aunque la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, en su artículo 231, segundo párrafo, respeta los regímenes especiales de aprovechamientos de aguas públicas anteriores a la Ley, consignados en sus Ordenanzas, este supuesto no es aplicable al caso de nuestro pleito:

Primero, porque las «Ordenanzas» no son *contrato*, sino prescripciones autonómicas aprobadas por el Poder público, que no resultaban de un «convenio» o «pacto», sino de un *acuerdo corporativo* refrendado por la Autoridad. Bien clara es la diferencia entre «contrato» -unanimidad de voluntades- y acuerdo corporativo.) Unas Ordenanzas no servirían, pues, para dejar de aplicar el párrafo segundo del artículo 392 del Código civil que reputamos violado.

Segundo, porque tampoco se ha declarado probado que la Comunidad de la Acequia del Campillo de los Giménez tuviera «Ordenanzas», ni mucho menos que estas fueran anteriores a la vigencia de la Ley de Aguas.

Tercero, porque las disposiciones especiales que el artículo 392 del Código civil menciona coinciden en este extremo de la administración de comunidades con las contenidas en el Código civil, ya que el artículo 239 de la Ley de Aguas dispone que en las Ordenanzas de las Comunidades se fijarán las condiciones requeridas para tomar parte en las deliberaciones y el modo de computar los votos *en proporción* a la propiedad que representen los interesados; precepto que sustancialmente coincide con el del Título III del Libro II del Código civil, cuyo artículo 398 computa la mayoría en las votaciones por la representación de la mayor cantidad de intereses que constituyan el objeto de la comunidad.

En resumidas cuentas, no existiendo contrato en contrario, ni Ordenanzas o disposición especial que otra cosa estatuyan, la administración de un aprovechamiento colectivo de aguas debe regirse por las normas contenidas en el respectivo título del Código civil. Y la sentencia, que resuelve esta cuestión preliminar en otro sentido, rechazando la aplicabilidad del régimen de administración de comunidades acogido por el Código civil (que es el mismo admitido por la Ley de Aguas) incide en violación del artículo 392, párrafo segundo, del mencionado Código.

MOTIVO SEGUNDO

Al amparo del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción de ley por *violación por inaplicación* de lo dispuesto en los párrafos primero y segundo del artículo 398 del Código civil y en el artículo 239 de la Ley de Aguas; en cuanto en el primero de dichos artículos se ordena que para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes, y que no habrá mayoría sino cuando el acuerdo este tomado por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad; y en cuanto el segundo -el artículo 239 de la Ley de Aguas- dispone que las Ordenanzas de las Comunidades de Regantes fijarán las condiciones para tomar parte en las deliberaciones y el modo de computar los votos en proporción a la propiedad que representen los interesados.

La sentencia recurrida infringe estos preceptos legales por violación por inaplicación al absolver a los demandados de los pedimentos «primero» y «tercero» de la suplica de la demanda, que se refieren al computo de votos en la mayoría de la comunidad y a la nulidad de acuerdos administrativos en que la mayoría no sea de intereses, sino de individuos votantes.

El principio mayoritario en la regulación de la administración y mejor disfrute de las cosas comunes, que se establece en el artículo 398 del Código civil, constituye -como dice BELTRAN DE HEREDIA: *La Comunidad de Bienes en Derecho Español*, Madrid, 1954, Editorial Revista de Derecho Privado, pagina 297- una novedad de las de más trascendencia respecto a la relación jurídica de copropiedad, sin precedentes en nuestra legislación. Pues, como señala SANCHEZ ROMAN, tanto las Partidas como el Derecho anterior al Código habían guardado silencio en este punto, y las costumbres locales (especialmente en Extremadura y Salamanca) habían tenido buen cuidado de respetar el derecho individual de cada copropietario, manteniendo el principio de la unanimidad para la administración.

El artículo 398 del Código civil, inspirado en el artículo 678 del Código civil italiano de 1865, introduce en nuestro ordenamiento privado el principio de administración mayoritaria, única manera de imponer regularidad en la comunidad. Este principio no entra en juego cuando hay unanimidad; pero hace acto de presencia cuando surge el desacuerdo. Entonces el acuerdo de la mayoría se hace obligatorio y vinculante incluso para los que forman el grupo minoritario disidente. Es un principio que sacrifica la autonomía individual de cada copartícipe, para evitar el ejercicio anárquico del derecho de cada uno y hacer posible, en la práctica, la vida de la comunidad. Este paso al régimen mayoritario, implantado por el Derecho justiniano en el Derecho romano, da al condominio un carácter decididamente *social*, como ha hecho notar RICCOBONO.

Se produce así un movimiento reversible. ROCA SASTRE ha podido decir que el acto de aportación de bienes a una Sociedad no es un acto de enajenación, de desplazamiento patrimonial, sino de *comunicación*. Inversamente podríamos argüir que en virtud de aquel principio mayoritario, en la administración de una copropiedad se originan actividades *sociales*.

Pero sentada la necesidad de sujetarse al acuerdo de la mayoría, en la administración de la comunidad se plantea el problema de la formación y

funcionamiento de esa mayoría. Y ese problema no puede resolverse atribuyendo a cada copartícipe el mismo grado o cantidad de «poder de decisión», sino que es preciso *atemperar* la «cantidad» de derecho a la extensión o alcance de los intereses. La asociación eventual organizada (con incipiente organización) para administrar una comunidad, no es una asociación de personas en que los miembros son iguales. De los coparticipes, *en cuanto tales*, no se puede predicar aquella sabia invocación que está grabada en el epitafio de la fosa común del Cementerio de la Ciudad de Zaragoza («Vosotros, a quienes hizo iguales la naturaleza humana, la redención divina, la niveladora muerte...»). No es una sociedad de personas, es una asociación de intereses, es decir, de base *real*. A la manera de los que se denominan *derechos subjetivamente reales*, *aquí* el poder de decisión radica en el grado o proporción de participación en la *cosa común*. Esta «cosificación», digámoslo así, del voto, obliga en justicia a repudiar el sistema de votación *per capita*.

