

Capítulo quinto

Naturaleza Jurídica

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

El problema relativo a la naturaleza jurídica de los aprovechamientos en común de pastos y leñas es sumamente discutido por los autores que del tema se han ocupado. Se adoptan posturas diametralmente opuestas, y esta discrepancia doctrinal, a la que no es ajena nuestro Tribunal Supremo, está plenamente justificada por la índole, un tanto confusa, de esta institución y, de otra parte, porque los artículos 600 al 604 del Código Civil se pronuncian de forma poco diáfana al referirse a estos aprovechamientos.

Como punto de partida inicial hemos de afirmar que nos ocupamos de la naturaleza jurídica de los aprovechamientos en sí y no de la naturaleza jurídica de los bienes sobre que recaen los citados aprovechamientos, sin perjuicio de que tengamos también en cuenta el carácter de los bienes para matizar con precisión la naturaleza jurídica de los aprovechamientos.

La casi totalidad de los autores, al plantearse este problema, se refieren, como alternativa, a las figuras de la «comunidad» y de la «servidumbre», ya como figuras coexistentes, ya como figuras contrapuestas. Evidentemente, la propia partida inicial de aprovechamiento en común nos lleva a la afirmación de que la figura de la «comunidad» nunca estará ausente. Pero esto no significa que, sin más, podamos afirmar que los aprovechamientos en común constituyan siempre una comunidad en sentido estricto. El que los aprovechamientos se realicen en forma conjunta no excluye la posibilidad de que existan auténticas «servidumbres» o, tal vez, otras figuras distintas, aunque, eso sí, estarán ejercitadas comunitariamente.

De otra parte, hemos de reconocer la extraordinaria dificultad que encierran afirmaciones apriorísticas y generalizadas en el tema. Frente a supuestos en que tales afirmaciones, en uno u otro sentido, son posibles, hay supuestos fácticos en los que sólo

un análisis pormenorizado de la situación puede inclinarnos a poder catalogar su propia configuración jurídica. El origen del aprovechamiento será elemento valiosísimo para encuadrarlo en una figura determinada o en otra u otras distintas; pero con frecuencia, el origen del aprovechamiento se desconoce, y la dificultad en múltiples ocasiones se hace, en principio, insuperable.

Partiendo de que las variedades de aprovechamientos en común de pastos y leñas son ilimitadas, con fines exclusivamente esclarecedores, podemos distinguir dos grandes apartados, que se corresponden con la titularidad dominical, de los bienes sobre los que los aprovechamientos se ejercitan: a) de los particulares, y b) de los ente públicos.

a) Cuando los aprovechamientos en común de pastos y leñas inciden sobre terrenos de propiedad de los particulares, pueden obedecer a dos situaciones diferentes, según que se hayan establecido por voluntad o al margen de la voluntad de los dueños de las fincas.

Si el aprovechamiento ha surgido como consecuencia de un acto voluntario del dueño de la finca o fincas sobre las que aquel recae, será dicha voluntad el factor determinante para precisar la naturaleza del aprovechamiento. Si, por el contrario, el aprovechamiento comunitario «se impone» a los propietarios de los fundos, no será la voluntad la que pueda valernos para la configuración jurídica del aprovechamiento, porque tal voluntad no existe; habrá que acudir a su origen, y cuando éste es desconocido, a la forma en que el aprovechamiento se ejercita.

b) Tampoco es fácil determinar cuál sea la naturaleza de los aprovechamientos en común de pastos y leñas si se ejercitan en terrenos pertenecientes a entes públicos o a núcleos de población sin personificación alguna.

Después de estas consideraciones previas, que tendremos en cuenta a lo largo del presente capítulo, vamos a proceder al análisis de las principales posturas doctrinales y jurisprudenciales que se han mantenido en ciertas hipótesis de aprovechamientos colectivos de pastos y leñas, limitando nuestro análisis a las que tienen mayor aceptación, y que en síntesis son las siguientes: usufructo, enfiteusis, superficie, comunidad y servidumbre.

A) Usufructo

La figura jurídica del usufructo, definida en el artículo 467 del Código Civil como el derecho de disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen otra cosa (394), nos plantea la posibilidad de que los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas adopten tal configuración.

Por de pronto, estarán excluidas de tal posibilidad aquellas hipótesis en las que la ajenidad de los fundos no exista en relación con los titulares de los disfrutes. Cuando varios propietarios ponen en disfrute común y recíproco los pastos y leñas de sus fincas, no cabe hablar de usufructo. En éste, es esencial que las fincas sobre las que recae el usufructo sean ajenas, en cuanto a su titularidad dominical, a los que ostentan la cualidad de usufructuarios.

Cuando los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas surgen por voluntad del propietario de las fincas sobre las que inciden en favor de personas a quienes no pertenece la titularidad dominical de tales fincas, no vemos obstáculo alguno para que puedan revestir los citados aprovechamientos la forma de usufructo. Esta hipótesis tendrá lugar cuando el titular de los terrenos cede el disfrute de pastos y leñas a favor de una pluralidad de personas en concepto de usufructuarios, transformándose el propietario de los fundos, mientras dure el usufructo, en nudo propietario en cuanto a los productos de pastos y leñas.

El artículo 469 del Código Civil, al establecer que el usufruc-

(394) Existe gran discrepancia doctrinal acerca de la obligación del usufructuario de conservar la forma y sustancia, discusión que se entronca con la entablada por los romanistas sobre el alcance de la frase «salva rerum substantia» de la definición de PAULO («Instituciones», Libro II, tit. IV» «De usufructo Proemio»), según el cual el usufructo es el «ius alienis rebus utendi, fruendi, salva rerum substantia». Vid. entre otros GIRARD, *Droit romain*, 7.^a ed., París, 1924, págs. 379 y sigs.; A. GARCÍA VALDECASAS, «La idea de substantia en el Código Civil», *RDP*, 1951, pág. 881; BORRELL MACÍ, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo», *RDP*, 1949, pág. 1061; PUIG PEÑA, *Compendio de Derecho Civil Español*, II, Madrid, 1976, págs. 395 y sigs.; VILLAVICENCIO, «Salva rerum substantia en el usufructo propio», *RDP*, 1951, pág. 189; ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, 4.^a ed. vol. 11, Madrid, 1977, págs. 325 y sigs.

to podrá constituirse en todo o parte de los frutos de la cosa, a favor de una o varias personas, simultánea o sucesivamente, avala nuestra postura si el usufructo se limita en su extensión a los pastos y leñas de los fundos y se constituye de este modo a favor de una pluralidad de personas simultáneamente. En este supuesto es innegable que nos hallamos en presencia de un aprovechamiento comunitario de pastos y leñas bajo la vestidura jurídica de un auténtico y verdadero usufructo.

La posibilidad de que el aprovechamiento comunitario referido a estos productos adopte la forma de usufructo, creemos que estará normalmente limitada al supuesto de que el aprovechamiento surja por voluntad del propietario de las fincas; nunca en virtud de disposición legal, y sólo excepcionalmente en virtud de prescripción (395).

Difícilmente las hipótesis de usufructos legales (396) contempladas en nuestro ordenamiento jurídico pueden generar la existencia de un usufructo que consista, tan sólo, en aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas. Ni el usufructo que corresponde al padre o a la madre sobre los bienes del hijo que tenga bajo su patria potestad y en su compañía contemplado en el artículo 160 del Código Civil, ni el que tiene el cónyuge viudo sobre la herencia de su difunto consorte regulado en los artículos 834 y siguientes del Código Civil, ni el que el marido ostenta sobre los bienes que la mujer aporte como dote inestimada al matrimonio y que recoge el artículo 1.357 del mismo cuerpo legal, podrán generar unos aprovechamientos limitados a pastos y leñas, por abarcar el disfrute total de los bienes sobre los que recae. Ciertamente, como consecuencia de estos usufructos legales puede suceder que el usufructuario ostente un aprovechamiento de pastos y leñas en unión de otros; pero nunca habrá generado tal aprovechamiento comunitario, el usufructo en sí, sino una relación distinta y anterior al nacimiento del usufructo;

(395) El artículo 468 del Código Civil establece que el usufructo se constituye por la ley, por la voluntad de los particulares manifestada en actos entre vivos o en última voluntad, y por prescripción.

(396) Los usufructos legales dentro del ordenamiento jurídico español se dan en tres supuestos recogidos en los artículos 160, 834 y sigs. y 1.357 del Código Civil.

relación en la que estará, evidentemente, el origen y configuración jurídica del aprovechamiento comunitario de pastos y leñas.

Consideramos posible que la prescripción genere un aprovechamiento comunitario de pastos y leñas bajo la forma de usufructo. Nada obsta, en teoría, para que una pluralidad de personas disfruten de pastos y leñas de determinadas fincas, y que el mero transcurso del tiempo legitime una situación de aprovechamiento colectivo de estos productos, haciendo a los que los ejercitan auténticos titulares de un usufructo con tal contenido, siempre que los pastos y leñas se hayan disfrutado con ánimo de usufructuarios y no de titulares dominicales.

Evidentemente, una pluralidad de personas puede disfrutar los pastos y leñas de fundos ajenos con posesión a título de usufructuarios (397) para de ese modo alcanzar, por medio de la prescripción, a título de usufructo, un aprovechamiento comunitario de aquellos productos (398). Sin embargo, sólo entrará en juego el mecanismo de la prescripción para adquirir tales aprovechamientos colectivos de pastos y leñas en la infrecuente, pero posible, hipótesis de que el aprovechamiento quede estrictamente limitado a la percepción de pastos y leñas. Lo normal será que el perceptor de tales productos no limite su aprovechamiento a los mismos, y en tal caso, la técnica jurídica de la prescripción transformaría a los perceptores en auténticos propietarios y no en meros usufructuarios. No obstante, tal posibilidad existe.

En el terreno de los hechos, creemos que es la voluntad del dueño de los fundos la que, normalmente, puede dar origen a un usufructo cuyo contenido sea el aprovechamiento comunitario de pastos y leñas. Este usufructo, indudablemente, estará sometido a la regulación que el Código Civil establece en esta materia —artículo 467 al 522—, siendo fundamental el artículo 470, del

(397) Los artículos 1.564 y 1.633 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refieren a la posesión a título de usufructuario.

(398) Los artículos 1.955, 1.957 y 1.959 del Código Civil establecen con carácter general, si la prescripción es ordinaria, los plazos de diez y veinte años, respectivamente, si se trata de personas presentes o ausentes, y de treinta años si la prescripción es extraordinaria, sin distinguir entre presentes y ausentes, preceptos y plazos que habría que aplicar a la posible adquisición por prescripción y a título de usufructo de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas.

cual se desprende que el régimen jurídico del usufructo será el fijado en el título de su constitución (voluntad del propietario si se constituyó voluntariamente, o forma como se ha ejercitado si se adquirió por prescripción), y sólo en el caso de no existir regulación o de ser ésta insuficiente, regirá el Código Civil. Indudablemente, existen unas características que tipifican al usufructo y que veremos más adelante, características que no podrán ser vulneradas por la voluntad de las personas; de otro modo, la figura jurídica sería otra distinta. El usufructo ha de reunir estructuralmente unos requisitos que no pueden ser destruidos ni por el que constituye sobre sus propios bienes el usufructo, ni por el que ejercita el mismo sobre bienes ajenos.

El usufructo surgido por voluntad del propietario de las fincas sobre las que el aprovechamiento comunitario de pastos y leñas se ejercita bajo aquella forma jurídica, puede surgir de dos modos: por acto «inter vivos», y por acto «mortis causa» (399).

Cuando se constituye por acto «inter vivos», pueden distinguirse varias modalidades, destacando fundamentalmente las siguientes: por donación (si se cede gratuitamente), por enajenación onerosa (si se cede a cambio de un precio) y por retención (si se enajenan los fundos y los enajenantes se reservan el usufructo sobre los bienes enajenados).

Si el usufructo surge por acto «mortis causa», el único límite será el de la intangibilidad de la legítima, en el caso de que existan legitimarios. En este sentido, es de tener en cuenta, de manera primordial, el párrafo segundo del artículo 813 del Código Civil, a cuyo tenor el testador no podrá imponer sobre la legítima «gravamen», ni condición, ni sustitución de ninguna especie, salvo lo dispuesto en cuanto al «usufructo» del viudo.

Como quiera que es necesaria la existencia de una pluralidad de beneficiarios simultáneos en el usufructo de pastos y leñas, ya que de otro modo el aprovechamiento comunitario no existiría,

(399) El usufructo, en su formulación originaria, fue una institución típicamente familiar, de carácter alimentario, desarrollada en el campo del Derecho Sucesorio. Para una exposición detallada de la evolución histórica del usufructo, *vid.* MARIO BRETONI en sendas obras: *La nozione romana di usufrutto, I, Dalle origini a Diocleziano*. Nápoles, 1962 y *La nozione romana di usufrutto, II. Da Diocleziano a Iustiniano*, Jovene, Nápoles, 1967.

es preciso tener en cuenta lo dispuesto por el artículo 521 del Código Civil, a cuyo tenor, «el usufructo constituido en provecho de varias personas vivas, al tiempo de su constitución, no se extinguirá hasta la muerte de la última que sobreviviere» (400).

En el caso de usufructo sucesivo, domiciliado en el artículo 787 del Código Civil, existe un límite de posibles beneficiarios de acuerdo con lo establecido en el artículo 781 del mismo cuerpo legal, invocado por aquél; esto es, los beneficiarios no pueden pasar del segundo grado. Mas si tenemos en cuenta que la pluralidad de personas a las que se otorga el usufructo no son llamadas simultánea, sino sucesivamente, no cabe hablar de aprovechamiento comunitario de pastos y leñas en que el usufructo consista. Sin embargo, podría mantenerse el aprovechamiento comunitario si a una pluralidad de usufructuarios sucede otra pluralidad ya sea en bloque, ya sea conforme vayan produciéndose parcialmente las sustituciones de los primeros por los segundos, pero sin dejar de existir, en ningún momento, una pluralidad de beneficiarios.

En esta misma línea, hemos de consignar que, de acuerdo con el artículo 515 del Código Civil, «no podrá constituirse el usufructo a favor de un pueblo o Corporación o Sociedad por más de treinta años. Si se hubiese constituido, y antes de este tiempo el pueblo quedara yermo o la Corporación o la Sociedad se disolviera, se extinguirá por este hecho el usufructo».

Después de las consideraciones que anteceden, conviene precisar que los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas que ocupan preferentemente nuestra atención, no son precisamente los que tienen una duración determinada de forma inexorable, circunstancia que se da necesariamente en los supuestos contemplados con anterioridad. Los aprovechamientos en común de pastos y leñas «strictu sensu» no están fatalmente señalados

(400) Al amparo del artículo 470 del Código Civil puede extinguirse el usufructo antes de la muerte del último beneficiario, si así se estableció por voluntad del constituyente. Además, es importante destacar que cuando exista un solo beneficiario, el aprovechamiento de pastos y leñas no será comunitario, sino individual; por tanto, podríamos afirmar que, desde el momento en que haya un solo sobreviviente, el aprovechamiento dejará de ser comunitario o colectivo por transformarse en aprovechamiento individual.

por un plazo predeterminado y cierto de extinción. Los aprovechamientos comunitarios generalmente tienen una duración ilimitada, y si bien es cierto que en algunos supuestos pueden desaparecer, tal circunstancia se produce al margen de la propia esencia del aprovechamiento en sí en cuanto a su duración. Si se extinguen será, o como consecuencia de una redención ejercitada por el dueño del terreno que lo sufre —cuando esto es posible—, o por destrucción de los mismos bienes, o finalmente por abandonar sus titulares el aprovechamiento comunitario.

Esta realidad nos lleva a poner en tela de juicio que, salvo las hipótesis contempladas más arriba, sin gran trascendencia en el tema que nos ocupa, difícilmente pueden concebirse los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas propiamente dichos, adoptando la forma de usufructo.

Sabido es que los aprovechamientos comunitarios a los que estamos dedicando nuestro estudio existen, en ciertos casos, desde tiempos inmemoriales y siempre sin el estigma necesario de su temporalidad. Cuando los aprovechamientos en común recaen sobre terrenos de los particulares o de los entes públicos pueden tener una duración indefinida. Ante esta evidente realidad, negamos rotundamente que, salvo las hipótesis concretas vistas con anterioridad, su configuración jurídica sea precisamente el usufructo (401).

El usufructo es un derecho esencialmente temporal. Esta nota, ya destacada en sus orígenes romanos (402), es recogida por la totalidad de las legislaciones, no negando ningún autor tal carácter (403).

(401) Queremos insistir en que el usufructo es posible solamente en los dos supuestos que contemplamos al comienzo del presente epígrafe; esto es, cuando se constituye como usufructo por voluntad del dueño de los terrenos gravados, y cuando se obtiene por medio de la prescripción.

(402) GAYO (D. 7,1,3, § 2; I 2 4, § 1) dice: «Mas para que las propiedades no fueran del todo inútiles faltándoles siempre el usufructo, pareció bien extinguirlo por ciertas causas para que revierta a la propiedad».

(403) *Vid.*, entre otros, VENEZIAN, *Usufructo, uso y habitación* I, trad. española, Madrid, 1928, págs. 2, 3 y 31; BARBERO, *L'usufrutto e i diritti affini*. Milán, 1952, pág. 23; TRABUCCHI, *Instituciones de Derecho Civil* I, trad. española, Madrid, 1967, pág. 552; LATOUR BROTONS, *Estudio del usufructo*. Madrid, 1956, pág. 6; BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO: «Usufructo sobre usufructo, RDP. 1941, pág.

Los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas en general están en flagrante contradicción con esta nota de temporalidad ya que pueden perpetuarse cuando están concebidos en favor de una comunidad por tiempo indefinido. Cuando recaen sobre bienes de carácter público, como señala Lacruz Berdejo (404), la figura del usufructo es desconocida; cuando recaen sobre bienes que no tengan tal carácter, creemos que puede hacerse análoga afirmación en la casi totalidad de los supuestos. Más aún, tan sólo en el caso de que su origen y desarrollo discurran por los derroteros del usufructo —hipótesis casi académica— podríamos hablar de esta figura jurídica.

Dice De Diego (405) que el usufructo, por su propia naturaleza, es un derecho destinado a vida limitada en el tiempo, es esencialmente temporal; todas las consideraciones económicas y jurídicas que se invocan acerca de él y justifican su existencia, coinciden en este punto; llegado a su límite temporal, cae como tal (derecho independiente del propietario) y se reintegra en la propiedad. Un usufructo perpetuo es una «*contradictio in terminis*», porque sería la negación completa de la propiedad; el centro de gravedad de ésta, lo que constituye la unidad orgánica del derecho, base de su identidad en el curso del tiempo, se habrá desplazado y transfundido en el usufructo, el cual, en este caso, dejaría de serlo para erigirse en propiedad y el usufructuario perpetuo no sería tal, sino verdadero propietario, aventándose y esfumándose desde luego (es decir, desde el momento de la constitución de semejante usufructo perpetuo) el más sustancial atributo del nuevo derecho del propietario; es a saber, aquella fuerza reintegradora y absorbente que algún día habrá de desplegar su eficacia frente o al respecto del usufructo disociado de ella. Si ya la nuda propiedad sin el usufructo tiene tan escaso contenido, sin esa legítima expectativa y fuerza reconstituyente

294; Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1977, pág. 366, y CUADRADO IGLESIAS, «Configuración jurídica del llamado "pseudoustructo" testamentario» *RDP*, 1971, págs. 1065 y sigs.

(404) LACRUZ BERDEJO, José Luis, en su «Dictamen sobre la naturaleza jurídica y titularidad de las Bardenas Reales de Navarra», realizado en 1977 a instancia de la Comisión Permanente de la Comunidad de Bardenas Reales.

(405) CLEMENTE DE DIEGO: *Dictámenes Jurídicos* I, Barcelona, 1958, págs. 255 y 256.

de llamar a sí al usufructo en un tiempo ulterior más o menos distante, quedaría aniquilada y reducida a menos que una sombra: «inutiles essent proprietates», como dicen los textos romanos, «semper abscondente usufructu».

Estas afirmaciones, que compartimos plenamente, están en evidente contradicción con los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas «strictu sensu», que constituyen primordialmente el objeto de nuestro estudio ya que generalmente son ejercitados en forma ininterrumpida, e incluso desde tiempos seculares, característica que impide totalmente encuadrar dentro de la figura del usufructo nuestros aprovechamientos.

De otra parte, la nuda propiedad es concebida como representación del interés jurídicamente protegido de quien ha de recibir la cosa gravada en un estado lo más semejante que pueda ser al que tendría si no se hubiera constituido sobre ella el usufructo. La protección de tal interés se logra a base de calificar a su titular de «nudo propietario»; por otro lado, existe el interés de quien pretende que el derecho de disfrutar la cosa tenga el máximo contenido de goce, dentro de los límites señalados: a) límite temporal, y b) límite material o de conservar la sustancia de la cosa usufructuada (406).

Estas observaciones no encajan tampoco con nuestro supuesto de hecho. Los beneficiarios de pastos y leñas que ejercitan su derecho, ya sea sobre bienes de naturaleza comunal, ya sea sobre bienes de naturaleza distinta, jamás podrán ser calificados de usufructuarios, entre otras, por la poderosa razón de no estar afectados necesariamente por un límite temporal como algo sustancial al aprovechamiento, que es, como vemos, esencial en el usufructo.

Certeramente se afirma que el usufructuario tiene un amplio derecho que se hace extensivo a la totalidad de los frutos y utilidades de la cosa, pero no lo puede todo en relación a la misma. El propietario tampoco lo puede todo, ya que carece del goce de la cosa, pero conserva una preeminencia indudable, hasta el extremo de que el usufructuario, para variar la forma o destino de ésta, ha de contar con su consentimiento y autoriza-

(406) «Sachenrecht, Karlsruhe», 1956, pág. 571.

ción, de donde se sigue que el poder del usufructuario, aunque pueda hacerlo todo en cuanto al goce de la cosa, no es máximo en su origen, porque el esquema del usufructo no comprende típicamente el poder de disposición sobre el destino económico de la cosa (407).

Este razonamiento abunda en nuestra tesis: si el usufructuario hace extensivo su derecho a la totalidad de los frutos y utilidades de la cosa, la realidad de nuestro supuesto de hecho está muy alejada de tal hipótesis. Los beneficiarios de pastos y leñas sólo lo son de estos productos y no de los demás que pueda proporcionar la finca o conjunto de fincas sobre la que el aprovechamiento comunitario recae. Admitimos, claro está, que bajo la forma de usufructo sólo se tenga derecho a estos productos; mas esto sólo sucederá, según vimos, cuando voluntariamente se constituya el aprovechamiento de esta forma por el propietario de los fundos afectados y, excepcionalmente, cuando de esta forma se haya obtenido el aprovechamiento en virtud del mecanismo de la prescripción. La regla general es, pues, que los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas no pueden encajar dentro de la figura jurídica del usufructo.

B) Enfiteusis

Alguna de las múltiples modalidades en que los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas se manifiestan podrían plantearnos el problema de si tiene o no encaje dentro de la figura jurídica de la enfiteusis, figura que, tras sus orígenes romanos, ha experimentado una larga y tortuosa historia con etapas decadentes junto a otras de innegable esplendor.

No vamos a detenernos en un exhaustivo análisis de la enfiteusis por exceder los límites de nuestro trabajo; tan sólo destacaremos las directrices generales de sus orígenes y evolución hasta nuestros días, y su configuración actual (408). En esta línea,

(407) BARBERO: *L'usufrutto e i diritti affini*, Milán, 1952, pág. 25.

(408) *Vid.* en este sentido, entre otros, CARIOTA-FERRARA, «L'enfiteusi» (en el Trattato dirigido por VASSALLI) Turín, 1950; RICCA-BARBERIS, *Enfiteusi*, Turín, 1952; VALLET, «Disminución y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta»,

destaquemos que el antecedente romano más remoto se afina en el ámbito del Derecho Público, si bien al servicio de intereses privados: la cesión por el Estado, el Municipio o las Corporaciones Religiosas a particulares, a cambio de un canon (vectigal), de la posesión y goce de predios incultos, para su puesta en explotación por un tiempo muy largo o, incluso, a perpetuidad.

Jors-Kunkel (409) en este sentido dice que: «el Estado y los municipios solían arrendar a los particulares predios rústicos, sobre todo incultos, para que fuesen cultivados. El arrendatario se hacía cargo del fundo (ager vectigalis) a perpetuidad (in perpetuum) o por largo tiempo (por ejemplo, por cien años) a cambio del pago de un canon fijo anual (vectigal)».

Nace la enfiteusis como una derivación de los arrendamientos perpetuos o al menos de gran duración, ya referida a terrenos en cultivo («agri vectigales»), ya a terrenos incultos; en este último caso, con obligación de poner los fundos en explotación, y en ambos casos, con la obligación de pagar un canon los titulares del disfrute.

Los derechos del tenedor de la tierra, a diferencia de los del arrendatario, quedaron pronto protegidos por una «actio in re utilis» (calificativo que los glosadores aprovecharon para designar aquel derecho con la expresión «dominium utile» y el derecho del concedente como «dominium directum»); esta «actio in re utilis» estaba justificada por la nota de la estabilidad que caracteriza a la tenencia de la tierra y constituye un presupuesto de su explotación.

Este esquema inicial de la enfiteusis se complica en la Edad Media con una serie de prestaciones y relaciones accesorias: los deberes de prestación personal (labrar la tierra del señor, o reparar los caminos de su feudo, o cocer el pan en su horno, o acompañarle en hueste) o patrimonial (frutos, animales) y que derivan de un estado de sujeción inherente a las concesiones feudales y que luego trasladan a otras relaciones de disfrute de la tierra, no sin cierta confusión entre la colación de la soberanía

RJC, 1951, y LALAGUNA, *La enfiteusis en el Derecho Civil de Baleares*, Pamplona, 1968.

(409) JORS-KUNKEL, «Derecho Privado Romano», Barcelona 1937, pág. 216.

sobre el territorio y sobre el poder político, la entrega de la tierra por el dueño privado en posesión o cuasipropiedad; entre el pago de gabelas y alcabalas y el canon y otras prestaciones.

Cuando las circunstancias políticas cambian, la desaparición del feudalismo no siempre significa sólo la conversión de los vínculos feudales en verdaderos impuestos a pagar a un poder público más extenso y centralizado, sino que tales vínculos degeneran en relaciones de Derecho Privado, objetivándose las antiguas prestaciones en un derecho de pensión en favor de quienes, detentadores antes del poder, figuran ahora como dueños concedentes, si bien, a diferencia del Derecho Romano, la concesión es a perpetuidad, y en el concedente queda, más que el dominio, un derecho de pensión, frente al amplísimo derecho de concesión y goce del concesionario (410).

Tras la Revolución francesa, que decreta su abolición por considerarla como un residuo del régimen feudal, es silenciada por el Código Civil francés (411), y, a su semejanza, por numerosas legislaciones. Mas, frente a esta posición, la enfiteusis es recogida y ampliamente regulada en múltiples Códigos Civiles, entre ellos en el nuestro. El Código Civil Español, tras el intento de supresión en el Proyecto de 1851, mantiene la institución de la enfiteusis que las Partidas habían colocado entre la venta y el arrendamiento.

No vamos a entrar en un estudio acabado de esta regulación; sólo pondremos de manifiesto sus líneas maestras para ver si encajan con los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas.

El artículo 1605 del Código Civil establece: «Es enfiteútico el censo cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de ese dominio». De esta definición claramente se desprende una dualidad de dominios: un «dominio directo», que conserva el que antes de la constitución del censo era dueño pleno, y un «dominio útil», que se otorga a otra persona llamada enfiteuta, quien, a cambio de la cesión de tal dominio, ha de satisfacer al concedente una pensión anual.

(410) LACRUZ, en su Dictamen, ya señalado.

(411) El Código Rural Francés, sin embargo, recoge y regula minuciosamente esta figura.

Aparece la enfiteusis como un derecho real limitado de gran alcance, de amplio contenido (412), de naturaleza discutida y de regulación, en cierto sentido, incongruente.

La enfiteusis se presenta como el derecho real limitado que otorga más y mayores facultades a su titular. Sólo el dominio pleno puede otorgar a su dueño mayor número. Las facultades del enfiteuta son más amplias, incluso, que las del usufructuario; las de éste, si bien tiene, como vimos en el epígrafe anterior, un alcance general en cuanto que los actos que constituyen su objeto no vienen preventivamente individualizados, no obstante, no se extienden a todos los actos de uso y disfrute; de ahí que el usufructuario no pueda modificar el destino económico de la cosa ni hacer suyos los árboles tronchados o muertos, ni apropiarse de otras cosas que no puedan denominarse frutos; no le corresponde tampoco ningún derecho sobre los tesoros. En cambio, el enfiteuta tiene unas facultades similares a las que ostenta el propietario, lo que ha inclinado a un gran sector doctrinal a considerar al enfiteuta como el auténtico y verdadero propietario.

Precisamente esta última cuestión conlleva la interesante problemática de su discutida naturaleza, discusión alentada por la regulación, en cierto modo contradictoria, del Código Civil. En ese tema, y sólo a modo de síntesis, podemos distinguir fundamentalmente tres posturas: a) estimar que tanto el concedente como el enfiteuta son dueños; b) considerar como verdadero dueño al concedente y estimar que el enfiteuta ostenta un derecho real en cosa ajena (la del concedente); y c) finalmente, concebir al enfiteuta como verdadero dueño y al concedente como titular de un derecho real sobre cosa ajena (la del enfiteuta).

La regulación del Código Civil da base para la defensa de cualquiera de las tesis anteriores. En efecto, el artículo 1.605, transcrito con anterioridad, al decirnos que una persona cede el dominio útil de una finca reservándose el directo, hace pensar en

(412) BARBERO, en su obra *Sistema del Derecho Privado*, II, Ed. jurídicas Europa-América. Traduc. española, Buenos Aires, 1967, pág. 353, con referencia al Derecho italiano, lo que es de aplicación perfecta al Derecho español, afirma, que entre los derechos reales limitados, el más amplio de contenido, aunque no sea ya frecuente en la aplicación práctica, es la enfiteusis.

la tesis del dominio dividido: al concedente le corresponde el dominio directo, al enfiteuta le corresponde el «dominio útil»; ninguno de los dos ostenta la plena titularidad sobre la cosa; cada uno de ellos tendrá justamente lo que le falta al otro para completar el dominio pleno de la cosa sobre la que inciden los dos titulares en forma concurrente.

Indudablemente, esta definición obedece al esquema medieval de división del dominio, tesis que encuentra apoyo asimismo en el hecho de que el Código Civil en sus artículos 1.636 y siguientes faculte, tanto al titular del dominio directo como al titular del dominio útil, para consolidar la propiedad plena por diversos medios, tales como el tanteo y retracto recíprocos, así como el acrecimiento de cada uno por renunciar el otro a su derecho. En esta misma dirección se pronuncia el vigente RH en su artículo 377 a cuyo tenor «en el caso de hallarse separados el dominio directo y útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios». También dentro del terreno registral los artículos 127 y 134 de la LH consideran tercer poseedor de la finca hipotecada tanto al dueño del dominio directo como al dueño del dominio útil.

La tesis que considera al concedente como el verdadero dueño tiene valor indiscutible en los comienzos de la enfiteusis. En sus orígenes romanos, el enfiteuta es un arrendatario, cuando no un auténtico precarista; sólo en época ya avanzada fue considerado como titular de un derecho real sobre cosa ajena. Por tanto, y esto no ofrece la menor duda, en su formulación originaria, el verdadero titular dominical es el concedente. Sin embargo, en la Edad Media surge la tesis del dominio dividido, superándose la construcción romanista, y lo que hoy procede es plantearse si cabe defender la titularidad dominical del concedente de acuerdo con la regulación de nuestro Código Civil. En esta línea podríamos invocar dos preceptos de nuestro primer texto legal: los artículos 1.632 y 1.654.

El artículo 1.632, tras establecer en su primer párrafo que el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones, afirma en su segundo párrafo que aquél tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica. Parece, pues, que el legislador reconoce que el enfiteuta no es verdadero propieta-

rio, ya que de otro modo sobraría la expresión «que corresponderían al propietario».

Por su parte, el artículo 1.654, al prohibir la subenfiteusis, adopta una postura, en principio, incompatible con la propiedad del enfiteuta.

Si no admitimos la tesis del dominio dividido y, de acuerdo con los preceptos últimamente citados, según los cuales el enfiteuta no es el verdadero dueño, tendríamos que concluir que la titularidad dominical la ostenta el concedente. En cierta medida el profesor De Diego (413) podría ser alineado en esta dirección al afirmar que en la enfiteusis lleva consigo el dominio directo algunas facultades dominicales de carácter positivo e índole privada, que son un límite efectivo del derecho que asiste a la otra parte, o sea al titular del dominio útil o de goce tales como la facultad de exigir un canon y la de refundición de dominios. No obstante, DE DIEGO no afirma claramente que el titular dominical sea el concedente, al utilizar la expresión «algunas facultades dominicales».

