

CONSULTAS

EVACUADAS

POR LOS SRES. D. ESTANISLAO FIGUERAS, D. MANUEL ALONSO
MARTINEZ Y D. RAFAEL M. DE LABRA

EN EL PLEITO

SUSCITADO ENTRE D. BERNARDO LLANOS

Y

D. ANTONIO CABANILLES

SOBRE PROPIEDAD

de las marismas de Muslera

EN VILLAVICIOSA.



OVIEDO:

IMPRESA DE EDUARDO URÍA.

—
1876.

A. 1881195072

1874

THE UNIVERSITY OF CHICAGO

ANTHONY CARROLL



THE UNIVERSITY OF CHICAGO

CONSULTA

ACERCA DE LA PROCEDENCIA Y EFICACIA QUE PUEDE TENER EN JUSTICIA LA SENTENCIA DICTADA POR EL JUZGADO DE VILLAVICIOSA EN EL PLEITO INSTADO POR D. BERNARDO LLANOS CONTRA D. ANTONIO CABANILLES COMO MARIDO DE D.^a MARIA DE LA CONCEPCION PEON, SOBRE DECLARACION DE NULIDAD DE VARIOS TÍTULOS Y PERTENENCIA DE UNA FINCA DENOMINADA PORREO DE MUSLERA.

D. Bernardo Llanos es actor en este pleito, en virtud de la concesion que obtuvo del Estado para encauzar la ria de Villaviciosa y desecar sus marismas, espresándose en la concesion que era condicional respecto de las marismas, que llevan el nombre de Muslera, las cuales solo podria aprovechar el concesionario obteniendo de los tribunales de justicia la declaracion de que eran de dominio público ó uso comunal.

El demandado D. Antonio Cabanilles alega títulos para acreditar que el predio de que se trata pertenece á la familia de su esposa desde 1621, en que uno de sus antepasados lo adquirió por compra.

Demandante y demandado convienen en que la finca objeto del litigio, por razon de su situacion, se halla sujeta á la influencia de las mareas, ó sea al flujo y reflujo del mar. En su virtud, ha tenido que debatirse en el pleito una cuestion que, en sentir del que suscribe, tiene una importancia capital y al lado de la que solo pueden estimarse secundarias las demás que se han discutido. Consiste en determinar si las marismas del Porreo de Muslera son por su propia naturaleza una playa ó ribera del mar, en cuyo caso no podrian menos de considerarse

como de dominio público, solamente trasmisible por el Estado; ó si por el contrario entran en la categoría de bienes susceptibles de apropiacion por actos entre particulares.

Al examinar esta cuestion y al apreciarla en la sentencia, el Juzgado de Villaviciosa ha tenido en cuenta la prueba practicada en lo que esta se refiere á la influencia que el mar tiene sobre la finca de que se trata, estableciendo como hecho probado (Considerando 2.º) *que las aguas del mar cubrian y descubrian alternativamente las marismas de Muslera en épocas de MAREAS VIVAS y no cuando eran MUERTAS, mientras estuvieron en abertal*. Fija despues la legislacion aplicable al caso, diciendo (Considerando 5.º) que es la de Partidas, y por consiguiente la ley 4.ª, tít. 28, Part. 3.ª, segun la cual «Todo aquel lugar es llamado ribera del mar cuanto se cubre del agua >della cuanto mas crece en todo el año, quier en tiempo >de invierno ó del verano.» Esto supuesto, cree el Juzgado que no pueden considerarse las marismas de Muslera como formando parte de la ribera del mar, ni declararse por tanto de dominio público, porque el texto de la ley citada debe entenderse en el sentido de la glosa de Gregorio Lopez, que escluye las tierras que el mar cubre tan solo en el plenilunio de Marzo y equinoccio de Otoño, y dichas marismas solo se vén bañadas en estas dos épocas segun lo indica la frase de *mareas vivas* empleada por los testigos al declarar sobre este particular.

En opinion del infrascrito, el Juzgado de Villaviciosa al declarar que la glosa de Gregorio Lopez prevalece al texto de la ley, sin que en apoyo de tal declaracion cite disposicion alguna legal, ni doctrina del Tribunal Supremo de Justicia, procede arbitrariamente; pues que las opiniones de los tratadistas, siquiera sean tan respetables y tengan tanta autoridad como las del glosador referido, nunca alcanzan á la de la ley mientras no reciben la sancion ó confirmacion del Tribunal cuyos fallos forman jurisprudencia. Solo en un caso prevalece, no la opinion de Gregorio Lopez, sino el texto de la ley de Partida que éste adopte, y es, cuando el de la edicion de la Academia, que tiene carácter oficial, ofrece dudas, porque entonces hay que atenerse á la lectura que del mismo texto dá Grego-

rio Lopez, segun así espresamente se preceptúa en la Real órden de 8 de Marzo de 1818, y como quiera que la ley citada (4.^a, tít. 28, Part. 3.^a) no se halla en este caso, y segun ella las tierras que tienen las condiciones de las marismas de Muslera forman parte de la ribera del mar, así debia haberlo declarado el Juzgado, porque es lo procedente en justicia.

Pero aun en el supuesto de que solo la glosa de Gregorio Lopez fuese la que debiera tenerse en cuenta para apreciar la naturaleza de la finca en cuestion, aparece tambien que el Juez ha padecido error entendiendo por *mareas vivas* las llamadas equinocciales, que tienen lugar en el plenilunio de Marzo y equinoccio de Otoño. Estas mareas se llaman comunmente *mayores*, mientras que las que se conocen con el nombre de *vivas* son las que se verifican todos los meses en los novilunios y plenilunios. Así, pues, las marismas de Muslera, que segun el mismo Juzgado reconoce, se inundan en las épocas de las *mareas vivas*, deben considerarse formando parte de la playa ó ribera del mar, aún en el supuesto de que la ley 4.^a, título 28, Part. 3.^a, deba entenderse en el sentido que establece la glosa de Gregorio Lopez. Dedúcese de ahí necesaria y lógicamente que el terreno de que se trata corresponde á aquella clase de bienes que *comunamente pertenecen á todas las criaturas*, y cuyo dominio solo al Estado corresponde.

Esto sentado, y resultando que el demandado D. Antonio Cabanilles no presenta documento alguno que justifique que ha adquirido del Estado el Porreo de Muslera, opina el infrascrito que la sentencia del Juzgado de Villaviciosa es revocable en razon á que le reconoce y declara legítimo y exclusivo poseedor de la finca en cuestion.

Los hechos, segun resulta de la prueba practicada por ambas partes, corroboran la idea de que esa finca, sin embargo de las pretensiones del demandado, ha sido considerada siempre como de aprovechamiento ó uso comun, pues que todos los vecinos comarcanos han utilizado constantemente y sin impedimento de ningun género los únicos productos que dá, que son pastos y juncos; no figura en ningun catastro ó amillaramiento, antiguo ni moderno, como perteneciente á la familia de Peon, y aparece

además atravesada por una carretera, que se construyó sin que se formalizara expediente de espropiación, ni se pagara al supuesto propietario, á pesar de sus vivísimas y formales reclamaciones.

En contra de estos hechos, el Juez de Villaviciosa ha apreciado: 1.º La costumbre segun la que, es libre en el país donde radica el Porreo de Muslera, el aprovechamiento de pastos en terrenos no cercados; 2.º El resultado del interdicto restitutorio que en estos últimos años instó el demandado contra cierto vecino que habia estraído tierra de la finca; 3.º Que no resulta completo el catastro antiguo que se ha consultado, y que, respecto al amillaramiento que hoy existe, no debe atribuírsele valor probatorio en atención á que el Municipio en cuyo término radica la finca, ha tenido siempre pretensiones de dominio sobre ella; 4.º Que esta misma finca ha sido objeto de varios contratos de arrendamiento otorgados, tanto por el demandado, como por sus causantes; y 5.º La sentencia de la sala de lo contencioso que recayó en el expediente promovido por el demandado para obtener el permiso de cercar ó cerrar la sobredicha finca.

En opinion del que suscribe la costumbre del libre aprovechamiento de pastos en los terrenos abiertos no resulta debidamente probada, y, de todos modos, soio podría aprovechar al demandado en el caso de que su derecho sobre la finca constase acreditado.