Por ello, el párrafo segundo del artículo 398 del Código civil dispone que no habrá mayoría sino cuando el acuerdo esté tomado por los coparticipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad. Este sistema, inspirado, es cierto, en el Código civil italiano de 1865, tenía precedentes en las normas de la Ley de Enjuiciamiento civil sobre juntas de acreedores en los concursos (artículo 1.139) y en las del Código de comercio relativas a los convenios del quebrado (artículo 901).

El criterio de cómputo de votos, su referencia a participación cuantitativa en el derecho, en la cosa, ha pasado con carácter de derecho necesario, *jus cogens*, a las novísimas legislaciones de sociedades anónimas y de propiedad horizontal de edificios.

La aplicabilidad de ese principio de proporcionalidad de votos a la cuantía de intereses de los votantes, en la administración de los *aprovechamientos colectivos de aguas* (y en su disfrute); la recepción de ese criterio de proporcionalidad de los derechos corporativos, con la cuota de propiedad representada por los interesados, *en las comunidades de regantes*, se justifica por lo que se ha llamado, con toda justeza, el *carácter real de las comunidades de regantes* (véase: SEBASTIAN MARTIN RETORTILLO: «Consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las Comunidades de Regantes», en el libro *De las administraciones autónomas de las aguas públicas*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960). ¿Cuál es el elemento a través del cual se verifica la vinculación corporativa que la Comunidad de Regantes supone? se pregunta SEBASTIAN MARTIN RETORTILLO-. Se trata de un elemento *real*, esto es, el fundo o la tierra regada. Propiamente es la unión de estas la que constituye el elemento básico que permite establecer la Comunidad. Es la tierra la que tiene derecho al riego. Y el concepto de *derecho subjetivamente real* a que antes hemos aludido sirve de presupuesto -como dice SEBASTIAN MARTIN RETORTILLO- para ensamblar el elemento personal en la Comunidad sin mengua de la base eminentemente *real* de la misma.

Este elemento valorativo de la tierra, de su superficie, trasciende a varios preceptos de nuestra Ley de Aguas (artículos 228, 229, 197, etc.). Pero, concretamente, por lo que se refiere al cómputo de votos en la administración del aprovechamiento colectivo, el artículo 239 sienta un principio obligatorio, contra el que no cabe la fisura de la autonomía de voluntad de los coparticipes: «Las Comunidades de Regantes celebraran juntas generales ordinarias en las épocas señaladas en las Ordenanzas de

riego y extraordinarias en los casos que las mismas determinen. Estas Ordenanzas fijarán las condiciones requeridas para tomar parte en las deliberaciones, y *el modo de computar los votos en proporción a la propiedad que representen los interesados.*»

Esta norma es irrenunciable y tiene explicación en el designio de evitar la arbitraria creación de mayorías por subdivisión de patrimonios: bastaría la multiplicación de regantes por segregación de parcelas para que un grupo minoritario de intereses se alzase con el poder de decisión en perjuicio de la mayoría de superficie.

Por ello, en la Instrucción para tramitar los expedientes de constitución de las Comunidades de Regantes y aprobación de sus Ordenanzas y Reglamentos, aprobada por Real Orden de 25 de junio de 1884, en el apartado 5.º se establece que, en las juntas constitutivas, «los votos se computaran en proporción a la propiedad que representen los que los emitan». Y en el apartado 6.º se atiende a la *mayoría absoluta de la propiedad*.

La sentencia recurrida, al rechazar los pedimentos primero y tercero de la súplica de la demanda, y absolver de ellos a los demandados, olvida ese principio de proporcionalidad *real* en la administración de las comunidades de regantes que imperativamente se dispone en los artículos 398 del Código civil y 239 de la Ley de Aguas. Contra ese principio no puede prevalecer *pacto* en contrario, que no se ha alegado ni probado en el presente caso. Pero tampoco puede invocarse unas reglas consuetudinarias respetables al amparo del artículo 234 de la Ley de Aguas; porque este precepto, como claramente se desprende de su contexto literal, solamente se refiere a lo que podemos llamar los *derechos materiales* en el disfrute del agua, de su dotación o uso, pero no a los *derechos corporativos políticos*, como lo son el derecho al voto, y la forma de computar los poderes de decisión en las *deliberaciones de administración*, únicos en que cabe sujetarse a mayorías, ya que la declaración de derechos materiales (dotación de aguas, preferencias, etc.), por ser actos de disposición, de puro dominio, exigen unanimidad de acuerdo (artículo 397 del Código civil).

MOTIVO TERCERO

Fundado en el número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción del artículo 393 del Código civil por *violación por inaplicación* en relación con los artículos 231.2 y 234 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

Dice el artículo 393 del Código civil:

El concurso de los partícipes, tanto en los beneficios como en las cargas, será proporcional a sus respectivas cuotas. Se presumirán iguales, mientras no se pruebe lo contrario, las porciones correspondientes a los partícipes en la comunidad.» El párrafo segundo del artículo 231 de la Ley de Aguas es del siguiente tenor:

«Las aguas públicas destinadas a aprovechamientos colectivos que hasta ahora hayan tenido un régimen especial consignado en sus Ordenanzas, continuarán sujetas al mismo mientras la mayoría de los interesados no acuerde modificarlo con sujeción a lo prescrito en la presente Ley, sin perjuicio del cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 190.»