La tesis hoy prevalente en la doctrina es aquella que considera al enfiteuta como el verdadero y auténtico dueño. En este sentido Díez-Picazo y Gullón (414) afirman que la enfiteusis debe concebirse como un censo que grava a una finca, cuyo dominio se ha transferido al enfiteuta a cambio del derecho a percibir un canon o pensión periódica. Análogamente Espín Cánovas (415) expresa que el Código Civil, aunque parece inspirado en la teoría del dominio dividido en algunas disposiciones, según la doctrina, considera como propietario verdadero al enfiteuta. También Castán Tobeñas (416) adopta esta postura afirmando que el artículo 1.633, al autorizar al enfiteuta para disponer no de su dominio útil, sino de la finca misma, el

(413) DE DIEGO, ob. cit., pág. 266.

(414) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1977, pág. 414.

(415) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.^a ed. Madrid, 1977, pág. 394.

(416) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral*. Tomo II, vol. II, 11.^a edic. Madrid, 1973, págs. 262 y 263.

artículo 1.631 en relación con el 1.627 que concede al enfiteuta el derecho de hacer suya, en principio, la indemnización por expropiación forzosa, y el artículo 1.632, que concede al enfiteuta los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica, demuestran que, en realidad, es el llamado dominio útil el verdadero dominio.

Puig Brutau (417) se sitúa claramente también en esta última dirección. A su juicio el artículo 1.605 nos da el concepto de censo enfiteútico a base de distinguir el dominio directo y el útil; es decir, estimando que en tal clase de censo hay una división del dominio. Sin embargo, a su juicio, el censo es un derecho real de contenido limitado que recae sobre cosa ajena; esto es, una carga real, figura jurídica que no sólo no exige hablar de división del dominio, sino que, en realidad, la excluye. Según dicho autor, si bien a través del articulado del Código Civil parece subsistir en este cuerpo legal la idea del dominio dividido, otras disposiciones permiten sostener que el derecho del llamado dueño directo no es más que un derecho real de contenido limitado que grava una cosa ajena.

Esta última tesis es la que goza de mayor predicamento en los momentos actuales. A las razones esgrimidas por los autores citados, podríamos añadir, entre otras, las siguientes: La percepción del canon por el dueño directo o concedente no forma parte del contenido de la propiedad (no es facultad del dominio); el precio de la redención no es el valor actual de la finca, sino una cifra convenida con anterioridad, como si el concedente hubiera perdido desde antes su relación directa con la cosa, redimiéndose, en realidad, el valor del derecho a la pensión y no el dominio; finalmente, si la pérdida parcial de la finca no autoriza para reducir proporcionalmente la pensión, es porque «res perit domino», es decir, para el enfiteuta. La propiedad, pues, la tendría el enfiteuta siquiera bajo condición resolutoria (las causas de comiso) (418).

(417) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, 2.^a ed., vol. III. Barcelona, 1974, págs. 538 y 539.

(418) LACRUZ, en su Dictamen, aduce varias de las razones expuestas, si

Las razones expuestas ponen de manifiesto la regulación imprecisa de nuestro Código Civil ya que, de acuerdo con su articulado, todas las tesis tienen cierto apoyo legal. A nuestro modo de ver y pese a las razones que acabamos de señalar en el sentido de ser considerado el enfiteuta como el verdadero propietario, la tesis del dominio dividido, en contra de lo que se acostumbra a decir, no está totalmente superada, y en cierta medida, tal vez se presente como la de mayor apoyatura en el Código a través de su articulado. Díez-Picazo y Gullón (419), defensores de que el verdadero propietario es el enfiteuta, reconocen, no obstante, que la regulación positiva de la enfiteusis en el Código Civil es fluctuante entre la concepción del dominio dividido y la puramente censal.

Trasladando cuanto acabamos de exponer a los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, se nos antoja de imposible aplicación cualesquiera de las tesis expuestas a los mismos. Tal vez el origen romanista de la enfiteusis pudiera suponer un punto de partida común con los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas según se vio en el capítulo correspondiente. Muchos aprovechamientos surgieron en forma similar a como surgió la enfiteusis: a través de concesiones a los beneficiarios por parte del Estado, Municipio y Corporaciones religiosas. Pero sólo esta similitud de origen encontramos como analogía entre ambas figuras jurídicas, ya que desde sus inicios la enfiteusis comportaba al enfiteuta la obligación de pagar un canon (vectigal) y a laborear o cultivar las tierras. En cambio, en los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas estas notas no forman parte esencial de los mismos.

De acuerdo con la regulación vigente, podemos afirmar que la enfiteusis discurre por derroteros que no son de aplicación a nuestros aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas. Ni el concedente puede equipararse al dueño de los terrenos gravados con los aprovechamientos, ni tampoco podemos ver analogía

bien se muestra partidario de la tesis del dominio dividido. Esta postura la mantiene recientemente en su obra *Manual de Derecho Civil*, precedido de una Introducción al Derecho, Barcelona, 1979, pág. 417.

(419) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, ob. y loc. cit. en nota anterior.

entre el enfiteuta y los titulares de tales aprovechamientos.

Los derechos típicos de la enfiteusis que corresponden al concedente, tales como «pensión», «laudemio», «reconocimiento», «comiso», «tanteo», y «retracto» son desconocidos en los aprovechamientos que constituyen el tema central de nuestro estudio. El dueño de los terrenos sobre los que recaen aquellos aprovechamientos carece de tales derechos.

Correlativamente, tampoco los beneficiarios de los aprovechamientos pueden ser asimilados al enfiteuta, según consignamos más arriba. En efecto, y sin ánimo de agotar las diferencias, podemos consignar que si bien el enfiteuta tiene plenitud en los aprovechamientos, según vimos antes, los que ostentan el disfrute de pastos y leñas ven limitada su titularidad de goce a estos productos; el enfiteuta hace suyos los tesoros y minas, facultad que le está vedada al titular de pastos y leñas; el enfiteuta puede disponer del predio enfiteutico, facultad ajena al que sólo ostenta la posibilidad de aprovechar los productos herbícolas y forestales.

En el aprovechamiento de los bienes comunales podría pensarse en cierta similitud con la enfiteusis, considerando al Municipio como concedente y a los vecinos como enfiteutas. Sin embargo, esto no es posible ni por su trayectoria histórica, ni por su actual reglamentación jurídica. Históricamente, como apuntamos en otro lugar, los hoy denominados bienes comunales fueron bienes del «común de vecinos», habiéndose apropiado de su titularidad dominical los Municipios mediante una auténtica usurpación, dejando a los vecinos la titularidad del disfrute; nada de esto ha sucedido con la enfiteusis, según acabamos de ver. Desde el punto de vista de la regulación actual, nada puede hacer pensar en posibles equiparaciones, por discurrir las normativas respectivas por cauces completamente distintos, que nada tienen en común.

C) Superficie

Después de haber analizado con algún detenimiento la figura jurídica de la «enfiteusis» como posible cauce para los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, indicaremos muy brevemente idéntica problemática con la «superficie rústica».

La figura jurídica del derecho de superficie tiene extraordinaria importancia en el campo urbanístico (420), pero a nuestros propósitos sólo haremos algunas consideraciones con respecto a la denominada superficie rústica regulada en el artículo 30 número tercero del RH. Dice tal precepto que «el derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya; en la inscripción se harán constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipulados y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Igualess circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcio a favor de la Administración Forestal o de los particulares».

A través de la superficie rústica, personas ajenas a la propiedad de las fincas obtienen el derecho a plantar o sembrar en las mismas con la consiguiente percepción de los frutos de tales plantaciones o siembras por un tiempo determinado. Evidentemente, si el que obtiene tal derecho de plantación o siembra es un sujeto plural, el aprovechamiento de los productos adopta una forma comunitaria, y en este sentido podría hablarse de aprovechamientos en común de los productos de la plantación (leñas, esquilmos, ramoneo, etc.) y de la siembra (cosechas —que no nos interesan mayormente—, pastos y residuos existentes después de la recolección).

Por lo tanto, a través de la superficie rústica pueden explicarse ciertos aprovechamientos comunitarios o, si se prefiere, la superficie rústica puede constituir la causa legitimadora de tales aprovechamientos. No obstante, conviene hacer algunas observaciones:

a) La más importante modalidad de tal superficie, posiblemente, es la constituida por los denominados «consorcios forestales» previstos tanto en la LMt como en la LPFE con fines repobladores pudiendo afectar tanto a los montes de propiedad pública como a los de propiedad privada. En tales consorcios

(420) Sobre el derecho de superficie, *vid.* fundamentalmente BALBI, *Il diritto di superficie*, Turín, 1947, y GUILARTE, *El derecho de superficie*, Pamplona, 1966.

difícilmente pueden tener encaje los aprovechamientos comunitarios ya que el monte en su fase de desarrollo es incompatible con la presencia de ganados que irían en contra de la finalidad perseguida por la repoblación.

b) La superficie rústica difícilmente será elegida como forma de dar vida a unos aprovechamientos comunitarios —aunque ello sea posible— ya que existen otros cauces más idóneos para tal cometido, como veremos más adelante.

c) En el supuesto de que la superficie rústica genere tales aprovechamientos en común, éstos necesariamente serían temporales, porque temporal es el derecho de superficie tal y como se desprende claramente del precepto reglamentario transcrito, lo que excluiría todas las hipótesis, de gran frecuencia, en las que los aprovechamientos objeto de nuestro estudio tienen, en principio, una duración indefinida.

d) En el aprovechamiento de los bienes comunales no puede pensarse tampoco en la posible existencia de un «derecho de superficie» como causa legitimadora del aprovechamiento comunitario de aquéllos. Las razones que podrían invocarse en pro de nuestro aserto son idénticas a las que consignamos en el mismo tema con respecto a la «enfiteusis» y que damos aquí por reproducidas.

D) Comunidad

Los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, por su propia contextura de aprovechamientos ejercitados en común, se desarrollan dentro del cauce jurídico de la comunidad, siquiera ésta esté referida, en principio, tan sólo a la utilización de los citados productos: Siempre que nos hallemos en presencia de unos aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, nos hallamos, inexorablemente, en presencia de una comunidad; las relaciones internas entre los distintos titulares de los aprovechamientos se desarrollarán necesariamente dentro del campo de tal figura jurídica. No obstante, tal comunidad de aprovechamiento de pastos y leñas puede responder a distintos esquemas, y obedecer tal comunidad de utilización a otra relación jurídica subyacente.

Al tratar de la naturaleza jurídica de estos aprovechamientos hemos de ocuparnos preferentemente de la causa que les da origen o, si se prefiere, de la relación que existe entre los titulares de los aprovechamientos y los titulares de los fundos sobre los que recae. En ciertos supuestos, los mismos titulares de los aprovechamientos lo son a la vez del dominio de las fincas; en otros, en cambio, los titulares de los aprovechamientos son distintos de los propietarios de los fundos; en otros, finalmente, el aprovechamiento se ejercita conjuntamente por los titulares de las fincas y los que no ostentan tal cualidad.

Cierto sector doctrinal afirma en todo caso la existencia de una comunidad; en este sentido Sánchez Román (421), tomando como base los artículos 600 y 604 del Código Civil, afirma que la redacción de tales preceptos es plausible por estar dirigida a regular ese estado más de comunidad que de servidumbre.

Mantiene postura análoga Mucius Scaevola (422), para quien los artículos citados —a excepción del 603— están refiriéndose a la comunidad, adoptando posición similar Navarro Amandi (423).

Para comprender el alcance de tales afirmaciones es preciso que analicemos previamente el concepto de comunidad, y ver si hay un posible encaje de nuestro supuesto de hecho en los moldes de tal figura jurídica.

El concepto de comunidad surge como consecuencia de la susceptibilidad de ciertos derechos de pertenecer simultáneamente a varios sujetos, a diferencia de lo que ocurre con otros, que por ser eminentemente personalísimos pueden ser ostentados solamente por un titular. En este último supuesto el derecho está en situación de exclusividad; en el primero, por el contrario, el derecho está en situación de copertenencia.

Más, tanto en una como en otra hipótesis, hemos de partir

(421) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, Madrid, 1900, III, pág. 644.

(422) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil concordado y comentado extensamente*, 1947, X, págs. 798 y 799.

(423) NAVARRO AMANDI, *Comentarios al Código Civil reformado*, Madrid, 1890, II, pág. 346.

necesariamente, del concepto de «titularidad», puesto que, en definitiva, lo que ocurre es que en los derechos ostentados por un solo sujeto la titularidad no es compartida, en tanto que en los derechos disfrutados por varios sujetos son las titularidades las compartidas por una pluralidad de personas a la vez.

En un sentido jurídico, la titularidad es simplemente la «conexión de un derecho con un sujeto» (424). Y si bien es cierto que algunas titularidades han de pertenecer necesariamente a un solo sujeto constituyendo las relaciones jurídicas más simples (425), ello no obsta para que un mismo derecho pueda corresponder a varias personas, esto es, a un sujeto plural. Es precisamente en este segundo supuesto donde hallamos el concepto de comunidad.

Partiendo de que la comunidad supone titularidades compartidas por un sujeto plúrimo o plural, podemos plantearnos el problema de que, si para poder hablar de comunidad, es necesario que las titularidades de los distintos sujetos sean cualitativamente iguales, o sí, por el contrario, pueden ser cualitativamente distintas.

La casi totalidad de los autores se inclina por la primera tesis, entendiendo que la comunidad exige para ser tal, que las titularidades compartidas, en igual o desigual medida por los distintos comuneros, han de ser cualitativamente iguales. Esto es, cada comunero tendrá una parte alícuota en relación al todo de igual naturaleza que las partes alícuotas de los restantes, surgiendo lo que con toda propiedad se denomina «comunidad pro indiviso». Sin embargo, ciertos autores alinean junto a la «comunidad pro indiviso» la comunidad «pro diviso», en la que las titularidades compartidas que recaen sobre una misma cosa son de naturaleza distinta (426). El Tribunal Supremo se inclina más bien por la

(424) FERRARA, *Trattato di Diritto Civile Italiano* I, Roma, 1921, págs. 448 y sigs.

(425) CARNELUTTI, «Patrimonialità giuridica e autonomia patrimoniale», en *Riv. Dir. Commer.*, 1913, I, págs. 125 y sigs., indica que el sujeto de un solo derecho o de una sola obligación es la «amoeba» de la zoología jurídica.

(426) *Vid.* en este sentido, principalmente, GONZÁLEZ MARTÍNEZ «La copropiedad pro diviso», en la *RCDI*, 1941, págs. 71 y sigs.; PUIG BRUTAU, *Fundamen-*

primera postura, aunque en algunas sentencias tímidamente parezca admitir también la segunda tesis. Vamos a tratarlas por separado.

a) *Comunidad «pro indiviso».*

1. Precisión de su concepto.

Sin lugar a dudas, es la comunidad que pudiéramos denominar tradicional, cuyo concepto no es pacífico en la doctrina. Esta falta de unidad de criterio tiene su arranque en la definición, a todas luces defectuosa, que de la misma formula nuestro Código Civil, como veremos seguidamente.

Dentro de la comunidad podemos distinguir dos acepciones: una amplia y otra estricta.

En sentido amplio, la comunidad es equiparable a la «cotitularidad», entendiendo por tal, «toda relación jurídica o conjunto de relaciones jurídicas en que aparezcan como sujetos varias personas conjuntamente» (427).

El derecho o, si se prefiere, las titularidades, están en relación de copertenencia; mas no toda relación de copertenencia da lugar a la cotitularidad. Para que ésta exista es preciso que las participaciones sean cualitativamente iguales aun cuando cuantitativamente puedan ser distintas. Sólo en este supuesto podemos hablar de cotitularidad o comunidad en sentido amplio.

Si, por el contrario, la atribución es de titularidades cualitativamente distintas, no cabe hablar de cotitularidad, sino de titularidades compartidas o divididas, o, como señala García Granero (428), de concurrencia de pretensiones jurídicas distintas

tos de Derecho Civil, Tomo III, vol. II, Barcelona, 1973, págs. 51 y sigs.; GARCÍA AMIGO, «Condominio pro diviso o propiedad separada», RDP, 1974, págs. 175 y sigs.; POVEDA MURCIA, «Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas», ADC, 1949, págs. 149 y sigs., y ALBALADEJO, *Derecho Civil* III, vol. 1.º, 2.ª ed., Barcelona, 1976, págs. 380 y sigs.

(427) RUGGIERO, *Instituciones de Derecho Civil*, Trad. española, II, págs. 372 y sigs.

(428) GARCÍA GRANERO, *Cotitularidad y comunidad «Gesammte Hand»* o comunidad en mano común. RCDI, 1946, págs. 146 y 147.

sobre un mismo objeto jurídico. Y esta mera concurrencia de titularidades nunca podrá dar lugar a una verdadera comunidad, pues los titulares no tienen en común sus títulos, sino que los tienen de forma conjunta; es decir, unidos, pero no se puede decir que tengan sus títulos en común, porque son distintos.

Cuando se usa la palabra comunidad en su sentido genérico —dice J. Beltrán de Heredia (429)— se está aludiendo, conjuntamente, a dos cosas distintas que fácilmente se entrecruzan y confunden:

a) En primer lugar, al «objeto», que es común y que tomado aisladamente, es un simple «estado» que, como modo de ser o de aparecer de un bien determinado o de un conjunto de bienes, y con independencia de toda otra relación, pertenece a la «estática patrimonial».

b) En segundo lugar, las «relaciones jurídicas» que nacen de la coparticipación, que son siempre de carácter obligatorio y que, sin destruir el elemento real u objeto, hacen posible la concurrencia de varios titulares conjuntamente sobre uno o varios objetos. Presuponen una determinada actividad de los diferentes titulares y, como consecuencia, pertenecen a la «dinámica patrimonial».

Por tanto, concebida la comunidad como sinónima de cotitularidad, tiene un ámbito de aplicación extensísimo, ya que abarca no sólo el campo de los derechos reales, sino también el campo de las obligaciones. Así lo han entendido entre otros Esser (430), para quien comprende todos los distintos supuestos de coordinación o armonización de intereses jurídicos; y es evidente que tal coordinación o armonización tiene perfecta cabida tanto en el campo real, como en el obligacional. En el mismo sentido se pronuncia Siesse (431) al estimar que puede afectar la comunidad, tanto a la esfera de las obligaciones como al campo de los

(429) J. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, 1954, págs. 21 y 22.

(430) ESSER, *Schuldrecht*, 3.^a ed., Karlsruhe, 1969, págs. 423 y sigs.

(431) SIESSE, *Contribution a l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, París, 1923, pág. 4.

derechos reales. Análogamente Cosack y Mitteis (432) aplican la comunidad a toda clase de derechos, comprendiendo tanto los reales como los de crédito.

En la cotitularidad, o comunidad en sentido amplio, existe una delimitación de derechos que concurren sobre un mismo objeto, y al propio tiempo, como señala J. Beltrán de Heredia (433), existe una delimitación de ese mismo objeto. Mas, sin adentrarnos en las causas de cada delimitación, exigencia inherente al concepto de cotitularidad, es cierto que en muchas ocasiones aquella delimitación no es posible, ya sea por la naturaleza del mismo, ya por la complejidad de las relaciones entre los sujetos.

La imposibilidad de la delimitación en el objeto lleva en sí aparejada la imposibilidad de la división del derecho, como ha señalado De Castro (434), y entonces nos hallamos necesariamente en presencia de un derecho que, por su propia naturaleza, no puede corresponder a varios sujetos, lo que no impide la concurrencia de varias titularidades sobre él. En tal supuesto, no cabe hablar de cotitularidad ni, por lo tanto, de comunidad en sentido amplio; más, es evidente que si existe concurrencia de titularidades, existe, por lo mismo, algo en común. Entonces surge, propiamente, el concepto de comunidad en sentido estricto, y su existencia no es sólo conveniente, sino necesaria (435). Así surgida la comunidad en sentido estricto, cabría ser definida con García Granero (436) como «aquella especie de cotitularidad que se produce cuando la titularidad de una cosa o la titularidad de un derecho real o de un conjunto patrimonial es atribuida simultáneamente, en igual modo y en desigual medida, a varios sujetos».

Por lo tanto, como fácilmente se deduce de esta definición, la comunidad en sentido técnico es una especie dentro del género cotitularidad, tesis admitida por la mayor parte de la

(432) K. COSACK y H. MITTEIS, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, 2 Bund, 5.º Buch, 8.ª ed., Jena, 1924, págs. 1 y sigs.

(433) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., págs. 26 y 27.

(434) DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Madrid, 1949, I, pág. 582.

(435) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 27, señala que la comunidad hace posible la convivencia de titularidades cuando no es posible la delimitación.

(436) GARCÍA GRANERO, ob. cit., pág. 154 si bien en la página siguiente afirma que es indiferente que sea igual o desigual la medida de las respectivas cuotas.

doctrina y a la que nosotros decididamente nos adherimos.

El Código Civil define la comunidad en el primer párrafo del artículo 392 cuando dice: «hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o un derecho pertenece proindiviso a varias personas», siendo evidente que la única comunidad a que se refiere es a la comunidad «proindiviso», por lo que, como después veremos, la comunidad «prodiviso» está carente de regulación positiva.

Es casi unánime la crítica que la doctrina formula en torno al citado precepto legal, dada su desafortunada redacción. En efecto, el citado precepto confunde «comunidad» y «copropiedad», olvidando que ésta es una especie de aquélla.

Por otra parte, es criticable el que hable de «propiedad de derechos», siendo así que, en puridad, la propiedad sólo es predicable de las cosas corporales (437). De ahí que, como dicen Díez-Picazo y Gullón (438), el artículo 392 del Código Civil engloba dentro de la comunidad de bienes no sólo la comunidad del derecho de propiedad (copropiedad o condominio), sino también, en general, la cotitularidad de cualquier otro derecho, a la que denomina, no demasiado exactamente, «propiedad de un derecho» (439).

Teniendo en cuenta que es la comunidad entendida en sentido estricto la que más nos interesa por estar referida a unos derechos de naturaleza real, es necesario que profundicemos más en su concepto. De ahí que hayamos de ver, de una parte, los requisitos que son precisos para su existencia, y de otra, el ámbito de aplicación de la misma dentro del campo del derecho. Asimismo, es preciso que la delimitemos con figuras afines.

2. Requisitos

Después de haber esbozado el concepto de comunidad en

(437) ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, 5.^a ed., Madrid, 1977, pág. 250.

(438) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1977, pág. 240.

(439) Con mayor precisión terminológica, el artículo 1.100 del Código Civil italiano de 1942 afirma que existe comunidad «cuando la propiedad u otro derecho real corresponde en común a varias personas».

sentido técnico, nos detendremos en el análisis de los requisitos necesarios para su existencia:

a) Pluralidad de sujetos

Este elemento es común a toda cotitularidad, y como quiera que la comunidad es una especie de aquélla, requiere, indudablemente, la existencia de un sujeto plúrimo. De otro lado, tal multiplicidad de sujetos ha de existir de forma simultánea, ya que si existiera sucesivamente, el problema comunitario no existiría desde el momento en que en tal supuesto habría titularidades singulares que se ejercitarían de forma temporal, y en consecuencia, no cabría hablar de comunidad, a no ser en un sentido muy lato (440).

Como ha señalado García Granero (441), la complejidad subjetiva puede ser originaria o derivativa; esto es, desde un principio, o surgida con posterioridad. Pero advertiremos que, si la multiplicidad subjetiva surgió con posterioridad al nacimiento del derecho, sólo desde ese momento cabe hablar de comunidad.

b) Unidad de objeto

Por lo que respecta a la unidad de objeto o, lo que es igual, indivisibilidad del mismo, conviene significar con J. Beltrán de Heredia (442) que tal indivisibilidad ha de tomarse, en sentido jurídico, desde el momento del nacimiento de la comunidad y no de otra forma, porque el fin de la comunidad está, precisamente, haciendo relación al momento divisional.

Por lo tanto, la titularidad plural ha de recaer sobre un mismo elemento o conjunto unitario de elementos patrimoniales, pues en caso contrario existiría, en realidad, una comunidad «pro diviso», que imposibilita técnicamente la existencia de la comunidad a que estamos refiriéndonos ahora.

(440) POAL Y JOFRESA, *Estudios Jurídicos y Notariales*. Barcelona, 1899, págs. 181 y sigs. J. BELTRAN DE HEREDIA hace un análisis acabado de los requisitos, tal y como señalamos en la nota 318.

(441) GARCÍA GRANERO, ob. cit., págs. 154 y sigs.

(442) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 29.

c) Titularidades cualitativamente idénticas

La participación de cada uno de los sujetos concurrentes ha de ser «cualitativamente» idéntica, sin perjuicio de que cuantitativamente pueda ser distinta (443). En este sentido Borrell y Soler (444) afirma que el condominio presupone igualdad entre los condueños, en cuanto a la naturaleza de los derechos, no en la cuantía de las participaciones. De ahí que cuando en un mismo objeto existan distintos aprovechamientos, no estemos en presencia de una auténtica y verdadera comunidad; esto es, de una comunidad «pro indiviso». En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de octubre de 1941 niega la existencia de una comunidad en sentido técnico cuando sobre una cosa se estatuyen aprovechamientos diferentes (445).

d) Indivisión del vínculo

Así como se exige la indivisión del objeto (requisito enumerado en segundo lugar), se exige también la indivisión del vínculo. De ahí que las participaciones de los distintos sujetos nunca han de poder generar la descomposición del vínculo jurídico inicial en otros vínculos jurídicos distintos, puesto que en tal supuesto la comunidad, evidentemente, no existiría.

e) Unidad de la relación jurídica

Por último, podemos señalar como requisito necesario a toda comunidad, entendida en sentido estricto y técnico, «la unidad de la relación jurídica». Este concepto postula un mismo origen

(443) SIESSE, en ob. cit., pág. 3, dice que para que haya una comunidad es preciso y suficiente que exista una pluralidad simultánea de pretensiones jurídicas idénticas.

(444) BORRELL Y SOLER, *Derecho Civil vigente en Cataluña*, Barcelona, 1954, pág. 54. Si bien es cierto que este autor se refiere a una especie de comunidad, no cabe duda que el requisito señalado tiene perfecta aplicación a la comunidad en general.

(445) No obstante, al tratar de la comunidad «pro indiviso», veremos cómo la jurisprudencia, a efectos de consolidación, ha mantenido en determinados supuestos una relación análoga a la comunidad con el fin de aplicar el retracto de comuneros. *Vid.* en este sentido, entre otras, las sentencias de 12 de julio de 1881, 9 de marzo de 1893 y, más recientemente, la de 8 de abril de 1965.

para las titularidades que integran la comunidad. Por lo tanto, como señala García Granero (446), nunca pueden reputarse comunidad aquellas situaciones en que dos o más sujetos pueden ejercitar o desenvolver un determinado derecho o facultad, y esto no por pertenecerles colectivamente una misma relación jurídica, sino por razón de relaciones jurídicas distintas que traen su origen en causas diferentes.

3. Ambito

Una vez examinados los requisitos que es preciso concurren para la existencia de la comunidad, vamos a pasar al análisis del ámbito de la misma dentro del campo del derecho, tal como quedó anteriormente esbozado.

A este respecto, dos son las direcciones fundamentales: a) de una parte hay autores que limitan su alcance al campo de los derechos reales, estimándola por completo ajena a los derechos de crédito. b) de otro lado, existen autores que no limitan su acción a los primeros, incluyendo dentro de su marco todos, o parte, de los derechos obligacionales.

Pertenecen al primer grupo, fundamentalmente, Ferrara y J. Beltrán de Heredia, para los cuales la comunidad estará referida única y exclusivamente a los derechos reales. Estima el primero de los autores citados (447) que la idea de la comunidad es ajena a los derechos de crédito, ya que «en las relaciones obligatorias, en general, rige la regla de que la deuda se divide, dando lugar a otros tantos derechos autónomos, mientras que la comunidad supone la existencia de un derecho sobre la misma cosa indivisa. Tampoco es aplicable a las obligaciones solidarias, en las que debe verse una pluralidad de obligaciones que tienen por objeto una prestación directa, que sólo están unidas por un vínculo, por lo que la satisfacción de una extingue las demás; ni a las obligaciones indivisibles, en las que también hay que considerar obligaciones autónomas de varias personas sobre un entero que debe ser prestado de una sola vez, por lo que puede adoptarse como regla que, tantos como son los acreedores o deudo-

(446) GARCÍA GRANERO, ob. cit., págs. 145 y sigs.

(447) FERRARA, *Teoría de las Personas Jurídicas*, trad. española de OVEJERO y MAURY. Madrid, 1929, pág. 471, nota 1.^a.

res, son las relaciones de obligación, por lo que el concepto de cotitularidad es inaplicable».

J. Beltrán de Heredia (448) llega a una solución análoga, al establecer que el «ámbito de aplicación de la comunidad es, estrictamente, el de los derechos reales, porque son los únicos derechos subjetivos de carácter absoluto exclusivo en los que no es posible, por su propia naturaleza, ni la gradación ni la concurrencia; son, por tanto, los únicos susceptibles de ser tenidos en común».

Contrariamente opinan, entre otros, Cosack (449) y Siesse (450), para los cuales el ámbito de aplicación de la comunidad no está limitado al campo de los derechos reales, sino que es perfectamente posible su existencia dentro de los derechos de obligación.

Defiende una postura ecléctica García Granero (451), para quien la comunidad no ha de limitarse a los derechos reales por tener, a su juicio, perfecta cabida en las obligaciones solidarias, así como en las obligaciones indivisibles. Sin embargo, este autor estima que no tiene aplicación aquel concepto en las obligaciones mancomunadas, separándose, por tanto, de las afirmaciones que realizaron tanto unos como otros tratadistas. Lo calificamos de ecléctico no sólo porque teóricamente defiende la posibilidad de aplicación del concepto de la comunidad a un ámbito parcial del campo de las obligaciones, sino, además, porque estima que desde el punto de vista práctico debe limitarse aquel concepto solamente al campo de los derechos reales.

Creemos que, desde un punto de vista dogmático, no es posible ampliar el concepto de la comunidad a los derechos de obligación. Ciertamente que no todos los derechos crediticios se dividen entre sus titulares, activos o pasivos, mediante la regla «*concurso partes fiunt*»; así ocurre en el caso de las obligaciones solidarias e indivisibles, ya que en las obligaciones de una u otra

(448) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 29.

(449) COSACK, en su obra «*Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*», Jena, 1924, II, libro V, pág. 1, estima que los derechos comunes pueden ser tanto créditos como derechos reales o derechos de cualquier clase.

(450) SIESSE, ob. y loc. cit. anteriormente.

(451) GARCÍA GRANERO, ob. cit., págs. 153 y 154.

naturaleza existe una prestación idéntica y una pluralidad de sujetos. Sin embargo, el artículo 1.140 del Código Civil, al referirse a las obligaciones solidarias, y decirnos que «la solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones», nos da un concepto que no está de acuerdo con el que hemos mantenido de comunidad: en la solidaridad las relaciones pueden ser distintas; en la comunidad siempre son idénticas. Tal diferencia la hallamos también en el artículo 1.148, donde puede oponer el deudor solidario, incluso, excepciones de carácter personal, a diferencia de la comunidad, en la que no caben.

Por lo que respecta a las obligaciones indivisibles, tampoco se dan todos los requisitos inherentes a la comunidad, pues si es innegable que existe una prestación única a la que por su propia naturaleza no puede aplicarse la regla «concurso partes fiunt», y si también es innegable la pluralidad de sujetos, estimamos que no existe realmente unidad de relaciones; existirán tantas relaciones cuantos sean los sujetos, y de ahí que cada uno de éstos haya de prestar íntegramente la totalidad de la prestación para cancelar la relación jurídica obligatoria.

A nuestro modo de ver, en el campo obligacional es aplicable el concepto de cotitularidad, no el de comunidad en sentido estricto, que es al que estamos refiriéndonos. El ámbito de la comunidad, entendida en sentido estricto, está limitada al campo de los derechos reales, no teniendo aplicación dentro de los derechos de crédito.

Después de haber precisado lo que a nuestro juicio constituye el ámbito de la comunidad, estimamos que la misma es una especie del género cotitularidad, lo mismo que el condominio es una especie del concepto genérico de comunidad, ya que, en definitiva, no es otra cosa que la comunidad referida al derecho de propiedad. En las relaciones de pluralidad de sujetos sobre unidad de objeto, podemos distinguir, pues, tres categorías: de una parte, existe «cotitularidad», o comunidad en sentido amplio, aplicable a todos los derechos subjetivos, tanto reales como de obligación; en segundo lugar, existe la «comunidad» en sentido estricto, referida tan sólo al campo de los derechos reales; y por último, existe la «copropiedad», como una especie de la comuni-

dad entendida en sentido estricto, toda vez que es la comunidad referida al derecho de propiedad.

4. Comunidad y Sociedad

En el análisis que estamos haciendo es conveniente que delimitemos la comunidad de una figura jurídica íntimamente emparentada con ella: la «sociedad».