El interdicto restitutorio terminó, es cierto, por sentencia ejecutoria; pero aparte de que, segun el mismo juzgador, no tiene fuerza ni autoridad de cosa juzgada, no debe perderse de vista, para apreciar su eficacia en este pleito, que fué dictada sin audiencia del supuesto despojante y en virtud de deposiciones de testigos que, examinados nuevamente con motivo del presente litigio, las han modificado, y además algunos de dichos testigos han sido declarados tachables en el correspondiente juicio. Por otra parte, la importancia del aprovechamiento de algunas cargas de tierra del Porreo de Muslera no es tal que pueda decidir á un vecino, seguramente de escasos medios, á emprender y sostener un litigio largo y costoso para sostener un derecho que interesa á todo el comun. Cree, por tanto, el que suscribe, que así el interdic-

to como los contratos de arrendamiento que se han mencionado, solo pueden estimarse en sana crítica como actos ideados y llevados á cabo por el demandado para desvirtuar el hecho del aprovechamiento comun de la finca, pero que en justicia carecen de la suficiente eficacia probatoria. Y si se considera además, que varios testigos idóneos aseguran haber estraído y visto estraer durante largos períodos tierras del Porreo de Muslera, sin impedimento ni oposicion de nadie, se impone con mayor fuerza la conviccion de que este predio, que segun la ley de Partida forma parte de la ribera del mar, ha sido aprovechado como de uso comun por todos los ribereños.

Importa poco que el catastro del concejo en que radica el Porreo de Muslera sea incompleto, porque en la parte que existe figuran los bienes de la familia Peon y no se incluye aquella finca, que linda con otra de la indicada familia incluida en el catastro. Hay razon, pues, para deducir que, no estándolo las marismas predichas, no pertenecian á la espresada familia.

Todavía es de menor importancia la razon que da el Juzgado para no apreciar como probatoria la circunstancia de no estar incluida en los amillaramientos modernos la repetida finca. Dice que no tiene nada de extraño que así sucediera, porque el Municipio ha tenido siempre pretensiones sobre esas marismas, y en verdad que esa razon pueril más parece argucia de un abogado de mala causa, que argumento digno de figurar en la parte fundamental de una sentencia; porque ni los Municipios forman á su antojo los amillaramientos, sino en virtud de las relaciones juradas que dan los propietarios, ó de mediciones oficiales que se hacen contradictoriamente, ni dejan de intervenir nunca los dueños en esas estadísticas de la riqueza imponible que les afectan directamente. De suerte, que esa circunstancia despreciada por el Juzgado es un dato más que concurre á demostrar que las marismas de Muslera eran de aprovechamiento comunal, pues de otro modo no se concibe que un propietario tan celoso como el Sr. Cabanilles, que cabalmente andaba siempre buscando medios de legitimar sus pretensiones sobre las marismas, hubiese dejado de reclamar de la omision padecida por el Ayuntamiento.

Por lo que respecta á la sentencia dictada en el expediente contencioso-administrativo promovido por D. Antonio Cabanilles en 1870, por el que se le concede el permiso para cerrar el Porreo de Muslera para impedir la entrada de las aguas del mar, debe considerarse, y así lo reconoce el mismo Juez, que tampoco tiene autoridad de cosa juzgada que pueda alegarse en este pleito, porque no se refiere, ni legalmente puede referirse, al derecho de propiedad ni á otro alguno real, sobre que no podia decidirse ó resolverse en el juicio en que se dictó la sentencia referida. Versa, por tanto, dicha sentencia, única y exclusivamente, sobre la validez del permiso solicitado para cerrar el Porreo de Muslera, que habia sido denegado por el gobierno de la provincia. En su virtud, y teniendo en cuenta que el que solicitó el permiso es dueño de fincas contiguas al Porreo de Muslera, á las cuales puede perjudicar el agua del mar, y que al deducir la demanda contencioso-administrativa alzándose de la providencia dictada por el Gobernador, se fundó *en que el permiso solicitado no irrogaba perjuicio á la navegación y comercio de la ria y puerto de Villaviciosa, añadiendo en seguida que quedaba reservado al Estado y terceras personas el derecho que pudiera corresponderles en cuanto á la propiedad de los terrenos*, es para el infrascrito evidente que dicha sentencia, pronunciada en conformidad con la demanda, no solo no prejuzgaba á favor de D. Antonio Cabanilles el derecho de propiedad sobre las marismas de Muslera, sino que ni siquiera el derecho de posesion, toda vez que este derecho no es compatible con aquella, ó sea con la propiedad, cuando, como sucede en el presente caso, el supuesto poseedor reconoce que puede esta corresponder al Estado y no alega ni ostenta título de ninguna clase que emane del mismo.

Además, el permiso solicitado por Cabanilles confirma evidentemente el hecho de que las aguas del mar entraban periódica y frecuentemente en el Porreo de Muslera antes de su cerramiento, y por consiguiente, el propio solicitante reconoció, aunque sea de una manera indirecta, que la finca formaba parte de la ribera del mar, y por lo mismo, que el dominio de ella correspondia al Estado ó á aquel que del Estado la hubiese adquirido.

Apreciada así la cuestión, que á juicio del infrascrito tiene una importancia capital en este pleito, podria en rigor omitirse el exámen de las demás que se han tratado en el mismo; sin embargo, para que sea todo lo completo posible este trabajo, se espondrán acerca de ellas algunas ligeras consideraciones.

Se reducen en realidad esas cuestiones á apreciar el valor de ciertos documentos producidos en autos por el demandado como títulos justificativos de su dominio sobre la finca que se litiga, y el de otras pruebas practicadas con el mismo objeto.

Al examinar esos documentos y pruebas, el Juez de Villaviciosa parte del supuesto de que la finca es susceptible de apropiacion y no está escluida del comercio de los hombres; y como el demandado Cabanilles pretende que sus causantes la adquirieron á principios del siglo xvii, esto es, en 1621, así se reconoce en la sentencia.

El primer documento que á este propósito debe examinarse es la escritura que en 13 de Julio de 1621 otorgó D. Alonso Ramirez como apoderado de su madre doña Catalina Menendez Valdés á favor de D. Gonzalo Peon, autorizada por el notario D. Pedro de Hévia. Se espresa en este documento, que el D. Alonso Ramirez vende á Peon: «las sus casas y aceñado que tiene situado en la »ria de esta villa (Villaviciosa) junto al lugar de Muslera, »con el hórreo que está junto y huerta de naranjos, con »el su casa y el hero que llaman de la Taberna, y otra »faza de prado regadío que está en un prado que es de »Toribio Magdalena, todo sito en el lugar de Muslera, y »todo lo demás que pareciese llevaba en renta Pedro de »Muslera, difunto, y su mujer, todo ello segun está edifi- »cado é caído, ansi las dichas casas y aceñas con su cer- »cado, todo ello segun va dicho y declarado monte á va- »lle arrotto y por arromper, y lo á ello perteneciente en »los dichos términos, con sus cierros, árboles frutales y »no frutales, derechos y acciones, por precio de cien du- »cados.»

Segun la sentencia objeto de la consulta, el derecho del demandado arranca de esta escritura; de tal suerte, que los demás documentos que en autos obran, sólo tie-

nen utilidad, en opinion del Juzgado, en cuanto sirven para esclarecerla y confirmarla.

Realmente, hay una gran falta de precision en la descripcion de los bienes que fueron objeto del contrato de compra-venta, notándose sobre todo la falta de designacion de cabida y linderos; pero tales defectos no son obstáculo para que se vea claramente que el Porreo de Muslera no estaba incluido en los bienes vendidos, pues no es posible que esta tierra se confunda con *la huerta de naranjos, faza de prado regadio y demás que llevaré en renta Pedro de Muslera*, que son tierras cuyo destino y cultivo excluye necesariamente el agua del mar que periódicamente cubria dicho Porreo. Así que, aun cuando las marismas de Muslera estuvieran por su naturaleza en el comercio de los hombres y constara que las poseía el vendedor Alonso Ramirez al tiempo de otorgar la escritura de 1621, no podrian, en opinion del infrascrito, considerarse incluidas en la venta.

La aclaracion de la indicada escritura, que por medio de informacion testifical instó ante la autoridad competente el comprador D. Gonzalo Peon pocos dias despues de formalizado el contrato de venta para la toma de posesion de los bienes comprados, tampoco autoriza á considerar las marismas comprendidas en dicho contrato; porque si bien los testigos hablan de cosas *que están sobre el mar*, se refieren á ciertos edificios (molinos y aceñas deshechas que están sobre el mar) que de ningun modo pueden confundirse con terrenos anegados por las mareas.