Y el artículo 234 de la misma Ley de Aguas:

«En los regadíos hoy existentes y regidos por reglas, ya escritas, ya consuetudinarias, de una Comunidad de regantes, ninguno será perjudicado ni menoscabado en el disfrute del agua de su dotación y uso por la introducción de cualquier novedad en la cantidad, aprovechamiento o distribución de las aguas en el termino regable. Pero tampoco tendrá derecho a ningún aumento si se acrecentase el caudal por esfuerzos de la Comunidad de los mismos regantes o de alguno de ellos, a menos que el hubiese contribuido a sufragar proporcionalmente los gastos.»

La sentencia recurrida viola esos preceptos legales al absolver a los demandados en el pedimento segundo de la súplica de la demanda: «Declarar que en proporción a sus respectivas participaciones todos los regantes y tierras del Heredamiento o Comunidad tienen igualdad de derechos para la distribución y aprovechamiento de las aguas de riego, con la única excepción de las tierras comprendidas en la zona de privilegio, que se extienden desde la toma hasta la alcantarilla del Tobalo, así como la obligación correlativa de contribuir a las cargas y gastos comunes.»

Esta norma de proporcionalidad de derechos y cargas, a cuotas, en la distribución del agua en los aprovechamientos colectivos, es el principio rector de *derecho material* en las participaciones de los regantes, a diferencia de la norma rectora de los derechos corporativos o políticos, como son los de administración, a que nos hemos referido en el anterior motivo de casación. Ambas reglas, la de Derecho material (*concurso en beneficios o cargas*) y la de Derecho de deliberación corporativa (*concurso en los actos de administración*), coinciden sustancialmente en su *formulación inicial*: proporción de beneficios y cargas con cuotas, proporción de votos con intereses representados, porque dimanen de una misma premisa: la comunidad de regantes no es una asociación de personas, de individuos, sino que es una asociación *real*, de fondos. Pero difieren en que mientras la primera conduce al *sistema mayoritario* de cómputo de votos, la segunda impone el régimen de unanimidad que únicamente se obtiene por *pacto* o por *costumbre*. Y claro es que quien alega tal pacto o costumbre en contra del principio general deberá probarlo cumplidamente; es decir, en todos sus elementos, momento en que se produjo la estipulación, en que consiste, cuál es la alteración del principio de proporcionalidad, que otro criterio se ha pactado, etc.; y si se trata de costumbre, cuáles son las reglas observadas y periodo de tiempo suficientemente largo para que dicha observancia por los regantes haya originado norma consuetudinaria obligatoria.

Mientras no se pruebe la existencia de un contrato o de una norma consuetudinaria indiscutida e inveterada que en las cuotas de los partícipes de un aprovechamiento colectivo de aguas para riego, señale un criterio distinto de *superficie de la tierra regable*, éste es el módulo de la distribución de agua, de la dotación de «turnos» en volúmenes por unidades de tiempo (días, horas, etc.) que debe ser aplicado a cada regante, para acomodarse al principio de proporcionalidad que se sienta en el artículo 393 del Código civil.

No parece preciso recordar con prolijidad que un aprovechamiento de agua para riego, en cuanto *objeto* de derecho, considerado como cosa sobre la cual se ejercen poderes jurídicos por los sujetos titulares, consiste en la utilización de volúmenes de agua para fertilizar la tierra, volúmenes que se calculan referidos a unidades de tiempo.

Así, en las inscripciones que se practican en los Registros administrativos de aprovechamientos de aguas públicas (creados por el Real Decreto de 12 de abril de 1901), los volúmenes de agua para riego se determinan por *litros por segundo*. Cuando el aprovechamiento para riego es *colectivo*, es decir, sirve de soporte a una Comunidad de Regantes que deviene titular del mismo, las *cuotas* que corresponden a los partícipes ya no pueden ser señaladas por volúmenes por segundo de utilización continua, porque no todas las tierras de la zona regable (que frecuentemente significan cientos de hectáreas de extensión) pueden regarse simultáneamente, ni la técnica agraria lo permitiría.

La referencia de caudales a unidades de *tiempo* aparece imperativamente impuesta para las concesiones en general en el artículo 152 de la Ley de Aguas, en que se habla de *metros cúbicos por segundo*, y en los artículos 185 y 186 en que se habla de *litros*. Pero existe, además, en la Ley una otra referencia *al espacio*, a la *superficie*: en el citado artículo 152 se ordena que en toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas si fuese *para riego se fijará la extensión en hectáreas del terreno que haya de regarse*.

Es un hecho notorio, o más bien lo que los procesalistas llaman una «máxima de experiencia», que los regadíos tradicionales españoles, por lo general, y salvo excepciones, sujetan los caudales disponibles (que no siempre son los que tienen inscritos, porque no siempre corren por los ríos los volúmenes teóricamente asignados) a *turnos de riego*, que en el léxico de cada región se denominan con vocablos peculiares. Y entonces cada «pago» o *sector* de la zona regable disfruta de un cierto número de días o de horas de riego, que a su vez se distribuye entre las *fincas* del sector *en proporción a su superficie*.