Recoge J. Beltrán de Heredia (452) de forma muy completa las principales direcciones que en torno a la relación comunidad-sociedad se han formulado, y que de acuerdo con el citado autor y según la doctrina que él invoca, podríamos sintetizar del siguiente modo:

1. Se ha afirmado por parte de la doctrina, en la que caben ser incluidos De Buen, Donderis Tatay y Bonet, que la comunidad es una sociedad.

2. De otra parte, Carnelutti y Navarrini, apoyándose en un precedente de Ulpiano, según el cual «non est societas sine communione», han afirmado que la comunidad es la base de la sociedad, que no dejaría de serlo por el hecho de estar modificada en virtud de las reglas propias del contrato de sociedad.

3. Finalmente, y dando un sentido excesivamente genérico al término comunidad, según expresa el profesor J. Beltrán de Heredia, no han faltado autores que han partido de la existencia de un término amplio denominado «comunidad de un género», para descender después a los distintos supuestos de ella, uno de los cuales sería la «comunidad simple», y otro la «comunidad sociedad». Pertenecen a este grupo entre otros Ramponi y Barassi.

El profesor Castán (453) establece como criterios diferenciadores de una y otra figura, de una parte, el «origen», y de otra el «fin» u objeto. Según el citado autor, el origen de la sociedad presupone necesariamente la convención, mientras que la comunidad puede existir, y existe ordinariamente, sin ella. De otra

(452) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., págs. 37 y 38.

(453) CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, vol. I, 11.^a ed., Madrid, 1978, págs. 408 y 409.

parte, también el objeto o fin es distinto, pues mientras en la sociedad es el lucro, en la comunidad es la conservación (454).

El primero de los argumentos esbozados por el profesor Castán es de una validez relativa, y a esta relatividad está aludiendo él mismo, cuando expresa que la comunidad «puede» existir sin la convención. De ahí que el propio autor admita la posibilidad de que exista tal convención en la comunidad, lo que nos lleva a la inequívoca conclusión de que, si bien es cierto que en la mayoría de los supuestos tal criterio es válido, no lo es en todos. Mas es evidente que los argumentos diferenciadores entre las figuras jurídicas han de tener un ámbito total, no parcial; de ahí, pues, que hayamos de prescindir del criterio originario para delimitar las figuras de la comunidad y sociedad.

Juicio distinto nos merece el segundo de los elementos diferenciadores enunciado, ya que si en toda relación jurídica ha de existir un fin, es evidente que en la sociedad el fin es unitario, y, por supuesto, diferente a los fines de los socios, en tanto que en la comunidad existe una yuxtaposición de fines particulares y que corresponden a los distintos comuneros. Esta nota dimana evidentemente de que la sociedad normalmente goza de personalidad jurídica y la comunidad carece de ella.

Albadalejo (455), al plantearse la distinción entre sociedad y copropiedad (456), califica de accidentales los criterios de distinción que se refieren al origen y a la personalidad jurídica. En efecto, si bien es cierto que la sociedad se genera mediante contrato, también la copropiedad puede establecerse contractualmente; y si la copropiedad carece de personalidad jurídica, también es posible que la sociedad carezca de tal personalidad. Señala que la copropiedad es un «tener en común» (porque se haya puesto en común o porque se haya recibido en común), y así conservar y aprovechar la cosa, mientras que la sociedad es

(454) Así lo establece taxativamente la sentencia de 15 de octubre de 1940, ampliamente comentada por BONET en *RDP*, 1941, págs. 34 y sigs. *Vid.* también en este sentido las sentencias de 10 de marzo de 1949, 16 de marzo de 1961 y 28 de junio de 1975.

(455) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. 1.º 2.ª ed., Barcelona, 1976, págs. 385 y 386.

(456) Si bien el citado autor se refiere a la «copropiedad», sus argumentos son perfectamente válidos a la «comunidad» como género de aquélla.

un «poner en común» —en copropiedad— bienes, o el uso o disfrute de los mismos, como medio para obtener una ganancia partible entre los socios, a procurar la cual se obligan éstos.

Reconoce el propio autor que también el conservar y disfrutar la cosa (lo que ocurre en la copropiedad) da ganancia, pero esta ganancia, procedente del mero disfrute, no da lugar a sociedad, pues para que ésta surja hace falta que dicha ganancia sea producto de una actividad no consistente sólo en los actos de disfrute productivo.

En tan interesante tema, Puig Brutau (457), a propósito de la diferencia que existe entre comunidad y sociedad sin personalidad jurídica, partiendo de la conocida sentencia de 15 de octubre de 1940, así como del artículo 1.669 del Código Civil, y siguiendo a Noyes (458), estima aplicable al Derecho español la afirmación que tal autor hace con respecto al Derecho anglosajón, al decir que la propiedad de los socios tiene carácter colectivo y no individual, en el sentido de que el interés de cada socio se proyecta en una cuota de la masa indivisa, sin recaer sobre ninguna parte concreta de la misma.

Finalmente, el profesor J. Beltrán de Heredia, después de hacer un exhaustivo estudio del tema (459), concluye que la comunidad y la sociedad son conceptos incompatibles entre sí (460).

(457) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, vol. 2.º 2.ª ed., Barcelona, 1973, págs. 18 y sigs.

(458) NOYES, *The Institution of Property*, Nueva York, 1936, págs. 463 y 464.

(459) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., págs. 37 a 75.

(460) Si, como hemos visto, la «personalidad» es un elemento diferenciador entre comunidad y sociedad en la mayor parte de las ocasiones, sin embargo, nó puede ser aceptado, toda vez que, según se ha visto, la realidad nos ofrece casos en los que la sociedad no goza del atributo de la personalidad.

Existen algunos autores que impugnan el criterio de la «personalidad» por estimar que también se dan en la comunidad. No obstante, y sin entrar en un análisis minucioso de esta cuestión, esta postura —defendida por LUZZATO, *La Comproprietà nel Diritto italiano*, págs. 14 y sigs.; CARNELUTTI, «Personalità e autonomia patrimoniali nella società e nella comunione», *Riv. Dir. Commer.*, 1913, I, págs. 68 y sigs.; y, en nuestra patria, por DONDERIS TATAY, *La copropiedad en el Derecho español*, Madrid, 1933, págs. 34 y sigs. y 71 y sigs.— es totalmente insostenible, puesto que el concepto de personalidad jurídica recoge-

5. Clases de comunidad

Tras haber analizado qué sea la comunidad en sentido amplio y estricto, y después de haber precisado los requisitos, así como su ámbito y delimitación con la sociedad, conviene que nos ocupemos de las clases de comunidad, puesto que habrá que encuadrar estos aprovechamientos de pastos y leñas —ya considerados en sí mismos, ya en relación con los titulares de las fincas de las que emanan tales productos— en ciertas hipótesis, dentro de uno u otro tipo de comunidad.

Teniendo en cuenta que no existe criterio unánime en la doctrina acerca de qué clase de comunidad es la existente en estos aprovechamientos, es preciso que analicemos la principal clasificación en torno a la cual giran las posturas doctrinales: comunidad «por cuotas partes» y comunidad «en mano común». Por tanto, prescindimos de otros criterios distintivos de que la comunidad es susceptible, y nos limitaremos a la clasificación dual aludida.

Roca Sastre (461), así como Hernández-Ros (462), al tratar de diferenciar las dos clases de comunidad a las que hacemos referencia, han llegado a la afirmación lapidaria de que la comunidad romana, o por cuotas a partes, está dominada por el principio democrático, a diferencia de la comunidad germánica o en mano común, en la que domina el principio de organización jerárquica. Según el primero de los sistemas, la organización estará fundamentada principalmente en los principios de libertad, decisión de la mayoría, igualdad, etc.; según el segundo, las decisiones serán no por mayoría, sino por unanimidad. Estas afirmaciones nos llevan a la conclusión de que en la comunidad romana cada comunero tiene un campo de acción, del que, indudablemente, carece el comunero en mano común, puesto

do en los ordenamientos jurídicos no surge tan sólo del hecho de que se atribuyan relaciones jurídicas a una colectividad. Es preciso, además, que tal personalidad se atribuya de forma explícita, cosa que no sucede cuando de la comunidad se trata.

(461) ROCA SASTRE, «La comunidad de gananciales», *RCDI*, VI, Madrid, 1930, págs. 161 y sigs.

(462) HERNÁNDEZ-ROS, «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal», *RDP*, 1943, págs. 507 y sigs.

que su actividad está por completo supeditada a la de la colectividad.

En la comunidad romana o por cuotas partes, las cosas pertenecen a los condóminos por cuotas intelectuales, y cada comunero puede disponer de la parte que a él le corresponda. Con tal fin, el Derecho le concede la «*actio communi dividundo*» (463).

Por tanto, cada titular, dentro de la comunidad romana, ostenta su derecho sin que se confunda con los derechos de los demás, y puede disfrutar de la parte a él correspondiente en tanto no lesione los derechos de los restantes comuneros.

Conviene precisar qué se entiende por «cuota», ya que hemos puesto a ésta como una de las características de la comunidad romana, hasta el extremo de que sirve, incluso, de aditamento para denominarla, tal y como acabamos de indicar.

Algún autor, como Gierke (464), ha querido ver en la cuota una relación de participación. Mas es evidente que, con tal significado, nunca llegaríamos a delimitar una y otra comunidad, puesto que en las dos —romana y germánica— es innegable que los comuneros ostentan una participación.

No estamos de acuerdo con este significado de la cuota, pues, tanto en el Derecho romano como en el Derecho moderno, por cuota se entiende la parte que a cada comunero corresponde entendida como límite del derecho individual de cada titular y que conserva su propia individualidad; es decir, la parte o porción fija y determinada o para determinarse. Es, por tanto, una participación específica y precisa, no una relación de participación como señala Gierke. La cuota significa en la comunidad romana la cuantía del derecho de cada comunero; en la germánica sólo significa que su titular forma parte de la comunidad.

En la comunidad germánica o en mano común (*Zur gesammten Hand*), la cosa pertenece a los distintos titulares, no individualmente considerados, sino en cuanto pertenecen a colectividad. Existe un único derecho total con una pluralidad de titulares, no pudiendo los comuneros disponer de su participación, surgiendo su titularidad única no en función del individuo aislado, sino como miembro del grupo social. En este tipo de comu-

(463) *Vid.* entre otras, la sentencia de 7 de febrero de 1956.

(464) GIERKE, *Deutsches Privats-Recht* I, págs. 678 y sigs.

nidad existe una relación más íntima entre los miembros de la colectividad que en la comunidad romana.

En la comunidad germánica falta el concepto de cuota, tanto ideal como real, a no ser que a la cuota se le dé el sentido impropio formulado por Gierke, ajeno y extraño por completo al léxico latino. Como consecuencia obligada, los propietarios de la cosa común no son los comuneros individualmente considerados ni lo es tampoco el grupo personificado (465), sino la colectividad, esto es, la totalidad de los partícipes. En la comunidad germánica existe un solo derecho que pertenece a la colectividad; los individuos, aisladamente, carecen por completo de autonomía e independencia, ya que su voluntad ha de manifestarse conjuntamente; tienen prohibido el ejercicio de la «*actio communi dividundo*» a la que antes aludimos al ocuparnos de la comunidad romana o por cuotas partes.

A pesar de que la comunidad en mano común recibe el calificativo de germánica, lo que a primera vista parece indicar su desconocimiento total en el Derecho romano, es preciso señalar que, en los albores de este último, no faltó un tipo de comunidad equivalente a la germánica, como sucedió en el supuesto del «*consortium familiar*» y que la romanística más avanzada no duda en considerar como origen del contrato de sociedad en su sentido más consensual. En este sentido, y siguiendo a Puig Brutau (466), podemos señalar que en el Derecho romano se pasa cronológicamente de la comunidad doméstica espontánea —existente entre los hermanos al fallecimiento del padre y denominada «*fratrum societas*»—, a la comunidad doméstica artificial formada a base de la imitación de aquella y que se denominó «*consortium*» para, como tercer eslabón, pasar a la comunidad artificiosa y correspondiente al interés individual de quienes celebraban el contrato consensual o «*societas*».

En opinión de dicho autor, la comunidad romana evolucionó en un doble sentido: uno de ellos, como ya quedó dicho, condujo del «*consortium*» primitivo a la «*societas*», y otro llevó a la degradación de aquella situación de comunidad, hasta el punto

(465) En la comunidad no cabe hablar de personalidad, como se señala en la nota n.º 460.

(466) PUIG BRUTAU, ob. cit., anteriormente, págs. 8 y sigs.

de reducirla a una situación incidental («communio incidens»). El primitivo «consortium» era una auténtica comunidad sin cuotas; pero cuando la familia dejó de representar un núcleo social con personalidad propia, y en lugar del pacto de mantener la herencia indivisa, se generalizó la costumbre de pedir su partición, también se reflejó sobre el patrimonio familiar el derecho separado que cada comunero alcanzaría con la división y que entre tanto, debía ser concebido como una cuota indivisa.

Como acabamos de ver, la comunidad evolucionó en el Derecho romano a diferencia de lo que ocurrió en el Derecho germánico, donde la comunidad experimentó una detención precoz en su desarrollo, sin perjuicio de que posteriormente el mismo Derecho germánico, a raíz de la recepción del Derecho romano, recoja también la comunidad por cuotas, allí denominada «Miteigentum» o «Eigentum nach Bruchteilen», en contraposición a la «Gesamteigentum» o «Eigentum zur gesamten Hand» o comunidad en mano común que representó, en tiempos pretéritos, el fundamento económico de la «Sippe» primitiva, tal y como vimos en el capítulo primero.

Una vez analizados los dos tipos de comunidad, precisaremos las características de cada una de ellas del siguiente modo:

1. En la comunidad romana, la cosa pertenece a los comuneros individualmente considerados, en tanto que en la comunidad germánica la cosa pertenece a los comuneros en cuanto colectividad (467).

2. La existencia de la cuota es privativa de la comunidad romana, entendiendo por cuota la cuantía del derecho de cada comunero y que forma parte del patrimonio de cada titular.

3. A cada comunero de la comunidad romana corresponde la «actio communi dividundo», a diferencia de lo que ocurre en la comunidad germánica, en la que los comuneros están desprovistos de tal acción.

(467) Los copartícipes de la comunidad en «mano común» tienen el «dominium plurium in solidum» (STOBE, *Hand buch des deutschen Privatrechts*, Berlín 1882-5, IV, pág. 226), en tanto que en la comunidad «por cuotas» «duorum quiden in solidum dominium vel possessionem esse non potest» (CELSE, fr. 5 y 15, D. 13, 6).

4. Como consecuencia de la anterior característica, el comunero puede, en la comunidad romana, disponer de su cuota, mientras que tal poder de disposición está vedado al comunero de la comunidad germánica.

5. En la comunidad por cuotas partes existen pretensiones tanto contra los comuneros como contra terceros. Contra el comunero que tenga posesión exclusiva existe una «*partis vindictio*» dirigida a que se otorgue la coposesión; y frente al comunero que se extralimite en su derecho a usar la cosa, existe la acción negatoria. Frente al tercero pueden deducirse análogamente dichas medidas, si bien es de advertir que, en el supuesto de accionar un comunero y no todos, puede optar entre dos posibilidades: o que la cosa sea entregada a todos los copartícipes, o bien concretarse en la «*partis limitatio*» de la parte alícuota a él correspondiente.

b) Comunidad «pro diviso»

Si tenemos en cuenta que los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas suponen en ocasiones una disociación de titularidades que inciden sobre unos mismos bienes en el sentido de que a unas personas corresponde la titularidad de tales aprovechamientos y a otras distintas el resto de las facultades sobre los mismos bienes, conviene que nos planteemos la posibilidad de si en tal hipótesis nos hallamos en presencia de una comunidad entre los dos grupos de titulares. Es decir, si la relación que existe entre los titulares de los pastos y leñas, y los titulares del resto de los aprovechamientos, responde al esquema de la comunidad.

Si como anticipamos anteriormente, una de las características de la comunidad «*pro indiviso*» es que las titularidades de los comuneros han de ser cualitativamente iguales, es totalmente imposible hablar de este tipo de comunidad en este supuesto de hecho, ya que aquí, por definición, las titularidades son cualitativamente distintas: a unas personas corresponden las titularidades de pastos y leñas a otras les corresponden las restantes titularidades.

Institucionalmente es imposible hablar de comunidad «*pro diviso*» y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo entre otras

en la Sentencia de 25 de octubre de 1941 al establecer que no puede aplicarse la expresión «comunidad» en sentido técnico cuando sobre una cosa se estatuyen aprovechamientos diferentes.

Sin embargo, y así lo apuntamos más atrás, cierto sector doctrinal alinea junto a la comunidad «pro indiviso», en la que las titularidades compartidas son cualitativamente iguales, la comunidad «pro diviso», en la que las titularidades son cualitativamente distintas.

Actualmente, la comunidad «pro diviso», está recogida, desde el punto de vista legislativo, en la LMt de 8 de junio de 1957, concretamente en su artículo 23, a cuyo tenor «en los casos de «condominio», cuando el «suelo» pertenezca a un titular o a una entidad pública, y el «vuelo» sea de la propiedad del Estado o de alguna entidad pública, podrán refundirse los dos dominios a favor del dueño del vuelo, indemnizando previamente al del suelo por el procedimiento y reglas que para la fijación del justo precio se contienen en Ley de Expropiación Forzosa. Se exceptúan de este precepto los convenios con el Patrimonio Forestal del Estado» (468).

La LRYDA de 12 de enero de 1973 también menciona la institución en el artículo 140 número 2, si bien bajo la denominación de «dominio dividido», como ha hecho notar García Amigo (469). Establece dicho precepto que «en los supuestos de dominio dividido o existencia de derechos reales de disfrute sobre cosa ajena o personales que incidan sobre las explotaciones de las fincas, los preceptos de esta Ley relativos a comarcas y fincas mejorables afectarán a todos los titulares concurrentes o sucesivos, según la respectiva naturaleza de los derechos que ostenten de acuerdo con la legislación civil».

Salvo estas dos referencias aisladas, a las que habría que añadir la Ley 379 de la Compilación de Navarra relativa a las «corralizas» y analizadas en otro lugar, los textos legales pasan

(468) Este tipo de comunidad ya se hallaba establecido en anteriores disposiciones administrativas; entre otras, en el artículo 6.º de la Ley de Montes de 1863, artículo 62 de su Reglamento de 1865 y en el artículo 35 del Real Decreto de 17 de octubre de 1925.

(469) GARCÍA AMIGO, «Condominio pro diviso o propiedad separada», RDP, 1974, pág. 179.

en silencio la institución de que estamos ocupándonos, por lo que nos hallamos ante un cuasi vacío legislativo. De ahí que hayan sido la doctrina y la jurisprudencia, sin gran apoyatura legal, las que se han ocupado fundamentalmente de este tema, pero ni los autores ni el Tribunal Supremo han logrado establecer un criterio diáfano y esclarecedor al adoptar posiciones a veces contradictorias.

La escasa normativa legal nos sugiere las siguientes consideraciones: de una parte, el artículo 23 de la LMt, por estar reducido a un supuesto muy concreto, nada resuelve en términos generales; de otro lado el artículo 140 número 2 de la LRYDA plantea, pero en modo alguno resuelve, toda la problemática de nuestra institución.

Partiendo del citado artículo 140 número 2, por ser el de formulación más amplia, vemos cómo contrapone la situación de dominio dividido a los derechos reales de disfrute sobre cosa ajena o personales que incidan sobre las explotaciones de las fincas. Esto es de por sí importante, puesto que hay base legal para separar la situación en que el dominio se divide de aquellas otras situaciones en que el dominio se grava.

El Tribunal Supremo se muestra dubitativo en esta importantísima cuestión, ya que frente a sentencias en las que afirma categóricamente la existencia de una «verdadera» comunidad entre los titulares que ostentan en forma concurrente distintos aprovechamientos sobre unos mismos bienes, en otras ocasiones, en supuestos totalmente idénticos, afirma la existencia de una relación jurídica «análoga» a la comunidad de bienes.

En el primer sentido, posiblemente la más importante sea la de 9 de marzo de 1893 en la que se dice: «aunque no haya comunidad en todos los disfrutes y aprovechamientos de una finca, no puede menos de reputarse como copropietario de cosa común al que tiene el derecho de siembra y aquel a quien pertenece el arbolado, ya porque éste se halla adherido al terreno y no puede subsistir apartado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de manera que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro el utilizarse de ellos, impedir, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo». Concluye la citada sentencia que

«por las razones expuestas deben calificarse de copropietarios de cosa común al dueño del suelo y del arbolado, y se manifiesta, con arreglo al artículo 1.522 del Código Civil, la procedencia del retracto, el cual, según otros preceptos del Código, tiene lugar en circunstancias iguales y aún menos cualificadas».

En parecidos términos se pronuncia la Sentencia de 9 de mayo de 1922, al afirmar que «existe condominio o comunidad de bienes no sólo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca «pro indiviso» a diferentes personas, sino también cuando el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos en tal forma que hay entre los copartícipes algo común» (470).

Dentro de este grupo podríamos incluir las Sentencias de 8 de abril de 1909, 25 de enero de 1928 y 21 de noviembre de 1929, según las cuales, la comunidad existe cuando el dominio y los aprovechamientos que de él se derivan están divididos de tal modo que entre los partícipes hay algo común en términos que pueden reputarse como copropietarios, pues hay entre ellos un enlace íntimo dentro del conjunto o totalidad.

Mas, como anticipábamos, el Tribunal Supremo en otras ocasiones, con supuestos fácticos idénticos, no se atreve a calificar la situación como auténtica y verdadera comunidad, sino como una relación «análoga» a la comunidad. Así, por ejemplo, en las Sentencias de 19 de abril de 1901, 9 de julio de 1903 y 3 de abril de 1909 en las que, con ligeras variantes, se afirma que los derechos de hierbas, pastos y agostaderos de un lado, y el de siembra en determinados sitios por otro, sobre una misma cosa, no constituyen una comunidad en el sentido del artículo 392 del Código Civil, pero engendran una relación jurídica «análoga» que autoriza a reputarlos para los efectos del retracto como condueños o copropietarios de una cosa común. Insiste en esta idea también la Sentencia de 6 de julio de 1920, a cuyo tenor, y a propósito del aprovechamiento de hierbas y pastos de un lado, y de labor de otro, se afirma que ambos dueños son copropietarios de una cosa común, tanto porque el derecho de cada uno

(470) *Vid.* en este sentido, entre otras, las sentencias de 8 de abril de 1909 y 25 de enero de 1928.

está adherido al terreno, cuanto porque los derechos de los dos se hallan relacionados y subordinados de un modo absoluto, y los distintos aprovechamientos engendran entre ambos dueños una relación análoga a los demás.

Por último la Sentencia de 8 de abril de 1965, el tratar de calificar el supuesto de hecho de que estamos ocupándonos, dice que cuando el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones contenidas en el dominio, pero sin que por esto aparezca uno como propietario y el otro titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, sino que cada uno de los dos titulares es limitado por el derecho del otro, de manera que, desapareciendo el derecho de uno de ellos, el del otro se amplía sin más, para convertirse en propiedad plena otra vez, la figura resultante no puede calificarse de copropiedad, sino más bien de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa —terminología francesa— o de propiedad dividida, según la técnica germánica.

Después de haber reflejado el criterio dispar de nuestro Tribunal Supremo, podemos observar que la doctrina también se muestra dividida. En efecto, frente a cierto sector doctrinal que circunscribe el concepto de comunidad para la denominada «pro indiviso» y que es la única regulada por el Código Civil, otro sector de nuestra doctrina, en cambio, afirma la existencia de la comunidad «pro diviso» además de la tradicional o «pro indiviso».

Como autores más destacados en este tema está J. Beltrán de Heredia (471) quien, a propósito de la enumeración de los requisitos fundamentales de la comunidad, afirma la necesidad de que se trate de un objeto indivisible, porque si el objeto puede dividirse existirá en realidad una comunidad «pro diviso» que, aunque es una especie de cotitularidad, es, en definitiva, una forma impropia de comunidad. Castán (472) también pone reparos para calificar nuestro supuesto de hecho como «comuni-

(471) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 29.

(472) CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, vol. I, 11.^a ed., Madrid, 1978, págs. 421 y sigs.

dad», ya que, a su juicio, la figura técnica del condominio, tal como la construye la doctrina y la regula el Código Civil español, no aparece claro, ya que para la existencia del condominio es indispensable la unidad e indivisión material del objeto, o lo que es igual, que el derecho de los propietarios recaiga sobre la totalidad e integridad de la cosa de tal modo que cada uno pueda gozar de ella y de sus productos en proporción a su respectiva cuota, sin más limitaciones que las derivadas de la concurrencia de los demás partícipes y del interés general de la comunidad. Y nada de eso sucede —añade— cuando están separadas la propiedad del suelo y la del arbolado, pues el dueño del suelo excluye de su aprovechamiento al propietario del arbolado, fuera de la parte ocupada por este último: y a la inversa, el dueño del arbolado excluye de su aprovechamiento al que lo es del suelo. Más que una verdadera «copropiedad» —concluye— lo que hay en estos casos (muy afines al derecho de superficie) es un «curso o yuxtaposición» de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa, o una figura de «propiedad dividida» (473). Tampoco se muestra partidario de la figura de la «copropiedad» Puig Brutau (474) al analizar la doctrina sentada por la muy conocida Sentencia de 9 de marzo de 1893 —de la que nos ocupamos más atrás—, que afirma la existencia de la figura de la copropiedad. A juicio de este autor, el criterio del Tribunal Supremo en el citado fallo sólo está justificado por la procedencia del resultado y por razones de conveniencia general, de oportunidad y de política jurídica.

La denominada copropiedad «pro diviso» fue ya utilizada doctrinalmente por González Martínez (475) en nuestro derecho a propósito de la Ley de 26 de octubre de 1939, reformadora del artículo 396 del Código Civil (476), y actualmente uno

(473) Obsérvese la coincidencia con lo afirmado en la sentencia de 8 de abril de 1965.

(474) PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, III, vol. 2.º Barcelona, 1973, págs. 53 y 54.

(475) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «Observaciones sobre la copropiedad pro-diviso», *RCDI*, 1971, págs. 71 y sigs.

(476) La Ley de 21 de julio de 1960 derogó a la de 26 de octubre de 1939, dando nueva redacción al artículo 396 del Código Civil.

de sus más firmes defensores es Albadadejo (477). Este autor distingue tres tipos de copropiedad: a) romana, o por cuotas, b) germánica o en mano común, y c) propiedad dividida. A las dos primeras las denomina copropiedad «pro indiviso» y a la última copropiedad «pro diviso».

La copropiedad «pro diviso», señala el profesor Albaladejo, se da cuando el poder pleno, que es la propiedad de la cosa, pertenece a varios, de forma que cada uno tenga ciertas facultades sobre aquélla, y entre todos completen el señorío total. Pero —añade— de tal modo que no quepa decir que la cosa es de uno, o que los otros sólo tienen derechos reales en cosa ajena. A su juicio, así como en el supuesto de que el poder que el dominio encierra si se atribuye a diversos dueños en fracciones cualitativamente iguales se denomina propiedad «pro indiviso», cuando las distintas facultades se dividen entre varias personas se denominan copropiedad «pro diviso». Añade que el criterio de «*numerus apertus*» en materia de derechos reales que existe en nuestro ordenamiento jurídico posibilita su existencia.

La denominada propiedad dividida puede, según Lacruz (478) presentarse de tres maneras distintas:

a) División por facultades jurídicas.—Se distribuyen entre dos titulares las facultades del dominio, pero conservando la titularidad de cada una la «vis atractiva» de la propiedad: la virtud de atraer y absorber aquellas facultades que quedan sin sujeto, como sucede en el censo enfiteútico con los dominios útil y directo, dado el acrecimiento de cada uno por renunciar el otro a su derecho y dada la posibilidad, en el terreno registral, de abrir folio tanto el dominio directo como el útil según el artículo 377 del RH.

b) División por disfrutes materiales.—Es el caso contemplado en el artículo 23 de la LMr, y que es el que a nosotros interesa en nuestro estudio. Esta figura, aunque no se acepta como condominio, de modo general, en la legislación, sí se acepta por la jurisprudencia, de modo que cada aprovechamiento constituye un derecho real típico con los caracteres de la propie-

(477) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. 1.º Barcelona, 1976, págs. 381, 382 y 435 y sigs.

(478) LACRUZ, *Manual de Derecho Civil*, Barcelona, 1979, págs. 349 y 350.

dad, derecho que el Tribunal Supremo asimila por analogía a la copropiedad.

c) División por tiempo de utilización.—Figura apenas practicada en España aunque sí en algunos países de Suramérica y que consiste en que la utilización de la cosa se divide en períodos de tiempo.

A nuestro modo de ver, tal vez para dar una contestación adecuada al tema planteado, sea preciso partir del concepto mismo del derecho de propiedad, para ver si sobre un mismo objeto pueden predicarse diversos derechos dominicales.

Sin entrar en un minucioso análisis del tema, por exceder los límites del presente estudio, podríamos afirmar que en la primitiva propiedad germana no se concibió al dominio como un poder unitario y omnicomprensivo sobre cualquier cosa. De ahí que, como ha señalado De Diego (479), «el señorío de las personas sobre las cosas de la naturaleza exterior tiene entre los germanos un nombre: «gewere», y esencialmente ésta se concreta en el goce de ellas. El que goza del fundo tiene la «gewere» y particularmente el propietario, el usufructuario, el acreedor prendario, el feudatario y el tutor que actúa la tutela fructuaria (Heusler). Estas son las modalidades varias de un mismo concepto, iguales en sentido y diferentes sólo en intensidad o duración o en el fin a que respectivamente miran.

Por esto, el concepto de servidumbres como «ius in re aliena» fue desconocido al principio por los germanos; la servidumbre era un derecho congénere a la propiedad misma, y el usufructo no tuvo tampoco el concepto de un derecho real en cosa de otro, sino el de un derecho igual en su contenido a la propiedad. El usufructuario representa la cosa frente a cualquiera, y no tiene necesidad de recurrir cuando sufra molestias o perturbación, al propietario, ya que él sólo goza de la cosa y ninguno más que él tiene interés en impedir que el estado actual de hecho sea perturbado.

De aquí surge la tendencia del derecho germano a aquella forma de propiedad que se llama «dividida», en que hay varios dueños de una misma cosa, aunque para fines distintos, desdo-

(479) DE DIEGO, *Dictámenes Jurídicos*, Barcelona, 1958, II, pág. 244.

blándose el dominio de ella en tantos cuantos sean sus aprovechamientos y los que gozan de éstos; y es que diluida la propiedad germánica en el goce de los inmuebles y siendo la «gewere» el goce efectivo de éstos, hay tantas «gewere» como goces o aprovechamientos, que puede pertenecer a distintos titulares, y todos a su modo y en participación son propietarios o dueños.

En los derechos germánicos, hasta época avanzada no existe ningún derecho real que, como la propiedad de nuestros Códigos Civiles, tenga un valor absorbente y exclusivo hasta el extremo de cubrir con toda intensidad la totalidad de la cosa poseída, sino que ésta se presenta como posible objeto material de múltiples y simultáneas facultades, cada una de las cuales puede corresponder a un titular diferente, con lo que falta un concepto unitario del dominio, y éste aparece desintegrado y dividido (480).

Pues bien, como señala Lacruz (481), lejano eco de este planteamiento es la propiedad dividida por aprovechamientos, de la que hemos visto casos válidos en nuestra jurisprudencia. Así también en Italia el derecho de uso colectivo, que por cuanto afecta directa e indirectamente a la propiedad originaria de la colectividad, no es una simple limitación de la propiedad privada, sino una participación en el dominio, y por eso no se extingue aunque deje de ejercitarse mucho tiempo. Es verdaderamente una minoración del derecho absoluto de propiedad; y al extinguirse, el propietario no se libera de una carga, sino que adquiere un derecho nuevo; en tanto que la prescripción extintiva de la servidumbre es una consecuencia inmediata del desuso y con ella readquiere el propietario la integridad de su derecho sin realizar acto alguno positivo. Como dice Venezian (482), «la prescripción extintiva del derecho de uso colectivo no se da sino a consecuencia de usucapir el propietario las facultades que contiene aquél».

Sin embargo, la concepción romanista del dominio dista mucho de cuanto acabamos de señalar respecto de la propiedad

(480) COSSÍO, «La nuda propiedad» ADC. 1955, pág. 743.

(481) LACRUZ, en su Dictamen.

(482) VENEZIAN, *Usufructo. Uso y Habitación* I, Trad. española, Madrid, 1928, pág. 190.

germana. En un principio se concibe y define a la propiedad como una serie de facultades. Este criterio enunciativo de facultades ha sido felizmente superado en los tiempos actuales, pudiéndose afirmar que en la casi totalidad de la doctrina moderna, con más o menos variantes, se concibe a la propiedad como un centro unitario de todas las posibles facultades, y no como una mera suma de tales facultades.

