

Un caso de propiedad compleja: el agua

ASPECTOS DE SU TRATAMIENTO REGISTRAL

I. FINCA Y UNIDAD BÁSICA REGISTRAL.

Entre las cosas susceptibles de servir de elemento objetivo a las relaciones jurídico-inmobiliarias existen las que suelen definirse como «superficies deslindadas del globo terráqueo» (Jerónimo GONZÁLEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*), o como «trozos de terreno cercados por una línea poligonal» (ROCA, *Derecho hipotecario*), y que por definición constituyen lo que se ha venido a llamar «unidad básica del sistema registral». Huimos deliberadamente de emplear la palabra «finca», aunque en general la doctrina, la jurisprudencia y en cierta forma la propia Ley, identifican finca y unidad básica registral, y es que creemos que el concepto de finca es en nuestro sistema hipotecario algo más amplio que el de unidad básica registral. CAMPUZANO (*Derecho inmobiliario y legislación hipotecaria*) nos habla de un concepto físico de finca, otro jurídico y, finalmente, un tercero que llama «hipotecario», según el cual es finca la unidad del Registro a la que ha de referirse toda titularidad, la cual puede ser finca normal de descripción común o anormal de descripción especial. Ladislao GARCÍA ARANGO Y CANGAS (RCDI, 772, año 1949) dice: «Si yo afirmase que la finca es la entidad hipotecaria con folio real abierto, diría una verdad, pero sin gran eficacia», y añade: «Si tal definición es admitida por muchos, lo es para abarcar supuestos no ordinarios en los que la Ley asimila a finca, por diversos motivos, entidades que no lo son *per se*». SANZ

FERNÁNDEZ (*Derecho hipotecario*) considera que sería preferible hablar de «entidades hipotecarias normales (la finca) y especiales (todas las demás entidades hipotecarias)», y que si nuestra legislación hipotecaria llama fincas a todas las entidades hipotecarias, lo hace acudiendo a la ficción de que se consideran como una finca para los efectos de la inscripción, pero manteniendo a la finca como base del Registro, no en cuanto sólo ella pueda ser unidad registral—criterio de 1861—, sino en cuanto toda entidad hipotecaria apta para abrir hoja registral ha de tener una proyección fija sobre el suelo, ha de referirse a una finca en el sentido propio de la palabra.

De todo lo que antecede se deduce que no cabe desconocer dos hechos de por sí evidentes: que el funcionamiento técnico del Registro de la Propiedad se apoya en la existencia de trozos de terreno deslindados de la superficie de la tierra (hay otra institución, el Catastro, encargada de facilitar esa base al Registro), y que en el Registro se inmatriculan fincas que no entran en esa definición, o, dicho de otra forma, que en el Registro existen otras entidades hipotecarias que no entran en esa definición. Nuestro Derecho positivo prefiere acudir a la ficción de llamar fincas a todas esas entidades hipotecarias, y dividir las en fincas ordinarias y fincas especiales, las primeras sujetas, en cuanto a su constancia registral, a las normas del artículo 9.º de la Ley y 51 del Reglamento, y las segundas recogidas en diversos artículos dispersos.

Hemos visto cuáles son las definiciones más generalizadas de «finca-unidad básica registral», pero cosa distinta y mucho más difícil sería dar una definición que abarcara todo cuanto nuestra legislación considera como finca (o sea, comprensiva de la llamada finca común y de las fincas especiales), o simplemente de cuanto nuestra legislación considera como finca especial. Como dice Ladislao GARCÍA-ARANGO Y CANGAS (cita anterior), decir que son «entidades hipotecarias» es verdad, pero no resuelven nada. No es nuestro propósito tratar de conseguir tales definiciones ni entrar a fondo en esta materia. Podríamos quizá traer aquí a colación *mutatis mutandi* el criterio de BRONDO BRONDI (en su obra *Il beni*) para la determinación de lo que es inmueble, según el cual resultaría que nuestro Derecho positivo prácticamente con-