Esta referencia de cuotas de partícipes a *superficies* regables (impuesta por el artículo 152 de la Ley) en las Comunidades de Regantes, se deduce del carácter de *asociación real* y no personal que tienen dichas entidades, y a que en el «motivo» anterior hemos aludido. Y ese cómputo de la extensión superficial es el que hay que observar en la aplicación del artículo 239 de la Ley de Aguas, cuando dice que los votos se computarán *en proporción a la propiedad* que representen los interesados; pues la propiedad puede ser medida con un criterio fijo si se atiende a la superficie, pero no puede serlo si se pondera por su valor, por su calidad o por los cultivos (variables) que se explotan.

Esa norma general de señalamiento de cuotas de regante, en proporción a la extensión superficial, aflora también en el artículo 8.º del modelo oficial de Ordenanzas de Comunidades de Regantes, aprobado por Real Orden de 25 de junio de 1884 (que continúa vigente en la actualidad), cuando prescribe: «Los derechos y obligaciones de los regantes y demás usuarios que consuman agua se computarán, *así* respecto a su aprovechamiento o cantidad a que tengan derecho como a las cuotas con que contribuyan a los gastos de la Comunidad, en proporción al caudal que consuman (o que les corresponda, o a la extensión de tierra que tengan derecho a regar).»

Cierto es que, en muchos regadíos tradicionales, este principio de proporcionalidad entre las superficies y los derechos y obligaciones de los partícipes sufre algún quebranto, y dentro de la Comunidad se perfila la figura del *derecho singular*, y aun del *privilegio*, en virtud del cual algún pago o alguna finca disfruta de

derechos preferentes en relación con los demás regantes, e incluso aparece la situación de regantes con *aguas sobrantes*, que más bien debería denominarse situación de *riego eventual*, es decir, el disfrute de agua sólo cuando los regantes anteriores de derecho preferente tienen cubiertas sus necesidades de agua. (Esta situación de regantes con «aguas sobrantes» no puede implicar arbitrariedad en el uso del agua por los regantes de derecho preferente, por impedirlo el principio de subordinación del riego a los intereses públicos de la economía nacional, insito en los artículos 190 y 204 de la Ley.)

Un caso de esta situación de derecho singular es el de las llamadas «tierras de privilegio» en el Heredamiento de la Acequia del Campillo de los Giménez, reconocido por las partes demandante y demandada en este pleito, pero que se refiere a un pago o subzona distinta de la que poseen los demandados.

Ahora bien, esas situaciones de derecho preferente, que desequilibran la proporción de superficies regables y de volúmenes de agua utilizables (y, por tanto, la de beneficios y cargas), *no se presumen*, y deben ser probadas por quienes las alegan, a tenor del artículo 393 del Código civil, que impone la proporcionalidad que presume la *igualdad de cuotas*: en este caso, *las hectáreas de tierra*, o los derechos de riego vinculados a cada hectárea.

Obsérvese que las unidades de superficie actúan como *cuotas*, y así se coordinan el principio de *igualdad* de cuotas del párrafo segundo del artículo 393 del Código, con la regla de *proporcionalidad de beneficios y cargas con las cuotas* del párrafo segundo, es decir, a cada finca, considerada como sujeto de derechos («derechos subjetivamente reales») le corresponden tantas cuotas en el concurso de participación como áreas y centiáreas mida.

Conforme al artículo 234 de la Ley de Aguas, la excepción a ese principio de proporcionalidad de beneficios y cargas e igualdad de cuotas, *en los regadíos existentes en 1879*, sólo sería respetable si constaba *en reglas escritas o consuetudinarias* entonces vigentes. Y conforme al artículo 231, han de constar en *Ordenanzas aprobadas conforme a la Ley* o en Ordenanzas anteriores.

La sentencia recurrida hace caso omiso de todo ese sistema normativo de la institución, sustancialmente concentrado en el artículo 393 del Código civil, homologado en la legislación especial de aguas que hemos citado, preceptos legales que se infringen por violación. Los razonamientos en que el fallo se basa ponen de relieve esas violaciones.

En el «considerando» 9.º se dice que la parte actora no especifica cuál es el *status* anterior a las perturbaciones comunitarias denunciadas, que sirva de apoyo a su petición, ni qué derechos han sido lesionados, «y sin probar, en definitiva, la realidad de esa mala administración». Pero esta apreciación es completamente incierta, porque bien claro está, en la demanda, en la replica y en el escrito de conclusiones que la parte actora sostiene que el *status* de los copartícipes, excluidas las tierras de privilegio, no es otro que el de proporcionalidad entre volúmenes de agua y superficies regables, y que los derechos lesionados por las perturbaciones son los dimanantes de esa norma de proporcionalidad y de igualdad de cuotas para todos los regantes no privilegiados que es consecuencia del modo de entender la copropiedad de los aprovechamientos colectivos de aguas por el legislador del Código civil y de la Ley de 13 de junio de 1879. Causa

sorpreza que en ese «considerando» 9.º de la sentencia recurrida hayan podido negarse esas premisas dialécticas en la posición de la parte actora.