El aspecto unitario de la propiedad se destaca asimismo por la pandectística alemana. Así Windscheid (483) agudamente dice que las facultades no se pueden concebir como un «prius» y la propiedad como un «posterius», y ni siquiera se debe tomar como punto de partida aquéllas para definir ésta. No se forma la propiedad encerrando en un grupo diversas facultades; en cambio, las diversas relaciones y facultades tienen vida solamente en virtud de la propiedad. En línea parecida el también pandectista Brinz (484) señala en forma categórica que al propietario corresponde no la suma, sino la unidad de todos los derechos que pueden ejercitarse sobre la cosa; con cuya fórmula se quiere decir que tales derechos son ilimitados y absolutos.

La concepción dominical de la pandectística es hoy, como afirmamos más arriba, lugar común entre los juristas; así autores tan autorizados como Barassi señalan que el derecho de propiedad tiene un contenido unitario.

Barassi (485) afirma, en esta nueva dirección, que el derecho de propiedad tiene un contenido unitario y homogéneo, aunque no sea posible determinarlo con criterios objetivos. La propiedad no es una suma de facultades singulares, más o menos determinables; no se puede descomponer analíticamente su contenido como lo hacía la antigua doctrina del Derecho común. La propiedad es puramente un señorío, su goce se ejercita como un todo global, como un señorío indivisible, de igual modo que es indivisible la autonomía económica del propietario. Por eso no

(483) WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*. Trad. italiana, II, Turín, 1902, pág. 115.

(484) BRINZ, citado por STOLFI en su *Corso di Diritto civile II*. 1, Turín, 1926, pág. 230.

(485) BARASSI, *La proprietà*, Milán, 1939, págs. 27 y sigs. Vid. también en este sentido PUGLIATTI, *La proprietà nel nuovo diritto*. Milán, 1954.

es posible una definición de este derecho mediante la enumeración de aquellas facultades: el contenido del derecho de propiedad comprende una cantidad de facultades tal y tan indefinidas que no cabe enumerarlas.

En esta misma línea Biondi (486) señala que solamente la propiedad tiene un contenido general. La abstracción, como nota definitoria de la misma, implica que el propietario tiene respecto de la cosa poderes tan generales e indeterminados que no se pueden encerrar en una lista precisa y definitiva: las facultades de gozar y disponer son enunciadas por el artículo 832 del Código Civil italiano (art. 348 del Código Civil español) a manera de ejemplo, y el propietario puede ejercitar indudablemente poderes que no se incluyen en estas dos facultades: Su poder es verdaderamente general en cuanto se puede aplicar hasta que no encuentre un límite legal o voluntario. La generalidad se conduce a la abstracción, que es un carácter propio e inconfundible del dominio.

El Código Civil español formula el concepto de propiedad en el artículo 348, a cuyo tenor, «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes». Con esta fórmula fácilmente se comprende que nuestro Código no se aparta de la concepción romanista tradicional.

Sin entrar en una crítica de este precepto, que ya ha sido apuntada en algún lugar de esta obra, hemos de consignar que como señala García Cantero (487), no resulta fácil ofrecer hoy una satisfactoria definición doctrinal del derecho de dominio, ya que, como este autor expresa, la mayor dificultad radica en la pluralidad de normas legales que regulan el derecho de propiedad (Código Civil y Leyes Especiales).

Por tanto, si existe una plural perspectiva legal del concepto, está justificado que en los momentos actuales la doctrina destaque diversos aspectos del mismo. Así, frente a ciertos auto-

(486) BIONDI, *Las servidumbres*, trad. española con extensas anotaciones de GONZÁLEZ PORRAS, Madrid, 1978, pág. 147.

(487) GARCÍA CANTERO, en nota a pie de la página 137 de la obra, puesta al día por él, de CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, vol. 1.º 11.ª ed., Madrid, 1978.

res que ponen de relieve, con toda razón, que la propiedad es el máximo derecho patrimonial sobre los bienes, definiéndola en consecuencia como el poder jurídico pleno sobre una cosa (488), otros autores destacan que la propiedad es una situación jurídica en que la persona del propietario se encuentra colocada dentro de la comunidad, caracterizándole las notas de funcionalidad de un lado, y de amplitud y elasticidad de su contenido, de otro. De ahí que en esta última corriente doctrinal se conciba al dominio como un derecho absoluto en el sentido de que es el derecho de contenido más amplio que el ordenamiento jurídico conoce, pero este contenido puede ser variable, tanto históricamente y desde el punto de vista legislativo, como, en un momento dado, desde el punto de vista de cada situación concreta (489).

Si seguimos la tesis del primer sector doctrinal y la propiedad se concibe como el poder pleno sobre una cosa, al llevar inherente la idea de exclusividad, imposibilitaría totalmente la idea del dominio dividido en el sentido de que puedan considerarse propietarios los titulares de aprovechamientos distintos (pastos, leñas, siembra, etc.). La exclusividad predicada sería incompatible con tal situación; si cada propietario es titular «pleno» sobre una cosa, ¿cómo poder concebir que sobre la misma cosa exista otro titular «pleno»? Por lo tanto, la inaceptabilidad del tipo de «propiedad de los aprovechamientos» aparece como algo incuestionable.

Sin embargo, cierto sector doctrinal defiende, y ciertas sentencias reconocen, que en determinados supuestos fácticos en que concurren varios titulares a distintos aprovechamientos, unos y otros son considerados como titulares dominicales de sus respectivos disfrutes dimanantes de la misma cosa. Esta hipótesis, con carácter excepcional desde luego, puede tener encaje tanto en la primera como en la segunda acepción, ya que el contenido de la propiedad puede ser variable en cada situación concreta.

Esta realidad, consagrada jurisprudencialmente, puede tener su apoyatura legal, entre otros, en los artículos 2 de la LH y 7 del RH que preconizan un sistema de «*numerus apertus*» de

(488) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. 1.º 2.ª ed., Barcelona, 1976, pág. 244.

(489) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, Madrid, 1977, pág. 105 y 106.

derechos reales, siquiera tal sistema sea relativo, según hemos señalado en otro lugar. No obstante, en la propiedad germana, según vimos más atrás, sí que tendría perfecta cabida a través del antiguo instituto de la «gewere».

Podríamos concluir que en términos generales no es posible hablar de propiedad dividida por facultades. Pero tal principio general no excluye la persistencia de ciertas modalidades de propiedad —llamadas por Lacruz (490) heterodoxas— procedentes de costumbres autóctonas e incongruentes con los cánones romanistas; pero se tratará siempre de excepciones cuya tutela por el ordenamiento jurídico obedece a un fundamento singular y propio de cada caso.

Partiendo de la existencia de tales hipótesis de propiedad dividida, es innegable la dificultad que encierran la mayor parte de los supuestos fácticos para determinar claramente la existencia de tal figura y no la de otra completamente distinta. En otras palabras, es sumamente difícil determinar, en el caso de que sobre una misma finca existan aprovechamientos diferentes con diferentes titulares, cuándo nos hallamos en la situación de propiedad dividida en razón de los distintos aprovechamientos y titulares, y cuándo en presencia de un dominio gravado con ciertos aprovechamientos.

La importancia de la calificación jurídica es incuestionable, ya que si partimos de que ciertos aprovechamientos constituyen un gravamen sobre la finca y, por lo tanto, se configuran como servidumbres, tendrían su encaje en el artículo 531 del Código Civil, y cuando el aprovechamiento consista en pastos y leñas —que es la razón de ser de nuestro estudio— serían aplicables los artículos 603 y 604 y, como consecuencia, tales aprovechamientos pueden ser redimidos por el titular de las fincas gravadas. Si, por el contrario, los aprovechamientos de pastos y leñas no pueden ser considerados como gravamen, sino como derechos autónomos sobre la cosa sin que aparezca la existencia del dominio gravado, la redención no es posible.

Por lo tanto, es fundamental señalar, en el supuesto de concurrencia de varios titulares sobre los distintos aprovecha-

(490) LACRUZ, en su Dictamen.

mientos de una finca rústica, qué criterios deben tenerse en cuenta para señalar si nos hallamos, o no, en presencia de una servidumbre.

Cuando el origen del aprovechamiento consta en un título, en el que aparece claramente su configuración, es evidente que el propio título nos brindará la solución que buscamos. Mas, en la mayor parte de las ocasiones, este criterio no es posible por carecer de título, que o bien nunca existió, o caso de haber existido alguna vez, ha desaparecido. Aquí cobra todo su esplendor la dificultad, y curiosamente el Tribunal Supremo que en repetidos fallos prevé que el aprovechamiento no constituye una servidumbre, no nos da ningún género de luz en tan oscura materia (491).

No habrá más remedio que recurrir a la forma en que los aprovechamientos se ejercitan: cuando el aprovechamiento es un disfrute principal de los productos fundamentales de una tierra por su naturaleza, destino o capacidad productiva, poseído en su integridad como dueño, la figura de la servidumbre está ausente. Este aprovechamiento, en unión de los restantes de la finca, agotará lo que normalmente es el contenido del dominio, no observándose en ninguno de ellos prioridad ni rango.

Si, por el contrario, ciertos aprovechamientos atribuidos a uno o varios titulares carecen de las cualidades antes consignadas por evidenciar un límite a una prioridad, tales aprovechamientos constituyen un gravamen y por tanto una servidumbre personal.

No obstante, la dificultad de distinguir una y otra situación es evidente. Así lo reconoce Poveda Murcia (492) en un interesantísimo estudio que hace de esta materia. Este autor acude a la idea de «límite» extraída de diversos fallos jurisprudenciales para saber si el aprovechamiento constituye o no una servidumbre. Después de destacar, con toda razón, que la concurrencia de varios aprovechamientos sobre una misma finca lleva inherente

(491) El criterio jurisprudencial, sentado en repetidas sentencias, tales como las de 29 de enero de 1910 y 18 de febrero de 1932, es el de atender en cada caso a los orígenes de los aprovechamientos para poder estimar su verdadera naturaleza.

(492) POVEDA MURCIA, «Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas», ADC. 1949, págs. 149 y sigs.

la idea de «límite» en el sentido de que cada aprovechamiento limita a los restantes, y por lo tanto es un límite que él califica de «objetivo», en determinadas hipótesis, además, existe un «límite subjetivo» del titular del aprovechamiento en el sentido de que solamente se limitará cada aprovechamiento a las necesidades del titular; así v. g. cuando el aprovechamiento de pastos se limite a los que puedan aprovecharse en épocas, forma y con ganados determinados (Sentencias de 14 de noviembre de 1924, 6 de julio de 1918, 20 de marzo de 1929), o cuando el derecho a obtener determinados productos de la finca se refiere solamente a los destinados al consumo del titular, prohibiéndose toda suerte de granjería (Sentencia 9 de abril de 1909).

Según Poveda Murcia, esta limitación subjetiva caracteriza suficientemente los derechos afectados para considerarlos de naturaleza jurídica distinta a la de aquellos otros que recaen, de un modo absoluto, sobre la totalidad del aprovechamiento. Estos derechos subjetivamente limitados deben —de no existir inconvenientes de otra índole que lo impidan— calificarse de servidumbres personales, ya que a su juicio la nota de relación entre la amplitud del derecho y las necesidades de la persona del titular debe, en este trance, ser decisiva, pues característica de las servidumbres personales es, según De Diego —al que él cita— no poder ir más allá de las necesidades de la persona a quien benefician.

Sin embargo, el propio Poveda reconoce que la nota aludida por sí sola no caracteriza un derecho como servidumbre; pero que esta nota de limitación subjetiva es la que acerca más a estas relaciones a las servidumbres y las separa de forma tajante de aquellas otras que, semejantes en su aspecto externo, carecen de esta importante característica.

Finalmente señala que a la misma conclusión, y por idénticos motivos, habremos de llegar cuando los derechos observados sean vitalicios o intransferibles y, en general, cuando el derecho del titular del aprovechamiento encuentre una limitación a sus facultades que no sea de las llamadas objetivas.

Ante la ausencia de criterios claros y decididos, no queda otra solución que analizar el caso concreto de que se trate y cumulativamente aplicar estos criterios parciales que han queda-

do señalados. De esta forma es posible encontrar la naturaleza del aprovechamiento de que se trate.

Después de haber configurado la naturaleza del aprovechamiento podríamos concluir que si nos hallamos en presencia de una servidumbre, su redención es posible y el dominio recobrará su plenitud dada la fuerza expansiva que el dominio tiene. Naturalmente, la fuerza expansiva, o «vis atractiva» es atributo de la propiedad, nunca de un derecho real en cosa ajena, como lo es la servidumbre.

Cuando el aprovechamiento en sí mismo considerado constituye un derecho autónomo, sin que signifique, de acuerdo con los criterios señalados anteriormente, un gravamen o limitación de una propiedad residual, sin embargo, no creemos que pueda hablarse propiamente de una comunidad, a no ser que se desvirtúe esta figura jurídica. Si el Tribunal Supremo ha calificado en alguna ocasión de «comunidad» la concurrencia de varios titulares en los diversos aprovechamientos de que es susceptible una finca, lo ha hecho con una indudable violencia del término «comunidad» como lo reconoce el mismo Tribunal Supremo al decir en situaciones idénticas que constituye una relación «análoga» a la comunidad.

Es evidente que la jurisprudencia persigue una finalidad, que aparece como una constante en sus fallos: aplicar la figura de retracto. Mas, para ello, no es necesario forzar calificaciones: el retracto se da en supuestos distintos de la comunidad (colindancia, arrendamientos, etc.). Por lo tanto, lo deseable sería que el legislador abordara la regulación de esta materia, estableciendo la existencia de retracto en caso de enajenación de algunos de los aprovechamientos cuando no constituyen limitaciones de ningún dominio; pero mientras eso no suceda, conténtese el Tribunal Supremo con afirmar la existencia de una situación «análoga» a la comunidad, como certeramente señala en múltiples fallos, pero nunca una verdadera comunidad.

A nuestro juicio, los diversos titulares no son condóminos, sino titulares de unas «propiedades especiales».

No son condóminos, porque no comparten el dominio, ya que cada uno es titular exclusivo de determinado aprovechamiento; cada uno es dueño por separado de su propia parcela económica. Sólo por abuso de lenguaje podríamos considerarlos como

comuneros al tener como base cada aprovechamiento una misma cosa; pero esto también sería predicable v. g. del usufructuario y el nudo propietario (aunque el supuesto sea distinto), al tener sus derechos como base un mismo objeto.

En realidad, la situación que contemplamos no puede considerarse como una comunidad ni tampoco ninguno de los titulares lo es de un «ius in re aliena» porque no se grava ningún dominio. Se distingue de ambas figuras jurídicas.

De ahí que consideremos que el derecho de cada uno de los titulares, al no ser compartido con los derechos de los demás, no supone un gravamen, aunque sí una limitación, respecto de los otros aprovechamientos; es una propiedad con especiales características ya que su objeto no es la cosa íntegra e independiente, sino solamente un determinado aprovechamiento de la misma. La concurrencia de las diversas titularidades daría lugar, como señala la sentencia de 8 de abril de 1965, a un mero «curso o yuxtaposición de propiedades distintas sobre una misma cosa» o a una «propiedad dividida».

Esta calificación no debe excluir la posibilidad del retracto. Al contrario: consideramos que cuando un propietario de un aprovechamiento enajena su derecho, debe propiciarse el juego de aquel remedio de consolidación dominical. Si el retracto está justificado en la comunidad verdadera, con igual motivo lo estará en el supuesto de enajenación de alguno de los aprovechamientos ostentados a título de dueño en favor de los titulares de los otros aprovechamientos concurrentes sobre la misma finca.

Asimismo, si alguno de los aprovechamientos se extingue, tal extinción debe suponer una ampliación en los aprovechamientos que subsistan, ya que cada uno de los citados aprovechamientos dominicales tiene la «vis atractiva», en el sentido de poder absorber los aprovechamientos desaparecidos en su camino hacia la propiedad plena sobre toda la cosa. En cuanto a la posibilidad de aplicar a esta situación de dominio dividido el artículo 175 de la LRYDA, según defiende García Amigo (493) como medio para unificar los derechos separados sobre el mismo fundo,

(493) GARCÍA AMIGO, ob. cit., pág. 200.

creemos que sólo una interpretación forzada del precepto puede llevarnos a tan loables resultados.

Todo esto ha de ser objeto de regulación positiva. El legislador debe plantearse la necesidad de definir y calificar adecuadamente nuestro supuesto de hecho y resolver la extraordinaria problemática que esta realidad fáctica plantea (494).

E) Servidumbre

Cierto sector doctrinal defiende que los aprovechamientos comunitarios, tal y como son regulados por el Código Civil, constituyen una servidumbre por ser ésta la única institución regulada por los artículos 600 al 604 de dicho cuerpo legal. Así, entre otros, Valverde (495), quien afirma que, aunque a primera vista el caso de la comunidad de pastos parece una manifestación de la copropiedad —y sin negar que ésta pueda existir cuando dos o más propietarios tienen derecho a que pasten sus ganados en sus predios recíprocamente—, opina que la única institución regulada en estos artículos es una servidumbre de las que el Código llama personales. Análogamente BURON (496) estima que deben encuadrarse los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas regulados por nuestro Código Civil, dentro de las servidumbres.

Por su parte, De Buen se pronuncia asimismo en sentido unitario al estimar que en la comunidad de pastos hay un derecho caracterizado por su ejercicio comunal, cuya naturaleza es cercana a la del usufructo y cabe dentro del concepto de servidumbre personal. Sin embargo, este mismo autor afirma con

(494) A título meramente enunciativo podríamos poner de manifiesto interrogantes tan graves como éstas: ¿Quién tiene derecho a retraer si se enajena una finca colindante a la que es ostentada por diversos titulares dominicales en cada uno de los aprovechamientos? ¿En qué proporción? ¿Quién puede decidir el cambio de destino económico de la finca si esto fuera necesario de conformidad con lo dispuesto por la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario? ¿Cómo quedarán regulados los diversos aprovechamientos después del cambio? ¿Tendrán que desaparecer alguno o algunos de ellos?, etc.

(495) VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, Valladolid, 1925, pág. 349.

(496) BURÓN, *Derecho Civil Español*, Valladolid, 1898, II, págs. 390 y sigs.

anterioridad que cuando la situación de los diversos propietarios es la misma, sin que en ninguno de ellos aparezcan las típicas facultades dominicales, la situación tendrá grandes analogías con el supuesto de condominio, aunque no lo sea en un sentido estricto (497).

Hemos de advertir que nuestras Partidas (498) ostentaron también —siguiendo al Derecho romano— el criterio de considerar a los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas como una servidumbre aunque no de las llamadas personales, sino una verdadera servidumbre predial referida a la típica «*percoris pascendi*». Y es fácil imaginar que nuestros juristas se hayan visto influenciados por el sistema de nuestro Código de Partidas al tomar posición con respecto a la naturaleza jurídica de los aprovechamientos colectivos de pastos y leñas.

Al igual que hicimos en el epígrafe anterior con respecto a la «comunidad», conviene que en éste, y por idénticas razones, precisemos el concepto de «servidumbre» y, a la vez, que hagamos un análisis concreto, dentro de éstas, de las denominadas «personales», por ser indudablemente a las que estos autores están haciendo referencia. Sólo de esta forma podremos percibir el alcance de sus afirmaciones.

No es tarea fácil definir satisfactoriamente las servidumbres por tratarse de una figura de naturaleza jurídica discutida, lo que, unido a la pluralidad de matices que puede revestir, da como consecuencia el hecho de que algunos autores lleguen a calificarla de indefinible.

Los juristas romanos, conocedores, como dicen ellos mismos, de que toda definición en materia de derecho «*periculosa est*», se abstuvieron de ofrecer alguna. Han creado y elaborado el

(497) DE BUEN, *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*, II, 1923, págs. 700 y sigs. y 822.

(498) La Ley 16, Tit. XXXII de la Partida 3.^a afirma: «... otorgando un ome a otro para siempre que metiese sus bueyes, o sus bestias con que labrare su heredad, en algún prado o defesa; por tal otorgamiento gana el otro servidumbre en aquel prado o en aquella defesa, e puede usar della él e los otros que quieren aquella heredad, porque le otorgó aquella postura; e magüer él vendiesse o enagenasse aquel prado, o aquella defesa, el otro a quien passase non le pueda defender, que non usen de aquella servidumbre».

concepto de servidumbre en base a una intuición, pero no han osado presentar ni tan siquiera una de las definiciones que encontramos en las fuentes, aunque no sean definitivas o aproximadas. La institución es tan variada y ha sufrido un desarrollo tan intenso que no era fácil para ellos presentar una fórmula general. Los antiguos intérpretes y los pandectistas, atraídos por la reagrupación del usufructo, del uso y de la habitación en el círculo de las servidumbres, han ofrecido enunciaciones generales y de escaso valor porque, en definitiva, definen el derecho general de goce (499).

De estas dificultades no se libra el Derecho español; de ahí que como señala Roca Juan (500), el concepto de servidumbre ofrece la particularidad de aparecer, desde el punto de vista histórico, bastante oscuro e incompleto.

En términos generales, podríamos afirmar que las servidumbres se presentan como restricciones del derecho de propiedad e indican el estado de sujeción en que se encuentra el fundo que la sufre. El fundamento de las prediales no es otro que la necesaria relación y armonía que ha de existir entre los fundos para su mejor aprovechamiento, de forma que el beneficio obtenido supere, o al menos iguale, el perjuicio causado. De ahí pues que las servidumbres constituyan un elemento indispensable para la organización jurídica de la propiedad en ciertas hipótesis.

En toda servidumbre podemos distinguir, según indica González Alegre (501), un lado o aspecto pasivo, de gravamen, y otro activo, de goce o aprovechamiento. El primero de dichos aspectos hace referencia al titular del fundo o fundos gravados; el segundo alude a la facultad inherente al titular de la servidumbre.

Si comparamos a la servidumbre con los restantes «iura in re aliena» vemos que en estos últimos se destaca extraordinariamente el lado o aspecto activo, a diferencia de lo que ocurre con las servidumbres, en las que, de acuerdo con las concepciones clásicas, se ha destacado el aspecto pasivo, dando mucha más impor-

(499) BIONDI, *Las servidumbres*, pág. 111.

(500) ROCA, Juan, *De las servidumbres*, Barcelona, 1961, págs. 4 y sigs.

(501) GONZÁLEZ ALEGRE, *Manual de servidumbres*, Madrid, 1958, págs. 14 y sigs.

tancia al gravamen que supone para el fundo sobre el que recae, que no a la facultad que el titular de la servidumbre ostenta. En las servidumbres el denominador común —como señala Biondi (502)— viene dado por la sujeción de un fundo.

Sin embargo, modernamente se tiende a resaltar ambos criterios e incluso se ha destacado en primerísimo lugar el derecho de goce, lo que supone relegar a un segundo término el aspecto pasivo o de gravamen.

Indudablemente, sólo uniendo ambas facetas, activa y pasiva, podremos obtener una definición satisfactoria de las mismas. En este sentido nos parece muy acertado el concepto que de ellas formula Clemente de Diego (503) quien, aceptando la definición de Pastor y Alvira, entiende por servidumbre «el derecho real que se constituye gravando una cosa con la prestación de servicios determinados, en provecho exclusivo de persona que no es su dueño o de finca que corresponde a otro propietario». Recoge nuestro civilista en esta definición los dos aspectos a que hemos aludido, y así cuando habla de «derecho real... en provecho exclusivo...», está haciendo referencia a la facultad inherente al titular de la misma; cuando dice «... que se constituye gravando...», está aludiendo al aspecto pasivo, correspondiente al titular del fundo o fundos gravados.

Por su parte Dusi (504) afirma que las «servidumbres son los derechos limitados de goce sobre cosa ajena, pertenecientes e inherentes a una persona o a un fundo». Destaca, asimismo, el profesor italiano los dos aspectos, puesto que al estimar que son derechos «limitados de goce sobre cosa ajena», está haciendo referencia al aspecto activo; y al significar «... sobre cosa ajena» es indudable que tales derechos constituirán un gravamen y, por tanto, está aludiendo al aspecto pasivo.

Sin embargo, podría objetarse a estas definiciones apuntadas, que adolecen de un defecto, cual es el dar un concepto demasiado simplista de las servidumbres, pues si bien es cierto que en la mayor parte de los casos la limitación que supone se hace en

(502) BIONDI, *Las servidumbres*, pág. 113.

(503) CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho Civil Español*, Madrid, 1959, ed. puesta al día por Alfonso de Cossío y Antonio Gullón, I, pág. 443.

(504) DUSI, *Instituzioni di Diritto Civile I*, Turín, 1930, pág. 364.

favor de una sola persona o de un solo fundo, y también sobre un fundo determinado, a veces hay pluralidad de personas o fundos afectados, como ocurre en el supuesto de los aprovechamientos colectivos de pastos y leñas, por lo cual sería deseable que pluralizaran los términos de tales definiciones.

Podemos señalar como características inherentes a toda servidumbre las siguientes:

1.^a Es un derecho real que recae sobre la cosa misma, y por ser tal derecho, está amparada por una acción de carácter real: «acción confesoria».

2.^a Según la regla «nemini res sua servit», es un derecho real que recae necesariamente sobre la cosa de otro, nunca sobre la propia. Este principio se basa en la consideración de que el propietario de los fundos puede ejercitar «iure dominii» aquellas facultades que pueden formar el objeto de la servidumbre (505).

3.^a Inseparabilidad del fundo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 534 del Código Civil, según el cual «las servidumbres son inseparables de la finca a que activa o pasivamente pertenecen».

Esta inseparabilidad o inherencia al fundo es consustancial a la servidumbre, ya que inherencia y predialidad están estrechamente conectadas; de ahí que la servidumbre acompañe al predio en todas sus vicisitudes y, tal y como señala BIONDI (506), la subjetividad activa y pasiva se transmite con la transferencia de los fundos.

4.^a Indivisibilidad, a tenor de lo que preceptúa el artículo 535 del propio Código Civil, cuando establece que «las servidumbres son indivisibles...». Tal característica la encontramos en múltiples textos del Derecho romano y en nuestro Derecho está formulada explícitamente en la Ley 9, título XXXI de la Partida 3.^a, recogiendo en el artículo 481 del Proyecto de 1851.

5.^a Por ser una excepción al modo normal del dominio, es preciso probar su existencia, no presumiéndose nunca.

6.^a Han de comportar alguna utilidad a su titular, ya que de otra forma no es posible concebir la servidumbre, si bien tal utilidad puede ser temporal e incluso futura, pero nunca podrá

(505) BIONDI, *Las servidumbres*, págs. 214 y 215.

(506) BIONDI, *Las servidumbres*, pág. 189.

abarcas la totalidad del fundo ya que, por esencia, la servidumbre tiene un contenido limitado. La servidumbre, para existir, dice Albaladejo (507) (lo mismo para establecerse que para continuar viviendo después), necesita prestar una utilidad, satisfacer un interés, lo que significa que el gravamen no puede ser más amplio de la utilidad que proporcione.

7.^a Están limitadas en lo que se refiere a su cuantía, a las necesidades de quien las ostenta; de ahí que si se trata de servidumbres personales desaparecerán, normalmente, con la muerte de la persona a cuyo favor se constituyó, y si son prediales, sólo satisfarán las necesidades del fundo dominante.

Tanto en esta última característica apuntada como en las definiciones que señalamos anteriormente, estamos aludiendo a las dos clases de servidumbres que podríamos señalar como modalidades de una primerísima clasificación. En efecto, si bien es cierto que las servidumbres son susceptibles de múltiples clasificaciones, a las que alude nuestro Código en su articulado, es evidente que a nosotros nos interesa de forma destacadísima aquel criterio clasificador que distingue las servidumbres personales y las prediales, ya que cuando existen las servidumbres de pastos y leñas, pertenecen, como razonaremos más adelante, al grupo de las personales.

Las servidumbres prediales están establecidas en provecho exclusivo de una finca perteneciente a distinto propietario. Es, por tanto, un derecho real de disfrute que presenta las siguientes características: a) Limita las facultades dominicales del titular de un predio. b) El predio afectado por la limitación se denomina sirviente. c) El fundo que recibe el beneficio del gravado se llama dominante. d) Queda así establecida la relación jurídica real entre el titular del predio dominante y del predio sirviente. A estas servidumbres se refiere el artículo 530 del Código Civil cuando establece que «la servidumbre es un gravamen impuesto sobre un inmueble en beneficio de otro perteneciente a distinto dueño. El inmueble a cuyo favor está constituida la servidumbre se llama predio dominante; el que la sufre, predio sirviente».

Realmente, a excepción hecha del artículo 531 y de los ar-

(507) ALBALADEJO, *Derecho Civil III*, vol. 2.º Barcelona, 1977, pág. 110.

títulos 600 al 604, según veremos, los preceptos restantes del Código Civil relativos a las servidumbres están contemplando única y exclusivamente a las prediales, silenciando la regulación de las servidumbres personales. No obstante, muchos de los preceptos son aplicables tanto a uno como a otro tipo de servidumbres.

El artículo 531 del Código Civil completa la definición del artículo que le antecede al preceptuar que «también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad, a quienes no pertenezca la finca gravada».

Es indudable que el artículo 531 está aludiendo a las servidumbres denominadas personales, que desde nuestro punto de vista, repetimos, son las que nos interesan. En efecto, los aprovechamientos colectivos de pastos y leñas, cuando constituyen un gravamen, únicamente tienen cabida en el marco de las servidumbres personales, por estar establecidos en favor de personas y no en favor de predios. Por tanto, en lo sucesivo, limitaremos nuestra exposición a las servidumbres personales, en las que, a diferencia de las prediales, no existe predio dominante por recaer el beneficio que la servidumbre supone, de forma inmediata, en las personas con independencia de los predios.

Podríamos definir las, como Ossorio Morales (508), como «un gravamen impuesto sobre un inmueble en provecho de una o más personas o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada», definición que está apoyándose, como fácilmente se deduce, en el texto del artículo 531 del Código Civil.

Conviene advertir que en el Derecho romano justiniano, si bien se reconoció su existencia, quedaban encuadrados dentro de la acepción «servidumbres personales», que se contraponían a las reales o prediales, los derechos de usufructo, uso y habitación (509), siendo así que modernamente estos derechos son calificados por nuestro Código como derechos reales con peculiar naturaleza, y no como servidumbres personales.

Sin embargo, esta innovación en nuestro ordenamiento es tardía, pues en el Derecho histórico patrio el criterio romano era

(508) OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*. Madrid, 1936, pág. 12.

(509) Dig. 8, I.1 (atribuido a Marciano: *Servitutes aut personarum sunt ut usus et usufructus, aut rerum, ut servitutes rusticorum praediorum et urbanorum*).

sustentado en su pureza (510). Esta modificación es recogida por nuestro primer texto legal, fiel reflejo de lo que preceptuó el Código Civil francés, al que tomó por modelo, si bien se quedó atrás en su intento, ya que si negó la inclusión de los derechos de usufructo, uso y habitación dentro del ámbito de las servidumbres personales, no llegó a negar la existencia de éstas, como hizo el Código napoleónico que los concebía como reminiscencias feudales. En efecto, a las servidumbres personales, sin mencionarlas, está aludiendo en el, tantas veces citado, artículo 531.

La exclusión del usufructo, uso y habitación del seno de las servidumbres personales ya la encontramos en la LH de 3 de diciembre de 1869, puesto que el número 2 del artículo 4 establecía que «serán objeto de inscripción: los títulos en que se constituyan, modifiquen o extingan, derechos de usufructo, uso y habitación, enfiteusis... servidumbres...». Y análoga separación la hallamos en el proyecto del Código Civil de 1851 que trataba en artículos distintos las servidumbres y aquellos derechos.

Desde un punto de vista crítico, la postura doctrinal acerca de la existencia de las servidumbres personales ha sido dispar: Algunos autores, tales como Buron, de Buen y los comentaristas Manresa y Mucius Scaevola, afirman que el sistema de nuestro Código es del todo plausible, por permitir la legalidad de ciertos derechos similares a las servidumbres de las que solamente se diferencian por establecerse en relación a una o varias personas, y no en relación a fundos. Contrariamente opinan, entre otros, Sánchez Román y Valverde (511).

El Derecho romano, al incluir dentro de la expresión «servidumbres personales» los derechos de usufructo, uso y habitación, se refería a éstos, y rara vez hizo alusión a la categoría de servidumbre por denominarlos con sus respectivos nombres. Ante esta realidad cabría preguntarse fundadamente si reconoció otras servidumbres personales distintas de tales derechos. A este

(510) El criterio romano es recogido por nuestras Partidas.

(511) Todos estos autores están recogidos por OSSORIO en su ob. cit., págs. 12 y sigs.

respecto, opina Bonfante (512) que el Derecho romano no reconoció en principio tales servidumbres, ya que, según la mentalidad latina, las servidumbres exigieron siempre la existencia de un predio dominante; pero los jurisconsultos clásicos hicieron válida la constitución exclusivamente personal de las servidumbres reales. Por otra parte, el Derecho romano justinianeo, si bien no llegó a admitir tales servidumbres, admitió la constitución de servidumbres prediales revocables por muerte o «capitis diminutio» del sujeto y, por tanto, limitadas a la persona, cosa completamente extraña al verdadero concepto de las servidumbres prediales.

