# Aprovechamiento en común de pastos y leñas

serie
*Estudios*
Ministerio
de Agricultura
Secretaría
General Técnica

Manuel
Cuadrado Iglesias



# *Aprovechamientos en común de pastos y leñas*

© Servicio de Publicaciones Agrarias
Edita: Servicio de Publicaciones Agrarias
Diseño: Alberto Corazón
Composición: Carrera
I.S.B.N.: 84-7479-064-6
Depósito Legal: M-7113-1980
Imprime: Imprenta del Servicio de Publicaciones Agrarias.

19303.

*Manuel Cuadrado Iglesias*

# Aprovechamientos en común de pastos y leñas

*A mi madre y a la*
*memoria siempre viva*
*de mi padre*

# *Prólogo*

*El autor de la presente obra, siendo Ayudante de mi Cátedra, leyó, en la Universidad se Salamanca, una Tesis doctoral sobre el tema de los «Aprovechamientos en común de pastos y leñas» en los últimos años de mi permanencia como Catedrático en aquella Universidad. Yo la había dirigido y obtuvo inicialmente la calificación de sobresaliente «cum laude», otorgándosele con posterioridad la de Premio Extraordinario de Doctorado.*

*Un prestigioso administrativista, miembro del Tribunal, hizo ciertas sugerencias en materia de su especialidad al autor, dado el enfoque eminentemente privatístico de la Tesis, que habrían de ser tenidas en cuenta, según la fórmula habitual, llegado que fuese el momento de la publicación, si ésta tenía lugar. Y, en efecto, llegó. Tal vez con tardanza, justificable por el deseo de realizar un trabajo detenido, meticuloso y completo, pero sobre todo a causa de la mala organización académica española que hace del actual profesor universitario un esclavo de las clases, con grupos y subgrupos, prácticas, coloquios y seminarios, sin tiempo, ni apenas fuerzas, cuando queda alguno, para llevar a cabo una labor seria de investigación.*

*Llega, además, profundamente aumentada y revisada; y, por supuesto, corregida en lo menester, como si hubiese crecido con el transcurso de los años y madurado sobre la base inicial que queda únicamente como embrionaria y que, como tal, se mantiene. Los puntos que dieron lugar a las mencionadas observaciones de que fue objeto, se han salvado con holgura, aunque ciertamente no sea yo el más indicado para juzgarlo, no ya porque excedían un tanto de mi especialidad, sino por no ser quien las formuló en cuanto que, en mi condición de Director, no sólo había dado previamente el reglamentario «visto bueno», sino también porque estimando que realmente era un excelente trabajo, lo defendí como tal en el seno del Tribunal, al margen de las discrepancias que, sobre algunos puntos, yo podría alegar, como efectivamente alegué.*

*Ahora es un libro, no una Tesis, seriamente elaborado, donde se examina e interpreta la legislación, en su aspecto interno y en relación con el Derecho comparado, cuidando la doctrina científica con amplia*

*documentación bibliográfica —totalmente actualizada, como es lógico—, y manejando la Jurisprudencia en lo fundamental. Quizá se resienta aparentemente de cierto apego dogmático que le hace inclinarse más a aquella que a ésta, no obstante la importancia práctica de la figura que la hace llegar con frecuencia al conocimiento y decisión del Tribunal Supremo de Justicia. Sobre todo se refleja en su estructura sistemática, con dos extensos capítulos de historia, otros dos de manifestaciones actuales del instituto, objetivas y, por tanto, expositivas, seguidos de uno sobre la naturaleza jurídica. Dedica también uno sólo, el último, al régimen jurídico que comprende toda la vida real de la figura, es decir, el nacimiento, el ejercicio y la extinción, que se presenta a modo de apéndice de todo lo anterior y de la que, por otra parte, podría deducirse la exacta configuración jurídica que, con el planteamiento que hace Cuadrado, puede inducir a pensar que viene prejuzgada. En verdad no es así, pues la extensión y meticulosidad con que se estudia dicho Capítulo —que es el VI— contradice el aparente carácter apendicular: y porque el precedente, o sea, el V, al tratar de la naturaleza jurídica, no se limita a hacer un análisis teórico, sino que está construido con referencia específica a la realidad de los supuestos concretos según resultan, en especial, de la Jurisprudencia, en armonía con el contenido del capítulo siguiente.*

