

14 de noviembre de 1957.

APROVECHAMIENTO EVENTUAL DE AGUAS

- Aprovechamiento eventual de aguas.
- Comunidad de derechos.
- Adquisición por prescripción.
- Dominio y uso.
- Posesión de los aprovechamientos.
- *Jus usus inoqui.*
- Normas reguladoras de la comunidad de bienes.
- Comunidad de aprovechamiento.
- Aprovechamiento individualizado.

RECURSO DE CASACION

SOBRE RECONOCIMIENTO DE COMUNIDAD DE AGUAS

A LA SALA

D. Angel Gutiérrez Barbudo, Procurador de los Tribunales, a nombre de D. Mariano Ventós Carles, cuya representación acredita por la escritura de poder bastanteado que acompaño, para insertarse por copia certificada con devolución del original, ante la Sala comparezco y, como mejor proceda, DIGO:

Que, por el presente escrito, formalizo el recurso de casación por infracción de ley y doctrina legal interpuesto por mi parte contra la sentencia dictada en 17 de mayo de 1957 por la Sala de 10 Civil de la Audiencia Territorial de Albacete, en el juicio ordinario de mayor cuantía seguido contra mi representado por D. Luis, D. Alberto y D.^a Margarita Fita Estrada, sobre reconocimiento de comunidad de aguas y división de la misma, de cuya sentencia presento la certificación que me fue entregada por el Secretario de dicha Sala en 26 de septiembre pasado.

Amparo este recurso en los números 1.º y 7.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento civil y expongo, como previos, los siguientes:

ANTECEDENTES

Primero. En 14 de diciembre de 1946, y por escritura pública autorizada en Madrid por el Notario D. Manuel Ortega Paniagua, con el número 3.045 de su protocolo, D. Mariano Ventós Carles adquirió de D. Francisco y D. Alfredo Ramón Primo una finca rustica formada por segregación de la llamada «La Choriza», en término municipal de La Herrera. Esta finca quedó descrita así:

«Tierra de labor, parte de la llamada "La Choriza", en término municipal de La Herrera, que mide una superficie de ciento cincuenta y seis hectáreas y cuarenta y cinco áreas, y que linda: por el Norte, con carretera provincial de La Herrera a Albacete y tierra de La Herrera; *al Este, con el río Don Juan*; al Sur, con la acequia de la Chirricoca, que separa esta finca de las de "Oncebreros" y "La Choza", y al Oeste, *con el resto de la finca "La Choriza" de que ésta se segrega*, acequia de la Chirricoca por medio, hasta la carretera provincial de La Herrera a Albacete. A esta finca pertenece también una porción de la parte que forma un solo bloque en la parte de la finca "La Choriza" de que se ha segregado esta porción, de cuyo bloque le corresponderán trescientos sesenta metros cuadrados, dentro de los cuales existen vivienda, cuadras, pajar, granero y corral, lindando por su frente o fachada con explanada de la finca de que se segrega y por todos los demás vientos con el resto de la edificación urbana de la

finca matriz. *También tendrá derecho esta porción al uso del pozo existente frente a la parte urbana, tanto para el uso del personal como el de sus ganados.»*

En la estipulación primera de la escritura de compraventa, las partes contratantes pactaron:

«Que D. Francisco Ramón y Laca, en nombre y representación de sus hijos D. Francisco y D. Alfredo Ramón Primo, segrega de la finca descrita en el antecedente primero de esta escritura la deslindada en el segundo, y *vende ésta a D. Mariano Ventós Carles, quien la adquiere, con todos sus derechos, accesorios, usos y servidumbres, y en concepto de libre de toda carga y gravamen.»*

La finca adquirida por D. Mariano Ventós fue inscrita en el Registro de la Propiedad de Albacete en 31 de mayo de 1947, en el tomo 18 de La Herrera, folio 75, *finca número 1.021.*