Todas estas consideraciones de Bonfante nos llevan a la afirmación de que ya en el Derecho romano encontramos el germen de nuestras servidumbres personales, a las que definen Pérez González y Alguer (513) como derechos subjetivamente personales, a diferencia de las prediales, que califican como derechos subjetivamente reales.

Hemos sentado anteriormente la afirmación de que existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico las servidumbres personales, y también hemos afirmado que no pueden encuadrarse dentro de su ámbito los derechos de usufructo, uso y habitación. Sin embargo, la opinión doctrinal patria dista mucho de la concordia de estas afirmaciones, pues al lado de algunos autores que nigan en nuestro ordenamiento la existencia de tales servidumbres, existen otros que, reconociéndolas, estiman dentro de ellas a los derechos antes mencionados, de usufructo, uso y habitación.

Pertenecen al primer grupo, entre otros autores, Falcón (514), para el que la expresión «servidumbres personales» no tiene cabida en nuestras leyes, y de ahí que limite la expresión «servidumbre» únicamente a las prediales. Por su parte

(512) BONFANTE, *Instituciones de Derecho Romano*, Trad. de L. Bacci y A. Larrosa. Madrid, 1929, pág. 333.

(513) PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Traducción a la 32.^a ed. alemana de *Derecho de Cosas*, de WOLFF. Barcelona, 1952, págs. 63 y 64.

(514) FALCÓN, *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral II*, Salamanca, 1882, pág. 210.

Lacruz Berdejo (515) admite la existencia de las servidumbres personales afirmando que las únicas servidumbres de este tipo que el Código Civil regula son las de pastos. Otros autores, como Valverde, se pronuncian en contra de tales servidumbres personales, a pesar de que si se admitiera su existencia —concluye— deberían encuadrarse dentro de su ámbito aquellos derechos, y los relativos a pastos, leñas y semejantes. Mas si no se admiten, es evidente que tanto unos como otros derechos habrían de tener una naturaleza específica y propia: nunca se considerarían servidumbres.

No faltan tampoco autores, como Tamayo (516), que reconociendo su existencia, abogan por la conveniencia de suprimir tal categoría dentro de nuestro Derecho, ya que afirma que tales categorías constituyen un fraccionamiento de las utilidades económicas del inmueble y es causa de una depreciación del mismo. Propone, después de esta consideración, que los fines perseguidos se podrían alcanzar exactamente y de forma más ventajosa por la vía de los derechos reales, criterio sustentado por numerosos Códigos modernos.

El propio autor (517) propugna la supresión del concepto «servidumbre personal», y considera a los preceptos contenidos en los artículos 600 y 604 como usufructos limitados. Y, finalmente, no faltan autores que, reconociendo la existencia de las servidumbres que nos ocupan, las califican de irregulares.

Estimamos desacertada la opinión de Falcón, pues dados los términos del artículo 531 del Código Civil, existen servidumbres que recaen en beneficio de una persona o pluralidad de personas con independencia de aquellas otras que otorgan el beneficio a una persona en tanto en cuanto está en alguna relación con un predio. Y si estas últimas, en razón del predio favorecido, reciben el calificativo de prediales, es lógico que aquellas que se otorgan en función de las personas directamente se denominen personales. La servidumbre predial y la personal se diferencian, pues, no en que no sea titular de ambas una

(515) LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil precedido de una Introducción al Derecho*, Barcelona, 1979, pág. 409.

(516) TAMAYO, *El Derecho Real de Servidumbre*, Barcelona, 1956, pág. 87.

(517) TAMAYO, ob. cit., pág. 85.

persona, sino en que éstas se establecen directamente en favor de una persona —o de una pluralidad de personas— y aquéllas, que persiguen la utilidad de un predio, se establecen en favor de quien en cada momento sea dueño de éste (518).

No cabe, por otra parte, negar la existencia de figuras que el Código reconoce y que, además, la jurisprudencia patria está admitiendo de forma reiterada como lo ponen de manifiesto, entre otras, las siguientes sentencias: 9 de julio de 1903, 8 de mayo de 1947 y 7 de octubre de 1970.

No estamos tampoco de acuerdo con aquellos autores que propugnan la inclusión de los derechos de usufructo, uso y habitación dentro de la expresión «servidumbres personales», pues sin dejar de reconocer que el Derecho romano admitió tal inclusión (519), son figuras jurídicas completamente distintas como ha señalado Osorio (520), quien afirma que se trata de instituciones fundamentalmente distintas, que sólo tienen de común el pertenecer a la categoría de los «iura in re aliena», y dentro de ella, a los derechos de goce, por oposición a los de garantía.

Tratando de diferenciar el usufructo de las servidumbres personales se aducen por los partidarios de esta neta separación varios argumentos que podemos reducir a los tres siguientes:

a) La servidumbre personal es una «limitación» de la propiedad, en tanto que el usufructo constituye una «división», siquiera sea temporal, del dominio, pero nunca una limitación.

b) La servidumbre personal está generalmente limitada, en lo que se refiere a su cuantía, a las necesidades de su titular, en tanto que tal limitación no existe cuando se trata del usufructo, por gozar el usufructuario plenamente de todos los beneficios que reporten los bienes sobre los que recae su derecho.

(518) ALBALADEJO, *Derecho Civil III*, vol. 2.º Barcelona, 1977, pág. 99.

(519) Sin embargo, en las Instituciones, el Título III del Libro II, a pesar de que está rubricado «De servitutibus», se ocupa sólo de las prediales, en tanto que los Títulos IV y V tratan «De Usufructu» y «De Usu et Habitatione», y es, por otra parte, muy significativo que el Digesto en el Libro VII trate «De Usufructu», «De Operis Servorum», «De Usu et Habitatione» y el Libro VIII trate «De servitutibus» en general.

(520) OSSORIO, ob. cit., pág. 23.

c) En el usufructo, como quiera que el titular hace suyos los frutos que los bienes producen, es necesaria la posesión de los mismos por parte del usufructuario. Así se deduce del texto del artículo 480 cuando establece que «podrá el usufructuario aprovechar "por sí mismo" la cosa usufructuada, arrendarla a otro, y enajenar su derecho de usufructo». Sin embargo, cuando se trata de servidumbres personales, es evidente que el titular de la misma nunca posee las fincas sobre las que el gravamen recae, pues la posesión corresponde al titular del fundo gravado.

No estamos de acuerdo con la solidez de tales argumentos, pues si bien es innegable que la servidumbre constituye una limitación, no vemos razón para que el usufructo no pueda considerarse también como tal limitación. En efecto, si el propietario del predio sobre el que recae la servidumbre personal —en el supuesto que analizamos, de pastos y leñas—, sufre un gravamen y por lo mismo una limitación de su propiedad, no otra cosa cabe afirmar con respecto al «nudo propietario» que verá limitada su propiedad por el usufructo, ya que no ostentará la facultad de goce mientras dure el usufructo.

De otro lado, y sin perjuicio de lo expuesto en el epígrafe de la comunidad «pro diviso» a propósito de las «limitaciones subjetivas», vemos con frecuencia que el contenido de la servidumbre personal no es tan reducido como para cubrir solamente las necesidades del beneficiario. Así v. g., los titulares de una servidumbre de pastos no verán siempre limitado el aprovechamiento a sus necesidades; el límite estará impuesto en muchos casos por los productos herbícolas existentes en el predio en el que ejercitan sus derechos, en igual forma que el usufructuario tendrá la limitación cuantitativa de los productos existentes en el predio que usufructúa.

Finalmente, si necesaria es la posesión de la cosa usufructuada, al amparo del artículo 480, necesaria es también la posesión de la cosa sobre la que la servidumbre personal recae. Pues ¿qué se hace cuando se introduce, por ejemplo, ganado en fundo ajeno, sino poseer en esos momentos el fundo? La diferencia estribaría en que en el caso de la servidumbre personal, al lado de la posesión del beneficiario, existiría la posesión del dueño del predio o predios gravados; claro que este supuesto también puede ocurrir en el usufructo, en el que puede existir concurren-

cia de posesiones pertenecientes al usufructuario y al nudo propietario, tal como se deduce del texto del artículo 469, según el cual «podrá constituirse el usufructo en todo o parte de los frutos de la cosa...» y si esto es así, cuando solamente recaiga en parte, habrá concurrencia de posesiones de naturaleza distinta al igual que en el supuesto de la servidumbre personal. De ahí que si la servidumbre de pastos no importa goce general de todo el fundo —como señala certeramente Biondi (521)—, sino de una determinada utilidad, de tal forma que el propietario del fundo sirviente puede gozar de todas las utilidades del fundo que no perjudiquen el ejercicio de la servidumbre, y el titular de la servidumbre no tiene otro derecho que el de hacer pastar el rebaño, análoga afirmación podríamos hacer cuando el usufructo recaiga, según el artículo 469 del Código Civil, sobre parte de los frutos de la cosa.

En este sentido es iluminadora la Sentencia de 30 de septiembre de 1964 que, al referirse al artículo 432 del Código Civil, según el cual «la posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona», precisa de manera clara y terminante que «cuando hay una persona que posee a título de tenedor de la cosa, reconociendo su dominio en otra persona, existen en realidad dos poseedores, ya que el propietario no pierde la posesión de su derecho de propiedad, aunque materialmente no posea la cosa». Esta doctrina jurisprudencial es perfectamente aplicable tanto a la servidumbre de pastos y leñas como al usufructo, ya que los titulares de ambos derechos, a la vez que son poseedores, tienen que reconocer otro poseedor —el dueño del predio— aunque éste no posea materialmente la cosa. Esta afirmación es válida, incluso, cuando el usufructo abarque la totalidad de los frutos del predio, o cuando por su naturaleza la finca sobre la que recae la servidumbre de pastos o leñas sólo produce pastos y leñas, y estos son aprovechados en su totalidad por el titular o titulares de dicha servidumbre.

A nuestro modo de ver, para llegar a dar una solución

(521) BIONDI, *Las servidumbres*, pág. 148.

acertada acerca de si el usufructo debe o no considerarse incluido dentro del ámbito de las servidumbres personales, es preciso analizar de forma apriorística los caracteres de ambas figuras en los distintos sistemas legislativos.

Para el Derecho romano, el usufructo es una especie de gravamen que pesa sobre el nudo propietario. El sistema alemán recoge este criterio y lo sigue muy de cerca: es básico el concepto de carga; destaca, pues, el lado pasivo de una manera decidida.

Sin embargo, en el ordenamiento jurídico patrio, como quiera que en el usufructo, dados los términos taxativos del artículo 467 del Código Civil, se destaca el aspecto del derecho y en cambio en las servidumbres, tal como se deduce del texto de los artículos 530 y 531, se destaca el lado del gravamen, no puede ubicarse aquél, en principio, dentro de las servidumbres personales.

Sin embargo, tal y como ya hemos señalado, conviene significar que tanto en una como en otra institución, existen ambas facetas, activa y pasiva, y no existe razón para destacar una de otra, pues uno u otro aspecto existe, en tanto en cuanto existe cualquiera de los dos; son recíprocos; no se concibe una facultad sin un deber (522), como no se concibe un gravamen sin un derecho que lo genere (523) y lo legitime.

Por otra parte, tal como ha puesto de relieve Venezian (524), las servidumbres atribuyen al titular una o varias facultades específicas y determinadas de goce, señalando en forma positiva las limitaciones singulares que se imponen al predio del dueño sirviente, en tanto que el contenido de los derechos de usufructo, uso y habitación se determinan por el legislador, o por los constituyentes, de un modo genérico y en forma negativa.

(522) Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1977, pág. 400, dicen que allí donde una persona es titular de un derecho, correlativamente otra tiene un deber, si bien niegan que esta circunstancia constituye por sí una relación jurídica.

(523) BELTRÁN DE HEREDIA, J., «Usufructo sobre usufructo en la legislación española», *RDP*, 1941, pág. 235, afirma que en la relación de usufructo existen dos titulares: uno que tiene la cosa gravada y otro que tiene derecho a ejercer el gravamen.

(524) VENEZIAN, ob. cit., I, pág. 97, y II, pág. 828.

A nuestro juicio, y sin desconocer la existencia de otros criterios diferenciadores (525), entre el usufructo y las servidumbres personales hay una distinción básica: la que hace referencia a su duración: El usufructo es esencialmente temporal, en tanto que las servidumbres personales no lo son necesariamente.

El usufructo, por el juego de los artículos 513, 515 y 521 del Código Civil nunca puede constituirse perpetuamente; las servidumbres, si bien es cierto que si no se pacta nada en contra, son vitalicias, tanto la doctrina (526) como la jurisprudencia admiten su constitución con carácter perpetuo. Particularmente importante es la Sentencia de 8 de mayo de 1947 que, tras afirmar que «pese a la antigua confusión de conceptos de usufructo y servidumbre personal, en el Código Civil quedaron claramente diversificadas ambas instituciones», añade que «pueden constituirse las servidumbres personales por tiempo indefinido».

Por lo que respecta a los derechos de uso y habitación, si por ser personalísimos son por lo mismo intransmisibles a tenor de lo que dispone el artículo 525 del Código Civil, se aproximan, más que al usufructo, a las servidumbres personales, pero nunca cabe afirmar identidad entre éstas y aquéllos, puesto que en definitiva el derecho de habitación no es sino un derecho especial de uso, y éste es una modalidad de usufructo, que está limitado a las necesidades del usuario.

Todas estas consideraciones nos llevan a la inequívoca consecuencia de que en el ordenamiento jurídico español los derechos de usufructo, uso y habitación, tienen una naturaleza propia dentro del ámbito de los derechos reales y nunca deben encuadrarse dentro del marco de las servidumbres personales. De ahí que el Código Civil los regule con independencia de las servidumbres.

Tampoco estamos de acuerdo con aquellos autores que hablan de «servidumbres personales irregulares», puesto que tal

(525) Tales criterios aluden fundamentalmente a que el usufructo es divisible y la servidumbre no; el usufructo puede recaer sobre muebles e inmuebles en tanto que la servidumbre sólo puede recaer sobre bienes inmuebles, y, por último, a que el usufructo normalmente deja vacío de contenido el dominio, cosa que no sucede con la servidumbre.

(526) *Vid.* en este sentido Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1977, pág. 405.

calificación implica, como ha señalado Ossorio Morales (527), la admisión de otras servidumbres personales que constituyan el tipo normal y del cual aquéllas representen una desviación. Es evidente que tal supuesto no ocurre en nuestro derecho vigente.

Después de cuanto acabamos de exponer, estimamos que es innegable la existencia, dentro de nuestro ordenamiento jurídico, de las servidumbres personales que se establecen en consideración a una persona determinada, o conjunto de personas. Por ellas se atribuyen determinados beneficios inherentes a un fundo con eficacia de carácter real, en provecho de una o varias personas (en el supuesto que analizamos los beneficios son herbícolas y forestales). Asimismo, es innegable que el precepto que las formula con carácter general es el artículo 531 del Código Civil que completa la definición que de las servidumbres establece el artículo 530. Esta sistemática, sin embargo, es criticable, pues la dualidad de preceptos para definir una misma figura jurídica ha dado lugar a que hayan sido interpretadas de distinto modo.

A nuestro modo de ver, las definiciones de las instituciones jurídicas no debieran abordarse en los textos legislativos, puesto que no es misión de la Ley dar definiciones. Los textos legales deben limitarse a regular relaciones de hecho, correspondiendo a la doctrina la formulación de aquéllas. Ahora bien, en el supuesto de que el legislador prescinda de tal consideración, e intente insertar en los preceptos definiciones, nunca debe hacerlo fraccionando en distintos artículos su intento, como lo ha hecho al definir las servidumbres, para lo cual emplea los artículos 530 y 531.

Analizando el contenido de ambos preceptos, llegamos a la conclusión de que el comienzo del artículo 530 es válido para el texto del artículo 531, pues es evidente que, desde el punto de vista del titular del predio gravado, la servidumbre es un gravamen, ya se trate de una u otra clase de servidumbre. Siendo esto así, debió incluir en el párrafo primero del artículo 530 no sólo el supuesto de que los beneficios recaigan en provecho de un predio, sino también en el de una o varias personas, con lo cual

(527) OSSORIO MORALES, ob. cit., pág. 16.

habría conseguido disipar la mayor parte de las dudas que en torno a las servidumbres personales se han formulado.

Una de las cuestiones más discutidas en torno a las servidumbres personales es la relativa al ámbito de aplicación de las mismas. Dados los términos generales en que está expresado el artículo 531, en principio, toda utilidad parcial de una cosa puede ser objeto de aquéllas. Tal amplitud se halla también amparada por lo preceptuado en el artículo 594, a cuyo tenor, «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente, y en el modo o forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a la ley ni al orden público». Es evidente que si el legislador otorga a todo propietario la facultad de establecer en sus fincas las servidumbres que él estime convenientes y en la forma también más conveniente, hay base fundada para pensar que pueda establecer las servidumbres personales que quiera, y en la forma que a él se le antoje. De ahí, pues, que la existencia de «servidumbres de pastos y leñas» se apoyen en tan amplitud, con un contenido limitado a tales productos que se suele determinar por contrato o por el uso de la tierra (528).

De otra parte, si las servidumbres personales son derechos reales, por concederle el ordenamiento jurídico esta categoría, y no derechos de obligación, y al regir el sistema dentro de aquellos del «*numerus apertus*», a tenor del artículo 2 de la LH y 7 del RH, no hay dificultad en ampliar el ámbito de las servidumbres personales. No obstante, tanta flexibilidad es más teórica que real, pues, como acertadamente ha señalado Roca Sastre (529), no puede hablarse de libre creación de derechos

(528) GONZÁLEZ PORRAS, en sus anotaciones a *Las servidumbres*, de BIONDI, Madrid, 1978, pág. 153.

(529) ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1954, II, págs. 203 y 204. *Vid.* también en este sentido, entre otras, las resoluciones de 22 de febrero y 21 de diciembre de 1943, 4 de mayo de 1944 y 27 de octubre de 1947. No obstante, en contra, la resolución de 27 de mayo de 1947 declara que el derecho de opción tiene carácter real, aunque es una figura que no se halla todavía regulada en nuestro régimen jurídico de forma adecuada y cuyo acceso al Registro ha sido ampliamente discutido. El propio ROCA SASTRE, en la 6.^a ed. de su obra *Derecho Hipotecario*, II, Barcelona, 1968, pág. 656, nota 1, a propósito del artículo 7.º del Reglamento Hipotecario, dice: «A veces por esto se aplica a los

reales, ya que la admisión de los «iura in re» está condicionada a que estructuralmente reúnan los elementos exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerados como tales. Afirma Roca Sastre que no pueden considerarse como derechos reales los resultados de pactos o convenciones que, según el criterio de la ley, de la jurisprudencia y de la doctrina, carezcan de los requisitos constitutivos de tal figura jurídica.

También podríamos poner en entredicho la validez del artículo 2 de la LH como causa legitimadora del «*numerus apertus*». En efecto, al decir textualmente que serán inscribibles «los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales», puede afirmarse que la frase «otros cualesquiera reales» alude a otros derechos reales típicos y que no son recogidos en la enumeración que tal precepto formula, tales como foros, superficie, anticresis, etc.

Por lo que respecta al artículo 7 del RH, dado su carácter de precepto reglamentario, es inhábil para cambiar el criterio de la Ley, aparte de su criticable redacción, pues pone en tela de juicio cuándo un acto o contrato tiene trascendencia real.

En tan interesante tema, pudiera concluirse que en el ordenamiento jurídico español existe el sistema de «*numerus clausus*» en cuanto a la imposibilidad de crear nuevos tipos de derechos reales, esto es, figuras estructuralmente distintas de las reguladas en la ley; y sistema de «*numerus apertus*» en cuanto a la posibilidad de modificar negocialmente el contenido normal u ordinario de cada una de las figuras legales, tales como el usufructo (art. 467 del Código Civil), uso y habitación (art. 523 del Código Civil), las servidumbres (art. 598), etc. (530).

Mas es evidente que tanto los aprovechamientos de pastos como los de leñas han recibido la calificación de servidumbres

derechos reales emanados de aquéllos; pero, en general, el concepto encaja más con los derechos reales y sólo indirectamente con aquéllos».

(530) *Vid.* en este sentido, SANCHEZ REBULLIDA, «El sistema de los Derechos Reales en el Fuero Nuevo de Navarra», publicado en el ADC, 1974. Hoy en sus *Estudios de Derecho Civil*. II, Pamplona, 1978, pág. 247.

personales (531), sin perjuicio de que los detractores de tales servidumbres personales los consideren como derechos «sui generis». Para nosotros, que defendemos la existencia de las servidumbres personales por las razones expuestas, bástenos con consignar que dentro de ellas tienen, a nuestro juicio, en alguna ocasión el único encaje correcto los aprovechamientos que nos interesan. En consecuencia, prescindiremos de analizar con más detenimiento cuestiones arduas como las que hacen referencia a la inclusión o exclusión de otros derechos en el marco de las servidumbres personales. Además, las servidumbres de pastos y leñas tienen una reglamentación propia en los artículos 603 y 604 del Código Civil e, incluso, como veremos más adelante, pueden ser domiciliadas en el artículo 600.

No entraremos en un análisis minucioso de estas servidumbres por no dar una extensión excesiva a nuestro estudio, y de otra parte, porque en el capítulo VI, al tratar del régimen jurídico de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, haremos referencia constante a las servidumbres personales.

Después de haber precisado anteriormente las características comunes a las servidumbres en general, réstanos poner de relieve las privativas de las servidumbres personales, por las razones expuestas, y que en síntesis podemos reducir a las siguientes:

a) Se establecen en favor de una o más personas o en favor de una comunidad, sin que se tenga en cuenta para nada la existencia de otro predio que no sea el sirviente.

b) Como consecuencia del inciso final de la anterior característica, en la servidumbre personal está, por completo, ajena la existencia de predio dominante.

(531) En esta misma línea, MARTÍN PÉREZ, en *La posesión*, Zaragoza, 1950, pág. 22, afirma que la servidumbre puede asumir cualquier contenido. LACRUZ BERDEJO, *Manual de Derecho Civil*, Barcelona, 1979, pág. 287, tras afirmar que en nuestro sistema admitir como derechos sobre la cosa a cualesquiera influencias que pueda inventar el arbitrio humano requeriría una regla que así lo dijera, como ocurre con el artículo 1.255 para la contratación, afirma que a diferencia del ordenamiento alemán, en el ordenamiento español el particular dispone de amplia autonomía dentro de algunos tipos legales, sobre todo en la constitución y configuración de servidumbres personales y prediales, con arreglo al artículo 594 del Código Civil.

c) Las servidumbres personales se establecen directamente en beneficio de personas para satisfacer sus necesidades sin vinculación con predio alguno, a diferencia de las prediales que tiene por objeto la utilización de un inmueble, siquiera tal beneficio redunde en el titular del predio.

d) Se dice que las servidumbres prediales son de suyo perpetuas, en tanto que las personales, lógicamente, estarán limitadas por la duración de la vida de las personas a cuyo favor se hayan constituido.

Sin embargo y por lo que respecta a esta última nota, no existe inconveniente, dados los términos del artículo 594 del Código Civil, en que las servidumbres personales se constituyan a perpetuidad. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo —según vimos más atrás—, entre otras, en las Sentencias de 30 de noviembre de 1908, 5 de diciembre de 1930 y 8 de mayo de 1947, declarando esta última de modo terminante que la ley no pone límite alguno a la posibilidad de constituir las servidumbres personales a perpetuidad. De otra parte, son frecuentes las servidumbres personales en favor de una pluralidad de personas integradas en una comunidad vecinal, y que están concebidas en favor de la comunidad en sí y, como consecuencia, en favor de los que en cada momento formen parte de tal comunidad. En tal supuesto —que es el más frecuente en las servidumbres de pastos y leñas—, no puede decirse que la servidumbre se extinga por la muerte de la última persona que sobreviva de tal comunidad, puesto que la comunidad vecinal, como tal, no desaparece al perpetuarse mediante el nacimiento de nuevos miembros en el seno de tal comunidad. ¿Hasta qué punto puede hablarse en tal hipótesis que la servidumbre personal no es perpetua en la misma medida en que puedan serlo las servidumbres prediales?

De otro lado, creemos conveniente matizar que la perpetuidad predicada de las servidumbres prediales hay que tomarla con ciertas reservas, puesto que en contra pueden aducirse artículos tales como el 546 y 568 que se pronuncian negadores de la indefinida duración de las servidumbres prediales, del mismo modo que, con ciertas reservas, hemos de admitir la temporalidad

dad que se predica de las servidumbres personales, por lo que anteriormente señalamos (532).

e) La transmisibilidad es una nota bastante discutida por los autores. Para algunos, como Morell y Terry (533), las servidumbres personales son transmisibles; otros, en cambio, abogan por la intransmisibilidad, basándose en que para dichas servidumbres la idea de persona es esencial, y las cualidades de la misma —en virtud de las que tal servidumbre surgió— son insucesibles (534).

A nuestro modo de ver, habrá que estar a lo estipulado en su constitución y, en defecto de título constitutivo, a la forma en que la servidumbre se ejercite y, sobre todo, a su origen, no pudiéndose dar normas generales (535), si bien, desde un plano estrictamente jurídico, pudiera pensarse en la transmisibilidad dados los términos del artículo 107, número 5, de la vigente LH. Según este precepto legal, las servidumbres personales son hipotecables y, como consecuencia de tal característica, y en virtud del principio, según el cual, vencidas las obligaciones hipotecarias pueden ser enajenadas las cosas objeto de hipoteca (536), es evidente que se precisa para tal supuesto que aquéllas sean transmisibles.

f) El dueño del predio sirviente puede redimir a su voluntad, y aun en contra de la voluntad de los titulares del disfrute,

(532) Sin embargo, en la servidumbre de pastos y leñas sobre terrenos de propiedad privada, hemos de reconocer que la redención —que naturalmente conlleva la extinción y, por tanto, significa la temporalidad de la misma— de los artículos 603 y 604 del Código Civil, está más facilitada que la redención que de las servidumbres prediales contempla el artículo 546, n.º 6 del mismo cuerpo legal. En este último supuesto se necesita para la redención el acuerdo entre los dueños de los predios dominante y sirviente.

(533) MORELL Y TERRY, *Legislación Hipotecaria I*, Madrid, 1916, pág. 344.

(534) MUCIUS SCAEVOLA, *Código Civil*, tomo X, Madrid, 1947, págs. 266 y sigs.

(535) *Vid.* en este sentido, PUIG BRUTAU, *Fundamentos del Derecho Civil III*, vol. 2.º Barcelona, 1973, pags. 416 y sigs. También *vid.* DE BUEN en voz «Servidumbre», en *Enciclopedia Jurídica Española*, tomo XXVIII, pág. 629.

(536) El artículo 1.858 del Código, a propósito de la hipoteca, establece que es de esencia del mismo que vencida la obligación principal pueden ser enajenadas las cosas en que consiste la hipoteca para pagar al acreedor.

la carga con que está afectada su propiedad (537). Así se deduce del texto de los artículos 603 y 604, cuando las servidumbres recaigan sobre pastos y leñas, tal como indicamos en el epígrafe d) anterior. Si bien tal facultad de redención puede no existir en determinados supuestos, como tendremos ocasión de analizar en el capítulo VI.

II. REFLEXIONES CRITICAS EN TORNO A LA CONFIGURACION JURIDICA

Aunque ya hemos tenido oportunidad de pronunciarnos de alguna forma sobre la configuración jurídica de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas a lo largo del presente estudio, es conveniente que hagamos una reflexión crítica acerca de nuestra postura final.

En esta línea, hemos de distinguir nítidamente dos aspectos: de un lado, hemos de contemplar las relaciones internas que existen entre los titulares de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas; de otro, las relaciones que existen entre los titulares de tales aprovechamientos y los titulares de las fincas sobre los que inciden.

a) Relaciones internas, entre los titulares de los aprovechamientos

Si contemplamos en forma aislada la relación existente entre los titulares de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, es innegable que la figura jurídica dentro de la cual ejercitan sus respectivos derechos es la «comunidad», ya que partimos del presupuesto de que los aprovechamientos se ejercen en común. Al estar referida esta comunidad al aprovechamiento, se debe hacer abstracción de si los que disfrutan el aprovechamiento son o no comuneros en la titularidad dominical. De ahí que con toda precisión la Sentencia de 7 de enero de 1967 establezca que cuando ciertos aprovechamientos (pastar, leñar y maderar)

(537) *Vid.* TAMAYO, ob. cit., pág. 82

pertenecen a varias personas, existe una comunidad de derecho en los aprovechamientos.

Cuando los que disfrutan comunitariamente los aprovechamientos de pastos y leñas son los dueños de las fincas sobre las que se ejercitan aquéllos, tal circunstancia no obstaculiza la existencia de una «comunidad de goce» en la percepción de tales productos. En este caso, la comunidad referida a los aprovechamientos aludidos estaría inserta en otra comunidad de contenido más amplio, que será precisamente el «condominio» o «copropiedad».

Si, por el contrario, la titularidad dominical de las fincas sobre las que recaen los aprovechamientos es ajena a los titulares de éstos, no por ello está ausente la «comunidad de goce»; en tal caso será el goce lo único que tienen en común los titulares de los aprovechamientos. En tal supuesto, es indudable que el goce de pastos y leñas ejercido en común constituye una limitación de las fincas sobre las que recae. Pero el aprovechamiento, en sí mismo considerado, constituye una «comunidad de goce»: nos hallaríamos en tal hipótesis con una limitación ejercida en común por varios titulares. De ahí que, como señala la Sentencia de 26 de octubre de 1962, «el simple aprovechamiento de pastos y leñas en comunidad puede responder al contenido de una servidumbre personal». Esto es, sin dejar de ser comunidad, puede existir una servidumbre siempre que se ejercite por una pluralidad de personas.

Partiendo de la premisa necesaria de que siempre que nos hallamos ante un aprovechamiento comunitario de pastos y leñas nos hallamos ante una «comunidad de goce», interesa determinar qué tipo de comunidad es la existente entre los diversos titulares integrantes de tal comunidad.

A este respecto no caben soluciones apriorísticas; todo estará en función del título que haya originado esta comunidad de goce. Y como quiera que el título originador no puede prescindir de la titularidad de las fincas sobre las que se extiende el aprovechamiento, esto nos lleva de la mano al análisis del segundo presupuesto que señalamos, esto es, a la relación existente entre los titulares de los aprovechamientos de pastos y leñas y los titulares dominicales de las fincas de las que emanan tales productos.

b) Relaciones entre los titulares de los aprovechamientos y los titulares dominicales de los fundos

La configuración de estas relaciones plantea con toda gravedad el problema de la naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, sin que exista ni en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio uniforme, tal y como ya hemos tenido oportunidad de señalar.

En ocasiones, es innegable que el aprovechamiento comunitario de pastos y leñas tiene su encaje en la técnica jurídica del usufructo. Nada se opone a que el titular de fincas determinadas constituya un usufructo limitado a los pastos y leñas de las mismas en favor de una pluralidad de personas. Asimismo nada se opone a que, mediante el mecanismo de la prescripción, una pluralidad de personas pueda usucapir el usufructo de pastos y leñas de fincas ajenas.

La primera posibilidad tiene su fundamento legal en el artículo 469 del Código Civil, ya que a su amparo puede constituirse el usufructo en los pastos y leñas de una finca a favor de varias personas; simultáneamente; la segunda posibilidad emana con carácter general del artículo 1.930 del mismo cuerpo legal, cuyo primer párrafo determina que por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales.

Indudablemente, cuando el aprovechamiento comunitario de pastos y leñas surge a través de la vía del usufructo mediante una concesión del titular de las fincas, no existe dificultad en la configuración de tales aprovechamientos: será la voluntad del dueño de las fincas la que determine clara y terminantemente tal hipótesis. En cambio, es difícil concebir el mecanismo prescriptivo como generador de un usufructo cuyo contenido sean los pastos y leñas de fincas ajenas como ya apuntamos en otro lugar. Sólo en la insólita, pero posible, hipótesis de que los poseedores se limiten a percibir los pastos y leñas podría originarse tal usufructo, siempre que el «animus» de los perceptores esté acorde en que se adquiere un mero usufructo limitado a tales productos y no otro derecho distinto, y también sea ésta la opinión de los que contemplan el fenómeno prescriptorio de pastos y leñas.

No es necesario insistir en la temporalidad de estos aprove-

chamientos existentes bajo la figura usufructuaria, pues resulta ocioso destacar que tal nota es esencial al usufructo, ya sea a favor de personas físicas (538), ya sea a favor de personas jurídicas (539). También, según tuvimos ocasión de señalar, pueden surgir los aprovechamientos en común de pastos y leñas bajo la forma de superficie rústica, de acuerdo con el artículo 30, 3.º del RH en los términos que ya vimos.