La inspeccion ocular y pericial practicada durante el término probatorio, ha acusado la existencia de vestigios de un antiguo cercado que, relacionado con las frases que se leen en la escritura de venta, á saber: «ansi las dichas »casas y aceñas *con su cercado segun está cerrado todo »ello,*» han dado márgen á que el Juzgado de Villaviciosa conjeturara que toda la estension de terreno comprendida dentro del antiguo cercado está incluida en la venta otorgada á favor de D. Gonzalo Peon, siendo esta conjetura uno de los fundamentos del fallo objeto de la consulta. Si los tribunales de justicia no debieran atenerse estrictamente á lo alegado y probado, y les fuera lícito fundar sus

fallos en meras conjeturas, podria tal vez ser digna de consideracion la opinion del Juzgado; pero como la ley no concede esa libertad, el infrascrito no puede menos de calificar de arbitraria la conducta del Juez en este punto. Cree además, que en razon á que solo aparecen vestigios del referido cercado, de cuya existencia no hay memoria, puede y debe aplicarse en este caso la doctrina que se desprende de la ley 3.^a, tít. 28, Part. 3.^a, en su última parte. Segun ella, es permitido edificar en la ribera del mar (*licentia Principis*, segun la glosa); pero destruido el edificio por cualquier causa, vuelve el terreno sobre que estaba levantado á su condicion natural *de cosa que comunamente pertenece á todas las criaturas*. Así, pues, aun admitiendo el supuesto de que en la época de la otorgacion de la escritura existiese el cercado ó muro de que en ese documento se habla, y le hubiese levantado el vendedor, *licentia Principis*, esto es, con autorizacion Real ó del Estado, desde el momento en que quedó derruido perdió el poseedor sobre la cerca y terreno que encerraba todo derecho exclusivo. Y como quiera que en tal estado desde este tiempo inmemorial, es obvio, para el que mira, que no cabe en justicia considerarla propia de los sucesores del comprador.

Opina tambien que la condicion legal de las marismas de Muslera, tal como se acaba de determinar, no resulta modificada por la sentencia del expediente contencioso-administrativo autorizando al Cabanilles para cerrar aquella finca á fin de impedir la entrada en ella de las aguas del mar; pues ya hemos visto que dicha autorizacion es condicional y salva los derechos de tercero, toda vez que se otorgó en el supuesto de que Cabanilles ó sus causantes fuesen dueños del Porreo, y resulta con la mayor evidencia que este supuesto es de todo punto inexacto.

Los demás títulos producidos en autos para justificar el pretendido dominio, consisten: en el testimonio de una particion de bienes verificada en 1668 entre la familia de Peon, en el cual se designan los de Muslera, segun reconoce el Juez de Villaviciosa, con la misma oscuridad y falta de precision que en la escritura de 1621; en otro testimonio de una ejecutoria referente al pleito sobre reparticion del tercio y quinto vinculares, que sostuvieron don

Pedro y D. Antonio de Peon desde 1816 á 1819, y en la escritura de arrendamiento que el D. Pedro otorgó en 1827 á favor de D. Rafael Barrero.

En el testimonio de la ejecutoria aparece por primera vez designada la finca objeto del pleito con el nombre de Junquera de Muslera, espresándose que fué adquirida mediante escritura de venta otorgada en febrero de 1622 por los mismos comprador y vendedor que figuran en la de 1621 y autorizada por el escribano D. Felipe Sanchez Quintueles. No existe la escritura que se menciona en la ejecutoria, y esta circunstancia unida á la de que el autorizante Quintueles resulta haber actuado en Villaviciosa solo desde 1637, es decir, 15 años despues de la fecha atribuida al documento, y considerando además que los otorgantes son los mismos que figuran en la de 1621, ha conjeturado el Juzgado de Villaviciosa que la escritura á que se refiere el testimonio de la ejecutoria, es la que en 1621 autorizó el escribano D. Pedro de Hevia, y que se padeceria error al designar dicho documento. Pase por esta nueva conjetura; pero lo que no puede pasar es, que la estienda hasta suponer que puesto que el testimonio en cuestion determina claramente que el Porreo de Muslera estaba comprendido en el contrato de compra-venta, debe entenderse este testimonio como aclaratorio del repetido contrato otorgado en 1621. El infrascrito opina, que es aplicable aquí la consideracion espuesta al examinar al cuestion relativa á la importancia probatoria de los vestigios de un antiguo cerramiento observado en las marismas de Muslera, á saber, que los tribunales de justicia no pueden fundarse en meras conjeturas, mayormente cuando los hechos, como en este caso sucede, escluyen la opinion que se ha formado. Es, en efecto, inadmisibile en buenos principios de sana crítica la suposicion de que al relacionarse ó reseñarse en un pleito un documento de capital importancia se padezca error respecto de su fecha, del nombre del escribano que le autorizó y de las cosas objeto del contrato, es decir, de todo lo mas esencial, salvo los nombres de los otorgantes. Mas no se detiene aquí el Juzgado todavía, sino que cuando trata de examinar el documento mismo forma otra conjetura mas ilógica, si cabe, que las anteriores para sacar á flote su opinion. Se

espresa en el referido documento, que la cabida de las marismas es de 120 dias de bueyes; y como en realidad mide 400, sale del paso el Juzgado diciendo, que *debe considerarse que en el repetido documento solo se hace aproximadamente la designacion de la cabida, pero que aun así es bastante para que se le pueda apreciar como determinando un cuerpo cierto*. Precisamente no cabe esta conjetura cuando se trata de fincas que lindan con propiedades corporativas. La mayor ó menor exactitud en la cabida de predios que lindan con particulares, no es, á juicio del infrascrito, una circunstancia esencial que pueda afectar el valor legal del documento, porque el interés particular de cada uno de los propietarios colindantes dá pié para creer que no ha podido haber intrusion; pero cuando se linda con propiedades que pertenecen á corporaciones y que no están por consiguiente vigiladas que puedan impedirse los despojos de los propietarios limítrofes, entonces la cabida debe entenderse rigurosamente y sirve para determinar y deslindar la finca sobre que recae.

El testimonio, pues, de que me ocupo, ni legal ni racionalmente autoriza la conjetura que el Juzgado de Villaviciosa establece como uno de los fundamentos de la sentencia, y opino por consiguiente que en consideracion á las razones apuntadas, á la circunstancia de no figurar en autos la escritura de 1622, y á las especiales condiciones de la ejecutoria de que se trata, no puede ésta estimarse como título justificativo del dominio de la familia Peon sobre el Porreo de Muslera. Tampoco justifican este dominio el testimonio de la particion de bienes verificada en 1668, ni el contrato de arrendamiento de 1827, segun espresamente lo reconoce el mismo Juzgado. Queda, pues, como único título justificativo del dominio, segun opinion del propio Juzgado, la escritura de 1621 que en opinion del que firma no tiene valor alguno, aún admitiendo que ese documento reuna todas las condiciones apetecibles de legitimidad ó autenticidad. Por este motivo y para no dar mayores proporciones á la presente consulta, cree el infrascrito que es escusado entrar en el exámen de la cuestion promovida por el demandante redarguyendo de falsa civilmente dicha escritura.

Un solo punto queda ya digno de atencion, y es si el

demandado y sus causantes deben ser considerados como legítimos poseedores del Porreo de Muslera y dueños por lo mismo de la finca por medio de la prescripción. Pocas palabras se necesitan para resolver este punto.

Segun el Juzgado de Villaviciosa, los documentos producidos en autos, que son, el testimonio de la particion de bienes de 1668, el de la ejecutoria de 1819, el contrato de arrendamiento de 1827 y el interdicto restitutorio, justifican plenamente el hecho de la posesion. Sea así enhorabuena; pero el resultado que ofrece la prueba testifical, las confesiones hechas en juicio por la parte demandada, los hechos que encierra la construccion de la carretera que atraviesa la finca y el pleito de jactancia promovido por Cabanilles contra el Ayuntamiento de la villa de Villaviciosa, de cuya demanda fué absuelta esta Corporacion, prueban elocuentemente que esa posesion no es la quieta, pacífica y exclusiva que requiere la Ley, sino una mera tenencia, ó mejor, una detentacion, y por tanto que carece de las condiciones necesarias para fundar en ella el dominio por medio de la prescripción. Y por último, que, segun se deduce de cuanto queda expuesto, y vistas las Leyes 3.^a y 4.^a, tít. 28, y 7.^a, tít. 29, Part. 3.^a, la 15, título 15, Part. 5.^a, y el art. 1.^o de la Ley de 3 de Agosto de 1866, el Porreo de Muslera es por su naturaleza imprescriptible y su propiedad solo puede adquirirse por concesion del Estado.

Madrid 4 de Julio de 1875.

LDO. ESTANISLAO FIGUERAS.

DICTÁMEN.

He examinado con todo detenimiento los antecedentes que se ha servido facilitarme D. Bernardo Llanos, al consultar mi opinion, en punto al éxito que, á juicio mio, deba prometerse de la demanda ordinaria que tiene entablada contra D. Antonio Cabanilles en concepto de legítimo representante de su señora esposa D.^a Maria de la Concepcion Peon y Bernaldo de Quirós, sobre propiedad de la marisma de Muslera. Al emitir mi dictámen, entiendo poder hacerlo en sentido resueltamente favorable á los derechos de la persona que me ha dispensado la honrosa confianza de consultarme, y voy á exponer seguidamente los fundamentos legales que apoyan mi opinion.