En el «considerando» 10.º de la misma sentencia de la Audiencia se comienza por aseverar que los demandados no han probado que sea real y cierta la división de los regantes del Heredamiento en tres clases -privilegiada, normal y eventual-; es decir, se niega que esté demostrada la postura de excepción alegada por los demandados. Pero, después, en este mismo «considerando» 10.º se recogen unos extremos revelatorios de que los repartos de cargas se han hecho unas veces desigualmente y otras por igual, algunas veces por fanega de tierra. Y después, a base de unas actas en las que la más antigua no se remonta a años anteriores al de 1942, y de manifestaciones hechas en actas de los años 1957 y 1958, se afirma la existencia, por el Juzgador de instancia, del hecho de que *los riegos se hacen en el Heredamiento desigualmente* según uso y costumbre establecido, cuyo uso descarta el reparto del agua por igual entre todos los regantes de cabeza a cola. Todo esto se dice en la sentencia sin especificar (aquí es donde se nota esa omisión, y no en los alegatos del actor) en que consiste esa desigualdad, ni si con ello se quiere decir que no se observa la proporcionalidad entre caudales utilizados y superficies regadas; ni si esa desigualdad es sólo entre los de la subzona de privilegio y todos los demás. Nada se dice ni se comenta acerca de que la noticia más remota que se tiene de tal uso o costumbre contrario a la igualdad (que no a la proporcionalidad) data del año 1942; ni se recuerda que en materia de aguas los derechos se adquieren y se pierden por el transcurso de veinte años (artículo 149 de la Ley). Y por si fuera poco tanta inseguridad y tanta falta de rigor para puntualizar y constatar la existencia de un *uso*, se pretende completar la argumentación agregando -al final del «considerando» 10.º- que en informe de la Comisaría de Aguas de la Cuenca del Segura se acredita que en los Heredamientos de riego tradicional, de dicha cuenca, hay usuarios de mejor derecho respecto al riego que otros regantes o partícipes del mismo Heredamiento; afirmación, autorizada sin duda, que si prueba el *posse* de desigualdades de derecho con referencia a la generalidad de los regadíos de la cuenca del Segura, nada arguye respecto al *esse* de usuarios de mejor derecho en el Heredamiento del Campillo de los Giménez, dentro del grupo de regantes de tierras no de privilegio.

El «considerando» 11.º de la sentencia recurrida, que parece querer resumir el razonamiento y extraer consecuencias jurídicas, merece ser analizado en sus distintos extremos; en él se sostiene:

a) Que los hechos que anteceden (o sea, los indicados en el «considerando» 10.º) acreditan la existencia de una costumbre en la distribución de los riegos del Heredamiento del Campillo de los Giménez distinta de la situación que pretende implantar el actor.

b) Esa costumbre atribuye derechos desiguales en el uso del agua entre los regantes.

c) Esa costumbre esta admitida por la Ley de Aguas en sus artículos 231 y 234.

d) La petición del actor no se basa en título alguno.

e) El derecho de igualdad que pretende obtener el actor tiene como base de hecho una mala administración de las aguas no demostrada y como única base lo dispuesto en los artículos 393 y 398 del Código civil, que no son aplicables al caso presente -según la sentencia-.

Todos y cada uno de estos asertos, extraídos del «considerando» 11.º de la sentencia impugnada, carecen de soporte lógico y jurídico, como a seguida vamos a razonar.

Ad a) Para que se admita la existencia de una *costumbre* es preciso que se haya alegado como tal *costumbre*, con todos los requisitos que la doctrina exige para que los *aetas* generadores determinen la obligatoriedad de la norma subyacente en ellos, a saber: uniformidad de los actos, continuidad y generalidad, y una cierta duración (*unifarmitas actuum, continuitas actuum y longus tempus*). Pues bien, los *hechos* apuntados en el «considerando» 10.º, que son calificados como «costumbre» en el «considerando» 11.º, no revelan uniformidad ni continuidad en la conducta colectiva de los regantes que se trata de calificar, pues en el mismo «considerando» se hace notar que ha habido variantes. Pero lo que de ninguna manera atestigua es la duración, el *longus tempus*, que en materia de aguas habría de ser inmemorial y en todo caso superior a veinte años, que es el plazo de prescripción (BONET, hablando de la costumbre -*Compendio de Derecho civil*, tomo I, pág. 139-, dice que la duración depende de la frecuencia con que los actos tienen ocasión de repetirse, y que en contratos bursátiles podrían bastar pocos más). Aunque estuviera probada, pues, una conducta contraria a la igualdad, mejor dicho, a la proporcionalidad de beneficios y cuotas, tal conducta, que dataría del año 1942, no merecería la consideración de costumbre, sino de infracción del *statu* legal de distribución de riegos, contra el cual reacciona el actor pidiendo que se restablezca la situación perturbada.

Ad b) Se dice en la sentencia que esa costumbre atribuye derechos desiguales al uso del agua entre los regantes. A los efectos de los artículos de la Ley de Aguas y del Código civil que citamos como infringidos, no basta alegar que hay una costumbre contraria a la igualdad. Es preciso que sea contraria a la proporcionalidad de derechos y a la igualdad de cuotas (unidades de superficie). Y es menester que se especifique, que se puntualice, en que consiste esa falta de proporcionalidad y de igualdad. No son *negaciones* las que deben probarse, sino hechos reales que tengan un «contenido» determinado; por ejemplo, que se hubiese probado que, desde tiempo inmemorial, existía un tercer grupo de fincas, en el Heredamiento, al final de él, después de una obra o compuerta de la acequia principal, que sólo regaban cuando los de la zona de privilegio y la que los demandados llaman zona de riego normal tenían cubiertas sus necesidades de riego para cereales, o para cultivos de verano, o para olivar, etc. Todo lo que no sea concretar, delimitar, los supuestos derechos de riego preferente, que por esa hipotética costumbre se establecieron, es proclamar *no que se haya probado* una costumbre en contrario a la igualdad, sino que *no se ha probado* cuál y como sea la supuesta costumbre, que así queda vacía de contenido e imprecisa. Considérese cuán peligrosa resultaría para la seguridad jurídica la tesis de la sentencia recurrida que admite como base para un fallo la prueba de *un sentido negativo* de una conducta humana, de una *ausencia o carencia de cuantificación de unos derechos*, para dejar que esa situación inane de norma, de medida, siga campando por sus respetos, entregada al arbitrio, al capricho, y aun a la licencia, de una mayoría de personas en una asociación de bienes. Si esta tesis -que es la de la sentencia recurrida- prosperase, las consecuencias

serían bien desoladoras para la estabilidad de las situaciones jurídicas. Precisamente para salir al paso de tal inseguridad, mientras no se pruebe una norma consuetudinaria, *con todas sus circunstancias y elementos* de conocimiento y alcance de aplicación, hay que mantener el principio de proporcionalidad de derechos y de igualdad de cuotas que se previene en el artículo 393 del Código civil, y hay que dejar de apreciar la existencia de costumbres en contrario, a los efectos de los artículos 231 y 234 de la Ley de Aguas.