sidera como fincas, además de la finca por excelencia, ciertos objetos de Derecho que por su importancia social relevante y que (añadimos nosotros) por su relación con una finca (en sentido propio) requieren un tratamiento análogo. Sea este u otro cualquiera el criterio del legislador, creemos (siguiendo a BRONDO BRONDI en su citada obra) que en ningún caso se puede prescindir de una de las notas tipificadoras de la cosa en sentido jurídico: nos referimos a la necesidad de su posible individualización, como condición inexcusable para ser objeto autónomo de relaciones jurídicas y más concretamente de derechos subjetivos, si bien ese aislamiento de la cosa respecto de la unidad complejo del Universo, de modo que pueda delimitarse su propia esfera jurídica, no es menester que sea físico, sino basta que sea pensable. Y precisamente esta dual posibilidad determina un distinto comportamiento de la técnica del Derecho, según que el aislamiento de la cosa, su individualización, sea perceptible sensorialmente o sólo de modo pensable, pues el cierto esfuerzo intelectual que supone el considerar como cosa algo que los sentidos nos muestran unido a otra realidad, no puede por menos de ser tenido en cuenta y exigir un cierto esfuerzo paralelo y de igual intensidad al transportar la cuestión a la esfera jurídica.

Como conclusión de todo cuanto antecede, a efectos prácticos, concretándonos a nuestro Derecho positivo, basta únicamente señalar, a los fines de este trabajo, que en todos los supuestos en que la Ley habla de fincas especiales, a nuestro juicio, se refiere a bienes inmuebles que dentro de permitir una cierta individualización, sin embargo guardan íntima relación con la unidad básica registral (superficie deslindada del globo terráqueo) y en los que esa individualización no es material necesariamente, sino ideal o social; las llamadas fincas especiales tienen la consideración de tales no porque en el mundo físico se nos presenten ya individualizadas, sino porque es posible su aislamiento ideal en base a consideraciones económicas o sociales. Y es precisamente esa circunstancia la que hace necesario un cierto esfuerzo para llegar a comprender cómo se produce esa individualización y sobre todo frente a la porción de terreno del que en la realidad física forman parte.

II. EL AGUA COMO OBJETO AUTÓNOMO DE RELACIONES JURÍDICAS.

Fisicamente el agua se nos ofrece como unida a la porción de terreno donde nace y por donde corre; pero al ser susceptible de prestar una utilidad al hombre con independencia de la superficie de terreno que ocupa y por ello aislable al menos pensablemente de él, es considerada como objeto autónomo posible de relaciones jurídicas, en definitiva, como finca. Retengamos de esto dos conclusiones: 1) Que el agua es una cosa en sentido jurídico con entidad propia, o lo que es igual, que es posible considerarla como objeto autónomo de relaciones jurídicas (art. 334, 8.º, del Código civil); 2) Que a pesar de ese posible aislamiento, se nos presenta siempre unida físicamente a un trozo de tierra.

Ambas circunstancias tienen ante el Derecho un indudable valor, porque si su cometido es organizar jurídicamente la vida social, ha de tomar en cuenta todo lo que ésta le ofrece y darle un significado jurídico, o lo que es lo mismo, encauzar (y valga la redundancia, hablando de agua) esos elementos por medio de los instrumentos técnicos de que dispone. Y esa valoración, a nuestro juicio, tiene lugar de esta manera: si el agua es socialmente algo con autonomía propia, el Derecho forzosamente ha de considerarla como objeto posible de un derecho distinto del que recae sobre el suelo; pero al mismo tiempo, al estar unida al suelo y mientras no concurren las razones que en la vida social hacen que el agua se considere como algo autónomo, ha de estimar agua y suelo como una unidad, formando el objeto del mismo derecho; y por último, cuando socialmente el agua se estime independiente del suelo, cuando se haya hecho el esfuerzo pensable que supone su aislamiento, ha de facilitar el medio técnico que en Derecho permita ese resultado. Para no hablar más, ese medio es el establecimiento sobre el suelo de una carga de actuación negativa que separe la propiedad del agua y la del suelo, en definitiva, una servidumbre negativa que rompiendo el juego de la regla *inaedificatur solo cedit*, permita una propiedad separada sobre algo que físicamente está unido a otra cosa. De suerte que el agua sólo puede ser objeto de un derecho de propiedad (u otro análogo) aislado cuando tenga como base y antecedente una ser-