La finca que se reservaban los Sres. Ramón Primo y la servidumbre de casa y abrevadero pactada sobre el pozo de la misma, a favor del predio segregado y adquirido por D. Mariano Ventós, quedó, asimismo, inscrita en el Registro de la Propiedad de Albacete en 31 de mayo de 1947, en el tomo 18 de La Herrera, folio 80, *finca número 1.022.*

Segundo. En 29 de mayo de 1947, y por escritura pública autorizada en Chinchilla por el Notario D. Juan José Gil García, con el número 104 de su protocolo, D. Francisco y D. Alfredo Ramón Primo vendieron a los esposos D. Adolfo Blázquez Sánchez y D.^a Angeles Tafalla Valverde la finca por ellos reservada al segregar y vender, en 14 de diciembre de 1946, una parte de "La Choriza" a D. Mariano Ventós Carles. Es decir, la finca inscrita con el número 1.022.

La descripción de este predio es la siguiente:

«Herencia de tierra de labor llamada "La Choriza", en el término municipal de La Herrera, provincia y distrito de Albacete, de haber, según el Registro, setecientas cincuenta y tres hectáreas y cincuenta y cinco áreas; según el Catastro, ochocientas sesenta hectáreas y cincuenta y cinco áreas. *Tiene parte de regadío y el resto seco, existiendo dentro de la finca unos edificios destinados a la labor que ocupan una extensión de dos mil novecientos sesenta metros cuadrados, reducidos hoy por segregación y venta a D. Mariano Ventós de trescientos setenta metros cuadrados, que quedan enclavados en esta finca, a dos mil seiscientos metros cuadrados; linda, al Norte, con finca de D. Antonio Condemí, hoy cuarto de Alborda, camino por medio; al Este, Mariano y José Cortes, hoy término municipal de Albacete, y labor de Casanueva; al Mediodía, Pascual Ibáñez, hay finca "La Choza", y a Poniente, D. Mariano Ventós, acequia por medio y río Don Juan. CARGAS: De las manifestaciones de los otorgantes y de los títulos resulta que la labor descrita se halla libre de cargas y únicamente tiene contra sí, y a favor de la enajenada a D. Mariano Ventós, la servidumbre de facilitar agua del pozo en ella existente para uso del personal y ganados de la finca vendida al Sr. Ventós y las servidumbres de paso necesarias para la utilización de la vivienda o edificios vendidos a dicho Sr. Ventós.»*

En esta escritura -pactada, repetimos, entre los Sres. Ramón Primo y los cónyuges Blázquez Sánchez-Tafalla Valverde, y respecto de la cual es tercera mi representado- se establece en su cláusula quinta:

«Los derechos de agua de riego que pertenecían a la labor "La Choriza", antes de la segregación y venta al Sr. Ventós Carles, se entienden prorrateados entre la finca vendida a este señor y la finca que hoy se vende a los señores cónyuges Blázquez Sánchez-Tafalla Valverde, en la proporción que cada uno tiene, rigiéndose en todo lo demás por las normas escritas y consuetudinarias que existen sobre la materia.»

Tercero. En 29 de octubre de 1947, y por escritura pública otorgada en Albacete, ante la fe del Notario D. Juan Martínez Ortiz, con el número 1.456 de su protocolo, los esposos D. Adolfo Blázquez Sánchez y D.^a Angeles Tafalla Valverde vendieron a D. Luis, D. Alberto y D.^a Margarita Fita Estrada la tantas veces citada finca, parte de la primitiva "La Choriza", cuya descripción se recoge en el apartado anterior. Asimismo, en esta escritura, y como cláusula séptima, se reproduce la inoperante cláusula quinta pactada entre los Sres. Primo y los cónyuges Blázquez-Tafalla, ya conocida.

Cuarto. En el uso del aprovechamiento eventual de las aguas del llamado río Don Juan han surgido ciertas divergencias entre los propietarios de "La Choriza", Sres. Fita Estrada, y mi representado, Sr. Ventós. Situado éste más próximo a la cabecera del río, entiende que ha de regar antes las parcelas en regadío de su finca y sólo dar salida a las aguas sobrantes por su cauce natural. Frente a esta tesis, la parte demandante y recurrida sostiene que en la escritura de compraventa de la finca de que son propietarios consta que tal aprovechamiento eventual se entiende prorrateado entre ambos predios, en la proporción de la extensión que cada uno tiene, rigiéndose en lo demás por normas escritas y consuetudinarias que existen sobre la materia.