Me parece tan clara la cuestion que se ventila en el pleito de que se trata, que no acierto á comprender cómo el Juzgado, que ha hecho, á no dudarlo, un estudio detenido y hasta nimiamente escrupuloso de los autos, ha podido ver en ellos dificultades y complicaciones imaginarias, que han ofuscado su juicio hasta el extremo de inducirle á los errores que consignó en su fallo. Nada mas léjos de mi ánimo que imputarlos á falta de rectitud: hombres son los encargados de administrar justicia, y errar es propia condicion del hombre, aun inspirado por el deseo mas vivo del acierto. Prescindo, pues, de propósito del análisis de aquel fallo; paréceme inútil el empeño de sostener, á fuerza de reparos, un edificio que flaquea por sus cimientos, y tengo por más rápido y seguro construirle de nueva planta, siquiera sea por hacer patente la facilidad y la solidez con que se edifica cuando se cimienta bien.

Es indudable que la concesion de la marisma de Mus-

lera, otorgada por el Gobierno á D. Bernardo Llanos en Mayo de 1873, para el caso de que los tribunales ordinarios la declarasen de dominio público ó de uso comunal, si á ellos acudia el concesionario, subrogó á éste en el lugar y derechos del Estado. Sobre este punto no ha habido, ni podia haber, en la discusion del pleito duda ni oposicion de ningun género, y así lo han reconocido y confesado D. Antonio Cabanilles y el mismo Juez de Villaviciosa, que consigna y reconoce en el tercer considerando de su fallo que, «por virtud de la expresada concesion, se trasmitió al Sr. Llanos la facultad de ventilar ante los Tribunales el derecho que pudiera corresponder al Estado en el predio litigioso, si bien con la obligacion, que el Estado mismo tendria, de acreditar el justo título por el cual le perteneciera.» Y yo digo que no hay nada mas cierto. La subrogacion no es mas que la accion de sustituir ó poner una cosa en el lugar de otra cosa, ó una persona en lugar de otra persona; en el primer caso la subrogacion es *real*; en el segundo, que es el de los autos, la subrogacion es *personal*, y la persona que se subroga toma las veces de la subrogada y carga con todas sus obligaciones, á la vez que adquiere todos sus derechos.

Quiere esto decir que, para el efecto de reivindicar el dominio de la marisma de Muslera, D. Bernardo Llanos es la personificacion real y legal del Estado; no ha tenido éste un solo derecho que aquel no tenga; no puede tampoco prescindir de probar todo, absolutamente todo lo que hubiera tenido que probar el Estado mismo si, por medio de su representacion legítima, hubiera reclamado directamente, ante los Tribunales de Justicia, la propiedad y la entrega de la finca de que se trata; pero nunca tendria obligacion el concesionario de suministrar mas pruebas que las que el Estado hubiera debido practicar con igual fin, en Mayo de 1873, fecha de la concesion, de la cual arrancan sus derechos y sus obligaciones se derivan.

Ahora bien: supóngase por un momento que la concesion otorgada al Sr. Llanos no ha existido, y que el Estado conserva la integridad de sus derechos sobre la marisma mencionada. Supuesta tal hipótesis, yo pregunto: ¿qué hubiera tenido que probar el Estado si él, y no un conce-

sionario, hubiera interpuesto la demanda ante el Juzgado de Villaviciosa? Muy sencillo; el Estado hubiera dicho al Tribunal: desde 1866, rige, en punto al dominio y aprovechamiento de las aguas del mar y de sus playas, la ley de 3 de Agosto de aquel año. A tenor de su artículo primero son del dominio nacional y uso público las playas, entendiéndose por playa el espacio que alternativamente cubren y descubren las aguas en el movimiento de la marea, y formando su límite interior ó terrestre la línea hasta donde llegan las mas altas mareas vivas y equinocciales, ó la línea adonde llegan las aguas en las tormentas ó temporales ordinarios, en aquellos puntos donde no fueren sensibles las mareas. Es así que al tiempo de la promulgacion de aquella ley y hasta el año 1870, en que D. Antonio Cabanilles llevó á cabo el actual cerramiento de la marisma de Muslera, las aguas del mar cubrian y descubrian en el movimiento de la marea dicha finca; luego esta es playa, pertenece al dominio nacional y uso público, y debe serme entregada. Esto es todo lo que el Estado hubiera tenido que alegar y probar, y lo que, en representacion y subrogacion de sus obligaciones y derechos, alegó y probó el concesionario. Demostrado como lo ha sido el hecho de que las aguas del mar, hasta el año de 1870, cubrian y descubrian alternativamente en el movimiento de la marea, la marisma de Muslera; reconocido ese hecho por el demandado mismo y estimado por el Juez como probado (2.º considerando de la sentencia) no hay en derecho términos hábiles para escluir la demanda como no probada.

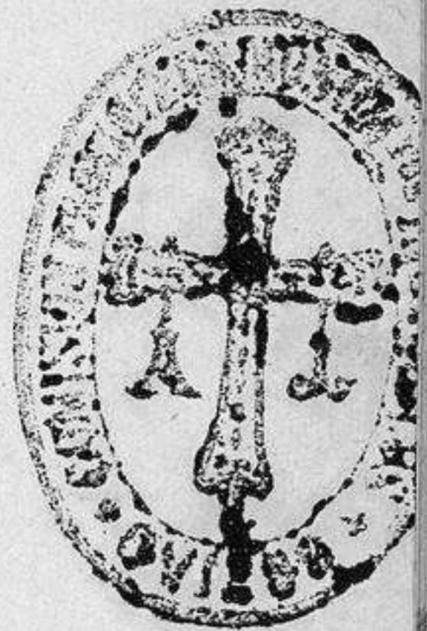
Pero D. Antonio Cabanilles diria al Estado, segun lo dijo al concesionario: no, las disposiciones de la ley de 3 de agosto de 1866, que respetó todos los derechos adquiridos con anterioridad á su publicacion, no pueden dañarme; la regla general que aquella ley consigna tiene una escepcion que comprende todas las marismas que en aquella fecha fueren de propiedad privada, como la de Muslera, adquirida muchos años antes, por virtud de justos títulos, por los antecesores y causantes de mi esposa. Ciertó, replicaria el Estado; pero de la propia suerte que yo he probado mi demanda, prueba tú la escepcion con que pretendes escluir la; demuestra, prescindiendo ya de

la ley de 3 de Agosto, el hecho que afirmas, con arreglo á la doctrina legal confirmada por la Jurisprudencia de los Tribunales que te obliga á ello, y segun la máxima de derecho que declara que en las escepciones el reo es considerado como actor. Mientras no lo demuestres cumplidamente; en tanto que no acredites el hecho concreto de que á la publicacion de la ley de aguas de 1866, la finca de que se trata te perteneciera por algun título incontestablemente legítimo, la regla general subsiste eficaz y viva, la escepcion de la ley no te aprovecha, y la marisma de Muslera es mia y puedo otorgar su concesion cuando me plazca.

Y el Estado á su vez escluiria la escepcion propuesta por el demandado, sin mas que invocar el testo terminante de las leyes 3.^a y 4.^a, tít. 28 de la Partida 3.^a, título que trata del señorío en las cosas. La primera de las dos citadas leyes enumera las cosas que comunalmente pertenecen á todas las criaturas, entre las cuales comprende *el mar é su ribera*; declara la segunda, «que todo aquel lugar es llamado ribera de la mar, cuanto se cubre del agua della, cuanto mas crece en todo el año, quier en tiempo del invierno ó del verano.» Quiere esto decir que segun la legislacion que, en punto al dominio y aprovechamiento de las aguas del mar y sus riberas, rigió en España hasta la publicacion de la ley de 3 de Agosto de 1866, que es en la actualidad la vigente, unas y otras eran tambien del dominio público y uso comunal; que se entendia por ribera todo el espacio bañado por las aguas, *cuando mas crecian en el año*, esto es, ora fuese en las mareas ordinarias, ora en las llamadas vivas, bien en el plenilunio de Marzo, ó bien en el equinoccio de Otoño; y, por último, que perteneciendo las riberas del mar comunamente á todas las criaturas, no eran capaces legalmente de propiedad particular ó esclusiva, que es lo mismo, ni podian adquirirse por prescripcion, ni entrar, por tanto, en el comercio de los hombres, mientras no hiciera esto posible un acto de la representacion legítima del Estado, es decir, del Rey ó del Gobierno respectivamente, segun que fuera antes ó despues de la época constitucional, acto por cuya virtud viniera á modificarse esencialmente la naturaleza jurídica de la cosa.