servidumbre negativa que impida la accesión normal. Y por consiguiente, si desde el punto de vista económico-social hemos llegado a las dos conclusiones que dejamos apuntadas, desde el prisma jurídico podemos alcanzar estas dos:

1) El agua puede ser objeto de una propiedad separada (y derechos análogos).

2) Para que se dé esa posibilidad es menester el juego de una servidumbre negativa que impida la accesión al suelo.

Si una propiedad independiente del agua no es concebible sin una servidumbre negativa que la posibilite, y la servidumbre no tiene más finalidad que servir a ese fin, quiere decirse que nos encontramos ante una propiedad compleja integrada por dos elementos diferenciables, pero no separables, el dominio sobre el agua y la servidumbre sobre el predio que la contiene o por donde discurre.

Convendría aquí traer a colación, para mejor precisar la naturaleza jurídica de esa propiedad compleja, las diversas opiniones que los autores vienen formulando respecto al problema, no al ocuparse del agua concretamente, sino al estudiar el derecho de superficie, que es, en nuestro sentir, un ejemplo más de la superior categoría conceptual que venimos llamando propiedad compleja. Pero entrar en el examen de tales opiniones alargaría con exceso este pequeño trabajo, pensado sólo en base a una finalidad práctica, más que teórica. Quede para otra ocasión tal estudio y baste remitirnos aquí a un interesante artículo de Roca SASTRE—«Ensayo sobre el Derecho de superficie»—, publicado en el tomo de esta REVISTA conmemorativo del centenario de la Ley Hipotecaria, y en él a la cita que hace de la obra de WIELAND, *Les Droits réelles dans le Code Civil Suisse*.

III. LAS AGUAS DE PROPIEDAD PRIVADA Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD.

Y aclarada, a nuestro juicio, en lo que va dicho, la especial configuración jurídica de la propiedad de las aguas, sólo nos queda aplicar las ideas vertidas anteriormente, a fin de obtener un

tratamiento hipotecario del agua como finca a los efectos registrales, lo más claro posible.

A) *Constatación registral*.—Puede el agua figurar en el Registro como elemento integrante de una finca, por aplicación del principio de accesión; lo que ocurrirá siempre que no exista una individualización del agua, ya que, como hemos dicho, el agua es susceptible de esa individualización en base a consideraciones económicas y sociales, pero no ha de existir siempre individualizada de modo necesario. El agua entonces aparece considerada, según dice la Resolución de 24 de marzo de 1922, como *qualitas praedi*. En el mismo sentido el artículo 71 del Reglamento Hipotecario.

También puede figurar el agua como finca independiente, cuya posibilidad implica el reflejo en el Registro de una propiedad compleja, constatada mediante la apertura de folio independiente al agua en cuanto finca, apoyándose esa apertura en una nota marginal extendida en la hoja del predio dominante que la contiene, expresiva de tal circunstancia, parecida, si bien no idéntica, a las notas de segregación.

B) *Titularidad*.—Debemos interpretar nuestro Derecho positivo de acuerdo con lo dicho en el apartado A) anterior, pues lo allí dicho está de acuerdo con la realidad social actual y la naturaleza de las cosas, y como dice VALLET, en su *Panorama del Derecho civil*, la interpretación de la norma positiva ha de hacerse teniendo en cuenta la realidad social contemplada por el legislador, la realidad social actual y la naturaleza de las cosas como aglutinante y límite de la regla de Derecho positivo. Y por todo ello estimamos que puede ser titular del agua:

a) *El que lo sea de la finca en que esté radicada*, cuando conste como dualidad de la misma. No podemos admitir, como hace SANZ (*Instituciones de Derecho hipotecario*, t. II, pág. 295), que en este caso hay una titularidad distinta sobre el predio y sobre el agua, y una posibilidad de disponer de uno y otra por separado. Lo que existe es la posibilidad de una individualización del agua por parte del titular del predio en que se encuentra, lo cual exige

una segregación, que a efectos registrales precisa ser hecha en instrumento público, y una vez conseguida la individualización, si estaremos ante titularidades y posibilidad de disposición por separado de predio y agua.