Quinto. En 8 de junio de 1952, y en el Juzgado comarcal de Figueras, se celebró, sin efecto, acto de conciliación. Mi representado fue requerido para que reconociera la validez y eficacia de los títulos de adquisición de la finca, propiedad de los actores, y en consecuencia formalizara los acuerdos o verificara las obras necesarias para que cada finca disfrutara la parte proporcional de agua que, según esa tesis, le corresponde. El Sr. Ventós rechazó la demanda por improcedente y temeraria.

Sexto. En 23 de junio de 1952, y en el Juzgado de Primera Instancia de Albacete, el Procurador Sr. Olivas Serna, a nombre de D. Luis, D. Alberto y D.^a Margarita Fita Estrada, presentó demanda de juicio ordinario declarativo de mayor cuantía en súplica de que se reconociera:

«A) La existencia de la comunidad de aguas del aprovechamiento del río Don Juan, para la totalidad de la finca "La Choriza", entre ambas partes de este pleito y en la proporción correspondiente a la respectiva extensión y cabida del dominio de cada uno de ellos en su parte de finca.

B) La procedencia de la división de la comunidad en el aprovechamiento de aguas referido con arreglo a la propiedad de cada una de las partes en la totalidad de la finca indicada, distribución a realizar en módulos de tiempo para uso y disfrute del agua, lo que se llevará a efecto en ejecución de sentencia, otorgando ambas partes la correspondiente escritura de división de la cosa común, estableciendo los pactos y

condiciones que los interesados acuerden, y en caso de desavenencia que se verifique la repetida división por árbitros o amigables componedores nombrados legalmente, en todo supuesto a tenor de la declaración solicitada bajo este epígrafe.

C) En virtud de las anteriores declaraciones, condenar al demandado, D. Mariano Ventós Carles, a estar y pasar por las mismas y, en su consecuencia, a que reintegre a mis representados en el uso y aprovechamiento correspondiente a su participación en citado aprovechamiento, realizando lo necesario para la efectividad de ello y de cuanto se solicita, condenándolo, además, a las costas de este juicio con cuanto más proceda.»

Séptima. Mi representado se opuso a la pretensión deducida alegando la inexistencia de la comunidad de aguas en el aprovechamiento del río Don Juan y, por ello, la improcedencia de la acción de división. A su vez, dedujo reconvencción contra la parte actora en solicitud de que fuera condenada a la destrucción de un llamado «contrapozo» abierto junto al pozo sobre el cual tenia servidumbre de saca y abrevadero, cuyo uso y disfrute entorpecía hasta hacerlo imposible.

Octavo. En 17 de octubre de 1955 recayó sentencia, dictada por el Juzgado de Primera Instancia de Albacete, cuya parte dispositiva dice así:

«FALLO: Que estimando la demanda promovida por el Procurador de los Tribunales D. José Olivas Serna, en nombre y representación de los hermanos D. Juan, D. Alberto y D.^a Margarita Fita Estrada, ésta asistida de su esposo, sobre reconocimiento y división del dominio en el aprovechamiento de aguas del río Don Juan, deducida contra D. Mariano Ventós Carles, debo declarar y declaro: la existencia de comunidad entre las partes respecto al referido aprovechamiento, así como la práctica de su división, instada por los demandantes, la cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia y otorgando a cada una de ellas la correspondiente escritura de división y condenando al demandado a estar y pasar por ella; todo ello sin hacer expresa imposición de costas. Que estimando en parte la reconvencción formulada por D. Mariano Ventós Carles, debo condenar y condeno a los actores, Sres. Fita Estrada, a que cieguen la tubería de comunicación que se ha abierto por su orden para comunicar el pozo nuevo con el viejo, existentes en la finca denominada "La Choriza", así como verificar el revestido adecuado del pozo nuevo a fin de impedir la filtración de aguas y sustancias extrañas; todo lo cual, sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes intervinientes en la reconvencción deducida. Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en esta primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.- Antonio Torres-Dulce.-Rubricado.»