*El interés de la obra es indudable, dado lo interesante de la institución en examen, con esa mezcla característica de principios públicos y privados o si se quiere, comunitarios e individualistas, chocante en un sistema jurídico «burgués», que diría Arnaud, como es el nuestro, a semejanza de su modelo francés. Y con esa parquedad e imprecisión con que aparece regulada en el Derecho positivo, especialmente en el Código civil que dejó subsistentes y sin tratamiento específico, muchas muestras de la misma, desenvueltas de manera inconexa en el Derecho tradicional y mantenidas consuetudinariamente con propias particularidades en las distintas regiones. Todo lo cual contribuye a la dificultad de su estudio y obliga a calificar de loable el empeño en hacerlo. Tarea dura e ingrata que, sin duda, fue rematada con pulcritud y acierto.*

*El punto de partida ineludible que constituye asimismo el central, en torno del que giran prácticamente todas las cuestiones que se plantean, es el de la determinación de si se trata de una comunidad o de una servidumbre, conceptos que son los que entran en juego, al ser usados indistintamente por el legislador español con criterio que, en general, ha sido censurado. Sin embargo, en mi opinión que ya expuse*

*en mi libro sobre la «Comunidad de bienes», está justificado, al menos en parte, porque ambas figuras pueden concurrir cuando se trata de aprovechamientos de pastos y leñas en terrenos de propiedad privada. En efecto: Si son sólo eso, el derecho de aprovechar esos productos tiene que ser en fundo ajeno, pues no se concibe, como derecho autónomo, en fundo propio; se trata de un gravamen (servidumbre) que pesa sobre aquél, limitando las facultades del propietario. Si el titular del aprovechamiento es un sujeto colectivo o plural, puede existir una comunidad entre ellos, pero no «de» o «con» la propiedad, sino del disfrute o goce; será una comunidad del derecho de servidumbre, para el aprovechamiento en común de los pastos o las leñas. Puede ocurrir que el propietario del fundo concurra con otros que están unidos en comunidad para el disfrute; continuará siendo propietario y comunero en cuanto al aprovechamiento, pero no habrá servidumbre (con sujeto plural) sobre su finca, por impedirlo la regla de «nemini res sua servit». Pero siempre y en todo caso se tratará de cosas separadas, la propiedad y la comunidad del disfrute, que no pueden estar en común, pues es condición indispensable de la comunidad, la de que se ejerza sobre derechos de igual naturaleza.*

*Esta es la idea del artículo 600 del Código civil, al distinguir de un lado la comunidad de pastos y de otro la propiedad que ha de ser la que permita aquélla, como servidumbre o limitación de las facultades dominicales, según se confirma con la facultad de redención de los artículos 603 y 604, en la correcta interpretación de la Jurisprudencia a partir de la sentencia de 18 de febrero de 1932. Otra cosa distinta es la simple yuxtaposición de derechos dispares sobre un mismo objeto. Al ser de naturaleza diferente, no pueden estar en comunidad y al estar separadas las titularidades respectivas tampoco puede hablarse de servidumbre. Es el supuesto típico de la mera concurrencia de derechos autónomos, que excede del contenido del presente libro, referido, como indica su título, a los aprovechamientos* comunitarios, *o sea, en común. Y es evidente que lo yuxtapuesto o concurrente no es común jurídicamente hablando.*

*La posibilidad de una comunidad de ese derecho de disfrute distinto del derecho de propiedad es obvia, de acuerdo con el artículo 392 del Código que habla de «propiedad» u «otros derechos reales». Como igualmente es posible que el sujeto de dicha comunidad sea* colectivo, *por ejemplo, los vecinos de un pueblo. Pero ello no autoriza para decir que se trata de una* propiedad colectiva, *pues lo que es común, colectivo, es el aprove-*