b) Si el agua consta como finca independiente, puede ser su titular cualquier persona física o jurídica, o bien el que sea dueño de determinada finca (caso de titularidad predial).

Y no cabe dejar de tener en cuenta que la dicción literal del actual artículo 71 del Reglamento obliga a admitir una tercera posibilidad, que es precisamente la consecuencia de un planteamiento incorrecto de la naturaleza jurídica de la propiedad de las aguas, según hemos expuesto, y en cuyo punto insistiremos más adelante. Esta tercera posibilidad es que el agua, embebida en el folio de la finca de que forma parte, puede ser objeto de una servidumbre predial, cuyo titular activo será quien lo sea del predio dominante, o de una servidumbre personal, que ya es más discutible, y aún cabría la posibilidad aparentemente de una servidumbre en favor de otro predio perteneciente a idéntico dueño que el sirviente, como supuesto de servidumbre en cosa propia.

C) *Titulación*.—Lo que sigue es un breve apunte, hecho en cuanto resulta indispensable para los fines de este trabajo, de un problema merecedor de detenido estudio, que no podemos abordar en serio dados los límites propuestos. Nos contentaremos, pues, con señalar de paso las consecuencias de aplicar la idea de propiedad compleja a esta cuestión, sin ánimo exhaustivo.

Dice ROCA que es suficiente para obtener la inscripción de las aguas de dominio privado «cualquier título de inmatriculación», como si se tratara de una finca corriente, con la única especialidad de que, según el artículo 71, el agua como cualidad de una finca se puede hacer constar en cualquier título inscribible o por medio de acta notarial de presencia. Hemos de reconocer que esa expresión «cualquier título de inmatriculación» nos ha dejado más de una vez perplejos. SANZ aclara un poco más, aunque no demasiado, y dice que se inmatricularán por cualquiera de los medios establecidos en la Ley y el Reglamento, si no estuviesen inscritas en forma alguna, y si lo estuviesen ya en la inscripción de la finca.

donde se encuentren, se puede obtener inscripción separada mediante la correspondiente segregación.

A la luz de lo expuesto, una ojeada a nuestros textos legales permite señalar, como principales, los siguientes medios:

1) El acta notarial de presencia o la descripción de las aguas en los títulos referentes al inmueble. Una vez que se haga constar el agua como *qualitas praedi*, queda el camino abierto para segregarla y constituir la en finca independiente.

¿Cabe utilizar cualquiera de estos dos medios para inmatricular el agua como finca independiente directamente? Parece ello posible en el estado actual del artículo 71; pero lo correcto, a nuestro entender, es seguir el procedimiento del párrafo anterior, es decir, primero hacerla constar como cualidad del predio, y después segregarla, con lo que se logra un reflejo fiel de la situación jurídica.

2) El expediente de dominio, el acta de notoriedad complementaria de un título, la certificación administrativa y los títulos públicos con eficacia inmatriculadora, referidos directamente al agua, de acuerdo con las reglas generales.

3) El juicio declarativo de propiedad.

4) El título de expropiación forzosa.

5) La certificación de adjudicaciones por débitos fiscales.

IV. EXAMEN CRÍTICO DEL ARTÍCULO 71 DEL REGLAMENTO Y CONCLUSIONES.

Nada hay que objetar a los dos primeros párrafos del precepto, que son perfectamente aprovechables, ni tampoco a los cuatro últimos, procedentes éstos de la reforma de 1959, que tratan un problema muy peculiar, también de gran interés práctico, sobre todo en Canarias, pero que queda al margen de nuestro camino.