COMUNIDAD O SERVIDUMBRE

La vestidura usufructuaria de los aprovechamientos colectivos de pastos y leñas —ya sea surgida por voluntad del titular de las fincas, ya por iniciativa de los perceptores tal y como acabamos de señalar— es muy poco frecuente en la práctica, como también es infrecuente que surjan a través del derecho de superficie. Lo normal es que los aprovechamientos colectivos a que nos referimos discurran al margen del usufructo y de la superficie, constituyendo directamente, ya una «comunidad», ya una «servidumbre». Esto justifica que la doctrina y la jurisprudencia se planteen prácticamente tan sólo esta alternativa.

Disentimos de los autores que defienden en forma exclusiva la existencia de la «comunidad»; también disentimos de los que afirman solamente la existencia de una «servidumbre». Coincidimos con el gran sector doctrinal que defiende la posible existencia de una u otra figura no sólo en la realidad fáctica, sino también en la escasa y confusa normativa de nuestro Código Civil constituida por los artículos 600 al 604.

Dentro de este gran sector doctrinal podríamos encuadrar a la casi totalidad de los autores modernos, si bien los respectivos criterios diferenciadores de ambas figuras —«comunidad» y «servidumbre»— se resienten de falta de uniformidad.

1. Posturas doctrinales

Como autores más destacados que defienden la posible existencia de «comunidad» o «servidumbre», podemos citar, entre

(538) *Vid.* artículos 513, 521 y 787 del Código Civil.

(539) *Vid.* artículo 515 del Código Civil.

los que con mayor extensión se han ocupado del tema, a De Diego, Viso, Manresa, Castán, J. Beltrán de Heredia y Ossorio Morales, cuyas construcciones doctrinales nos servirán de punto de partida, destacando que la casi totalidad de los autores modernos se pronuncian en esta dirección dual (540).

Clemente de Diego (541) afirma que la servidumbre de pastos y leñas tiene algo de especial, porque estos aprovechamientos pueden pertenecer a título de «condominio» o a título de derecho real especial, que tiene pronunciadas analogías con la «servidumbre»; todo depende del título constitutivo y del carácter y extensión que tengan tales aprovechamientos. Puesto que este autor habla de «condominio» y de «servidumbre», si bien de una forma un tanto imprecisa, podemos encuadrarlo dentro del grupo de los autores que militan dentro de las teorías dualistas.

Más discutido es el encuadramiento de Del Viso (542) dentro de estas teorías, puesto que consideró, en principio, a estos aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas como una «servidumbre»; mas cuando mutuamente se debieran este derecho varios condueños —«ius compascui»— se tratará de un derecho distinto al de servidumbre. Pero a nuestro juicio es indudable que, en este último supuesto, al hablar de condueños, no hay inconveniente en afirmar que este autor se refiere a la «comunidad».

Manresa (543) afirma que, dentro de los preceptos del Código Civil relativos a los aprovechamientos comunitarios de

(540) En el capítulo precedente hemos hecho referencia detallada a los autores que defienden la existencia de la «comunidad» como figura única existente, al igual que hemos reflejado la postura de los que defienden, también en forma exclusiva, la existencia de una «servidumbre».

Vid. también en este sentido CUADRADO IGLESIAS, *Naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunes de pastos y leñas*, Salamanca, 1961, en que se adoptan ciertos criterios que ahora se matizan e incluso se rectifican parcialmente.

(541) CLEMENTE DE DIEGO, *Dictámenes jurídicos*, I, Barcelona, 1958, pág. 222.

(542) DEL VISO, *Lecciones Elementales del Derecho Civil*, Valencia, 1885, II, pág. 96.

(543) MANRESA, *Comentarios al Código Civil*, IV, 6.^a ed., Madrid, 1951, págs. 897 y 898.

pastos y leñas, coexisten las dos figuras —«comunidad» y «servidumbre»—. Existirá «comunidad», cuando son varios los titulares que ponen en común los aprovechamientos secundarios de sus predios; existirá «servidumbre», cuando la reciprocidad de predios no se dé.

Por su parte el profesor J. Beltrán de Heredia (544) afirma que el uso indistinto que el legislador español hace de las palabras «servidumbre» y «comunidad» está justificado, en parte, porque ambas figuras pueden concurrir cuando se trata de un aprovechamiento de este género: Desde el punto de vista del fundo sobre el que se ejercitan los aprovechamientos, es indudable que se trata de un gravamen, que a modo de derecho real limitado pesa sobre un fundo ajeno y que limita las facultades del propietario. La especialidad surge —continúa J. Beltrán de Heredia— en cuanto al tipo de gravamen cuando son varios los titulares del mismo, caso en que puede existir una comunidad entre ellos, pero no puede decirse nunca que sea una comunidad de derecho de propiedad, sino exclusivamente del derecho de disfrute.

Castán (545) consideró en alguna ocasión que las dos instituciones a que aluden los preceptos del Código Civil se refieren a una solamente. De ahí que afirmara que el Código Civil reglamenta la servidumbre o comunidad de pastos. Pero modernamente ha evolucionado en su pensamiento cuando estima (546) que, en realidad, los disfrutes de que se trata pueden existir a título de servidumbre», o a título de «condominio», y habrá que atender, en cada caso concreto, al origen, carácter y extensión de aquéllos para resolver las dificultades que se deriven de la afinidad entre ambas figuras jurídicas.

Indudablemente, ha sido Ossorio Morales (547) quien ha tratado con más extensión el tema, pronunciándose de forma decidida en favor de la postura dualista, desde el momento en que considera encuadradas dentro de los artículos 600 al 604 del

(544) J. BELETRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 108.

(545) CASTÁN, «Hacia un nuevo Derecho Civil», *RGLJ*, 1933, I, pág. 442.

(546) CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, vol. 1, 11.^a ed., revisada y puesta al día por GARCÍA CANTERO, Madrid, 1978, pág. 418

(547) OSSORIO MORALES, ob. cit., págs. 96 y sigs.

Código Civil las dos instituciones a que nos estamos refiriendo.

Según Ossorio, en estos artículos aparecen confundidas dos figuras jurídicas distintas: la «comunidad de pastos» y la «servidumbre de pastos»; figuras que, en su criterio, es posible y conveniente diferenciar para superar el defectuoso tecnicismo del legislador, lo que permitirá encuadrar perfectamente la segunda de ellas dentro de la categoría de las servidumbres personales, mientras que la primera pertenece por completo al campo de la comunidad. Por «comunidad de pastos» en sentido propio, entiende Ossorio el caso en que diversos propietarios de fincas rústicas ponen en común los pastos de la mismas para utilizarlos en provecho de sus ganados; es decir, es la que se constituye entre propietarios de fincas rústicas cuyos pastos pueden aprovecharse indistintamente por todos ellos en régimen de comunidad, de modo que cada uno de los propietarios goza de los terrenos de los demás y está, a su vez, obligado a tolerar que el ganado de los otros propietarios paste en su propio terreno. En cambio, la «servidumbre de pastos» es, a juicio del mismo autor, el derecho concedido a una o varias personas de que sus ganados pasten en uno o varios predios ajenos, derecho que está comprendido en el artículo 531, puesto que representa un gravamen establecido en favor de personas con exclusión de la idea de un predio dominante. En el supuesto de que ese derecho corresponda a una pluralidad de personas en régimen de comunidad, tendremos la «servidumbre de comunidad de pastos» o «servidumbre de pastos» ejercida en común.

Señala el mismo autor que los artículos 600 y 602 se refieren solamente a la «comunidad» y que, por el contrario, tanto el artículo 603 como el 604 están haciendo alusión, también de forma exclusiva, a las «servidumbres», poniendo en defensa de sus afirmaciones múltiples argumentos que analizaremos más adelante.

2. Criterio jurisprudencial

Después de haber hecho una sucinta exposición de las más significativas directrices doctrinales, estimamos conveniente precisar el criterio que nuestro Tribunal Supremo ha mantenido en materia tan debatida.

A este respecto, cabe afirmar que, si contradictorias han sido las posturas doctrinales, contradictorias han sido también las resoluciones de nuestro más alto Tribunal, lo que está justificado en gran medida, dada la indudable discrepancia en materia tan confusa como lo demuestran las contrapuestas opiniones en el campo dogmático.

Pese a este confusionismo indudable, intentaremos destacar los principales criterios que ha sustentado nuestro Tribunal Supremo en torno a la naturaleza jurídica de los aprovechamientos colectivos de pastos y leñas, sin perjuicio de reconocer que en múltiples ocasiones se apartó de sus propios postulados, lo que dificulta extraordinariamente la fijación de directrices uniformes. No obstante, agrupamos a continuación las Sentencias más significativas:

Ha defendido, por el contrario, la existencia de una «comuni- las siguientes Sentencias:

— 19 de diciembre de 1896, según la cual el aprovechamiento del agostadero y bellota a favor de un pueblo es un gravamen o servidumbre de pastos.

— 30 de noviembre de 1908, supuesto en el que los pastos y árboles de una finca pertenecían a personas distintas del dueño del suelo.

— 3 de abril de 1909, al plantearse el caso de que los pastos y aprovechamientos de bellotas de una dehesa pertenecían a personas distintas.

— 29 de enero de 1910, según la cual los aprovechamientos comunales entre varios pueblos no significan necesariamente condominio, ya que cuando consta que uno de los Municipios tenía reconocida su propiedad exclusiva sobre el terreno, se trata de una servidumbre.

— 30 de octubre de 1919, al analizar el hecho de labrar, cada tres años, ocho fanegas de tierra correspondientes a finca ajena.

— 10 de enero de 1924, en la que admite la posibilidad de una servidumbre de leña sobre un monte de propiedad particular en favor de un Ayuntamiento en representación de los vecinos, habitantes y moradores del término municipal.

— 14 de noviembre de 1924, en la que se ocupa de los

derechos que un pueblo ostentaba de llevar a pastar sus ganados a un monte ajeno durante varios meses del año y el derecho a otros productos en todo tiempo.

— 20 de marzo de 1929, supuesto en que un Ayuntamiento disfrutaba el aprovechamiento de desligado y ramoneo durante el invierno sobre una finca de propiedad particular.

— 4 de octubre de 1930, al plantearse el caso de que los vecinos tenían derecho a aprovechar con sus ganados los pastos y los productos de un monte de propiedad de un pueblo. Añade la propia sentencia que el Código Civil reconoce y regula la existencia de la servidumbre de pastos en los artículos 603 y 604 con independencia de la comunidad de bienes.

Ha defendido, por el contrario, la existencia de una «comunidad» en varias Sentencias de las que, como más significativas destacamos:

— 29 de abril de 1878, estableciendo que la facultad del común de vecinos de apacentar sus ganados en determinado monte constituye no un conjunto de servidumbres, cuyo origen se desconoce, sino verdadero condominio con los propietarios del suelo.

— 26 de junio de 1888, en la que se afirma que las sentencias reguladoras de los aprovechamientos comunes a dos pueblos y mantenedoras de su posición no contradicen, sino que más bien demuestran, el condominio.

— 22 de junio de 1897, supuesto de disfrute proindiviso de pastos de dos pueblos a los cuales corresponde por igual.

— 21 de febrero de 1920, caso en el que el disfrute proindiviso de los pastos que corresponden por igual a dos pueblos constituyen una comunidad.

De figuras «análogas» a la comunidad, califica el Tribunal Supremo ciertos supuestos fácticos con evidente similitud a los que acabamos de contemplar, y que en gran parte fueron puestos de relieve al tratar del «dominio dividido» o «comunidad prodiviso», por cuya razón omitimos su reflejo aquí en forma pormenorizada.

Por su importancia, son de destacar ciertos fallos jurisprudenciales en los que se trata de favorecer la aplicación del retracto de comuneros y, por lo mismo, se configuran como supuestos de

comunidad algunas hipótesis sustancialmente idénticas a otras sentencias en las que se ha negado tal figura por el Tribunal Supremo. Así, la sentencia de 9 de marzo de 1893 (supuesto en el que se adjudicó a una señora por óbito de su esposo, arbolado y pastos comprendidos en ocho fincas, cuyo suelo, para el sólo derecho de siembra, pertenecía a otros vecinos), 9 de julio de 1893 (perteneciendo a personas distintas las hierbas, pastos y agostaderos de un lado, y la siembra y la labor cada tres años, de otro) y 9 de mayo de 1922 (supuesto en el que tres pueblos tenían aprovechamientos de pastos de roce de urz de roble de una finca que estaba inscrita a favor del enajenante). En todos estos supuestos concedió el retracto en las ventas realizadas por alguno de los titulares.

Ante la presencia de tales decisiones jurisprudenciales, es difícil dar normas concretas acerca de cuál ha sido el criterio de separación de una y otra figura jurídica, ya que con frecuencia, en supuestos idénticos, ha optado por soluciones dispares; y así comparando, como vía de ejemplo, la sentencia de 3 de abril de 1909 con la de 9 de mayo de 1922, veíamos que en la primera trata del caso de que los pastos y aprovechamientos de bellotas de una dehesa pertenecían a personas distintas del dueño del suelo, concluyendo que se trata de una limitación del dominio de este último, y por tanto, de una servidumbre. En la sentencia de 9 de mayo de 1922 se da un supuesto análogo ya que —como antes quedó consignado—, ostentando tres pueblos los aprovechamientos de pastos de roce de urz de roble de una finca inscrita a favor de una enajenante, admite, por el contrario, el retracto de comuneros, y en consecuencia, la presencia de una «comunidad» y no de una «servidumbre».

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, no cabe la conciliación entre las posturas que adopta en estas situaciones concretas, pues no vemos por qué en el segundo supuesto se ha de ver una comunidad y no una restricción al derecho de propiedad como en el caso anterior. A nuestro modo de ver, el criterio adoptado en la primera de las sentencias dictadas es acertado, pues es evidente que el hecho de que los pastos y bellotas pertenezcan a personas distintas del dueño, constituye una restricción en el dominio de éste, que pesa a modo de gravamen. Aquí cabe hablar perfectamente de un predio sirviente, de una carga

constituida por el derecho de pastos y bellotas a persona distinta y, por último, de unos beneficiarios, que son aquellos que ostentan estos últimos aprovechamientos. Si, como vemos, concurren todos estos requisitos, es innegable la existencia de una servidumbre personal, admitida, en términos generales, por el artículo 531 del Código Civil.

Análogos razonamientos podríamos hacer en torno a la sentencia dictada en último lugar, y por lo mismo, se trata de una limitación del dominio, siquiera sea esta limitación ejercitada por una comunidad; mas el hecho de que una limitación se lleve a cabo por una pluralidad de personas, no significa que se desvirtúe la naturaleza jurídica de aquélla. Seguirá siendo limitación, o mejor, una restricción del dominio y, por lo mismo, «servidumbre»; nunca una «comunidad». De ahí, pues, que nos merezca crítica desfavorable este último criterio, puesto que desde un punto de vista dogmático debió considerar no una comunidad, como lo hizo, sino una servidumbre. Esta última decisión demuestra claramente que el Tribunal Supremo lo que intentó fue favorecer el retracto para poner fin a la situación de aprovechamientos compartidos. Tal opinión la fundamentamos en el hecho de que cuando se separó nuestro más alto Tribunal del criterio de la servidumbre en favor del criterio de la comunidad en supuestos en los que aquélla era innegable, se hizo para conceder precisamente el retracto de comuneros; y de otra parte, es de consignar que el propio Tribunal Supremo, consciente de que forzaba la figura, llegó en muchas ocasiones a la afirmación de que si bien no se trataba de una comunidad en sentido estricto, se trataba de una relación jurídica «análoga».

A la vista de lo expuesto, podríamos concluir que, salvo en algunos casos aislados, la postura del Tribunal Supremo ha sido la de considerar existente la servidumbre en aquellos casos en los que el titular o titulares de una o varias fincas no disfrutaban plenamente de ellas, por estarles prohibidos algunos de los aprovechamientos que ostentan personas por completo ajenas a la titularidad dominical. Y como quiera que tales aprovechamientos están establecidos en favor de una pluralidad de personas sin la existencia de predio dominante, no cabe hablar sino de «servidumbres personales».

Ha considerado, por el contrario, «comunidad» y no «servi-

dumbre», cuando perteneciendo los aprovechamientos de una o varias fincas a una pluralidad de personas, no se sabe de modo indubitado a quién corresponde la propiedad, e ignorándose esta circunstancia, no puede hablarse de restricciones del dominio, puesto que es necesario que previamente sepamos a quién pertenece la finca.

En términos generales, cabe afirmar que en las sentencias hasta el momento citadas no se plantea de forma terminante la diferencia entre una y otra figura jurídica, y esta situación continúa hasta la sentencia de 18 de febrero de 1932. En efecto, si bien con anterioridad se había llegado a estimar que, para la distinción de una y otra figura, había de atenderse al origen de la concesión —tal como expone la sentencia de 29 de enero de 1910—, lo cierto es que hasta aquella sentencia de 1932, el problema no se aborda de forma terminante.

En consecuencia, dentro del campo jurisprudencial, podríamos señalar cronológicamente dos etapas: una, anterior a la sentencia de 1932 y otra posterior a tal fecha.

La primera está caracterizada, como hemos visto, por el confusionismo, ya que en situaciones análogas el Tribunal Supremo apreciaba instituciones distintas, sin abordar de raíz el problema en cuestión. La segunda, se inicia claramente con la sentencia de 18 de febrero de 1932 al establecer que «la situación de copropiedad en que se hallan constituidos los comuneros en el disfrute de los aprovechamientos de la finca» y la «exclusiva propiedad de inmueble en una sola de las diferentes entidades que en común disfrutaban dichos aprovechamientos» son notas que respectivamente caracterizan y entre sí distinguen a la comunidad y a la servidumbre de pastos.

Esta norma diferenciadora es sustentada asimismo por la sentencia de 2 de febrero de 1954, que reconociendo la impresión terminológica, tanto doctrinal como jurisprudencial, concluye que los artículos 392, 530 y 531 del Código Civil contienen la clave para aclarar la naturaleza de la institución, estimando que pueden darse dos hipótesis: una, en la que puede hablarse de predios ajenos sobre los que se ejercitan los aprovechamientos comunitarios; y otra, en la que el predio o predios pertenecen a todos los perceptores de los aprovechamientos. En el primer supuesto; como quiera que los aprovechamientos recaen sobre un predio ajeno, es evidente que constituyen una limitación del

mismo, y por tanto, constituirán una servidumbre. En el segundo, desde el momento en que los predios pertenecen a la colectividad que disfruta de los aprovechamientos, no cabe hablar de tal limitación, sino de un disfrute en común y, por lo mismo, de una comunidad.

En esta línea divisoria entre comunidad y servidumbre de pastos, la sentencia de 19 de febrero de 1954 aporta un criterio diferenciador importantísimo entre ambas figuras jurídicas. En efecto, dice la citada sentencia que el derecho de un pueblo al aprovechamiento de pastos en predio ajeno se dibujaría como una servidumbre, que en su caso, y salvo excepciones señaladas por la jurisprudencia, tornaría posible su redención. Pero cuando los ganados de un pueblo pacen desde remotos tiempos en terrenos de otro pueblo, y los de este pueblo en los terrenos de aquél indistintamente, surge una relación jurídica que, unitariamente considerada, desborda los contornos de la pura servidumbre de pastos, porque la reciprocidad de prestaciones desvirtúa la apreciación de gravámenes en predio ajeno y pone de relieve el hecho de agrupación de terrenos por sus dueños para un determinado común aprovechamiento, que imprime a la relación jurídica creada el concepto de «comunidad relativa de derechos».

Al amparo de tales sentencias, cabe señalar que, en el supuesto de la «servidumbre», no existe reciprocidad, sino solamente un gravamen que ha de soportar el dueño o dueños de los predios sirvientes. Por el contrario, en la «comunidad» existe tal reciprocidad, puesto que los disfrutes se realizan de forma conjunta sobre todos y cada uno de los predios, y en favor de todos y cada uno de los propietarios. De ahí, pues, que la reciprocidad sea nota privativa de la comunidad, según el criterio jurisprudencial.

Por tanto, los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas pueden constituir tanto una como otra figura jurídica. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo en la sentencia de 5 de noviembre de 1956, al estimar que el disfrute de pastos, leñas u otros productos forestales utilizados por diversidad de personas sobre una misma finca pueden constituir, o bien la comunidad de bienes del artículo 392 del Código Civil, o bien una limitación del dominio; y para diferenciar la existencia de una u otra institución, acude al criterio establecido por la senten-

cia de 18 de febrero de 1932 (548). Recientemente la sentencia de 26 de junio de 1976, a propósito de la concesión por un particular y por tiempo indefinido, al conjunto de vecinos de dos pueblos, de la facultad de pastorear, talar y aprovechar leñas y esquilmos, entiende que tales facultades limitadas de aprovechamiento no comportan la comunidad de los artículos 392 y 1.522 del Código Civil, rechazando el retracto de comuneros. Es indudable —sigue diciendo la sentencia— que las comunidades de vecinos ostentan la titularidad de aquellas facultades de aprovechamientos meramente limitadas de la propiedad que pertenece exclusivamente a otra persona, lo cual excluye la existencia no sólo de la verdadera comunidad de bienes, según la definición del artículo 392 del Código Civil, esto es, de aquella forma de propiedad en la que todo es de todos y para toda clase de usos y derechos, sino también en el sentido más estricto en que pudiera entenderse copropietarios a efectos de retracto a todos los que tuvieran sobre la cosa derechos dominicales, aunque fueran con separación unos de otros, como ya declaró la sentencia de 20 de marzo de 1929.

A la vista de estas decisiones jurisprudenciales, cabe concluir:

1. Para nuestro Tribunal Supremo los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas pueden dar lugar, bien a la figura de la «comunidad» o bien a la figura de la «servidumbre».

2. Con anterioridad a la sentencia de 18 de febrero de 1932, no encontramos criterios claramente diferenciadores de ambas figuras existiendo, en consecuencia, confusión, ya que en supuestos análogos adoptaba el criterio que estimaba más aconsejable para la justicia del caso concreto.

3. En materia de retracto, ha mantenido una tendencia netamente amplificadora para calificar a los aprovechamientos en común de pastos y leñas, como constitutivo de la figura de la «comunidad». En ciertos casos —siendo consciente de lo forzado de su postura— ha calificado la situación como figura «análoga» a la comunidad.

4. Fundamenta la esencia de la «servidumbre» en el hecho de que el predio o predios sobre los que recae el aprovechamien-

(548) Análoga afirmación se hace en la sentencia de 6 de octubre de 1951.

to comunitario no pertenezcan en propiedad a los beneficiarios.

5. Considera nota esencial a la «comunidad» la reciprocidad de las prestaciones; ésto es, que los aprovechamientos colectivos se ejerciten en favor de los que sean propietarios de las fincas y no en favor de personas extrañas a sus titularidades dominicales.

3. Conclusiones

Después de haber expuesto los criterios, tanto doctrinales como jurisprudenciales, en torno a la naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, réstanos exponer nuestra propia postura que formularemos analizando los preceptos legislativos y los fallos de nuestro Tribunal Supremo, matizando asimismo las opiniones doctrinales a las que hemos hecho referencia.

A nuestro modo de ver, los artículos 600 al 604 del Código Civil contienen las dos instituciones —«comunidad» y «servidumbre»— a las que continuamente hemos estado aludiendo.

Por lo que respecta a la redacción de los citados preceptos legales, es evidente que están mezclados ambos conceptos, si bien no están confundidos. En el único precepto que podría pensarse en la confusión de términos, es en el artículo 600, cuando expresa que «la comunidad de pastos sólo podrá establecerse, en lo sucesivo, por concesión expresa de los propietarios, que resulte de contrato o de última voluntad, y no a favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino a favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados», concluyendo en su párrafo segundo, que «la servidumbre establecida conforme a este artículo se regirá por el título de su institución».

Analizando el primer párrafo por separado, es evidente que está refiriéndose a la «comunidad» y no a la «servidumbre»; analizando, también de forma aislada, el párrafo segundo, parece ser que se trata tan sólo de la existencia de la «servidumbre». Analizados conjuntamente, pudiera, en un principio, pensarse en la equiparación de ambas instituciones. Pero si profundizamos en el análisis del texto de este artículo 600, vemos que tienen cabida dentro de su ámbito tanto una como otra institución.

Discrepamos de la solución adoptada por Ossorio Mora-

les (549), quien al analizar el texto del artículo 600 lo estima referido únicamente a la «comunidad», siéndole extraña la institución de la «servidumbre». En efecto, aduce en pro de su afirmación que en el artículo de referencia se habla «de los propietarios» y no de los «dueños de terrenos gravados con servidumbre», significando que en este artículo está aludiéndose solamente al supuesto de que varios propietarios pongan en común el aprovechamiento de sus pastos, aprovechamiento que constituirá, lógicamente, una «comunidad», nunca una «servidumbre».

Estamos de acuerdo con tal afirmación, pero sólo parcialmente, pues si bien es cierto que el encuadramiento de la «comunidad» es innegable, no vemos inconveniente en que los mismos propietarios puedan establecer, asimismo, limitaciones en su dominio con el rango de servidumbre en favor de una comunidad a tenor de lo preceptuado en el artículo 594, según el cual «todo propietario de una finca puede establecer en ella las servidumbres que tenga por conveniente y en el modo y forma que bien le pareciere, siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público».

Si hubiera hablado tan sólo de «dueños de terrenos gravados con servidumbre», únicamente tendrían cabida estas últimas, por tener tal expresión un ámbito específico referido, de forma exclusiva, al supuesto de limitaciones; mas, al utilizar la expresión «propietarios», está aludiendo a una forma genérica, dentro de la cual puede pensarse no sólo en la existencia de la «comunidad», sino también en la existencia de la servidumbre».

Dice Ossorio, para avalar su postura, que la constitución de la «comunidad de pastos» sólo puede establecerse por pacto expreso de los propietarios o por disposición de última voluntad, y que la constitución de la «servidumbre de pastos» y sus similares está sometida a las reglas generales sobre adquisición de servidumbres. Sin embargo, a nuestro juicio esta afirmación es totalmente irrelevante puesto que la «servidumbre de pastos» se origina de igual modo que la «comunidad de pastos», como veremos a continuación.

(549) OSSORIO MORALES, ob. cit., págs. 98 y sigs.

Las servidumbres de pastos y leñas requieren una actividad del hombre. Esta circunstancia ha sido destacada por la casi totalidad de la doctrina como característica de las servidumbres discontinuas —así, entre otros, Lacruz (550) y más recientemente Díez Picazo y Gullón (551)— por lo que las servidumbres de pastos y leñas deben ser encuadradas dentro de este tipo de servidumbres. En esta misma línea el Tribunal Supremo en la sentencia de 19 de noviembre de 1949, a propósito de una servidumbre de pastos derivada de una prescripción inmemorial y nacida, por tanto, antes de la vigencia del Código Civil, establece que está sometida a la legislación antigua si los hechos de origen de la «servidumbre discontinua» ocurrieron antes de la publicación del Código Civil conforme a lo ordenado en la primera de las Disposiciones Transitorias del mismo cuerpo legal. Las sentencias de 5 de noviembre de 1956 y 16 de abril de 1969 siguen el mismo criterio calificando como «discontinuas» a las servidumbres de pastos.

Partiendo de tal naturaleza discontinua, es innegable que las reglas generales sobre adquisición de servidumbres invocadas por Ossorio nos llevan a la conclusión de que las servidumbres de pastos sólo pueden ser adquiridas en virtud de título, dados los términos en que el artículo 539 del Código Civil se pronuncia (552). Este precepto en modo alguno supone un obstáculo para que el amparo del artículo 600 puedan surgir servidumbres de pastos, ya que la concesión expresa de los propietarios de que nos habla este último precepto ¿acaso va en contra del título exigido por el artículo 539?. A nuestro modo de ver, evidentemente no, ya que por título debe entenderse todo acto jurídico, ya sea oneroso o gratuito ya «inter-vivos» o «mortis causa».

(550) LACRUZ BERDEJO, «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», *RGLJ*, 1954, págs. 526 y sigs.

(551) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1977, pág. 387.

(552) El artículo 539 del Código Civil establece que «las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título», añadiendo el artículo 540 que «la falta de título constitutivo de las servidumbres que no pueden adquirirse por prescripción únicamente se puede suplir por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o una sentencia firme».

Por tanto, creemos que el artículo 539 de un lado, y el 594 de otro, facultan de forma indubitada a los propietarios de terrenos a constituir servidumbres de pastos en los términos que el artículo 600 establece. Es más, a nuestro juicio el artículo 600 constituye un límite legal que coarta las facultades que a todo propietario de fincas otorga el artículo 594; esto es, cuando el titular de terrenos quiera establecer servidumbres de pastos sobre los mismos, ha de tener en cuenta las restricciones que el artículo 600 señala: «ha de establecerse a favor de determinados individuos y sobre predios ciertos y determinados» y solamente podrán constituirse «mediante contrato o acto de última voluntad».

No vemos tampoco la contradicción a la que alude Ossorio entre los artículos 600 y 531 si se defendiera dentro del ámbito del primero la existencia de las «servidumbres de pastos», pues es innegable que si bien éstas pueden establecerse en favor de una comunidad, tal como preceptúa el artículo 531, se ha de concretar, en el momento del establecimiento la comunidad beneficiaria, lo que equivale, en definitiva, a determinar los individuos a que hace alusión el artículo 600 del Código, ya que lo serán los que en aquel momento integren tal comunidad sea o no vecinal. Si es vecinal, normalmente se constituye en favor de los que en cada momento integren la comunidad y la determinación de sus miembros es posible.

Todos estos razonamientos nos llevan a concluir de forma inequívoca que el artículo citado posibilita no solamente la institución de la comunidad, sino también la de la servidumbre. Mas conviene advertir que la redacción de nuestro Código Civil en este precepto no es correcta, ya que si bien alude a los dos términos, «comunidad» y «servidumbre», lo hace de forma impropia e incongruente. A nuestro modo de ver, debió aludir, tanto en uno como en otro párrafo, a ambas instituciones, y de ahí que debiera expresar en el párrafo primero: «la comunidad y servidumbre de pastos...», repitiendo esta misma expresión en el párrafo segundo.

Por otra parte, la locución «a favor» que utiliza repetidamente el citado artículo 600, lejos de excluir la figura de la servidumbre, la propicia, ya que toda servidumbre existe «en favor» de alguien y como contrapartida, «en contra» de alguien. Podría,

incluso, pensarse que la figura ausente sería la comunidad y que si el legislador utiliza esta expresión es para referirse al supuesto de que la servidumbre «concedida» se aproveche por una «comunidad de beneficiarios». Sin embargo, a nuestro modo de ver, la comunidad puede domiciliarse perfectamente en tal precepto en el caso de que, de forma recíproca, los propietarios de los terrenos se concedan unos a otros el que sus ganados respectivos aprovechen los pastos en las fincas de todos ellos en forma comunitaria.

Por lo que se refiere al artículo 602, estimamos que únicamente alude al supuesto de la comunidad, puesto que su redacción es clara y terminante al expresar que «si entre los vecinos de uno o más pueblos existe comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia o seto una finca la hará libre de la comunidad. Quedarán, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre las mismas estuvieran establecidas». En su párrafo segundo concluye: «el propietario que cercare su finca conservará su derecho a la comunidad en las fincas no cercadas».

Aparte de la crítica que nos merece tal forma de liberarse de la comunidad, en la que no podemos detenernos ahora (553), el hecho cierto es que el artículo 602 está haciendo alusión tan sólo a la comunidad.

No obstante, estimamos desacertada la expresión utilizada en el inciso final de su primer párrafo, por la confusión a que puede dar lugar. En efecto, el expresar: quedarán, sin embargo, subsistentes las «demás servidumbres» que sobre la misma (la finca cercada) estuviesen establecidas, puede inducir a un grave error. Este error consistiría en deducir que la finca cercada se sustrae por el cerramiento, no de la «comunidad» de pastos, sino de la «servidumbre» de pastos, puesto que si dice taxativamente el párrafo que comentamos que quedarán subsistentes las «demás» servidumbres después del cerramiento, fácilmente podría pensarse que fue de la «servidumbre de pastos» de la que se liberó la finca, quedando subsistentes las «demás». Si quedan subsistentes las «demás» servidumbres después del cerramiento, por éste se liberaría de las servidumbres de pastos ya que a los

(553) Crítica que haremos en el capítulo siguiente.

«pastos» está refiriéndose el párrafo en su totalidad. Pero esto no es exacto.

Para nosotros, está fuera de toda duda que el artículo 602 se refiere de forma exclusiva a la «comunidad de pastos» del mismo modo que el artículo 603 se refiere, también de forma exclusiva, a la «servidumbre de pastos» como veremos seguidamente. La dicción del artículo 602 va dirigida a la liberación de las fincas de la comunidad de pastos, exclusión que se realiza por medio del cerramiento de las mismas. Sin embargo, para liberar una finca de la servidumbre de pastos, el procedimiento señalado en el artículo siguiente es distinto: la redención.