Octavo. Contra la sentencia anterior se interpuso apelación por ambas partes, que les fue admitida, recayendo en segunda instancia sentencia dictada por la Sala de lo Civil de Albacete, en 17 de mayo de 1957, cuya parte dispositiva dice así:

«FALLAMOS: Que revocando en parte la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Juez de primera instancia de esta capital, en los presentes autos, con fecha 17 de octubre de 1955, debemos declarar y declaramos: La existencia de una comunidad entre las partes respecto al referido aprovechamiento, así como la practica de la división en proporción a la zona de regadío existente en ambas fincas al tiempo de su respectiva adquisición, lo cual se llevará a cabo en ejecución de sentencia y otorgando cada una de ellas la

correspondiente escritura de división, condenando al demandado a estar y pasar por ella y desestimando la reconvenición interpuesta por dicho demandado, debemos absolver y absolvemos a los Sres. Fita Estrada de los pedimentos en ella solicitados; sin hacer especial imposición de las costas causadas en ambas instancias.»

Novena. Contra la antes citada sentencia se recurre en casación por entender mi parte que infringe, dicho sea con el debido respeto, preceptos legales y doctrina que debidamente se señalarán.

FUNDAMENTOS PROCESALES

1.º Procede el recurso que se formula, por cuanto la sentencia contra la que se interpone, dictada por la Sala de lo Civil 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.º Se presenta este escrito dentro del término del emplazamiento, o sea, dentro de los cuarenta días hábiles fijados por el artículo 1.716 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

3.º Se acompañan a este escrito los documentos exigidos en el artículo 1.718 de la Ley de Enjuiciamiento civil:

a) Poder que acredita la legítima representación del Procurador que suscribe.

b) Certificación de la sentencia que se recurre, así como de la dictada en la primera instancia.

c) Una copia para la parte actora, emplazada en la persona de su Procurador.

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

MOTIVOS DE CASACION

I

Aplicación indebida del artículo 392 del Código civil al declarar el fallo la existencia de una comunidad entre las partes respecto al aprovechamiento eventual de las aguas del río Don Juan, motivo que se ampara en el número 1.º del artículo 1.692. Y otras infracciones que se citaran.

En primer lugar, el fallo declara la existencia de una comunidad *entre las partes* respecto al aprovechamiento eventual de las aguas del río Don Juan. Y lo hace así por aplicación indebida del artículo 392 del Código civil, textualmente citado en el considerando cuarto de la sentencia de primera instancia, que acepta la sentencia de la Audiencia Territorial que recurrimos.

En efecto, el artículo 392 del Código civil dice así:

«Hay comunidad cuando *la propiedad* de una cosa o de *un derecho* pertenece proindiviso a varias personas.»

Y este artículo no tiene aplicación correcta al caso de autos, como vamos a ver a continuación.

Están las partes de acuerdo, y ambas sentencias recogen esta conformidad, en que la primitiva finca «La Choriza», antes de su segregación en dos predios absolutamente independientes y venta de uno de ellos a D. Mariano Ventós, gozaba de un derecho de aprovechamiento eventual de las aguas del llamado río Don Juan.

Ignoramos todas las demás circunstancias de hecho y de derecho de tal aprovechamiento, que por ambas partes es calificado de eventual; circunstancias que no están debidamente acreditadas en autos. Según se lee al folio 55 vuelto del apuntamiento, el llamado río D. Juan «lleva agua en muy pocas y determinadas épocas del año». Y en el folio 41 puede aprenderse que «el riego de "La Choriza" lo ha sido siempre y es de carácter eventual, *por estar a las sobras de aguas de los terrenos de La Herrera, o sea, a merced de los llamados "escurre"*». Parece el caso recogido por la Ley en su artículo 203 (Ley especial de Aguas de 13 de junio de 1879), aunque tal hipótesis es indiferente para nuestro caso, pues el artículo citado remite a lo dispuesto en los artículos 5 al 11 y siguientes para el régimen de su aprovechamiento. Es decir, que, en todo caso, estos son los preceptos aplicables.