*chamiento de los pastos y las leñas, como derecho a su disfrute separado. La regulación de esta comunidad especial es perfectamente compatible con la aplicación de las reglas contenidas en los artículos 392 y siguientes. Así lo sostiene también Cuadrado, pero sólo cuando la pluralidad de sujetos actúa «uti singuli», no cuando lo hace «uti cives» ya que entonces «no puede hablarse de comunidad por cuotas partes, sino "en mano común" o* germánica, *al no estar delimitado el derecho que corresponde a cada uno, que no es otro sino la posibilidad de concurrir con los demás al aprovechamiento». Y lo mismo dice cuando se trata de aprovechamientos comunes en* terrenos públicos *(del Estado o del Municipio) a que se refiere el artículo 601 del Código, donde se dispone que se regirá por las leyes administrativas.*

*En este punto, discrepo del autor, basando la discrepancia en que el principio publicista a que responde la normativa, en ambos casos, no genera siempre un mismo régimen, que permita la conclusión unitaria en cuanto a la naturaleza jurídica. A este respecto, el Reglamento de población y demarcación territorial de las Entidades locales, de 17 de mayo de 1952, relativo a los aprovechamientos comunitarios en terrenos públicos (sean del Estado o de los Municipios) en su artículo 69, permite expresamente que las Entidades que cita y entre otras «las comunidades de pastos, leñas, aguas y análogas, continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales» que no son iguales, sino que varían con suma frecuencia. Por otra parte, si el principio publicista repercute al exterior dotando a estas comunidades de la apariencia y a veces realidad de verdadera persona jurídica, en cambio, internamente se presenta como una forma de comunidad, sin duda especial, con notas similares a la germánica, pero con otras muchas que son ajenas a ésta: El derecho de los comuneros no es sólo a la posibilidad de concurrir con los demás en el aprovechamiento, sino que lleva consigo atribuciones concretas, referentes a la leña que se puede obtener, las talas que se pueden practicar; o a las cabezas de ganado que pueden pastar, con distribución de turnos, por meses, épocas, días e incluso horas; las posibilidades de sustitución, cesión o extinción; el modo de adoptar los acuerdos y la llevanza, cuidado y administración. Y lo más importante de todo es que las normas que se aplican internamente, en caso de controversia, son de hecho y casi unánimemente, las de los artículos 392 y siguientes del Código, según he podido comprobar en el estudio de los supuestos concretos que llegaron al Tribunal Supremo durante mi permanencia en él; de los casos, insisto, no de los*

*razonamientos jurídicos empleados para resolverlos, que no siempre podían ser iguales, habida cuenta aquella diversidad del planteamiento fáctico.*

*Evidentemente, de todo ello se discutirá, como se ha discutido hasta ahora, según revela la exposición doctrinal que aduce Cuadrado. Yo aquí me limito a exteriorizar mi parecer sobre puntos que, aunque importantes, son particulares, usando y tal vez abusando de la amable invitación que me brinda para prologar esta obra. El Autor, a quien tanto afecto tengo, con la esperanza de que contribuya al esclarecimiento de la institución en su futuro discutible, lo que sinceramente deseo, con base, al menos, en este trabajo tan correctamente elaborado.*

*José* BELTRAN DE HEREDIA CASTAÑO

# *Introducción*

Al hablar de aprovechamientos en común de pastos y leñas nos referimos de forma genérica al aprovechamiento que de estos productos de la tierra se ejerce colectivamente, esto es, por un sujeto plúrimo o plural.

Este fenómeno, que tuvo la máxima importancia en épocas pretéritas, no es ajeno en nuestros días, ya que son múltiples las manifestaciones que de aquellos aprovechamientos hallamos tanto en los territorios sujetos a la legislación común como en los sujetos a la legislación foral.