Solo, pues, en un caso podria prosperar la escepcion propuesta por el demandado; claro es que me refiero al en que hubiere probado haber obtenido la propiedad de la marisma de Muslera, él, su señora esposa, ó los causantes de uno de ellos, por una concesion del Rey ó del Gobierno, segun la época de su otorgamiento. Cualquiera otro título es ineficaz para privar al Estado, ó á quien para este efecto tenga su representacion y derecho, del que incontestablemente le corresponde sobre el predio litigioso. Cubierto éste y descubierto alternativamente por las aguas del mar en las épocas de mareas vivas, ha sido y es de dominio nacional y uso público, y lo mismo á tenor de la legislacion de las Partidas, que con arreglo á la vigente ley de 3 de Agosto de 1866, no ha podido dejar de serlo, ni pasar por la prescripcion, ni por otro título civil, al poder y dominio privado de ningun hombre, sino solo por virtud de una concesion de quien tuviere la representacion legítima del Estado al otorgarla. Y digo más: lo propio sucederia, aun cuando las aguas del mar no cubrieran en las expresadas épocas la marisma de que se trata, y la inundáran solo una vez al año, en el plenilunio de Marzo ó en el equinoccio de Otoño. A ningun Tribunal es lícito sustituir al texto de la ley su comentario, por autorizado que el comentarista sea: el texto terminante de D. Alfonso el Sabio es ley del Reino, que á todos, y más que á nadie á los Tribunales, toca obedecer; su comentario es una opinion particular de Gregorio Lopez, que no ha tenido nunca fuerza de ley; que bien al contrario, pugna abiertamente con el texto comentado, y que es además contraria á la opinion unánime de todos los individuos, no pocos muy ilustres, que constituyeron la Comision que redactó la ley de aguas de 1866, Comision que me cupo la inmerecida honra de presidir. Ni uno solo de sus miembros entendió hacer otra cosa, al redactar, tal como en la Ley aparece, el artículo 1.º, que conservar fielmente la misma legislacion de las Partidas en la materia.

Y como D. Antonio Cabanilles no ha probado ni alegado siquiera que su señora esposa ó los causantes de ésta hayan obtenido en ningun tiempo la concesion, por parte del Estado, de la marisma de Muslera; como los



títulos que exhibe en abono de sus pretensiones, sobre ser en sí ineficaces para adquirir el dominio privado y exclusivo de una finca del dominio público y uso comunal de todos los hombres, adolecen, en cuanto á su tenor y á los requisitos con que han venido á los autos, de graves é insubsanables vicios, no ya el Estado, ni D. Bernardo Llanos á quien aquél otorgó legalmente la concesion de la espresada marisma, sino cualquier español hubiera podido demandarle con personalidad bastante, para el efecto de pedir que se le condenára á dejar á disposicion del Estado una finca que á todos pertenece en cuanto al uso; porque á todo derecho de carácter nacional y público corresponde el ejercicio de una accion pública para hacerle efectivo en juicio.

En rigor mi tarea, como letrado consultor en este asunto, termina aquí. Al abogado del Sr. Llanos toca la mision, ya satisfactoriamente cumplida en el escrito de alegacion de agravios, de analizar con detenimiento la sentencia de primera instancia, señalando sus errores, con vista de las pruebas y alegaciones de las partes. Parece-me tal, sin embargo, aquella sentencia, que siquiera sea sin desmenuzarla, he de sentar antes de terminar una última observacion, y he de demostrarla. Héla aquí: entiendo que aún cuando se prescindiera de las razones que preceden, que me parecen decisivas y capitales, el fallo del inferior no debe prevalecer, porque todo él se funda en conjeturas, errores y supuestos, ineficaces en derecho para motivar una sentencia.

El error capital del fallo del inferior consiste en no haber sabido hacer recta aplicacion, al caso de autos, de la doctrina que impone á cada una de las partes la obligacion de probar sus respectivas afirmaciones. La de don Bernardo Llanos consiste en sostener y probar, como lo probó, que, á la publicacion de la ley de 3 de Agosto, la marisma de Muslera estaba bañada por las aguas del mar; enfrente de esta afirmacion, D. Antonio Cabanilles sostiene, y debia haber probado, esta otra: que en aquella fecha el predio referido era de su dominio particular. El Juzgado entiende y declara en su sentencia, que la parte demandada ha suministrado con arreglo á derecho aquella prueba, y nada es menos exacto.

¿Qué título de dominio sobre la finca litigiosa ha invocado y traído á los autos el demandado? ¿Dónde está el origen de su pretendida propiedad? ¿En la escritura de 1621? Esto es lo que el Sr. Cabanilles afirma y lo que el Juzgado declara; pues bien, aun cuando la marisma de Muslera hubiera podido ser objeto de un contrato de compra-venta, y ya he demostrado que no es así, aquella escritura, lejos de tener en sí eficacia bastante para demostrar la escepcion opuesta á la demanda, prueba palmariamente la improcedencia de la escepcion por varias causas. Primeramente es elemental en materia de compra-ventas, que su validez requiere, aparte de otras formalidades, la designacion cierta y precisa de la cosa vendida, con su nombre ó denominacion, cabida, situacion y linderos cuando es inmueble, y la del precio cierto en que se vende. De otro modo no hay contrato; si el objeto, si la materia del contrato es la cosa vendida, claro es que hay que saber fijamente cuál es ésta; es de simple buen sentido que su designacion no se suple con presunciones. Ahora bien: ¿dice aquel contrato que una de las cosas vendidas por cien ducados fuera la marisma, Junquera ó Porreo de Muslera? ¿No? Pues no hay ficcion legal posible para suponerla objeto de aquella estipulacion. El Juzgado mismo no afirma que el predio de que se trata esté designado y comprendido entre las cosas vendidas; no se atreve á tanto; lo que hace es suponer que su determinacion es confusa y poco precisa, y esto no es exacto. No se determina allí tal cosa ni confusa ni claramente, cuando se enumeran otras insignificantes con toda precision; y la opinion particular del Juez *de que pueda suponerse con alguna razon* que la marisma de Muslera se comprendió en aquella venta, *bajo el cercado* que se refiere á las citadas en la escritura, sobre ser una opinion que nada justifica y que pugna abiertamente con la lógica y con el derecho constituido, nunca podria elevarse á la categoría de prueba cumplida y acabada, capaz de motivar un fallo. De otra suerte estarían demás los medios probatorios que la ley autoriza y detalla, y habrian de ser sustituidos por el criterio particular, falible muchas veces, de los encargados de administrar justicia.

Por otra parte, no consta la autenticidad de la escritura de 1621, redargüida de falsa en juicio; no basta que la firma del escribano que la autoriza se haya cotejado pericialmente con la que aparece en otra del año 1600; porque, prescindiendo de que en esta faltaba el requisito esencialísimo del signo de Pedro Hévia, y no ha podido, por tanto, ser con él cotejado el que aparece en aquella, su autenticidad solo se hubiera comprobado por su exacta conformidad con la escritura matriz. Aparece también una gravísima contradicción entre aquel instrumento público y otro del año 1622, que se cita en la ejecutoria de 1819; y todas y cada una de estas causas, son bastantes, cuando precisamente se funda y se deriva de aquel título la escepcion alegada por D. Antonio Cabanilles, para que la escepcion hubiese sido desestimada.

Y que en la escritura de compra-venta que voy examinando no se comprendió la finca litigiosa, lo comprueban muchos hechos posteriores. Desde 1621 á 1819, para nada se menciona aquella, á pesar de su importancia, en ninguna de las particiones de antecesores de doña Maria de la Concepcion, que se han compulsado en los autos; y es óbvio y natural suponer, ó mejor aun afirmar, que si no se comprendió en ninguna, seria, á no dudarlo, porque la marisma en cuestion no formó nunca parte del patrimonio de aquella familia. En 1819 es cuando por vez primera aparece incluida entre sus bienes, por virtud de una ejecutoria, dictada en un pleito que se instó tres años ántes, y en 1820 cuando entró á poseerla. ¿Pero es verdad que la haya poseido desde entonces, con todos los requisitos de derecho y que, por tanto, pueda haberla ganado por prescripcion? Ciertamente nó: prescindiendo ahora de que las cosas públicas no son capaces de prescripcion, de los antecedentes que tengo á la vista resulta que tal posesion no ha existido, al menos quieta, pacífica y exclusiva, porque los actos del Ayuntamiento de Villaviciosa, que ha venido disputándole constantemente á la familia de Peon la propiedad de la finca y el libre aprovechamiento de ella por parte de los vecinos de varios pueblos, estremos ambos probados en el pleito, son actos que han interrumpido constantemente aquella posesion. Merece citarse entre otros antecedentes el de la construccion de la

carretera á Colunga, porque evidencia que no solo no poseia el demandado el simple aprovechamiento de la marisma, sino que consintió en que se le privara de una parte de ella, sin prévia indemnizacion, y sin que, hasta la fecha, la haya reclamado, á pesar de habersele reservado ese derecho.