Ad c) No es cierto -en contra de lo que se sostiene en el «considerando» 11.º- que la supuesta costumbre deducida de los hechos referidos en el «considerando» 10.º, que se atribuyen a los regantes del Heredamiento del Campillo de los Giménez tan sólo desde el año 1942, sea una costumbre admitida por la Ley de Aguas en sus artículos 231 y 234. El texto del párrafo segundo del artículo 231 no alude para nada a *costumbres*, sino a *régimen especial consignado en Ordenanzas*. Pero, además, para atribuir eficacia y validez a esos regímenes *especiales*, excepcionales diríamos, que se apartan del *tipo legal*, es preciso que sean anteriores a 13 de junio de 1879, fecha de la Ley de Aguas: «Las aguas públicas destinadas a aprovechamientos colectivos que *hasta ahora* hayan tenido un régimen especial consignado en sus Ordenanzas, *continuarán sujetas* al mismo mientras la *mayoría de intereses* no acuerde modificarlo con sujeción a lo prescrito en la presente Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 190.» Y el artículo 234 es todavía más expresivo en ese respecto a las costumbres acerca de derechos de riego: «En los regadíos *hoy existentes y legidos* por reglas ya escritas o *consuetudinarias* de una Comunidad de Regantes, etc.» De donde se colige que tanto el uno como el otro artículo citados de la Ley de Aguas cierran la puerta a la formación de costumbres *contra legem*, aun antes de que el Código civil las prohibiera explícitamente en su artículo 5.º con carácter general. Y si se dijera que estas reglas consuetudinarias son más bien unos usos convencionales o pactados, y no verdaderas normas jurídicas a las que pudiera denominarse «costumbres», por carecer del requisito de «generalidad» propio de toda norma jurídica (aunque sea local), es decir, si se entendiera que sólo afectaba a los partícipes del aprovechamiento colectivo (opinión que muy probablemente es la más acertada y fundada), llegaríamos con mayor motivo a la conclusión de que no se había probado la existencia de tal norma convencional, o contractual, para cuya perfección sería necesario el acuerdo *unánime* de las partes contratantes.

Ad d) En el «considerando» que analizamos se agrega que la petición del actor no se basa en título alguno. En este inciso parece que se desnaturaliza la acción que se ejercita, que no es la reivindicatoria, ni la declaratoria de dominio, sino la acción que nace de la coparticipación en un derecho de aprovechamiento colectivo de aguas públicas (puesto que proceden de cauce público), respecto de cuya constitución y reconocimiento (del derecho) no hay discusión ni con la Administración (ante la que, en su caso, habría que justificar un título de concesión administrativa, o de prescripción, únicos posibles en aprovechamiento de esta clase), ni con los demandados, que no niegan a la parte actora su cualidad de copartícipe, esto es, de *cotitular* en el derecho de aprovechamiento. Si lo que se quiere decir es que la actora no se basa en un negocio voluntario para pedir las declaraciones sobre distribución de beneficios y cargas en la comunidad, habremos de replicar que son los demandados los que habrían de justificar cumplidamente la existencia de pacto en contrario para contradecir el *título legal o motivo de pedir* en que se basa la actora, que no es otro que el precepto del Código civil y los de la Ley de Aguas que se citan como infringidos. Por lo demás, siendo el derecho de riego, un derecho accesorio al fondo, a la tierra, la actora ha aportado título de

adquisición de dominio sobre dicha tierra regable que, naturalmente, comporta *título* de adquisición de su participación en el derecho de aprovechamiento colectivo de agua para riego. Hay, pues, en el «considerando» 11.º de la sentencia, en este punto, una confusión entre «título *constitutivo* de un derecho», «título de *adquisición* de derecho» y «normas» legal o convencional en que se basa la *acción*.

Ad e) En este último inciso del «considerando» 11.º se dice que el derecho de igualdad que pretende el actor tiene como base de hecho una mala administración de las aguas no demostrada. Y esto no es así, porque son los propios demandados los que aducen que la administración de las aguas se lleva, en los últimos años, en la forma que el actor califica no de «mala», sino de injusta y de ilegal, y esta calificación no es una base de hecho, sino jurídica. Esta, pues, demostrada esa administración de las aguas incorrecta, está reconocida de contrario. Se concluye -en el «considerando»- que el derecho que pretende el actor tiene como única base lo dispuesto en los artículos 393 y 398 del Código civil que -dice- no son aplicables al caso presente. Creemos haber demostrado cumplidamente, ampliamente, prolijamente, que esos preceptos, más los de los artículos 231 y 234 de la Ley de Aguas, son aplicables, como anillo al dedo, al caso presente. Con lo cual, la sentencia recurrida, en ese «considerando» 11.º, *in fine*, viene a rubricar, a reconocer y a proclamar que ha incidido en violación por inaplicación de los preceptos legales que se citan como infringidos en este motivo tercero de casación.