El título que se invoca es civil: la prescripción. En virtud de lo dispuesto en el artículo 149 de la Ley de Aguas:

«Artículo 149. El que durante veinte años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas sin oposición de Autoridad o de tercero, continuará disfrutándolo aun cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización.»

Asimismo, el artículo 409 del Código civil dispone que el aprovechamiento de las aguas públicas se adquiere por prescripción de veinte años.

Pero ninguno de estos preceptos se refieren a los *aprovechamientos eventuales*. Así se deduce, *a sensu contrario*, de lo dispuesto en el artículo 149, antes citado, en relación con el artículo 147, que exige de la autorización administrativa a los aprovechamientos eventuales acogidos al artículo 6.º de la misma Ley Especial de Aguas. Y de lo dispuesto en el artículo 8 del mismo cuerpo legal:

«Artículo 8. El derecho a aprovechar *indefinidamente* las aguas de los manantiales y arroyos se adquiere por los dueños de terrenos inferiores, y en su caso de

los colindantes, cuando los hubieran utilizado sin interrupción por tiempo de veinte años.»

En autos, de todas formas, no está acreditado el título civil invocado. Ignoramos, también, la situación administrativa de tal aprovechamiento: si está regularizado e inscrito.

En cualquier caso, el legislador, en la exposición de motivos del proyecto que sirvió de base para la Ley de Aguas de 1866, distinguió, para siempre, entre *dominio* y *aprovechamiento* («la Comisión, se dice, no reputa jamás a los concesionarios de aguas públicas como verdaderos dueños de éstas, *ni aun después de separarlas de sus cauces naturales*, sino como meros usuarios... »).

Es menester convenir en que no es necesario insistir aquí sobre esta distinción: la Sala ya la ha recogido en su famosa sentencia de 5 de mayo de 1943.

Así, pues, la prescripción de las aguas de dominio público sólo es pactible respecto a los aprovechamientos de las aguas, pero nunca del agua misma. El derecho que se adquiere es el mismo que a título de concesión. No sólo por expresarlo así la exposición de motivos precisamente al hablar de las disposiciones generales sobre la concesión de aprovechamientos especiales de las aguas públicas, si que también por mantener igual criterio toda la legislación posterior, que no admite otra prescripción que la del aprovechamiento, ni tolera *la adquisición de otro derecho que no sea a la posesión del agua, nunca su dominio*. Así, el Real Decreto de 12 de abril de 1901 creando los Registros de aprovechamientos de aguas públicas; Real Orden de 12 de marzo de 1902 aprobando las Instrucciones para la inscripción de los aprovechamientos; la Real Orden de 2 de enero de 1906, exigiendo que las informaciones para acreditar la *posesión* de los aprovechamientos deberán llenar todos los requisitos y formalidades señaladas en la Ley Hipotecaria para las *informaciones posesorias*; el artículo 3 del Real Decreto de 5 de septiembre de 1918, reiterando en su correlativo del Real Decreto-Ley de 7 de enero de 1927, convirtiendo en obligación la inscripción de estos aprovechamientos, y, por último, el Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947, en sus artículos 69 y 70, sobre inscripción de aprovechamientos, que cuando sean por prescripción se ampliará la anterior información posesoria por un acta notarial, extendida con arreglo a lo que el propio artículo prescribe con relación a la *prescripción del aprovechamiento, no del derecho de dominio*.

Así, pues, si el titular de tal derecho de aprovechamiento de las aguas del río Don Juan para el riego de la finca «La Choriza» no lo era en condición de dominio, ¿cómo pueden serlo hoy el actor y demandado, quienes, según la tesis de la sentencia de la Sala, traen causa de aquél?