En cuanto á las particiones á que antes aludí, y por lo que toca tambien á las ejecutorias de 1819, la del pleito de jactancia, la que recayó en el contencioso-administrativo y la que se dictó en el interdicto, lo mismo que respecto de los contratos de arrendamiento, documentos todos invocados en su defensa por el Sr. Cabanilles, tengo que decir únicamente dos palabras; que son perfectamente ineficaces para el efecto de mermar en lo mas mínimo el derecho del Estado ni, por consiguiente, el del concesionario que hoy le representa, porque es máxima legal, sancionada por constante jurisprudencia de los Tribunales, que ni los contratos ni las ejecutorias obligan ni perjudican mas que á aquellos que contrataron ó litigaron y á sus herederos ó legítimos representantes.

Puntos son todos estos, y algunos otros que omito, de los que la sentencia de primera instancia se hace cargo, que me darian materia para largas consideraciones de importancia suma, si hubiera de analizar detenidamente las pruebas articuladas en los autos. Pero, repito que no es esta la mision que me incumbe llenar en el presente dictámen, y menos habiéndola ya llenado cumplidamente mi digno compañero en el escrito de alegacion de agravios. Me he limitado, pues, á examinar á grandes rasgos los que me parecen mas capitales, y termino diciendo, en resúmen, que, á lo que yo entiendo, el consultante es, por virtud de la concesion del Gobierno, la personificacion legal del Estado y que asume todos los derechos de éste, relativamente al predio de que se trata; que demostrado el hecho de que las aguas del mar cubrian y descubrian alternativamente la marisma de Muslera, á la publicacion de la ley de 3 de Agosto de 1866, la demanda interpuesta por D. Bernardo Llanos está probada y debe, por tanto, prosperar; que la escepcion alegada para excluirla por D. Antonio Cabanilles ha debido probarse para ser estimada, y no se ha probado, porque con arreglo á la le-

gislacion de Partida, la finca litigiosa era, lo mismo que á tenor de la vigente, del dominio nacional y uso público, y no podia perder ese carácter y entrar en la propiedad privada de ningun hombre, sino por virtud de una concesion del legítimo representante del Estado, concesion que ni doña Maria de la Concepcion Peon, ni sus antecesores y causantes, han obtenido nunca; que siendo esto así, la marisma en cuestion no dejó de pertenecer al Estado hasta Mayo de 1873, en cuya fecha otorgó al señor Llanos su concesion, esplicando el dominio nacional en que hasta entonces estuvo, las encontradas pretensiones de la familia Peon, del municipio de Villaviciosa y de los pueblos, todos los cuales aspiraban á apropiarse una finca que el Estado, su dueño, tenia abandonada como del uso comunal de todos. Y entiendo, por fin, que la sentencia del Juzgado, improcedente ya por las anteriores consideraciones, no debe tampoco prevalecer, aunque de ellas se prescindida, porque á ningun tribunal es lícito fallar sin pruebas cumplidas y acabadas, y por la sola virtud de simples conjeturas y de opiniones personales, erróneas en muchos puntos.

Tal es mi dictámen. Madrid veintinueve de Enero de mil ochocientos setenta y seis.

LICDO. MANUEL ALONSO MARTINEZ.

CONSULTA.

Consultado por el Sr. D. Bernardo Llanos sobre el derecho que como concesionario de las marismas de la ria de Villaviciosa pueda tener contra D. Antonio Cabanilles, que ha cerrado, con la pretension de ser su propietario, parte de aquellas marismas; así como sobre el valor y fundamento de la sentencia dictada por el Juez de primera instancia de Villaviciosa en 18 de Febrero de 1875, en el pleito que dicho Sr. Llanos viene sosteniendo con el referido Sr. Cabanilles, para obtener de éste que le entregue las marismas cerradas (á juicio del primero sin razon ni derecho); despues de haber examinado detenidamente la demanda formulada por el Ldo. D. Indalecio Corujedo y los notabilísimos escritos que la siguen, principalmente el alegato de bien probado, lo mismo que todos y cada uno de los escritos de la parte contraria; estudiado el asunto sobre el plano detallado de las indicadas marismas, y vista y discutida la sentencia del Juzgado de primera instancia de Villaviciosa, cuya apelacion se intenta sostener ante la Audiencia de Oviedo; creo poder evacuar la consulta en favor de la persona que se ha dignado solicitar mi humilde juicio, afirmando que el derecho del Sr. Llanos es tan cierto y positivo, como insostenible el fallo del Juzgado de primera instancia, por las razones siguientes:

I.

La primera cuestion, la cuestion verdaderamente capital que en este litigio se presenta, es la de la capacidad de la cosa, objeto del pleito, de ser apropiada.

La Ley de aguas hoy (artículo 1.º) y antes de ella la de Partidas (Ley 3, título 24, Partida 8.ª) sancionan expresamente la doctrina de que las playas ó riberas del mar son de dominio público y que solo pueden pasar al privado mediante concesion expresa del poder soberano.

Ahora bien; en los autos no se ha intentado siquiera la prueba de que D. Antonio Cabanilles ó sus antecesores hubiesen adquirido las marismas disputadas, del Rey ó autoridad competente ó por ministerio de la Ley que sobre este caso hubiese algo resuelto. Lo único que aparece es (suponiendo que este dato tenga toda la fuerza apetecible en el proceso) una escritura de Junio de 1621, en la que consta que D. Gonzalo Peon habia comprado á don Alonso Jove las fincas ahora disputadas. El derecho con que este último las poseía ni se menciona de pasada.

En cuanto á que la finca de Muslera tiene el carácter de *ribera* del mar, despréndese claramente de los escritos del demandado y de las deposiciones de todos los testigos de una y otra parte, interrogados al efecto.

Muchos de estos afirman que los terrenos de Muslera antes de 1870 eran cubiertos y descubiertos alternativamente por las mareas; el mayor número consigna que por las mareas vivas; todo lo cual se establece en el Considerando primero de la sentencia de primera instancia. Además, el demandado en su escrito de contestacion (fólio 51) precisando los puntos de hecho, términos indispensables del proceso, en la dúplica y en el alegato de bien probado, reconoce que en efecto, antes del cierre «las aguas, en mareas *vivas especialmente* (no niega que tambien en mareas muertas), cubrian y descubrian los terrenos que constituyen el Porreo de Muslera.»

No se comprende, por tanto, el Considerando quinto de la sentencia en que, sobre un comentario (citado además incompletamente) de Gregorio Lopez, se niega el carácter de marisma al terreno indicado. Parte este error, sin duda, de confundir las mareas vivas, que se dan dos veces al mes (en períodos de siete dias alternados con otros períodos análogos de mareas muertas) en todas las playas, con las mareas mayores ó mareas equinocciales propias del plenilunio de Marzo y del equinoccio de otoño, á las cuales se refiere exclusivamente el comentarista como á hecho «ir-

regular de los mares occidentales que en tales circunstancias cubren prados y costas,» fuera verdaderamente del carácter de riberas. Nadie, absolutamente nadie, ni en el lenguaje científico ni en el vulgar llama á estas mareas excepcionales *mareas vivas*; y en el sentido en que esta última frase es tomada en las declaraciones de los testigos, se patentiza con el texto terminante y espreso de las deposiciones aludidas en un todo conformes á lo que la ciencia y la costumbre tienen establecido.

De otro carácter menos extraño, pero no mas admisible y valedero, es lo que se consigna en el Considerando diez de la sentencia, último de los tres considerandos que exclusivamente se refieren á la cuestion que aquí se examina. Del hecho de que el cierre del año 70 «impide la subida de la marea,» y del supuesto (*probable*, dice el Considerando) de la existencia anterior de otro cierre, cuyos vestigios se han descubierto, infiere el juzgador que «este antiguo cierre debió impedir tambien la subida de las aguas.»

En buena lógica esta inferencia podia ser discutida, porque para que el efecto fuese el mismo era de toda necesidad que los cierres fuesen en condiciones de forma, estension y destino completamente idénticos, cosa que no se prueba en los autos ni se establece en la sentencia.

Por otra parte, ignorándose totalmente el autor y la fecha del cierre antiguo, la aplicacion al caso presente de las suposiciones que sobre este descansan, no es tan sencilla ni tan clara como el Considerando décimo presume, al llegar al punto de dar por *cierto* que el terreno en cuestion fué cercado *antes de 1622* y su propiedad transmitida, merced á la escritura de aquella fecha, por Alonso Ramirez de Jove á D. Gonzalo Peon. No cabe afirmacion mas gratuita, puesto que ninguna, absolutamente ninguna prueba se ha presentado sobre este interesantísimo particular: antes por el contrario, en el Considerando doce se establece «que no se ha podido probar ni por una ni por otra parte si un particular ó los pueblos practicaron el cierre.»