MOTIVO CUARTO

Al amparo del número 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: *error de hecho en la apreciación de las pruebas* que resulta de documentos o actos auténticos que demuestran la equivocación evidente del juzgador. Como *documentos auténticos* demostrativos del error citamos: el *Padrón* del Heredamiento de regantes de la Acequia de Campillo de los Giménez, testimoniado en 14 de noviembre de 1957 por el Notario de Caravaca D. Darío Ruiz Zabalo, por exhibición del Alcalde de Cehegín D. Antonio Agudo Alguacil, y los diecinueve *recibos* de cantidades por repartos girados del Heredamiento de la Acequia del Campillo de los Giménez, fechas 30 de mayo de 1944 a 7 de junio de 1956, firmados por el Tesorero del Heredamiento. Estos documentos fueron aportados por la parte actora, con el escrito de demanda; y el testimonio notarial se transcribe literalmente en el Apuntamiento (folio 58), bajo el epígrafe «Prueba de la demandante.-Segundo: Documental, apartado B). Los recibos se hallan mencionados en el apartado *c)* del mismo epígrafe del Apuntamiento, pero no se transcriben literalmente, por lo cual esta parte *solicitará que se pidan los originales a la Audiencia, en trámite de instrucción*, conforme se previene en los artículos 1.733 y 1.734 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

De dichos documentos, en el primero, en cuanto testimonio notarial, el Notario da fe de que el Tesorero del Heredamiento del Campillo de los Giménez entrega al Alcalde en funciones de Cehegín, y éste lo recibe y *lo exhibe* al fedatario, un documento que se encabeza así: «Termino municipal de Cehegín. Provincia de Murcia. Padrón del Heredamiento de Regantes de la Acequia del Campillo de los Giménez.» Relación de propietarios que integran el Heredamiento de la Acequia del Campillo de los Giménez de este termino municipal.» A continuación se transcribe literalmente el contenido del Padrón, con los encasillados siguientes: *Número de orden.-Nombres y apellidos.-Terreno de riego, fanegas, celemines.-Observaciones.*

En la relación, que va numerada del 1 al 172, aparecen otros tantos propietarios con las correspondientes superficies de terreno de riego, expresada en cantidad de fanegas y de celemines, *sin que nada se haga constar en «observaciones»*.

El texto de los diecinueve recibos es así: «Núm. 44. Heredamiento de la Acequia del Campillo de los Giménez.-He recibido de Dolores Giménez la cantidad de (3.233 ptas., 75 cts., en el primero, otras cantidades en los demás) por 215 fanegas y 7 celemines de tierra de cultivo de las... sitio denominado... pertenecientes a la Acequia del Campillo de los Giménez de este término y que corresponde a los repartos girados de este Heredamiento con fecha de (17 de mayo de 1944, el primero) y para resguardo del interesado libro el presente en Cehegín a (30 de mayo de 1944).-El Tesorero, Juan José de Gea.-Nota.-No tienen derecho a regar todos los que se niegan a este pago.»

Con estos documentos se demuestra que las *cuotas* de participación de los comuneros en el derecho de aprovechamiento colectivo de aguas en cuestión son iguales, y se expresan por fanegas y celemines, es decir, por unidades de superficie de la tierra regable, sin distinción ninguno en cuanto a riegos normales o riegos de aguas sobrantes, y sin que conste nada que obste a esa igualdad de cuotas en la casilla de «observaciones». Se prueba también que los repartos de cargas son proporcionales a las superficies y que los beneficios correlativos son proporcionales a las cuotas de coparticipación.

La sentencia recurrida, en cuanto rechaza los tres pedimentos primeros de la suplica de la demanda, en contradicción con los criterios de igualdad de cuotas y proporcionalidad de beneficios y cargas que reflejan esos documentos, incide en error de hecho evidente en la apreciación de estas pruebas, que resulta de esos documentos auténticos, con lo que se demuestra la equivocación evidente del juzgador.

Esos documentos, especialmente el Padrón del Heredamiento, son *auténticos*, por ser documentos públicos, tanto en el sentido del artículo 1.216 y siguientes del Código civil como por estar comprendidos en los números 1.º, 4.º y 5.º del artículo 596 de la Ley de Enjuiciamiento civil. No se olvide que las Comunidades de Regantes son Corporaciones de Derecho público, que actúan como delegadas de la Administración del Estado en materia de policía de aguas, hasta el extremo de que su regulación con ese carácter figura en la Ley de 13 de junio de 1879 en el mismo Título V, cuyos capítulos llevan los epígrafes «De la Policía de las Aguas», «De las Comunidades de Regantes y de sus Sindicatos y de los Jurados de Riego» y «De las atribuciones de la Administración». En el artículo 237, *in fine*, de dicha Ley de Aguas, explícitamente se encuadra a los Sindicatos de Riegos en la vía jerárquica administrativa cuando procedan *como delegados de la Administración*.

El error de hecho evidente en que ha incurrido la sentencia, al desconocer el contenido de esos documentos, estriba en que el Padrón y las derramas de las Comunidades de Regantes son documentos que prueban por sí mismos, sin necesidad de deducciones, analogía, interpretaciones o hipótesis, el hecho de la igualdad de cuotas y la proporcionalidad de beneficios y cargas con tales cuotas.