Estos aprovechamientos colectivos pueden adoptar un sinnúmero de modalidades, si bien en principio, y tomando en consideración la titularidad dominical de los predios sobre los que se ejercitan, podemos señalar las siguientes:

A) Aprovechamientos en común que recaen sobre fincas de propiedad privada de los particulares, surgidos al margen de la voluntad de los titulares de dichas fincas.

B) Aprovechamientos en común que, recayendo sobre fundos de propiedad privada de los particulares, tienen su origen en la voluntad de los propietarios de los fundos.

C) Aprovechamientos en común que recaen sobre fincas pertenecientes a entes públicos o a núcleos de población sin personificación alguna. Este aprovechamiento puede revestir dos formas según que los bienes correspondan al ente público como dominio privado ò como dominio público.

Esta clasificación puede ofrecer en cada uno de sus apartados gran número de variedades, lo que lleva consigo, lógicamente, una gran complejidad. Esta complejidad se acentúa si tenemos en cuenta que en múltiples ocasiones la realidad nos demuestra la existencia de unos aprovechamientos en común de pastos y leñas en los que se mezclan todos o algunos de los supuestos antes enunciados.

En la primera hipótesis, esto es, cuando los aprovechamientos en común de pastos y leñas tienen su origen en el hecho de

que sí queremos es anticipar el confusionismo en el que incide y las soluciones injustas a que puede dar lugar la extinción de los aprovechamientos colectivos en algún supuesto. De todo esto nos ocuparemos con detenimiento a lo largo del presente trabajo.

Como reacción a la extrema postura individualista en la que milita nuestro Código Civil, nacida en el seno del Derecho Romano y que alcanzó todo su apogeo en la Revolución francesa, surgen otras no menos drásticas, pero de sentido inverso, afirmándose que la atribución individual de bienes constituye un delito social, una explotación del hombre por el hombre; de ahí que se intente abominar de forma completa la propiedad privada traspasándola al Estado, afirmándose por algún autor que la propiedad individual no existe (1).

Si conforme a la primera posición la actuación del hombre sobre los bienes es autónoma, conforme a la segunda es heterónoma; allí priva el principio de autonomía de la voluntad del individuo sin ninguna cortapisa; aquí queda relegado a ser un mero administrador, un servidor de la colectividad, ya que la propiedad pertenece al Estado.

Tan desacertada es, a nuestro juicio, una como otra postura. Negar la existencia del derecho de propiedad individual es tratar de desconocer una realidad innegable surgida como secuela de la propia naturaleza humana. El ser humano, como imperfecto que es, siente necesidades que, satisfechas hoy, vuelven mañana a establecer su imperio. Precisa, por tanto, unos medios con que hacer frente a las mismas, y estos medios no son otros que la propiedad privada, motor de todo progreso económico que contribuye a desarrollar la propia persona (2). Por otra parte, el reducir al propietario a un mero funcionario social equivale a la

---

(1) *Vid.* en este sentido, entre otros, PROUDHON, *¿Qué es la propiedad?* Investigaciones sobre el principio de Derecho y del Gobierno. Traducción española por R. García Ormaechea. Madrid, 1903, págs. 43 y sigs.

(2) Los propios ordenamientos jurídicos socialistas reconocen la llamada «propiedad personal». Así, por ejemplo, el artículo 11 de la Constitución Húngara establece que «La República popular reconoce y protege la propiedad personal». En esta línea ALONSO PÉREZ, en «La Propiedad Horizontal. Especialidades de su contenido como derecho», *RDP.* 1977, pág. 98, afirma que la llamada «propiedad personal», tan tutelada incluso en países de ideología socialista, se extiende a la propiedad de la vivienda y su destino precisamente, como

que a los propietarios «se les prive» de una parte de los productos de sus terrenos atribuyéndolos a personas distintas, nos hallamos en presencia de una función transindividual de la propiedad de la tierra. En tal supuesto no sólo se contempla el interés individual del propietario, sino también los intereses de quienes son ajenos a la titularidad dominical de los predios.