Pero despues de todo, aun admitiendo el singular razonamiento del Considerando diez, en nada favoreceria la causa de D. Antonio Cabanilles, porque la mera existencia del cierre no implica ni necesaria ni naturalmente, la

autorizacion de rigor, imprescindible, inescusable de la autoridad competente, del Soberano en una palabra, para que se efectuase el cerramiento, que habia de impedir que las mareas vivas de la ria de Villaviciosa cubriesen aquellos terrenos, conforme á las leyes físicas y segun ha sucedido despues de la ruina del cierre viejo y hasta que el nuevo ha vuelto á perturbar el movimiento natural y el alcance acostumbrado de las aguas. Y si esa autorizacion no se exhibe «ni se prueba,» no sé por dónde puede afirmar el Considerando diez que «no se presenta obstáculo alguno para creer con razon que el Porreo de Muslera *antes fuera legítimamente apropiado;*» fórmula además impropia de un Juzgado, incapacitado moral y legalmente para juzgar por sospechas, cálculos, ocurrencias y probabilidades.

Por estas razones estimo que el carácter de cosa pública de la marisma de Muslera está demostrado; y por tanto la incapacidad de la cosa para ser apropiada, fuera de condiciones que no han llenado el actual poseedor don Antonio Cabanilles ó sus causantes.

II.

Despues de esta, se plantea otra cuestion. Suponiendo que la incapacidad aludida no existiese, ¿D. Antonio Cabanilles es verdaderamente dueño del Porreo de Muslera?

El Sr. Cabanilles funda su derecho en un título de compra-venta acreditado por la escritura de 13 de Junio de 1621, y las demás pruebas «documental, de inspeccion pericial y de testigos,» segun el Considerando 18.º Mas sobre este documento hay que hacer varias observaciones.

En primer término, que retargüido de falso civilmente por el Sr. Llanos y siendo imposible su cotejo con el original (para los efectos del artículo 281 de la Ley de Enjuiciamiento civil), la sentencia para darle fuerza ha invocado el apoyo de algunos fallos del Tribunal Supremo de Justicia, alegando en el Considerando 18.º que cuando no se falla solo por el documento que sin citacion se adjujo al proceso y luego no pudo ser cotejado, sino que se

aprecia su certeza segun los demás medios probatorios y éstos sirven á la vez de fundamento esencial del fallo, «la omision del cotejo no causa la menor trascendencia.»

La inoportunidad de esta doctrina se evidencia reparando que la existencia del título de compra-venta en lo que se refiere á la marisma ó junquera, ó Porreo de Muslera, que se supone que la escritura en cuestion afirma, no es objeto directo ni indirecto de ninguna de las pruebas intentadas y practicadas en el curso del pleito, fuera de un documento que precisamente niega en absoluto la escritura de 1621. Este documento es la ejecutoria que recayó en el pleito de particion y liquidacion de vínculos de la familia Peon, ejecutoria dictada en 1816 y en la que por vez primera en la historia de la propiedad de la citada casa aparece «lo que le corresponde en la Junquera de Muslera» comprado por D. Gonzalo Peon á D. Alonso Ramirez Jove ante el Escribano Felipe Sanchez Pintueles, en 6 de Febrero de 1622. Antes de aquella fecha (1816) y fuera de este documento, no se habla lo mas mínimo de la Junquera, Porreo ó marisma de Muslera. Despues de 1816 sí consta en varios documentos traídos al proceso, la Junquera aludida (sobre todo el acta de toma-posesion de 1819 y el arrendamiento de 1827); pero en ninguno se hace referencia al hecho de la compra realizada por don Gonzalo á Ramirez Jove.

Por lo que hace á las demás pruebas es innecesario decir que nada tienen que ver con la cuestion precisa del *origen y título* del supuesto derecho de propiedad del señor Cabanilles sobre el Porreo de Muslera.

De modo que no es exacto que por *otros medios probatorios*, fuera del *texto* de la escritura de 1621, se haya podido afirmar la *certeza* de la escritura aludida, no siendo, por tanto, aplicable al caso la doctrina de los fallos del Tribunal Supremo citados en el Considerando 18.º Los *demás medios probatorios* habrán podido demostrar (pura hipótesis) la posesion, hasta la propiedad si se quiere de la Junquera ó Porreo por la familia Peon; pero el hecho de su compra á Jove y el *título* de compra-venta que alega el Sr. Cabanilles al presentar la escritura de 1621, es punto que no se puede admitir á discusion con esta escritura en la mano, reforzada por aquellos medios de prueba

que nada tienen que ver con el particular que se controvierte.

Este particular tiene relacion estrechísima con otra consideracion, y es la que nace de la circunstancia, verdaderamente estraña, de que la sentencia no solo *supone* (persistiendo el Juzgado en su empeño de resolver por hipótesis y conjeturas, toque característico de la sentencia) que en la escritura de 1621 se hace alusion á la Junquera, sino que las varias pruebas practicadas en demostracion del hecho de poseer la familia Peon la finca disputada, patentizan que ésta es todo el gran terreno de más de cuatrocientos dias de bueyes, que se estiende desde el arroyo Peregrino hasta el Pachon.

A mí juicio aquí tambien se fuerzan bastante las apariencias y las conjeturas dejando á un lado las pruebas. Es un hecho incontestable reconocido por la sentencia misma (aunque atribuyéndolo en su Considerando 11.º á *defecto de la época*, que por cierto no se aprecia ni se patentiza en el acta de toma de posesion ni en la misma escritura de 1621 cuando no se trata de Muslera) la indeterminacion y vaguedad de la escritura de 1621, en lo relativo á los límites de la parte que supone referirse á Muslera, ó mejor dicho, á las proximidades y anejos de las aceñas y molinos derruidos. La vaguedad de la escritura tiene una compensacion en el dato importantísimo de que el precio de la adquisicion de todo lo vendido por Jove es cien ducados; y por muy bajos que los precios estuvieran, resiste la creencia de que cien ducados valieran «las casas, aceñas, hórreo, huerta de naranjos, huerta comun, ero de la taberna, faza de prado regadío y *todo cuanto* llevaré en renta Pedro de Muslera, difunto, cerrado y cercado y además *cuatrocientos dias* de bueyes de Junquera, que dicho sea de paso, no se cita en la escritura á pesar de ser cosa perfectamente distinta de todo lo que precede en la enumeracion de lo vendido.

Esta indeterminacion en los límites y este absoluto silencio respecto del Porreo ó Junquera sigue por espacio de dos siglos hasta 1816 en que con motivo de la particion de tercios y quintos vinculados, se adjudica á D. Pedro Peon Heredia el vínculo de D. Pedro Peon Estrada de 1665, del cual formaba parte «la Junquera de Muslera cerrada

de cárcoba y de estension de 180, 200 á 300 y 150 dias de bueyes» segun el dicho vário y relativamente contradictorio de cada uno de los tres testigos cuya declaracion fué tomada en cuenta y produjo resultado en el fallo.

En cambio antes de esta fecha: 1.º en 29 de Julio de 1621, al tomar D. Gonzalo Peon posesion de lo comprado á Jove, se consigna que aquél la toma de «la casa, hórreo y huerta, y las otras murallas descubiertas, pegado con ella, con otros pedazos de tierra que están en Muslera y los molinos y aceñas deshechas que están sobre el mar, *junto á dicha casa:*» 2.º en 15 de Julio de 1641 en la particion de los bienes relictos de D. Gonzalo Peon, se adjudica á uno de los hijos de éste «la casa de Muslera, hórreo, huerta....» y «las aceñas con sus molares y lo que les pertenece» (absolutamente nada más) estimado todó en doscientos ducados, y 3.º en una nueva particion de 1668, se atribuyen al nieto de D. Gonzalo «la casa, hórreo, huerta de Muslera y *las aceñas con lo que les pertenece*» (nada más) tasado en cinco mil reales.

En estos documentos que obran en autos y que se consignan en los Resultandos de la sentencia no tan solo no se hace la menor referencia al Porreo, sino que, en los más explícitos se usa la frase «las aceñas y lo que les pertenece,» (frase que afirma una relacion mayor que la de aproximacion ó mera continuidad) y se prescinde de límites y se sostiene el dato del precio que varía de doscientos ducados á cinco mil reales, *todo*.

La primera vez que se habla del Porreo ó Junquera en su totalidad y limitado por el Pachon, la ría y la heredad de Bosedo, sin precision alguna de su cabida, es en la toma de posesion de los bienes adjudicados á D. Pedro Peon Heredia en virtud de auto de 7 de Setiembre de 1819: acto realizado á instancia del interesado en 30 de Junio de 1820, *sin anuencia de persona estraña* y conforme á un «Memorial de bienes» que no podia ser otro que el aludido en la adjudicacion ó auto de 20 de Noviembre de 1818, en que constan las declaraciones de los tres testigos, que nada hablan del límite del Pachon y sí de la cabida de la Junquera y cuyas declaraciones son las que sirven para que la Junquera se estime como inclusa en el vínculo que se adjudica al coronel D. Pedro Peon Heredia.