Conviene recordar que: «Ningún ome non puede dar más derecho a otro en alguna cosa de aquello que le pertenece en ella» (Partidas, 7.a, Título 34, regla 11), principio general de derecho recogido en las sentencias de 9 de diciembre de 1866.

Violación de los artículos 5, 6, 7, 8, 9 Y 10 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879, por falta de aplicación, al amparo del número 1.º del artículo 1.692.

Doctrina legal que se invoca: «La no aplicación de una norma equivale a su violación»; sentencias de 2 de noviembre de 1943, 13 de enero de 1944, de enero de 1945 y 8 de enero de 1946.

Declara la sentencia de primera instancia (considerando cuarto) «que por lo expuesto anteriormente, no es dable aplicar al caso de autos las normas contenidas en los artículos 5 y 7 de la vigente Ley de Aguas respecto al aprovechamiento de las mismas... ». En la sentencia de la Audiencia se dice: «... esta clase de disfrute puede ser materia de utilización, tanto conforme al artículo 5 de la Ley de Aguas como, *más propiamente*, según lo establecido en los artículos 185 y 186».

Basta evacuar la cita de los antes citados preceptos para advertir la incongruencia de su invocación por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete. ¿No hemos quedado en que todos estábamos de acuerdo en que se trataba de un derecho de aprovechamiento eventual? Pues bien, no se aplican los preceptos correspondientes a tal aprovechamiento (arts. 5 y siguientes de la Ley especial de Aguas), y se habla, sin embargo, de los artículos 185 y 186, que se refieren a aprovechamientos de aguas públicas superiores a 100 litros (art. 185) o inferiores a 100 litros, pero mediante concesión (art. 186). Ninguno de estos supuestos es el de autos.

La regulación aplicable, sin embargo, no se aplica. Hubiera sido suficiente recordar que los Tribunales de la jurisdicción ordinaria han entendido del pleito por haberse invocado por la parte actora un título civil, la prescripción. Pues bien, el artículo 409 del Código civil advierte que los *«límites de los derechos y obligaciones de estos aprovechamientos serán los que resulten... del modo y forma en que se haya usado de las aguas»*.

De aquí que para la resolución del presente recurso sea indispensable tener en cuenta:

1.º Que la acción ejercitada no se funda en la prescripción de una concesión administrativa para el aprovechamiento de las aguas públicas del río de méritos.

2.º Que la única cosa verdaderamente debatida en estos autos, de los que este recurso trae causa, es la relativa al límite de los respectivos derechos y obligaciones en el uso y disfrute de las aguas en cuanto a las fincas de que son hoy propietarios actores y demandados, partiendo, precisamente, del reconocimiento del aprovechamiento eventual de las aguas del río Don Juan», a favor de la primitiva finca «La Choriza». Siendo el presente pleito un expediente judicial, a nuestro entender ineficaz e improcedente, a través del cual pretende la parte actora recuperar el uso y disfrute de las aguas que, según esa misma parte, estorba hoy mi representado.

Pues bien, sentadas estas premisas conviene matizar la aplicación a nuestro caso de lo dispuesto en el artículo 409 del Código civil. Es decir, estudiar cómo *«se ha usado de las aguas»*:

1.º *El derecho de aprovechamiento a favor de la finca «La Choriza» no se ejercía de una manera unitaria.*

En efecto, prescinden ambas sentencias del hecho importantísimo de que son varios los aprovechamientos de aguas del río Don Juan a lo largo del predio ribereño «La Choriza». Así lo adujo la parte actora en un plano de la finca unido a los autos (que no figura en el apuntamiento) y así resulta demostrado en la prueba de reconocimiento judicial y prueba pericial: informe del Perito, Ingeniero Agrónomo, Jefe de la Jefatura Agronómica: folios 33 y siguientes del apuntamiento; reconocimiento judicial: folio 32 vuelto; y prueba pericial: folio 34 vuelto. De todo ello resulta que los predios hoy propiedad de las partes litigantes son ribereños al llamado río Don Juan y tienen *tomas de agua distintas y autónomas*. Consta en los autos que la acequia principal, que llega hasta predios más inferiores, como «La Choriza», parte del río y atraviesa primero el predio de mi representado. Pero también consta que «cerca del puente de la carretera» arranca otra acequia, *que no riega tierras del Sr. Ventós, sino exclusivamente de los Sres. Fita.*

2.º *En la finca «La Choriza» no existía la pretendida unidad de explotación.*

Así quedará demostrado, al amparo del número 7 del artículo 1.692, en otro motivo de este recurso.