La poca claridad, reñida con la finalidad perseguida por el legislador de dibujar los derechos inscritos con perfiles cristalinos, y la construcción equivocada, en parte, se manifiestan en los párrafos tercero y cuarto, sobre todo en el tercero, que es el que sería conveniente retocar. Dice dicho párrafo tercero: «El dere-

cho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas fuera de ellas, aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efectos respecto a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de la finca que la contenga».

Como vemos, contempla el supuesto clínico de que las aguas no vengán confundidas con el predio que las contiene y pertenezcan a un titular diferente. Y afirma implícitamente, de acuerdo con lo expuesto por nosotros, la existencia de una servidumbre. Pero a pesar de que en el párrafo primero admite el artículo la posibilidad de que las aguas consten en el Registro como una finca independiente, sin embargo no lo exige, y éste es su error; porque siguiendo con la ya tradicional y en ocasiones perjudicial manía de contemplar todos los problemas desde el prisma de la protección a terceros, sólo afirma la necesidad de que el derecho de una finca a servirse de las aguas de otra «conste en la inscripción de las mismas aguas, o, en el supuesto del párrafo anterior, en la de la finca que las contenga». La primera parte es correcta: si ese derecho consta en la inscripción de las aguas, inmatriculadas como finca independiente, se utiliza la técnica adecuada y el Registro se pronuncia con la debida claridad, pues tendremos dos historiales jurídicos reflejados, como lo exige el principio de especialidad, en dos hojas o folios registrales separados; sólo cabe oponer la objeción de que aunque las aguas figuren como finca independiente, no nos podemos olvidar que guardan íntima relación con el predio que las contiene y que, por tanto, es menester, a fin de romper técnicamente la accesión, hacerlo constar así en el predio que podemos llamar sirviente. Esto se consigue por medio de una nota marginal que revele de una vez para siempre que en el predio en cuestión existen aguas, pero que son objeto de derecho autónomo.

Es el segundo inciso de la frase que dejamos señalada el que resulta totalmente impropio, según nuestra argumentación. Dos son las consecuencias dañosas:

- 1) Que como pone de relieve Roca Sastre (*Derecho hipotecario*, t. II, pág. 138), haciendo constar simplemente el derecho a las aguas en el predio sirviente, tendremos reflejada en el Registro

una servidumbre negativa en favor de otro predio, que será inalienable separadamente de la finca a que activamente pertenece, según el artículo 534 del Código civil, dificultad de orden legal que se hace necesario salvar, porque es un hecho que las aguas se negocian con independencia. Y el autor citado, a renglón seguido de formularse el problema, señala a modo de posible solución: la que se refleja en estas palabras:

«El problema quizá pueda resolverse estableciendo una distinción, o sea, considerar que en tal supuesto existe un caso de verdadera servidumbre predial, y por tanto, no enajenable separadamente como tal del predio dominante; pero el dueño puede enajenar su dominio sobre las aguas fuera de toda idea de servidumbre. Con la enajenación, el agua deja de estar destinada al riego de su heredad, por ejemplo, y este cambio de destino, que en cierta manera es previo a la enajenación, destruye la relación de servidumbre. Se producirá un cambio o alteración previa del estado de hecho que constituye el soporte material de la servidumbre, como servicio entre predios que es. Pero mientras no se produzca esta mutación, el derecho de beneficiarse una finca del agua que se encuentra en otra es inalienable separadamente, como cualquiera otra servidumbre predial».

Pero esta solución es inadecuada y fuerza innecesariamente el concepto técnico de servidumbre, precisamente por no tener en cuenta que lo que se transmite no es la servidumbre, sino el dominio de las aguas, que funciona como objeto de tráfico sin que la servidumbre se altere.

De los dos elementos de que el agua, como propiedad compleja, se compone, en la dinámica del tráfico jurídico inmobiliario sólo se altera uno, el dominio, y sólo esta mutación ha de reflejarse en el Registro, permaneciendo la servidumbre intocada.