Pero sucede que tan luego como éste se decide á hacer uso de sus derechos de dueño respecto del Porreo hasta entonces abandonado al aprovechamiento comunal, en mayor ó menor grado, segun el demandado mismo reconoce, si bien atribuyéndolo á mera condescendencia del señor; así que D. Pedro Peon se determina á escluir del goce de la Junquera á los vecinos de Tornon mediante el arrendamiento que por seis años hace de ella á Gabriel Barredo en 28 de Enero de 1827, sucede, repito, que se fija la cabida del Porreo de Muslera y se vuelve á hablar de «las aceñas y un controzo de junquera que antes estaba cerrado de cárcoba y hoy se halla en abertal, cabida de 120 dias de bueyes poco más ó menos; linda de una cabecera con la misma casa (la de Muslera) y *de las demás partes la circunda ó rodea la ria.*» De suerte que aquí ya no se habla de las heredades de Bocedo y mucho ménos del límite del Pachon. La ria rodea toda la finca menos la cabecera donde está la casa; y la cabida son 120 dias de bueyes poco más ó ménos.

Y así las cosas siguen hasta el año 1850 en que tratándose de la construccion del camino de Colunga se opone sin éxito la casa Peon á que pase por terreno del Porreo, y desde entonces puede decirse que ya públicamente aquella casa pretende que le pertenece la finca ahora disputada, si bien esta pretension es constantemente contradicha por los particulares y el Ayuntamiento, dándose en la historia de estas discusiones hechos tan importantes como la sumision del Sr. Cabanilles á la intimacion que le hace el Ayuntamiento de Villaviciosa en 3 de Marzo de 1870, de que se «abstuviese de hacer la obra para cuya construccion habia pedido permiso al Ayuntamiento,» en razon á que «el Porreo de Muslera en que se habia de construir, era de la propiedad de la Corporacion Municipal.»

Demás de estos antecedentes hay otros de imposible escusa.

De la descripcion de la finca, hecha por peritos con asistencia del Juez y de los interesados, resulta que hay vestigios de un cerramiento de cárcoba (cuyo destino no se precisa) que partiendo de la casa de Muslera y de las aceñas, separa del resto de la junquera un trozo de 10

hectáreas 31 áreas (esto es, como 100 dias de bueyes) y que despues de estos vestigios, corriendo por todo el perímetro de la actual junquera hasta el Pachon, existen á intervalos estacas que «parecen acusar un cerramiento antiguo por el cual y como punto firme del terreno podria haber paso de á pié para el servicio de la marisma;» sin que los peritos se atrevieran á contestar á la pregunta espresa de «si podia quedar duda de una cárcoba antigua que arrancando de junto á la carretera de Colunga y punto que con el arroyo Peregrino linda, terminase inmediato con los muros del Pachon.» Y es de notar que estas estacas cesan completamente á una altura y en un sitio por donde hasta el cerramiento de 1870 entraba libremente el agua de la ria, formando el canal de Bocedo que llegaba por el lado de la izquierda hasta las mismas aceñas.

Y todavia hay más. De las pruebas articuladas por el demandado resulta que las únicas ocasiones en que parece que éste ha hecho uso de su señorío vedando que se sacase tierra del Porreo sin su autorizacion, las tres (cuando D. José Cuesta Villar estrajo tierra de los muros deruidos en 1870; cuando D. José Prida pidió permiso para hacer esto, y cuando D. Antonio Valdés hace 20 años hizo lo mismo) se ha referido su accion á escavaciones intentadas ó practicadas precisamente en el terreno abrazado por los vestigios de la cárcoba, y cuya cabida es de 10 $\frac{1}{3}$ hectáreas.

Por último consta de las certificaciones traídas al proceso que ni en el catastro formado para repartir la contribucion territorial aparece la marisma de Muslera entre los bienes de la casa Peon (si bien aparece la casa y todo lo demás) ni aparece tampoco en el catastro de 1761 hecho para la reparticion de la contribucion única.

La gravedad y el alcance de estos datos á nadie puede ocultársele; y sin embargo, no han sido parte para que la sentencia haya dejado de establecer no sólo la existencia del título de compra-venta, sino que la escritura de 1621 hace referencia á la junquera de Muslera, y lo que todavia sorprende más, lo que no se esplica de modo alguno, que la junquera á que se refieren la escritura, el título de compra-venta, las particiones y adjudicaciones

de herencia y de vínculos, la toma de posesion y el arrendamiento de 1827, es el vasto espacio de 450 dias de bueyes que se estiende desde la casa de Muslera á los muros del Pachon y nunca los 90 ó 100 contiguos á la aceña y rodeados por la cárcoba que más claramente se vé.

III.

Reflexionando sobre los motivos que la sentencia pueda haber tenido para resolver de tan estraña manera, no se ocurren mas que tres:

PRIMERO. El acta de toma de posesion de 30 de Junio de 1820, acta rectificada en lo relativo á los límites de lo poseido por la escritura de arriendo de 1827 y por el texto mismo del auto de 7 de Setiembre de 1819 que sirvió de antecedente para la posesion solicitada.

SEGUNDO. La existencia de las varias estacas que parecen acusar la de un antiguo cerramiento de toda la finca, cerramiento que por el *mero hecho de ser* junto al cerramiento menor no es una razon para que se afirme, con apariencias de exactitud dialéctica, que aquél es el cerramiento de que se trata, por más que abarque una estension de terreno muchísimo mayor que la de que hablan todos los documentos traídos al debate.

TERCERO. La prueba testifical, á pesar de que sobre el punto concreto de la estension de la finca, nada preciso se haya articulado ni declarado.

Basta la mera enunciacion de los motivos probables de la resolucion de la sentencia, para afirmar su debilidad é ineficacia.

IV.

Lo expuesto justifica, á mi sentir, la idea de que sobre la escritura de 1621 no puede basar su derecho el Sr. Cabanilles. En primer término, el documento no ha podido ser cotejado con su original (supongo que no se estimará suficiente para afirmar la autenticidad de la escritura el cotejo caligráfico que consta en autos): despues, la escritura no habla de la Junquera, Porreo ó marisma de

Muslera; y por último, solo un documento, contradicho por sus antecedentes é inmediatas consecuencias, establece que la junquera poseida por la casa de Peon la víspera del siglo actual es precisamente toda la estension de 450 dias de bueyes que hoy se disputa.

V.

Un solo recurso queda al Sr. Cabanilles para defender su pretendido derecho, y es ampararse de la posesion continuada para adquirir por prescripcion. En realidad á esto parece tender la constante solicitud de la casa Peon, resistiendo siempre la discusion de la propiedad de la finca, utilizando sus recursos que ampara la posesion, motivando actos de toma de posesion y articulando ciertas pruebas que solo á la posesion pueden referirse.

Sin embargo, es notorio que la mera posesion no basta para fundamentar la propiedad: demás que los autos demuestran que el uso mismo de la posesion no ha corrido sin pretesto ni interrupcion, como es de rigor.

VI.

Saliendo fuera de los términos puramente jurídicos, paréceme que el estudio de los autos y el conocimiento de casos análogos en la historia de la propiedad en España, dan fundados motivos para pensar que efectivamente la marisma de Muslera nunca perteneció á la casa de Peon: que en 1816 tuvo lugar una primera intrusion en la marisma que se resguardó con el cierre de cárcoba que abraza las 10 1/3 hectáreas; y que en nuestros mismos dias se ha verificado el ensanche de aquella intrusion al punto de apoderarse de la finca toda.

Madrid 1.º de Febrero de 1876.

LDO. RAFAEL M. DE LABRA.

... y por último, solo un documento, constituido
por un solo texto y sin embargo con un solo
fin, la propiedad, queda por la casa de Pon.
La actual es precisamente toda la extensión de la
de los que hoy se disputa.

... y como queda el Sr. Caballero para entender
el dicho decreto, y en consecuencia de la posesión con-
tinua para entender por propiedad, en virtud de la
posesión, la extensión actual de la casa de Pon.
La extensión actual de la casa de Pon, la extensión de la
de los que hoy se disputa, y en consecuencia de la
posesión, la extensión actual de la casa de Pon.
La extensión actual de la casa de Pon, la extensión de la
de los que hoy se disputa, y en consecuencia de la
posesión, la extensión actual de la casa de Pon.

... y como queda el Sr. Caballero para entender
el dicho decreto, y en consecuencia de la posesión con-
tinua para entender por propiedad, en virtud de la
posesión, la extensión actual de la casa de Pon.
La extensión actual de la casa de Pon, la extensión de la
de los que hoy se disputa, y en consecuencia de la
posesión, la extensión actual de la casa de Pon.
La extensión actual de la casa de Pon, la extensión de la
de los que hoy se disputa, y en consecuencia de la
posesión, la extensión actual de la casa de Pon.

L. O. CARABALLO DE LABRA.

LIBRARY

STONOR OCH WISE