Por tanto, si el aprovechamiento eventual es un verdadero *jus usus innocui*, un derecho a aprovechar lo que se está perdiendo, que la ley atribuye a los predios ribereños, sólo puede ser considerado el mismo *ob rem*; sin prescindir de la situación respectiva de cada predio respecto del cauce de la corriente objeto de aprovechamiento, como exigen los artículos de la Ley de Aguas citados como violados por la sentencia que se recurre.

III

Violación del artículo 392, segundo párrafo, del Código civil, doctrina legal que se citará, y aplicación indebida del artículo 400 del mismo cuerpo legal.

Dispone el artículo 392, en su segundo párrafo, que:

«A falta de contratos o disposiciones especiales se regirá la comunidad por las prescripciones de este título.»

Y la doctrina legal ha advertido que «el régimen de la comunidad, sea cualquiera el origen de ella, ha de ser el que establezcan los contratos o *disposiciones especiales*, pues sólo en defecto de tales reglas se han de observar las prescripciones del título en que este artículo está comprendido»: sentencias de 28 de febrero de 1925 y 5 de marzo de 1926.

Pues bien, tanto el artículo 425 del Código civil como el 16 del mismo cuerpo legal remiten a la regulación que en la legislación especial de Aguas se hace de esta llamada propiedad especial. Por eso ha insistido la Sala en que «las normas del *ius singularis*, excepcional y transitorio, se aplican sobreponiéndose al Derecho regular y

común, el cual rige sólo como derecho supletorio o complementario»: sentencias de 15 de diciembre de 1942, 12 de enero de 1943 y 2 de abril de 1946.

De aquí que, aun aceptando, a efectos dialécticos, la pretendida existencia de una comunidad entre las partes de este pleito en el aprovechamiento de aguas de meritos, resulte inaplicable al supuesto de autos el artículo 400 e inviable la acción *communi dividundo* deducida por la parte actora y acogida en la sentencia que recurrimos. Y ello porque las disposiciones especiales sobre comunidades de riego vedan tal acción: artículos 228 y 229 de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 y disposiciones complementarias (dictadas en uso de la autoridad contenida en el artículo 248, número 1, de la misma Ley), Real Orden de 25 de junio de 1884, artículo 6.º, y Orden de 10 de diciembre de 1941, que dispone:

«Todos los regantes, cualquiera que sea su número y superficie regada, que lo hagan tomando sus aguas de una misma toma en un cauce público o en cauces administrados por el Estado, tendrán la obligación inexcusable de constituir una sola Comunidad... »

Por otra parte, llega la sentencia al establecimiento de la comunidad y a conceder su división aplicando el artículo 408 del Código civil. Pues bien, llevado éste hasta sus últimas consecuencias, haría que la base material de la pretendida comunidad de aprovechamiento fuera una copropiedad o condominio de la toma de agua, presa y bocales, canal y acequias. Basta la enumeración de estos elementos para reconocer que la acción de *communi dividundo* ejercitada por la parte actora es improcedente: la indivisibilidad de tales elementos, supuestos en condominio, es patente: artículo 401.

IV

Interpretación errónea del artículo 408 del Código civil, al amparo del número 1.º del artículo 1.692.

Dice la sentencia de la Audiencia en su primer considerando:

«Que es evidente la constitución de un estado de comunidad en el aprovechamiento de las aguas que pueden servirse las fincas de los litigantes porque proceden ambas, por segregación, de una heredad única, su división implica la del uso y disfrute de las aguas que llegaban a la finca primitiva, por aplicación del artículo 408 del Código civil que asigna a las aguas la condición dominical del predio a que van destinadas, cuya afección se reparte en el caso de segregación (tesis de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1952) ... »

Tal interpretación del artículo 408 del Código civil es abusiva, pues no es lícito atribuir tal declaración a un precepto que se limita a establecer una servidumbre legal de acueducto: a cuyo efecto «se entenderá...».