2) Otro inconveniente es que, hecha constar solamente la pertenencia del agua en el predio «sirviente», nos encontramos con dos historiales jurídicos relativos a dos fincas distintas concentrados en una misma hoja registral, lo que, entre otras cosas, es contrario a lo dispuesto en el párrafo 1.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria.

Por todas estas razones, proponemos una nueva redacción de

los primeros párrafos del artículo 71 del Reglamento Hipotecario (sin afectar a los cuatro últimos párrafos), tratando de resolver alguno de los problemas estudiados en este artículo, en los siguientes términos:

Párrafo primero: «Podrá hacerse constar la existencia de aguas en la inscripción de la finca de que forman parte físicamente, como una cualidad de la misma o por medio de una nueva inscripción, basada en acta notarial de presencia o describiendo las aguas en los títulos referentes a la finca de que formen parte físicamente, a solicitud de su dueño».

Párrafo segundo: «Una vez hecha constar la existencia de las aguas en la forma determinada en el párrafo anterior, las que conforme a lo determinado en el número 8.º del artículo 334 del Código civil, tengan la consideración de bienes inmuebles, podrán constituir una finca independiente e inscribirse con separación de aquella que ocuparon o en que nacieren, previa la oportuna segregación. También podrán las aguas inmatricularse como finca independiente, sin necesidad de segregación, cuando no pertenezcan al dueño de la finca de que forman parte físicamente, por cualquiera de los procedimientos señalados en el artículo 199 de la Ley Hipotecaria. Siempre que el dominio de las aguas pertenezca a distinto dueño que el del predio que las contenga o en que nazcan, así como para que las mismas puedan ser objeto autónomo de otros derechos, será necesario que consten inmatriculadas como fincas independientes, según dispone este párrafo».

Párrafo tercero: «Siempre que las aguas se constituyan como finca independiente se hará constar esta circunstancia por nota al margen de la primera inscripción de dominio de la finca de que físicamente formen parte. En la inscripción de las mismas aguas se expresará, en su caso, la finca de donde se segregan y siempre aquellas que las contiene o donde nacen, observándose además las reglas generales e indicándose técnicamente la naturaleza de las aguas y su destino, si fuere conocido; la figura regular o irregular del perímetro de las mismas, en su caso; la situación por los cuatro puntos cardinales, o, en otro supuesto, con relación a la finca o fincas que las rodeen o al terreno en que nazcan y cuantas circunstancias contribuyan a individualizarlas en su caso».

Párrafo cuarto: «El derecho de las fincas a beneficiarse de aguas situadas dentro de ellas, aunque pueda hacerse constar en la inscripción de dichas fincas como una cualidad determinante de su naturaleza, no surtirá efecto respecto a tercero mientras no conste en la inscripción de las mismas aguas».

Párrafo quinto: «La reunión de la propiedad de las aguas con la de la finca en que nazcan u ocupen, se hará constar, a solicitud del propietario, por medio de una cancelación a continuación del último asiento practicado en la hoja abierta al agua y por medio de una nueva nota al margen del predio que las aguas ocupan o en el que nacen».

Párrafo sexto: (Puede estar constituido por el actual párrafo cuarto del artículo, o bien colocar este párrafo inmediatamente a continuación del primero y como parte del mismo, lo que quizá sería mejor).

Y terminemos señalando cómo, aparte del derecho de superficie ya indicado, existen otros supuestos de propiedades complejas que podrían llevarse al Registro de la Propiedad utilizando la misma técnica empleada en la redacción de este artículo. Por ejemplo, el derecho a los pastos de una finca, y en general, cuantas titularidades dominicales sobre bienes inmuebles unidos físicamente a una porción de terreno pueden pensarse. La figura de la propiedad compleja es fecunda y correctamente entendida; puede prestar grandes servicios, cuanto menos, al principio de especialidad.

JOSÉ MANUEL y FRANCISCO JAVIER
DÍE LAMANA.

Registradores de la Propiedad.