La incorrección apuntada del inciso final de primer párrafo del artículo 602 al hablar de las «demás servidumbres» no puede tener, a nuestro juicio, otra justificación que concebir a la comunidad de pastos como una servidumbre recíproca entre los propietarios afectados (554). El alcance de aquella confusa expresión no puede ser otro distinto. Esto nos mueve a propugnar la supresión del vocablo «demás» que antepone a la palabra «servidumbre» el referido párrafo que comentamos.

El artículo 603 se refiere, como acabamos de señalar, de forma exclusiva al supuesto de la «servidumbre», al preceptuar que «el dueño de terrenos gravados con la servidumbre de pastos, podrá redimir esta carga mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a la servidumbre». Al utilizar las expresiones, «dueño de terrenos gravados con la servidumbre» y «carga», es indudable que se trata de una servidumbre y no de una comunidad. Poniendo en relación este precepto con el anterior, vemos, según señalamos anteriormente, que tanto en uno como en otro, está aludiéndose al supuesto de concluir con los aprovechamientos comunitarios. Mas la utilización de dos procedimientos distintos, está indudablemente aludiendo a las dos figuras jurídicas diversas, no faltando, en cambio, autores que han estimado que estos dos preceptos no significan sino una mayor facilidad para dar fin a estos aprovechamientos comunitarios (555).

(554) Este criterio es apuntado por DIEZ-PICAZO y GULLÓN en ob. cit., págs. 254 y sigs.

(555) SÁNCHEZ ROMÁN, ob. cit., III, pág. 643.

Dada la redacción de ambos preceptos, podríamos concluir que existe una correlación entre ambas figuras jurídicas —«comunidad» y «servidumbre»— con los artículos 602 y 603 del Código Civil.

Corroborra precisamente nuestra postura el texto del artículo 546 número 6.º del Código Civil, cuando al mencionar los modos de extinción de las servidumbres, recoge la forma de redención, y es evidente que en el artículo 603 está haciéndose referencia a esta forma; no así cuando se trata de comunidad. En este sentido se ha pronunciado también Ossorio Morales (556).

Finalmente, el artículo 604 del Código habla solamente de servidumbre y no de comunidad, de aprovechamientos de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular, remitiéndose a lo establecido en el artículo anterior, lo que viene de nuevo a reforzar la tesis de que el supuesto contemplado en el artículo 603, a diferencia del 602, es el de la servidumbre.

Sin adentrarnos de momento en la forma de llevarse a cabo estos aprovechamientos comunitarios, conviene consignar que la circunstancia de que el derecho de servidumbre de pastos y leñas se realice frecuentemente en forma comunitaria, explica en gran medida el confusionismo en torno a la naturaleza de estos aprovechamientos colectivos. Mas el hecho de que las servidumbres sean ejercitadas comunitariamente nunca debe prejuzgar el problema de la naturaleza jurídica de la institución. De ahí que si una servidumbre se ejercita por una pluralidad de sujetos, no por ello dejará de ser servidumbre. Lo que en definitiva ocurre es que nos hallamos en tal supuesto en presencia de una servidumbre ejercitada comunitariamente; esto es, en presencia de una «comunidad del derecho real de servidumbre» (557). Como ya hemos destacado insistentemente, una cosa es el aprovechamiento en sí mismo considerado y otra distinta la configuración del aprovechamiento en relación con las fincas donde se ejercita.

(556) OSSORIO MORALES, ob. cit. págs. 104 y 105.

(557) Este sentido es recogido por la sentencia de 12 de noviembre de 1959, cuando al plantearse el supuesto de redención de servidumbre de pastos, leñas, caza, barbecho y siembra, en favor de una comunidad, estableció en su tercer considerando «que existe una comunidad de los vecinos en cuanto al aprovechamiento, pero nunca entre ellos y el propietario de los terrenos».

Una vez expuesto que dentro de los artículos 600 al 604 tienen cabida tanto la «comunidad» como la «servidumbre» en la forma que hemos indicado, aún no está resuelto el problema de la naturaleza jurídica. Para ello es preciso determinar qué clase de «comunidad» y qué clase de «servidumbre» constituyen tales aprovechamientos y, además, es preciso concretar cuándo estamos en presencia de una comunidad y cuándo en presencia de una servidumbre.

Por lo que respecta a las «servidumbres», es prácticamente unánime el criterio de considerarlas «personales» (558) puesto que reúnen todos los requisitos que caracterizan a aquéllas. En efecto, en las «servidumbres de pastos y leñas» se dan, entre otras, las siguientes características:

1. Se establecen en favor de una o más personas, e incluso en favor de una comunidad determinada.

2. No existe predio dominante, puesto que los aprovechamientos recaen de forma directa en favor de los beneficiarios, dándose una relación directa entre el predio o predios sirvientes, y la persona o personas titulares del derecho de servidumbre.

3. El fin perseguido por la servidumbre de pastos y leñas es el de la satisfacción de las necesidades de los titulares de las mismas; nunca se establecen en favor de un inmueble.

4. Están normalmente limitadas en cuanto a su duración, por la vida de los que se benefician de los aprovechamientos, a diferencia de las prediales, que son perpetuas. Sin embargo, cuando la servidumbre de pastos existe en favor de una comunidad vecinal —salvo en la improbable hipótesis que ésta se extinga—, su duración normalmente se perpetúa. Además, y como ya indicamos en otro lugar, pueden pactarse de manera perpetua.

5. El dueño de la finca gravada puede librarse de la carga de la servidumbre de pastos y leñas —salvo en algunas hipótesis que veremos en el capítulo siguiente— mediante el ejercicio de la redención voluntaria que los artículos 603 y 604 le otorgan. Y si bien es cierto que el número 6 del artículo 546 también prevé esta forma de extinción en las servidumbres prediales, no lo hace con la amplitud de los artículos 603 y 604. Muchas veces en

(558) Sin embargo, algunos autores impugnan la existencia de servidumbres personales, tal como quedó consignado más atrás.

servidumbres prediales la redención no es posible por la situación de los predios.

Todas estas consideraciones nos llevan a la afirmación de que las servidumbres de pastos y leñas deben ser encuadradas dentro del ámbito de las servidumbres personales a las que alude en forma genérica el Código Civil.

Sin embargo, es bastante discutido por la doctrina el encuadramiento de las comunidades de pastos y leñas dentro del campo de uno u otro de los tipos que de la comunidad hemos analizado, si bien es de advertir que el criterio casi unánime es el considerarlas como una manifestación de la «comunidad germánica» o en «mano común». No obstante, algún sector de nuestra doctrina se aparta de tal encuadramiento, estimando, por el contrario, que deben considerarse las comunidades de pastos y leñas como manifestaciones de la «comunidad romana» o «por cuotas partes», regulada en nuestro primer texto legal a partir del artículo 392.

Han optado por considerar a las comunidades de pastos y leñas dentro del ámbito de la comunidad «en mano común», entre otros, Roca Sastre (559), Flórez de Quiñones (560), García Granero (561) y Ossorio Morales (562).

Flórez de Quiñones, basándose en la afirmación de Ferrara al respecto, y después de haber analizado las características de estos aprovechamientos colectivos, concluye que la comunidad de pastos es una modalidad clarísima de la «comunidad en mano común».

Análoga posición adopta García Granero, quien aduce en pro de su tesis las siguientes razones:

a) Los sujetos que disfrutan de los pastos colectivos están, por lo general, unidos por un vínculo de carácter personal (vecindad).

b) El número de titulares es indeterminado y variable, por lo que el disfrute o aprovechamiento se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota en el sentido romano.

(559) ROCA SASTRE, «La comunidad de gananciales. Destino de éstos en caso de renuncia», *RCDI*, cap. VI, págs. 170 y sigs.

(560) FLÓREZ DE QUIÑONES, ob. cit., págs. 178 y 179.

(561) GARCÍA GRANERO, ob. cit., págs. 615 y sigs.

(562) OSSORIO MORALES, ob. cit., págs. 107 y sigs.

c) La participación del comunero es inalienable e intransmisible a los herederos.

d) La comunidad es indisoluble e improcedente el ejercicio de la «actio communi dividundo».

Ossorio Morales, al analizar el supuesto de que una servidumbre sea disfrutada comunitariamente, y al plantearse el problema relativo a su naturaleza jurídica, invocando al propio Flórez de Quiñones y a Clemente de Diego, así como a una resolución de la DGR y N fechada el 8 de julio de 1933, estima la existencia de una comunidad de tipo germánico («Zur gesammte Hand»). Argumenta Ossorio que en la servidumbre así constituida, cada uno de los titulares tiene derecho a utilizar los pastos del predio sirviente sin una delimitación precisa, estando limitado el derecho de cada uno de ellos por la concurrencia de los demás titulares, unidos por el mismo vínculo corporativo. En parecidos términos Díez Picazo y Gullón (563) afirman, respecto de las comunidades vecinales y los aprovechamientos comunales, que entran de lleno en la categoría de la «comunidad en mano común», ya que los sujetos que disfrutan los aprovechamientos colectivos están unidos por vínculos de carácter personal (verbigracia su cualidad de vecinos de un pueblo); el número de titulares es indeterminado y variable, de forma que el disfrute se hace sin delimitación precisa, faltando la idea de cuota en el sentido romano del término; la participación de cada comunero es inalienable e intransmisible; y la comunidad es indivisible.

Recientemente el profesor Lacruz (564) sostiene que el disfrute de los bienes comunales por los vecinos constituye una comunidad que conserva caracteres bastante «germánicos»: los vecinos, cuyo número evidentemente es indeterminado y variable, a veces no tienen tasa en la utilización de los pastos por sus ganados, por lo que no hay cuotas de disfrute; la condición de comunes se adquiere o pierde con la vecindad misma, siendo inalienable e imprescriptible, y nadie podrá pedir la división del derecho a los pastos.

(563) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1977, pág. 241.

(564) LACRUZ, *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho*, Barcelona, 1979, pág. 442.

De esta opinión se aparta J. Beltrán de Heredia (565), para quien la comunidad de disfrute que el aprovechamiento en común de los pastos representa está comprendida dentro de los supuestos que permite contemplar el artículo 392 del Código Civil, que posibilita la constitución de una comunidad, no sólo del derecho de propiedad, sino también de otros derechos reales. Como es lógico, añade Beltrán de Heredia, esa comunidad de disfrute reflejará la especialidad del sujeto si se trata de una persona colectiva, como en el caso de que lo sean los vecinos de un pueblo, pero no cree que ello autorice a configurarla como una forma de propiedad colectiva, cuando se trata tan sólo de un «aprovechamiento o disfrute colectivo». Concluye nuestro autor que serán de aplicación, salvo esa razón de especialidad que en algunos casos llega hasta aplicar las leyes administrativas (artículo 601 del Código Civil), las reglas establecidas para la comunidad de bienes, en los artículos 392 y siguientes del Código Civil.

La jurisprudencia también se muestra dubitativa respecto a la calificación de la comunidad de pastos y leñas:

En algunas sentencias tales como la de 6 de octubre de 1951 y la de 5 de noviembre de 1956 se dice que el «derecho al disfrute de los pastos, leñas u otros productos forestales utilizados por diversidad de personas o entidades sobre una misma finca, pueden ser constitutivos de la comunidad de bienes definida en el artículo 392 del Código Civil y regulada en los inmediatos subsiguientes («comunidad de tipo romano»), o integrar una limitación del dominio constitutiva del derecho real de servidumbre definido en el artículo 531 del citado código y desenvuelto en los preceptos normativos de esta institución, contenidos en el propio cuerpo legal, especialmente en los artículos 600 al 604».

En otras sentencias, el Tribunal Supremo encuadra dentro del molde germánico la comunidad de pastos y leñas. Así, la de 23 de octubre de 1964, tras afirmar que la línea divisoria entre comunidad y servidumbre de pastos no se ofrece con matices claros y precisos en nuestro Derecho histórico, ni en las resoluciones de esta Sala, por cierta confusión terminológica que se observa en los artículos 600 al 603 del Código Civil, señala que

(565) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 109.

en el caso que contempla están perfectamente acusadas las características de una comunidad de pastos perteneciente al tipo de la «comunidad germánica» o «en mano común», en cuanto al derecho de apacentar ganados, y ello tanto por su origen y extensión, como por los sujetos que de ella se aprovechan unidos por los vínculos de vecindad y en número indeterminado y variable, faltando la idea de cuotas en sentido romano; pero además ofrece una nota característica, cual es la reciprocidad de los aprovechamientos entre los vecinos de los cuatro pueblos que apacientan sus ganados indistintamente, sobre todas las partes y el conjunto del monte en cuestión, reciprocidad que no se ajusta al concepto de las servidumbres personales comprendidas en el artículo 531 del Código Civil. De otro lado, la sentencia se 2 de febrero de 1965 afirma categóricamente que, en cuanto a la naturaleza de la verdadera comunidad de pastos, es dominante en la doctrina científica la opinión que la sitúa en el campo de la propiedad «en mano común», ya que está caracterizada por una serie de notas, recogidas en la misma sentencia, que no son sino reproducción de las señaladas por García Granero al que la sentencia sigue fielmente.

Después de haber analizado la discrepancia tanto doctrinal como jurisprudencial en torno a la configuración de los aprovechamientos de pastos y leñas ejercitados en común, creemos que los mismos, en ciertas ocasiones, encajan dentro de la figura de la «comunidad romana», en otras, en la «comunidad de tipo germánico» y, finalmente, en ciertas hipótesis, obedecen a la figura de la «servidumbre personal».

Para precisar nuestra postura, vamos a distinguir dos situaciones netamente diferenciadas, según que los aprovechamientos en común recaigan sobre bienes de los particulares o sobre terrenos de los entes públicos. Cuando recaen sobre bienes de los particulares, la normativa está constituida por los artículos 602, 603 y 604 del Código Civil; cuando recaen sobre terrenos de los entes públicos, hay que tener en cuenta múltiples disposiciones de carácter administrativo.

A. Aprovechamientos en común de pastos y leñas sobre terrenos de propiedad particular.

La hipótesis puede adoptar como modalidades más destacadas las siguientes:

1.^a Varios propietarios ponen en común los productos herbícolas y forestales de sus predios para aprovecharlos conjunta y exclusivamente con los ganados de su pertenencia.

Coincide este supuesto de hecho con el «compascolo» italiano, que como hace notar Fragali (566), implica una reciprocidad de pastos surgida por la voluntad de los propietarios de cada uno de los fundos, estableciéndose en favor de todos y cada uno de los propietarios, en el sentido que cada uno tiene derecho de hacer pastar los propios animales en el fundo del otro. Por otra parte, e incidiendo sobre tal analogía, Piazza (567) lo define como el derecho que tiene el propietario de un fundo de introducir a pastar su ganado en fundos ajenos, permitiendo, a su vez, pastar en su propio fundo el ganado de los propietarios de los otros. Coincide asimismo con el «ius compasculationis reciprocum» o «Koppelhut» del antiguo Derecho germánico que, como señala Planitz (568), consiste en el hecho de que varios propietarios se conceden recíprocamente el derecho de pastos de sus fincas.

Desde el punto de vista de cada propietario, es innegable que nos hallamos en presencia de una limitación sobre sus fincas; esta limitación consistirá en los aprovechamientos que a los demás corresponden; esto es, cada propietario está gravado con una servidumbre. Mas como quiera que esta situación es idéntica para todos los propietarios, tales servidumbres serían recíprocas; esto es, cada uno de ellos a la vez que está gravado, grava a la vez y en la misma medida.

Si partiéramos de la afirmación de que existen servidumbres recíprocas, podríamos plantear la posibilidad de que tales servidumbres no fueran de naturaleza personal, sino predial: los ganados que entran a los terrenos gravados para aprovechar los pastos lo hacen en tanto en cuanto pertenecen al dueño de determinados terrenos y éstos de algún modo constituirían el predio dominante. Esencialmente en nada se diferenciaría esta hipótesis de las comúnmente admitidas por la doctrina como servidumbres

(566) FRAGALI, Michele: *La comunione*, Milán, 1973, pág. 271.

(567) PIAZZA, Paolo: *Novissimo Digesto Italiano*, Turín, 1959, pág. 719, en voz «compascolo».

(568) PLANITZ, ob. cit., pág. 134.

prediales. Así, cuando se dice que un predio es dominante, no es por la consideración al predio en sí mismo considerado, sino por la consideración a las utilidades que tal predio puede producir al que ejercita la servidumbre. En último término, lo que califica a una servidumbre como predial es el hecho de que su titular no lo es con carácter personal, sino en tanto en cuanto está en relación —generalmente de carácter dominical— con el denominado fundo dominante. Esto es justamente lo que sucede en nuestro caso: los titulares de los aprovechamientos lo son en tanto que ostentan el dominio de ciertos predios.

Sin embargo, y pese a lo sugestivo de la tesis de servidumbres prediales recíprocas, no es criterio generalmente compartido ni por la doctrina, ni por la jurisprudencia.

Dentro de la doctrina extranjera Fragali (569) afirma que el «compascolo» no es, como se ha sostenido, una servidumbre recíproca, porque no se establece en favor de los fundos sobre los que se ejercita ni es de utilidad para ellos, sino que sirve para satisfacer la necesidad de alimentar el ganado aunque tal ganado no pertenezca al fundo del propietario a favor del cual está constituido el derecho. De forma —sigue diciendo— que el derecho se constituye exclusivamente a favor del propietario del fundo, quien ha establecido uno igual sobre el fundo propio, y en consideración de esta recíproca utilidad.

La doctrina española, en su casi totalidad (570), siguiendo la tesis de Ossorio que vimos más atrás, se inclina por estimar esta hipótesis como «comunidad» y no como «servidumbre». Esta es también la tesis del Tribunal Supremo al afirmar en sentencia de 19 de febrero de 1954 que la reciprocidad de prestaciones desvirtúa la apreciación de gravámenes en predio ajeno, y pone de relieve que el hecho de agrupación de terrenos de sus dueños para un determinado común aprovechamiento imprime a la relación jurídica creada el concepto de «comunidad relativa de derechos». Más recientemente, la sentencia de 23 de octubre de 1964 puntualiza que la reciprocidad de los aprovecha-

(569) FRAGALI, ob. cit., pág. 272.

(570) Ya vimos más atrás cómo DÍEZ-PICAZO y GULLÓN muestran cierta simpatía hacia la tesis de «servidumbres recíprocas» y recientemente LACRUZ, *Manual de Derecho Civil...*, pág. 409, afirma la existencia, en tales supuestos, de una suerte de servidumbres recíprocas que se ejercitan en comunidad.

mientos no se ajusta al concepto de las servidumbres personales comprendidas en el artículo 531. De estos fallos se desprende que la «reciprocidad» es nota que define y excluye respectivamente a la comunidad y a la servidumbre.

Partiendo de que la situación contemplada constituye una «comunidad», entendemos que encaja dentro del modelo romano o «por cuotas partes», si bien estará referida de forma exclusiva a la percepción de pastos y leñas. Existe, simplemente, una «comunidad de goce», ya que cada propietario conserva la titularidad dominical de sus predios que en modo alguno comparte con los demás congozantes de aquellos aprovechamientos. Este tipo de comunidad es perfectamente posible, ya que, como certeramente señala la sentencia de 2 de febrero de 1965, la comunidad existe no sólo cuando la propiedad pertenece proindiviso a varios, sino cuando los aprovechamientos que de ellas se derivan se hallan distribuidos en tal forma, que haya entre los partícipes algo común, en términos que deben reputarse copropietarios de los aprovechamientos.

El aprovechamiento que genera la comunidad está atribuido a todos los propietarios con arreglo a unos determinados módulos, ya igualitarios, ya por cuotas en función de los terrenos que aportan, ya, incluso, en forma indiscriminada. No cabe pensar sino en la comunidad de tipo romano regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil. Así se deduce del hecho de que los titulares de los aprovechamientos lo son no en virtud de una cualificación vecinal, sino por la mera circunstancia de ser titulares de las fincas afectas al aprovechamiento colectivo; los titulares lo son «uti singuli» y no «uti cives». Como consecuencia, los derechos de cada partícipe están perfectamente delimitados; de ahí que cierto sector doctrinal italiano, como ha puesto de relieve Fragali (571), se haya inclinado por considerar nuestro supuesto de hecho como un concurso de varios derechos especiales autónomos.

Esto lleva inherente la facultad de salir de la comunidad cualquiera de los congozantes por su propia voluntad, ya que voluntariamente se integró en la misma, si bien pueden existir

(571) FRAGALI, ob. cit., pág. 272.

ciertas restricciones a tal facultad impuestas por los mismos interesados.

Esta posibilidad de separarse de la comunidad cada uno de los que la integran ha sido destacada a propósito del «compascolo» por la doctrina italiana. Así Messineo (572), al distinguir nuestra figura de la servidumbre, afirma que así como en ésta el propietario del fundo gravado no puede sustraerse de ella por su propia voluntad unilateral, esto sí es posible en el «compascolo». En este mismo sentido Piazza (573) dice que la exclusión ya no está sometida a las rígidas normas del artículo 682 del derogado Código Civil italiano de 1865, expresamente dictadas para los pastos recíprocos, regulándose en la disciplina general de la disolución de la comunidad del artículo 1.111 del Código Civil italiano actual. Cada uno de los titulares del derecho de «compascolo» puede pedir siempre la disolución, pero la autoridad judicial puede establecer una congrua dilación, en cualquier caso no superior a cinco años, si la disolución inmediata perjudicase el derecho de los demás.

Por lo que a nuestro ordenamiento jurídico respecta, y sin perjuicio de que sea analizado este punto con más detenimiento en el capítulo siguiente, creemos que es de aplicación correcta el artículo 400 del Código Civil, a cuyo tenor «Ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad. Cada uno de ellos podrá pedir en cualquier tiempo que se divida la cosa común. Esto no obstante, será válido el pacto de conservar la cosa indivisa por tiempo determinado, que no exceda de diez años. Este plazo podrá prorrogarse por nueva convención».

La frase «división de la cosa común», recogida en el precepto transcrito, hay que tomarla con cierta cautela, ya que la separación de uno no implica necesariamente la división de tal comunidad, puesto que ésta puede continuar con los que no se separan.

Conviene poner de relieve que la hipótesis de que estamos ocupándonos puede darse con propietarios vecinos de un mismo pueblo o con propietarios pertenecientes a pueblos distintos. Le es de aplicación, por tanto, lo dispuesto en el artículo 602 del

(572) MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milán, 1965, II, pág. 722.

(573) PIAZZA, ob. y loc. cit. anteriormente.

Código Civil en el punto a que acabamos de referirnos; esto es, el cerramiento de las fincas previsto por tal precepto es un medio para salir de la comunidad. Ahora bien, el simple cerramiento, por sí mismo, no implica necesariamente la salida de la comunidad, ya que ésta puede darse, incluso, sobre fincas cercadas si así lo establecen libremente los propietarios afectados. De ahí que, para que el cerramiento de las fincas sea considerado como un medio de separación de la comunidad, debe ir acompañado de un «animus» dirigido a tal finalidad, a no ser que se haya pactado que, no obstante el cerramiento, la comunidad debe continuar por el tiempo previamente establecido.

Es evidente que la voluntad de los propietarios que ponen en común los pastos y leñas de sus fincas para el aprovechamiento recíproco por sus propios ganados puede dar lugar a un sinnúmero de modalidades. Sin embargo, esta circunstancia no dificulta, en modo alguno, la calificación de «comunidad de tipo romano» respecto al aprovechamiento que en común generan. En este sentido podemos invocar el párrafo segundo del artículo 392 del Código Civil, según el cual «a falta de contratos o de disposiciones especiales, se regirá la comunidad por las prescripciones de este título».

De la transcripción literal de este párrafo se deduce claramente que el hecho de que la comunidad de goce de pastos y leñas adopte múltiples formas, como de hecho sucede, no supone obstáculo alguno para calificar tal comunidad de «tipo romano». La dicción del precepto es lo suficientemente amplia para dar cobertura a las más variadas situaciones que encajan dentro del esquema de la comunidad de cuotas partes, siempre que la esencia del supuesto de hecho no se vulnere.

Como quiera que todos los propietarios de las fincas son a la vez titulares de los pastos por ceder cada uno de ellos los que sus fincas producen a cambio de poder extender su derecho de aprovechamiento a las fincas de los demás, se hallan en una situación «recíproca» y de esta forma podemos calificar a este tipo de comunidad de goce.

A nuestro juicio la comunidad de pastos existente en este caso es de tipo «romano» y, además, «recíproca»: «de tipo romano», porque cada comunero tiene perfectamente delimitada su participación en el derecho al aprovechamiento, participación

que le corresponde por su mera cualidad de copartícipe en unión de los demás; «reciproca», porque todos los concurrentes están en una situación similar, ya que a la vez que hacen cesión de sus pastos, adquieren una parte en la cesión que los demás hacen; a la vez que disminuyen sus derechos, los incrementan y en la misma medida.

Dos notas definen esta situación: a) pertenencia de las fincas a los mismos titulares de los pastos; b) reciprocidad en los términos señalados.

2.^a Uno o varios propietarios aprovechan con sus ganados los pastos que sus fincas producen en concurrencia con ganados de personas extrañas a la titularidad dominical de los predios.

En este supuesto, las dos notas a que aludimos como características de la hipótesis anterior —«pertenencia» y «reciprocidad»—, sólo caben ser afirmadas respecto de los titulares de las fincas sobre las que recaen los aprovechamientos comunitarios; nunca respecto de los no propietarios de las fincas. Coincide con la figura del antiguo Derecho germánico denominada «ius compascendi» o «Mithut» en la que, como dice Planitz (574), al propietario de la finca corresponde también el copastoreo.

Esta situación de concurrencia en los aprovechamientos de pastos puede surgir por voluntad de los propietarios de las fincas, pero en ocasiones el supuesto que nos ocupa existe al margen de tal voluntad.

El artículo 594 del Código Civil propicia el que surjan estos aprovechamientos en forma voluntaria y bajo la vestidura de la servidumbre (575), aunque el aprovechamiento en su conjunto se ejercite comunitariamente; y si bien, como veremos más adelante, desde el punto de vista de los propietarios de las fincas la existencia del gravamen es innegable, sin embargo, globalmente considerado, el supuesto debe ser calificado de comunidad por las razones que más tarde expondremos.

No obstante, en determinadas situaciones, el aprovechamiento comunitario ha surgido sin intervención de la voluntad de los propietarios de las fincas afectadas, ya que, como señala Vio-

(574) PLANITZ, ob. y *loc. cit.* anteriormente.

(575) Si bien con los límites de los artículos 537 y 600 del mismo cuerpo legal, como vimos en otro lugar.

let (576), los derechos de «pastos comunes» y «de tránsito» sobre tierras privadas, en ocasiones son un residuo de la antigua comunidad de las tierras llegadas a ser, poco a poco, propiedades privadas, y en otras ocasiones, son el resultado de una concesión hecha por un gran propietario a sus colonos.

Son innumerables las variedades que puede presentar nuestro supuesto de hecho, variedades que, no obstante, podemos reducirlas a dos: a) que los no propietarios concurren al aprovechamiento sin ninguna cualificación vecinal, y b) que su concurrencia esté basada precisamente en tal cualificación.

La modalidad más importante es, sin duda, cuando la concurrencia deriva de la cualificación vecinal, ejercitándose el aprovechamiento en común al levantamiento de las cosechas de las fincas no cercadas sobre los residuos de las mismas y sobre las hierbas que tales fincas producen, aprovechándose conjuntamente por el ganado de todos los vecinos del municipio en que las fincas están situadas. El pastoreo común se ejercita también en las fincas que están en barbecho, así como en las que están en erial, prolongándose hasta que son sembradas nuevamente.

Esta situación es conocida en el Derecho francés con la denominación «vaine pâture» definida por Planiol y Ripert (577) como «el derecho que tienen los habitantes de un mismo municipio de enviar sus animales a pastar libremente sobre los campos de todos, después de levantadas las cosechas hasta la siembra cuando los terrenos pueden ser franqueados sin obstáculos». A diferencia de la «vive pâture» (578) que, según los casos, puede ser, a juicio de estos autores, un derecho de «copropiedad», un derecho de «uso» o una «servidumbre», la «vaine pâture» no constituye una verdadera «servidumbre» a menos que esté fundada sobre un título que la considere como tal. Se inclinan por concebir esta figura como un «derecho real

(576) VIOLET, *Histoire du Droit Civil français*, París, 1905, pág. 606.

(577) PLANIOL Y RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, 2.^a ed, tomo III, París, 1952, pág. 445.

(578) La diferencia que existe entre «vaine pâture» y «vive pâture» radica en que la primera es un pasto de menor entidad, generalmente referido a residuos de cosechas y a hierbas de escaso valor, en tanto que la segunda es un derecho que recae sobre buenas hierbas y de gran valor.

con características especiales» y que obedece a reglas que le son propias.

También con referencia al país vecino dice Levy (579), a propósito de la «vaine pâture», que es el más importante de los derechos de goce que sobre las hierbas de los particulares tiene la colectividad; derecho que no ha desaparecido en nuestros días y que permite llevar a pastar los ganados en las proximidades a los sembrados, en los barbechos hasta la siembra, y en los sembrados después de la recolección. Desde que las cosechas son recogidas, como dirá en el siglo XVIII Eusebio de Laurière —al que cita Levy—, la tierra, por una especie de derecho de gentes, llega a ser común a todos los hombres ricos o pobres, en forma igualitaria.

Dentro del Derecho italiano es indudable el parentesco de nuestro supuesto de hecho con una especie de los denominados «usi civici»; concretamente, cuando éstos recaen sobre bienes de los particulares (580).

Los «usos cívicos», en el decir de Trifone (581), tienen como base o justificación el obtener de algunas tierras los medios para satisfacer las primeras y más urgentes necesidades de la vida, destacando cómo, con unánime consentimiento de los más ilustres historiadores del Derecho, se consideran como residuos de un antiguo dominio sobre la tierra poseída en común por la colectividad primitiva, sobreviviendo a la constitución de bienes públicos y de propiedad privada (582), o como resultado de la concesión hecha a la población por razones políticas y económicas, y evidentemente por decisión voluntaria y como reserva de alguna conquista. Hoy hay una tendencia a su gradual eliminación mediante un procedimiento que todavía sigue en curso y que la legislación califica genéricamente como «liquidación».

(579) LEVY, Jean Philippe, *Historie de la propriété*, París, 1972, págs. 49 y 50.

(580) Sobre los «usos cívicos», además de los autores a que a continuación se alude, *vid.* entre otros BERRI, M., «Tradizionale principi di diritto sostanziale e processuale in materia di usi civici», *Giur. it.*, 1974, I, 1909; CERVATII, G., «Osservazioni sulla attualità di un legge» (Terre civiche e diritti delle popolazioni), *Nuovo dir agr.*, 1974, 15; SIMONINI, E., «Oggetto degli usi civici», *Comuni Italia*, 1974, 868, y DESIDERI, C., «Potere pubblico e forme tradizionali di proprietà collettiva», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1971.

(581) TRIFONE, *Gli usi civici*, Milán, 1963, pág. 1.

(582) Cfr. CIOFFI, *I demani popolari*, pág. 17, autor a quien cita TRIFONE.

El «uso cívico» supone, según Trifone (583), un goce a favor de la generalidad; goce consistente en obtener alguna utilidad de carácter primario de la tierra a la que el uso grava: goce a favor de la generalidad de la población y de los particulares componentes de la generalidad en cuanto tales, y no a favor del ente público que aquella generalidad organiza y representa.

Conviene insistir que el parentesco de nuestro supuesto de hecho con el «uso cívico» es indudable, pero no con el «uso cívico» en general, sino con una de sus especies: cuando tal derecho incide sobre terrenos de los particulares. El «uso cívico», como señala ceteramente Zanobini (584), es susceptible de varias acepciones, ya que se extiende tanto al derecho que corresponde al ciudadano como al que corresponde a la propia colectividad; es una especie de comodín conceptual que comprende figuras entre sí muy diversas. Con tal expresión —sigue diciendo Zanobini— se indican varias especies de derechos de goce que pueden hacer relación a determinadas poblaciones sobre terrenos pertenecientes a los municipios, a determinadas asociaciones agrarias, o a propietarios privados (585).

Sin adentrarnos en un análisis minucioso de los «usos cívicos» por exceder de los límites de nuestro estudio, no obstante haremos algunas consideraciones sobre los mismos por lo que puedan sernos de utilidad en nuestro supuesto. En este sentido, cabe destacar la opinión de Giannini (586) según el cual debería distinguirse entre el caso en el que el derecho recaiga sobre un bien del común al que pertenece, y aquel en que recaiga sobre un bien de otro sujeto (particular, participación agraria, universalidad agraria, vecindad); en el primer supuesto, el «uso cívico» se asemeja al uso común sobre bienes demaniales (con contornos de fondo publicístico) aun sin tener todos sus caracteres; en el segundo supuesto —que es el que tiene parentesco con nuestro supuesto de hecho— se aproxima notablemente al derecho real de goce sobre cosa ajena.