V

Violación, por no aplicación, del artículo 353 del Código civil, al amparo del número 1.º del artículo 1.692, y artículo 541 del mismo Código civil.

Adquirida por mi representado, en 14 de diciembre de 1946, la finca que al efecto se segregó de la llamada «La Choriza», y estipulado en la misma que el predio se compraba «con todos sus derechos, accesorios y servidumbres...», por aplicación, además, del artículo 353 del Código civil, mi representado advino único y legítimo propietario de todo el sistema de riego: presas, acequias, etc., sin más limitación, acaso, que la servidumbre legal de acueducto a favor de los predios a los que llegaban las acequias que nacían en tal toma de agua. Que hay que entender -en ese mismo momento- dividido el aprovechamiento de agua, y *como único titular del mismo a mi representado, en cuanto al riego de su finca se refiere.*

Hay que estimar, además, que en esa misma escritura consta que el vendedor, que se reservaba el resto de la finca, pactó la venta de la que adquiriría el Sr. Ventós por segregación *libre de toda carga y gravamen*, y siendo la servidumbre de acueducto a favor del resto de la finca matriz renunciable debe entenderse tal manifestación a todos los efectos de lo previsto en el artículo 541, en relación con la sentencia de 10 de abril de 1929, como expresión de que la existencia de un signo aparente de servidumbre (acueducto) quedaba enervada.

VI

Error de hecho en la apreciación de la prueba, que resulta de documento auténtico: artículo 1.692, número 7.

Se dice en la sentencia de primera instancia (en tercer considerando) que resulta de la prueba documental practicada la unidad de explotación en la finca primitiva «La Choriza». Es evidente el error de hecho, pues en la escritura pública, título de propiedad precisamente de la parte actora y por ella aportada a los autos, folio 8 vuelto del apuntamiento, consta, como cláusula octava de la escritura de compraventa pactada en 29 de octubre de 1947, que D. Florencio Escribano Ruiz, D. José Monsalve Rodenas y D.^a María Jesús Martínez Alfaro, llevaban en *arrendamiento* unos mil trescientos cincuenta almudes. Esta falta de unidad de explotación en la finca «La Choriza» queda ratificada por las posiciones séptima y octava del pliego redactado por la parte actora para confesión en juicio de mi representado (folio 30 vuelto) y por la prueba testifical practicada: véanse folios 45 vuelto, 47 vuelto y 48.

Cito como disposiciones infringidas en la valoración de la prueba, que han producido el error de hecho denunciado, las siguientes: artículo 1.218, segundo párrafo, en relación con el artículo 596, número 1, y 598 de la Ley de Enjuiciamiento civil.

En su virtud,

SUPLICO A LA SALA: Que, habiendo por interpuesto en tiempo y forma recurso por infracción de ley y de doctrina legal contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Albacete en 17 de mayo de 1957, y disponiendo la unión de la certificación, se sirva comunicar los autos al Fiscal por diez días para que emita su dictamen sobre la procedencia de la admisión del recurso, y

mandando darme copia literal de su dictamen si fuese contrario, y, previos los trámites de rigor, dictar auto admitiendo el recurso y, en su caso, proferir sentencia declarando haber lugar al recurso con todas las consecuencias legales.

Es justicia que pido en Madrid, a 14 de noviembre de 1957.

OTROSI DIGO: Que a fin de poder acreditar ante la Audiencia Territorial de Albacete, en cumplimiento del artículo 1.721 de la Ley de Enjuiciamiento civil, la interposición del presente recurso, dentro del plazo legal, se interesa y

SUPLICO A LA SALA se sirva ordenar que sea expedida y se me entregue certificación justificativa del señalado extremo. Es justicia que reitero, lugar y fecha *ut supra*.