El artículo 237 de la Ley de Aguas atribuye a los Sindicatos de Riegos la facultad de formar los «repartos». Y el artículo 34 del Modelo Oficial de Ordenanzas de Comunidades de Regantes, aprobado por Real Orden de 25 de mayo de 1844, dispone:

«Para el mayor orden y exactitud en los aprovechamientos de agua y repartición de las derramas, así como para el debido respeto a los derechos de cada uno de los partícipes de la Comunidad, tendrá esta siempre al corriente un *Padrón general* en el que conste: Respecto a las tierras: el nombre y extensión o cabida en hectáreas de cada finca, sus linderos, partido o distrito rural en que radica, nombre de su propietario, el derecho de la misma finca al aprovechamiento del agua por volumen o por turno y tiempo, la proporción en que ha de contribuir a los gastos de la Comunidad con arreglo a lo prescrito en los artículos 7.º y 8.º del Capítulo I y artículo 23 del Capítulo II de estas Ordenanzas.»

Es, pues, el *padrón* el documento base, el registro *matriz* («padrón»es la masculinización de «matriz») en que se reflejan de modo indubitable las características del concurso de los copartícipes en los beneficios y cargas, en el disfrute y distribución de los riegos, en el aprovechamiento colectivo de aguas. Y prueba por sí mismo la ausencia de desigualdades de cuotas y de contradicciones al principio de la proporcionalidad de derechos y obligaciones con las superficies inscritas en tal documento.

MOTIVO QUINTO

Con invocación del número 1.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil: infracción de ley por *violación del artículo 1.214 del Código civil* sobre la carga de la prueba y de la *doctrina legal* aplicativa de la regla del *onus probandi*, contenida en las sentencias del Tribunal Supremo de 3 de junio de 1935, 7 de noviembre de 1940, 30 de junio de 1942, 13 de enero de 1951, 20 de marzo de 1956, 29 de abril de 1958, 7 de enero y 3 de octubre de 1959 y 20 de febrero de 1960 (en la que se citan las anteriores). En el artículo 1.214 del Código civil se establece que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción al que la opone.

La doctrina legal que se desprende de las calendadas sentencias es ésta: la obligación de probar los hechos normalmente constitutivos de su pretensión corresponde al actor y, por el contrario, es atribución del demandado la de los impositivos o extintivos -es decir, la de los excepcionales- de la relación jurídica en discusión, sin perjuicio siempre del examen aislado de cada caso, al objeto de examinar los factores que se ofrecen para deducir por ellos cuál es el hecho que origina la constitución del derecho; y cuando el demandado no se limita a negar los hechos de la demanda y opone otros que sirven para desvirtuarlos, impedirlos o extinguirlos, queda, en cuanto a estos, gravado con la demostración de aquello que constituye la base de su oposición.

Los hechos normales en las comunidades de regantes, respecto al modo de administrar computando los votos por representación de intereses, y en cuanto a disfrute, beneficios y cargas, observando el principio de igualdad de cuotas y de proporcionalidad de beneficios y cargas, no necesitan ser probados porque constituyen el sistema normal de régimen y gobierno en los aprovechamientos colectivos de aguas públicas y en las comunidades de bienes, según hemos demostrado ampliamente. El actor no solo ha probado tales hechos, es que se ha acogido al reconocimiento de esa *normalidad* fáctica que la Ley establece. «Normalidad» viene de «norma», es decir, de la «ley». Y al fijar ésta la presunción *juris tantum* de que la administración de cualquier

Comunidad de Regantes y el concurso de los partícipes en beneficios y cargas y en señalamiento de cuotas se verifica según un criterio determinado, salvo pacto en contrario o normas consuetudinarias anteriores a la Ley de 1879, es evidente que el actor ha probado los hechos *constitutivos normales* de la relación jurídica.

Por ello es a los demandados a quienes incumbía probar cumplidamente, circunstanciadamente, los hechos que desvirtuasen esa situación normal reconocida presuntivamente por la Ley. Y sobre los demandados recaía el *onus probandi* de esos pactos y normas consuetudinarias antiguas que la Ley reconoce como únicos portillos legítimos capaces de quebrantar la administración con mayoría de intereses, la igualdad de cuotas y la proporcionalidad de beneficios y cargas con cuotas, que presiden la vida de las Comunidades de regantes en acertada recepción de superiores reglas de justicia distributiva, consagradas por el Derecho natural.

La sentencia recurrida, al exigir al actor la prueba de los hechos que ya reconoce la Ley, y al dispensar a los demandados de la carga de la prueba de los hechos excepcionales que desvirtuasen el régimen normal de la Comunidad de Regantes, incide en infracción de ley y de doctrina legal, por violación del precepto del artículo 1.214 del Código civil y de la doctrina que lo aplica en las sentencias arriba citadas.

SUPLICO A LA SALA que, teniendo por presentado este escrito con los documentos que se acompañan y sus copias, se digne admitirlo; -tener por formalizado en tiempo y forma recurso de casación por infracción de ley a nombre de mi representada, contra la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete de que se ha hecho merito; -acordar se sustancie este recurso por los trámites legales y, en su día, dictar sentencia por la cual, dando lugar al mismo, se case y anule la sentencia recurrida y se dicte otra con pronunciamientos análogos a los de la del Juzgado de Primera Instancia de Caravaca, estimando la súplica de la demanda en sus propios términos.

OTROSI DIGO: Que a los efectos de lo prevenido en el artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil, solicito el testimonio acreditativo de haber formalizado ante esta Sala el presente recurso de casación dentro del plazo legal.

SUPLICO A LA SALA se sirva acordar se libre y me sea entregado el testimonio de referencia.

OTROSI SEGUNDO: Necesitando el poder para otros usos.

SUPLICO A LA SALA su desglose y devolución, previa testimonio en autos.

Madrid, 3 de mayo de 1961.