(583) TRIFONE, ob. cit., pág. 58.

(584) ZANOBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. IV, Milán, 1958, págs. 233 y 234.

(585) Esta última modalidad es la que a nosotros, como hemos señalado, nos interesa en el presente epígrafe.

(586) GIANNINI, M. S.: «Sull' esistenza degli usi civici di caccia», en *Riv. dir. sportivo*, 1950, págs. 101 y sigs.

Problema sobre el que no existe unánime criterio en la doctrina italiana es el referente a si el uso cívico es de naturaleza pública o privada. Según Zanobini (587), estos derechos considerados en relación al particular son, sin duda, de naturaleza privada; pero en cuanto propios de colectividades enteras, presentan un notable interés público de orden económico-social que influyen sobre su disciplina jurídica que asume carácter prevalentemente publicístico. Para Trifone (588), el «uso cívico» es, desde un cierto aspecto, materia propia del Derecho Administrativo, pero debe ser tratado en la sede del Derecho Civil donde tiene su puesto, porque regula privatísticamente el contenido de varias especies en las cuales se articula (matorrales, bellota, herbaje, leñas, derecho de siembra, pastos, cazar, abreviar los animales, derecho de plantar, de pescar y semejantes).

En este tema que nos ocupa, consideramos importante la opinión de Fragali (589), para quien los «usus cívicos» que recaen sobre bienes de los particulares —que son los que guardan analogía evidente con nuestro supuesto de hecho, según ha quedado consignado más atrás— pueden incluirse en el esquema de la «comunidad civil», sin que constituya un obstáculo para su calificación privatística el hecho de que satisfagan exigencias sociales, el que tengan consecuencias de orden económico social, o porque se consideren en relación con su pertenencia a una determinada colectividad que sea de derecho público; concluye que la finalidad social que el uso cívico comporta es un aspecto extrajurídico del mismo que no le imprime ningún carácter en el ámbito del derecho.

En cuanto a la consideración del «uso cívico» como derecho real, es prácticamente unánime el criterio de la doctrina italiana. Así, entre otros, Trifone (590) afirma que es un derecho de goce con estructura de derecho real y no de derecho de crédito; Messineo (591) los define como derechos reales privados; y Fragali (592) da también por sentada su configuración como derecho real.

(587) ZANOBINI. ob. cit., pág. 233.

(588) TRIFONE. ob. cit., pág. 147.

(589) FRAGALI. ob. cit., págs. 265 y sigs.

(590) TRIFONE. ob. y loc. cit. anteriormente.

(591) MESSINEO. ob. cit., pág. 666.

(592) FRAGALI. ob. cit., pág. 269.

Partiendo de tal calificación, no hay acuerdo en la doctrina, sin embargo, sobre qué tipo de derecho real constituyen. En este sentido Palermo (593) afirma que son varias las posturas de la doctrina y de la jurisprudencia para determinar la naturaleza jurídica de los «usos cívicos» sobre propiedad privada, utilizando para tal fin instituciones típicas del Derecho Privado. Según Palermo, la doctrina, en un primer momento, consideraba tales usos como un verdadero derecho de «servidumbre», calificación que impugna este autor por no encajar, a su juicio, con la acepción precisa que viene reconociéndole la doctrina y jurisprudencia más reciente, concluyendo que la jurisprudencia ahora aparece más inclinada a la aproximación de esta figura al «condominio».

Dentro de la calificación de «condominio» existen fundamentalmente dos direcciones: una, seguida fundamentalmente por la jurisprudencia (594), se inclina por considerarla como un supuesto de propiedad fraccionada, por lo que sobre unos mismos bienes pueden incidir varios derechos en favor de diversos titulares respecto de aquellas diversas posibilidades de utilización que el bien ofrece; de otro lado, autores tan significativos en la materia como Fragali (595) afirman la existencia de una comunidad entre los titulares de los «usos cívicos» de la que forman parte todos los sujetos pertenecientes a una determinada colectividad; se incluye tal comunidad sistemáticamente entre las comunidades sin cuota o «en mano común», institución que, como ha señalado Trifone (596), es típica del derecho medieval y que penetró a través de los pueblos germánicos.

Por lo que respecta al ordenamiento jurídico español, si contemplamos tan sólo la relación existente entre los titulares de las fincas entre sí, es evidente que estaríamos en una situación similar a la que existe en el supuesto que analizamos en el epígrafe anterior. Pero, como también existen los no propietarios, surge una gran dificultad para la calificación jurídica del supuesto de una forma global.

(593) PALERMO, en voz «usi civici», *Norissimo Digesto Italiano* Turín, 1975, pág. 219.

(594) Cfr. sentencia de casación de 28 de mayo de 1955.

(595) FRAGALI, ob. cit., págs. 269 y 270.

(596) TRIFONE, ob. cit., pág. 148.

Desde el punto de vista de los propietarios de los fundos, es innegable la existencia de un gravamen que han de soportar en favor de los no propietarios; este gravamen está constituido por el aprovechamiento en favor de los que no ostentan titularidades dominicales sobre las fincas y, por lo mismo, así contemplada la relación, existe una auténtica «servidumbre de pastos» que es ejercitada por una colectividad; esto es, una «servidumbre de pastos» ejercitada en común.

Si los propietarios no concurrieran a los aprovechamientos, la configuración de este supuesto sería la de una «servidumbre personal» en favor de los no propietarios y en contra de los propietarios. Mas, si partimos de la concurrencia de propietarios y no propietarios en el aprovechamiento de los pastos y leñas de las fincas —que es la hipótesis de que nos ocupamos ahora—, es indudable que el concepto de servidumbre no desaparece; sólo la servidumbre explica la relación entre los que son titulares dominicales de fincas y los que no lo son. Pero el hecho de que al aprovechamiento de los pastos concurren también los ganados de los propietarios de los fundos, significa que la «servidumbre» por sí sola es insuficiente para explicar la totalidad del aprovechamiento en su conjunto.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia ha interpretado fielmente la regla «nemini res sua servit» (597) en el sentido de que la presencia de los propietarios en el aprovechamiento en común hace inviable la fórmula de la «servidumbre»: las cosas sirven a su dueño por derecho de dominio y no por derecho de servidumbre, esto es «iure dominii» y no «iure servitutis». La idea de servidumbre lleva inherente en su misma esencia el recaer sobre cosa de ajena pertenencia, y esto sólo se da si contemplamos a los no propietarios, no si contemplamos a la vez a los que sí son propietarios dentro del aprovechamiento en común.

El colectivo de los que disfrutan los pastos integran una comunidad de goce —tanto los propietarios como los no propietarios—; pero tal relación, en su conjunto, no puede calificarse de «servidumbre». De ahí que, si seguimos el razonamiento

(597) Sobre el valor del principio «nemini res sua servit», *vid.* fundamentalmente BIONDI, *las servidumbres*, págs. 207 y sigs.

señalado por J. Beltrán de Heredia (598), en el caso de que los propietarios concurren con los no propietarios en el aprovechamiento de los pastos, es indudable que también aquéllos estarán en comunidad en cuanto al derecho de disfrute, pero no en cuanto a la propiedad. Este criterio ha sido, por otra parte, fielmente seguido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (599).

Esta comunidad existente entre todos los que aprovechan los pastos y leñas tiene unas características muy particulares, ya que la «pertenencia» y la «reciprocidad», de las que hablamos anteriormente, sólo se dan en los que ostentan la cualidad de propietarios. Tal comunidad de goce en su conjunto podríamos definirla como «aquella situación que se produce cuando concurren al aprovechamiento de los pastos de una o varias fincas ganados del propietario o propietarios, juntamente con ganados de personas ajenas a la titularidad dominical de los fundos».

La configuración jurídica del supuesto de hecho que estamos contemplando, por las razones apuntadas, es de una extraordinaria dificultad. Ya hemos visto cómo en situaciones similares la doctrina italiana adopta posturas antagónicas y, en el Derecho francés, se afirma la existencia de un derecho real con características especiales y que obedece a reglas que le son propias sin un encuadramiento en figuras concretas reguladas por el ordenamiento jurídico.

A nuestro juicio, este supuesto que nos ocupa debe ser enfocado desde una doble perspectiva:

1.º Contemplar la relación que existe entre los propietarios de las fincas como tales propietarios y los no propietarios de las mismas que concurren con aquéllos al pastoreo común.

Desde el momento en que la titularidad dominical resulta gravada por el aprovechamiento de los no propietarios, es evidente que —salvo que exista alguna causa que lo impida— debe calificarse tal situación de «servidumbre de pastos» a favor de los que no ostentan la cualidad de propietarios y en contra de los que ostentan tal cualidad.

(598) J. BELTRÁN DE HEREDIA, ob. cit., pág. 108.

(599) *Vid.* entre otras, las sentencias de 19 de febrero de 1954 y 10 de octubre de 1956.

Esta calificación tiene una extraordinaria consecuencia: el posible ejercicio de la redención que se regula en los artículos 603 y 604 del Código Civil que analizaremos con detenimiento en el capítulo siguiente y que, según veremos, no siempre puede ejercitarse.

2.º Contemplar la misma relación desde el mero ángulo de la concurrencia en el disfrute de los pastos haciendo abstracción de la titularidad dominical y del gravamen que sobre la misma existe.

Aquí hay una evidente «comunidad de goce» o «comunidad de pastos» entre todos los concurrentes, ya que la presencia de los propietarios en el goce hace imposible concebir a éste como una servidumbre para explicar la situación de aprovechamiento en su conjunto.

Ahora bien, ¿qué tipo de comunidad es la existente? A nuestro entender, hay que distinguir dos hipótesis:

a) Si los no propietarios concurren no como miembros de una comunidad —sea o no vecinal—, sino de una manera personal o directa, «uti singuli» y no «uti cives», con derechos perfectamente delimitados, la comunidad del aprovechamiento es de «tipo romano» o «por cuotas partes». Por muchas que sean las especialidades que pueda ofrecer tal aprovechamiento en común, la comunidad no deja de ser de este tipo ya que, como señalamos más atrás, la amplia fórmula utilizada por el legislador en el artículo 392 del Código Civil, posibilita un sinnúmero de variedades que no son obstáculo para que la comunidad pertenezca al molde romano.

b) Si los no propietarios concurren como miembros de una determinada colectividad, es decir, «uti cives» y no «uti singuli», sin que pueda hablarse de cuotas al no estar delimitados los derechos que a cada uno corresponden porque el derecho de cada uno consiste en la posibilidad de concurrir con los demás al aprovechamiento, la comunidad es de tipo «germánico» o «en mano común» aunque pueda ofrecer diversas modalidades el aprovechamiento. Aquí surge un grave interrogante: ¿Pueden los propietarios cerrar sus fincas al amparo del artículo 602 del Código Civil para liberarlas del aprovechamiento común? De este tema nos ocuparemos en el capítulo VI.

3.^a Los pastos de terrenos de particulares son aprovechados íntegramente por ganados de personas a quien no pertenece la propiedad de las fincas.

Esta situación puede generarse por voluntad de los dueños de los predios afectados, o al margen de tal voluntad. Si surgen por voluntad de los titulares de las fincas afectadas (600), es innegable que, salvo que alguna causa lo impida, nos hallamos en presencia de una verdadera «servidumbre de pastos» en favor de los que obtienen el derecho al aprovechamiento, figurando como predios sirvientes aquellos sobre los que los aprovechamientos recaen. Tal servidumbre, al recaer directamente en favor de los beneficiarios y ante la ausencia de predio dominante, es de naturaleza personal.

Asimismo, cuando a los dueños de los terrenos no corresponde el derecho de aprovechar los pastos de sus fincas, por ostentar tal derecho al margen de su voluntad personas distintas, es evidente también la presencia de una «servidumbre de pastos» sobre tales fincas a favor de los que tienen el derecho a tal disfrute y en contra de los propietarios afectados. Su contenido es el propio aprovechamiento y, al igual que en el caso anterior y por la misma razón, tal servidumbre es de naturaleza personal.

La «servidumbre de pastos» existente en uno o otro supuesto podríamos definirla como «aquel derecho real que ostentan ciertas personas de aprovechar las hierbas que fincas ajenas a su propiedad producen».

Si bien es cierto que pueden existir «servidumbres de pastos» en favor de un solo titular, a nosotros sólo nos interesa en nuestro estudio una servidumbre ejercida por una pluralidad de sujetos, ya que los aprovechamientos en común son los que constituyen el objeto de nuestra consideración. En este sentido cabe afirmar que, puesto que hay una pluralidad de titulares —de esto partimos—, nos hallamos ante una servidumbre ejercida comunitariamente; el aprovechamiento en sí mismo considerado se ejerce en forma comunitaria.

Por lo tanto, cabe hablar al lado de la «servidumbre de pastos», de «comunidad de pastos»: La «servidumbre» explica la

(600) Esta posibilidad deriva del artículo 594 del Código Civil en relación con los artículos 537 y 600 del mismo cuerpo legal.

relación que existe entre los titulares de las fincas sin derecho a los pastos, y los titulares de los pastos ajenos a la titularidad dominical de las fincas; la «comunidad» explica solamente el aprovechamiento de todos los que concurren a percibir los pastos.

Así como la «servidumbre de pastos» en la hipótesis de que nos ocupamos es siempre de naturaleza personal, la «comunidad de pastos» que generan entre sí los titulares de la servidumbre puede obedecer a los dos tipos de «romana» o «germánica»: será «romana» o «por cuotas partes», cuando cada uno de los titulares del aprovechamiento ostenta su derecho de una manera perfectamente delimitada, es titular «uti singuli», sabiéndose perfecta y claramente cuál es la cuota, de la que puede evidentemente disponer; será «germánica» o «en mano común», cuando los titulares lo son «uti cives», es decir, por su condición de miembros de una colectividad, sin que tengan su derecho determinado por una cuota, ya que sólo están facultados para concurrir con los demás copartícipes en forma global al aprovechamiento.

No obstante las consideraciones precedentes en las que hablamos de «comunidad» como consecuencia obligada del presupuesto de ejercitarse el aprovechamiento en común, la configuración jurídica de «servidumbre de pastos» es innegable en la hipótesis de hecho de que partimos. Existen predios gravados en favor de una pluralidad de personas a quienes no pertenece el dominio de las mismas, dándose de forma indubitada la situación de «servidumbre personal» referida a los pastos. El hecho de que los aprovechamientos se ejerciten en común no afecta para nada a la calificación de «servidumbre» que hemos señalado: será una «servidumbre de pastos» ejercitada en común.

Conviene poner de relieve que para calificar como «servidumbre de pastos» la relación que existe entre los propietarios de los terrenos y los titulares de los pastos, partimos necesariamente de la existencia real de propietarios de terrenos que resultan gravados por tales aprovechamientos. Sin embargo, no siempre aparece de una forma nítida y clara si existe realmente un propietario gravado, pues es evidente que en ciertos casos en los que hay una disociación entre los titulares de pastos y los titulares de otros aprovechamientos sobre unos mismos bienes, no puede hablarse de «servidumbre de pastos» dándose en tales situacio-

nes una mera «yuxtaposición de derechos autónomos» sobre distintas utilidades que inciden sobre un mismo objeto.

El problema entraña graves consecuencias prácticas dimanantes de la calificación jurídica de la situación planteada. Si existe una «servidumbre», cabe pensar en su posible redención (601); si existe una «yuxtaposición» de derechos, la redención no es posible.

Ahora bien, la trascendencia del problema va acompañada de una extraordinaria dificultad para separar ambas hipótesis, tal y como se expresó a propósito de la denominada «comunidad pro diviso», cuyas consideraciones damos aquí por reproducidas en evitación de innecesarias repeticiones.

Finalmente, si nos hallamos ante un supuesto de «concurrentia» de aprovechamientos sobre un mismo bien y no ante una «servidumbre», es de destacar, siguiendo el acertado criterio de Ossorio Morales (602), que tal concurrentia no debe confundirse para nada con la «comunidad de pastos» regulada por los artículos 600 y 602; así, por ejemplo, la facultad de librarse de la «comunidad de pastos» mediante el cerramiento de las fincas carecería de sentido y sería de imposible aplicación en el caso de que los varios aprovechamientos de un mismo predio pertenezcan a distintas personas, teniendo así distribuida entre ellos la propiedad del mismo. Pero debemos añadir que tampoco la «servidumbre de pastos» se extingue por el cerramiento, sino por la redención.

B. Aprovechamientos en común de pastos y leñas sobre terrenos pertenecientes a los entes públicos.

Los bienes pertenecientes a los entes públicos pueden ser de dominio público y de propiedad privada o patrimoniales, tal y como analizamos con detenimiento en otro lugar de esta obra. A los efectos de nuestro estudio sólo nos interesan los patrimoniales, a los que limitaremos nuestra exposición, y, dentro de ellos, a los bienes comunales, partiendo inicialmente del artículo 601 del Código Civil.

El citado artículo establece que la «comunidad de pastos en

(601) Sin embargo, no siempre es posible tal forma de extinción de servidumbres, como ha señalado la sentencia de 19 de noviembre de 1949,

(602) OSSORIO MORALES. ob. cit., págs. 125 y 126.

terrenos públicos, ya pertenezcan a los municipios, ya al Estado, se registrarán por las leyes administrativas».

Conviene antes de nada poner de relieve que la expresión «terrenos públicos» no se corresponde con la expresión «dominio público». A este respecto —como ya señalamos en otro lugar— es de destacar la importantísima doctrina sentada por la sentencia de 6 de abril de 1921 según la cual «los montes sobre bienes patrimoniales de los municipios, están comprendidos en el dominio privado, pues aunque con arreglo a la Ley de 1863 se consideran como públicos, semejante calificación es puramente administrativa y no tiene trascendencia en el orden civil para deducir que por ser "montes públicos" deben reputarse bienes de «dominio público», toda vez que la calificación de los bienes según su naturaleza y las personas a quienes pertenecen es una cuestión eminentemente civil que ha de resolverse aplicando no las disposiciones administrativas, sino las del Código Civil».

De la doctrina transcrita —si bien referida a los montes, pero que puede ser ampliada a toda clase de terrenos— se desprende claramente que un bien puede ser «patrimonial» y a la vez ser considerado como «terreno público», siempre que cumpla una finalidad eminentemente social, cual es el caso de los «bienes comunales» que, al decir de Nieto (603), tienen su encaje no en los artículos 343 y 344 del Código Civil, sino en el 601 del mismo cuerpo legal (604). De acuerdo con esta dirección, los «bienes comunales» tienen la consideración de «terrenos públicos» sin perder por ello su consideración de bienes «patrimoniales».

Por todo ello, y aún reconociendo que se rigen por las leyes administrativas tal y como señala el artículo 601 del Código Civil los aprovechamientos que sobre los mismos ejercitan, la naturaleza jurídica de tales aprovechamientos es una cuestión eminentemente civil. De ella vamos a ocuparnos seguidamente.

Damos aquí por reproducido cuanto se dijo a propósito de los «bienes comunales» en el capítulo III. Sin embargo, convie-

(603) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 282, nota 29 (bis). Este criterio es así mismo sustentado por la sentencia de 10 de abril de 1954.

(604) FRAGALÍ, ob. cit., pág. 266, afirma que la finalidad social es un aspecto extrajurídico que no imprime ningún carácter en el ámbito del Derecho.

ne que retengamos algunas consideraciones básicas allí destacadas, para perfilar la configuración jurídica de los aprovechamientos que se ejercitan sobre los mismos, por estar en muy estrecha conexión este tema con la estructura de los mismos «bienes comunales».

Recordemos que en sus orígenes los «bienes comunales», en unión de los «bienes de propios», eran auténticas propiedades colectivas de los vecinos agrupados en variadas formas; recordemos también que con la aparición del municipio, el antiguo «común de vecinos» fue esfumándose: el dominio de los bienes comunales es apropiado por el municipio; a los vecinos corresponde el aprovechamiento y disfrute de tales bienes (605). Este hecho tiene respaldo legislativo en la normativa vigente constituida fundamentalmente por los artículos 187 y 188 de la LRL y el artículo 5, 2 b) del RBEL. De una combinación armónica de tales preceptos, resulta que los bienes comunales son esencialmente «bienes de dominio municipal cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde exclusivamente a los vecinos».

De este concepto, extraído de las disposiciones legales, se destaca claramente en los bienes comunales la existencia de una disociación entre titularidad dominical y titularidad de aprovechamiento y disfrute: aquélla corresponde al municipio; ésta corresponde a los vecinos.

Partiendo de tal disociación y siguiendo el criterio que hemos mantenido en epígrafes anteriores, vamos a distinguir, de un lado, la configuración jurídica de la relación existente entre el propietario de los bienes comunales y los titulares de sus aprovechamientos, y de otra, la relación que existe entre los propios perceptores del aprovechamiento y disfrute de tales bienes.

a) En cuanto a la configuración de la primera de dichas relaciones —la existente entre el titular dominical y los titulares del aprovechamiento y que ya vimos parcialmente al tratar de la titularidad de los bienes comunales—, creemos que no puede hablarse de «comunidad» ni tampoco de «servidumbre».

A nuestro juicio es erróneo explicar esta relación a través del mecanismo de la «comunidad» puesto que, como hemos puesto

(605) Para ver con detalle la evolución aquí apuntada nos remitimos a lo reflejado en el capítulo III de este trabajo.

de relieve a lo largo de nuestro estudio, la comunidad propiamente dicha sólo puede predicarse en el supuesto de concurrencia de titularidades cualitativamente idénticas. Sin embargo, en los bienes comunales las titularidades concurrentes en la relación contemplada son completamente distintas desde el punto de vista cualitativo: una es titularidad de dominio; las otras son titularidades de disfrute.

Tampoco creemos defendible la tesis de la «servidumbre» puesto que ésta, por esencia, es un gravamen, y éste no puede predicarse en tal relación. Generalmente es la servidumbre la figura jurídica que explica la existencia de aprovechamientos sobre bienes ajenos, pero como quiera que institucionalmente los bienes comunales parten de esta disociación de titularidades, no es posible encontrar ninguna titularidad gravada en los mismos, ya que, por definición, tales titularidades pertenecen a personas distintas en forma autónoma. Sólo por un abuso de lenguaje podríamos ver la existencia de tales servidumbres: el municipio vería gravada su propiedad por unos aprovechamientos; los vecinos verían gravado su derecho al disfrute por un dominio que no le corresponde. Tal aseveración constituye, a nuestro juicio, un imposible jurídico. En efecto, si legalmente está reconocido el dominio al municipio y el disfrute a los vecinos, son dos derechos autónomos con su propia configuración que inciden sobre unos mismos bienes. La técnica jurídica de la servidumbre no tiene cabida.

Si, como hemos señalado en el capítulo III, originariamente los vecinos —o si se quiere el «común de vecinos»— fueron los titulares plenos de los hoy denominados «bienes comunales», privándole posteriormente el municipio sin ningún tipo de compensación la titularidad dominical, ¿cómo concebir la existencia de una servidumbre para explicar la relación entre éste y aquéllos? Si el fenómeno hubiera sido al revés, esto es, si el municipio hubiera sido el propietario pleno y el titular del disfrute de los bienes comunales, y hubieran sido los vecinos los que le hubieran privado del aprovechamiento, podríamos pensar que tal aprovechamiento constituiría una carga, esto es, una servidumbre. Pero el dominio del que se ha apropiado el municipio apareció desde sus comienzos desprovisto de las facultades de aprovechamiento, por lo que no puede hablarse de servidumbre

para explicar la relación que existe entre el disfrute que los vecinos conservan y el dominio que el municipio se irroga. ¿Cómo dejar reducido a un mero gravamen el derecho que al aprovechamiento de los comunales tiene los vecinos si se les privó a ellos precisamente del dominio de tales bienes? Pero ¿cómo afirmar, por otra parte, que el dominio del municipio es el gravamen de los derechos de aprovechamiento de los vecinos? Hacer esta última afirmación sería dejar reducido el dominio a un mero gravamen, lo que constituiría una monstruosidad jurídica: el dominio puede ser gravado; nunca puede consistir en un mero gravamen.

Ahora bien, el dominio que el municipio ostenta es un dominio limitado por unos aprovechamientos que le son ajenos, lo mismo que el derecho que los vecinos tienen en el aprovechamiento, está limitado en el sentido de que el «ius disponendi» de los bienes sobre los que ejercen su disfrute no le corresponde al estar atribuido al municipio.

Creemos firmemente que, entre los titulares de los aprovechamientos y el titular dominical, se da una concurrencia —no una comunidad— de titularidades; una yuxtaposición de derechos independientes entre sí, si bien en estrecha correlación por incidir sobre un mismo objeto. En este sentido nos parece plausible el criterio sentado por el Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de octubre de 1975, seguido asimismo por la de 8 de noviembre de 1977, según las cuales «ni los municipios ni los vecinos deben ser considerados como titulares exclusivos de las relaciones jurídicas que hacen referencia a los bienes comunales, sino como titulares concurrentes de una titularidad simultánea», añadiendo que «las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes limitan y complementan los derechos dominicales del municipio, encontrándonos, pues, ante una titularidad compartida que viene atribuida de modo diverso entre partícipes cualitativamente diferentes».

b) Las relaciones que existen entre los titulares de los aprovechamientos de los bienes comunales tienen, a nuestro juicio, su encaje dentro de la «comunidad». La «comunidad» fue el molde jurídico de los bienes comunales en su plenitud, cuando sus titulares ostentaban tanto el dominio como el aprovechamiento, y tal molde sigue siendo válido para explicar las relaciones

entre los que detentan el solo disfrute, de acuerdo con la concepción moderna de tales bienes comunales.

A nuestro juicio, la comunidad que generan los partícipes en el goce de los bienes comunales obedece al esquema de la «comunidad germánica» ya que se dan sus características esenciales sin perjuicio de que existan algunas peculiaridades localistas en el aprovechamiento de tales bienes.

Tanto si consideramos a los bienes comunales como testimonio y residuo de una antigua propiedad común, como si los consideramos fruto de una concesión del señor en favor de los habitantes de una determinada colectividad, hay una constante: se conceden «uti cives», es decir, en tanto en cuanto se pertenece a un específico y determinado grupo colectivo. Como consecuencia, todos los que pertenezcan, pero sólo los que pertenezcan, al citado grupo colectivo, ostentan la titularidad en el aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales.

Este principio genera una serie de consecuencias que es preciso tener en cuenta: el número de titulares es indeterminado, ya que la cualidad de miembros de la colectividad —generalmente vecinal—, está en constante mutación; ninguno de los miembros de la colectividad tiene, como consecuencia, una cuota específica y determinada, ya que su participación aumentará si se reduce el número de vecinos y disminuirá en caso contrario, sin que, por lo mismo, ostente una cuota fija; ante la inexistencia de tales cuotas, es imposible hablar de alineabilidad de las mismas tanto «inter vivos» como «mortis causa»; el derecho al aprovechamiento a los bienes comunales se obtiene cuando se adquiere la cualidad de vecino y se pierde cuando se pierde tal cualidad; es desconocida la «actio communi dividundo».

A la vista de las precedentes consideraciones, cabe concluir que los aprovechamientos de los bienes comunales generan entre sus titulares una «comunidad de goce» dentro del marco de la «comunidad germánica» o en «mano común» y no en el de la «comunidad romana» o «por cuotas partes».

Decimos «comunidad de goce» ya que el dominio de los bienes comunales no pertenece a los vecinos. Si, como expresamos en el capítulo III, no se hubiera dado la usurpación de los municipios y no se hubiera perpetrado el despojo del dominio, la relación entre los titulares de los bienes comunales seguiría

siendo una «comunidad de tipo germánico», pero no limitada al aprovechamiento y goce de tales bienes, sino al dominio pleno de los mismos tal y como puede predicarse con toda justicia de los «montes vecinales o en mano común» de Galicia en los que, felizmente, no se ha operado la usurpación municipal aludida.

Conviene poner de relieve cómo la sentencia antes citada de 28 de octubre de 1975, a propósito del derecho que corresponde a los vecinos, afirma que ostentan una «propiedad cuyo contenido es el aprovechamiento o disfrute por los miembros de la comunidad» y, siguiendo a Nieto (606), añade que «independientemente de sus analogías con las categorías civiles de propiedad especial, puede configurarse de un derecho real administrativo de goce, a la vez que pertenecen al municipio o entidad los bienes sobre que recae como una variedad de los patrimoniales a tenor de lo preceptuado en los artículos 182, 183 y 187 de la Ley de Régimen Local».

Sin embargo, es de destacar que los posibles títulos que para el ejercicio de su derecho ostentan los vecinos no derivan, como pretende Nieto, de la «participación en los aprovechamientos comunales» que concede al vecino el artículo 147 de LRL, ya que será o bien la concesión originaria, o bien la derivación de la antigua propiedad colectiva, o bien, en su caso, la usucapión, las causas legitimadores de tal disfrute. Y asimismo procede del Derecho Privado el carácter absoluto del derecho, que por eso puede ser defendido por el particular con medios de Derecho Civil ante la jurisdicción civil (cuestiones de propiedad) frente a los terceros y al propio Ayuntamiento si lesionan la posesión o el goce en que se halla el usuario (607), mientras la jurisdicción administrativa y contenciosa es competente cuando la actuación del Ayuntamiento, lesiva para el derecho del vecino, ha consistido en un acto administrativo.

Dentro del artículo 601 del Código Civil, podemos encuadrar no sólo los «bienes comunales» a que acabamos de referirnos,

(606) NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 285 y sigs.

(607) LACRUZ, en su Dictamen sobre la naturaleza y titularidad de las Bardenas Reales de Navarra.

sino también (608) las entidades conocidas por las denominaciones de Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra, Asocios, Universidades, Comunidades de pastos, leñas, agua y otras análogas, que continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales y, sin perjuicio de la autonomía de que disfrutaran, deberán ajustar su régimen económico en cuando a formación de presupuestos y rendición de cuentas, liquidaciones, inventarios y balances, a lo prescrito en la Ley.

De entre ellas destacamos como más importantes las denominadas «Comunidades de Tierra» que han tenido una vida azarosa y que, tras una tendencia directa a su extinción, subsisten en la actualidad, respetándolas la vigente LRL en su artículo 40.

Lo verdaderamente característico de las «Comunidades de Tierra» es, de un lado, que el «común de vecinos», a diferencia de lo acaecido respecto de los «bienes comunales», no ha sido sucedido por un municipio sino por varios (609), y de otro, como ha establecido la sentencia de 10 de abril de 1954, el constituir personas jurídicas de organización corporativa y de interés público.

Ahora bien, las «Comunidades de Tierra» pueden poseer bienes de dos clases: «de propios» y «de aprovechamiento comunal». Partiendo de la consideración de estos últimos, por ser los que a nosotros interesa en nuestro estudio, creemos perfectamente aplicable cuanto se dijo a propósito de los bienes comunales con la peculiaridad de que aquí son los municipios los titulares dominicales y los vecinos de los mismos municipios los titulares de los aprovechamientos.

Por su parte, el profesor Guaita (610) habla de «bienes comunales provinciales» para referirse a un supuesto que sólo existe en Navarra con los montes de Urbasa, Andía y la Planilla, propiedad del Estado y administrados por la Diputación y que están gravados desde la Edad Media por «servidumbres de pastos, leñas y madera a favor de todos los vecinos de Navarra».

Respecto a la cuestión terminológica, discrepamos de Guaita ya que el artículo 281 de la LRL es claro y terminante: «Los

(608) *Vid.* art. 69 del Reglamento de población y demarcación territorial de las Entidades Locales aprobado por Decreto de 17 de mayo de 1952.

(609) *Vid.* NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 318 y sigs.

(610) GUAITA, «Derecho Foral de Navarra», *REVL*, n.º 94 (1957), pág. 487.

bienes provinciales se clasifican en bienes de dominio público y bienes patrimoniales o de propios», de donde se desprende claramente que no existen bienes comunales provinciales. De otra parte, si desde la Edad Media el aprovechamiento de los navarros en tales montes se ha calificado de «servidumbre», ésta será la figura jurídica que explique las relaciones entre ellos y el titular de los montes.

Finalmente, Nieto (611) habla de «bienes comunales del Estado» considerando como tales aquellos en los que los titulares de los aprovechamientos son los vecinos de un municipio, siendo el titular dominical el Estado y no el municipio. Cita dos supuestos, recogidos, uno de ellos, por una Orden del Ministerio de Hacienda de 15 de abril de 1873 reproducida en los resultados de la sentencia de 4 de marzo de 1876, y el otro, recogido por la sentencia de 26 de mayo de 1909.

Discrepamos de la calificación dada por Nieto, ya que de acuerdo con el artículo 187 de la LRL sólo los bienes municipales pueden ser comunales; nunca los que sean propiedad del Estado. En cuanto a la naturaleza jurídica de los aprovechamientos que ostentan los vecinos en los dos casos referidos creemos que habrá que atenerse al origen de ese derecho y a la forma en que el mismo se ejercita.

(611) NIETO, *Bienes Comunales*. págs. 317 y 318.