En la segunda hipótesis, cuando los aprovechamientos comunitarios surgen como consecuencia del libre arbitrio de uno o varios propietarios que aportan a un goce común tierras de su pertenencia, nos hallamos ante un aprovechamiento colectivo que, en principio, parece contraponerse al sentido netamente individualista del derecho de propiedad que ha caracterizado toda una época histórica. Nada más lejos de la realidad: en este caso, los aprovechamientos colectivos, por emanar de la voluntad de los propietarios, aparecen como una prolongación del derecho individual que le pertenece a cada uno de ellos respecto de sus fincas.

Cuando los aprovechamientos en común recaen sobre terrenos no pertenecientes a particulares —tercera hipótesis—, cobra todo su esplendor el aprovechamiento comunitario, puesto que tal forma de goce es, en principio, no ya la prevalente, sino la única que se ejercita sobre los fundos.

Estos aprovechamientos colectivos son, en gran medida, la resultante del estado que la propiedad presentaba en los primeros tiempos, así como durante la Edad Media. En estas épocas, la propiedad aparecía con fuertes vinculaciones, pero por obra del Derecho Natural racionalista, del liberalismo político y de la subsiguiente codificación del Derecho Privado, aquellas vinculaciones han quedado minimizadas; los aprovechamientos en común han desaparecido en gran medida. Por el contrario, en nuestra época, se avanza de nuevo y de forma cada vez más creciente y progresiva hacia otras vinculaciones de todo tipo y especialmente de carácter social.

Fruto del ambiente individualista existente en la época de su promulgación, nuestro Código Civil, en su escasa y peregrina reglamentación sobre la materia, intenta la desaparición de los disfrutes colectivos de pastos y leñas cuando éstos recaen sobre terrenos de propiedad privada. Sin entrar a juzgar, de momento, si es acertado o equivocado su criterio en esta orientación, la

conversión taumatúrgica del derecho en deber; el titular no ostentaría una facultad propiamente dicha, sino que se convertiría más bien en un mero servidor de la colectividad con el consiguiente ataque a la propia personalidad humana.

De estas consideraciones no debemos concluir que seamos partidarios de una propiedad meramente individual y sin ninguna conexión social, por llevarnos tal concepción a evidentes excesos anticomunitarios. No olvidemos que el ser humano, a la vez que individuo, es un miembro social, y de ahí que sus bienes hayan de proyectarse contemplando ambas cualidades. La propiedad debe satisfacer, pues, no sólo intereses individuales, sino también intereses sociales.

Modernamente la concepción de la propiedad discurre por otros derroteros equidistintantes de tan antagónicas posiciones. Sin negar la propiedad individual, las nuevas corrientes la matizan con una función social que debe cumplir. Y así, con gran entusiasmo se aborda en los momentos actuales el tema de la función social de la propiedad, que como señala Pérez González (3) empezó a asomarse tímidamente en los textos constitucionales y programáticos, inspiró luego preámbulos de leyes, descendió después a disposiciones legales concretas y tiende, por último, a concretarse en efectiva realización.

En esta misma línea pone de relieve Hernández Gil (4) que en los momentos actuales el interés genérico de la sociedad y el de ciertas situaciones sociales penetra acusadamente en la propiedad privada. Tanto los preceptos de carácter constitucional como

---

señala el artículo 105 del Código Civil de la Rusia soviética, es satisfacer «las necesidades materiales y culturales de los ciudadanos».

(3) PÉREZ GONZÁLEZ, Discurso de presentación a las Cortes de la Ley sobre Régimen Jurídico del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956. (Ley que ha sido modificada en gran medida por Ley de 2 de mayo de 1975.) Ahora bien, no faltan detractores de tal función social: así RADBRUCH en *Kulturlehre des Sozialismus*, Berlín, 1927, pág. 52, la califica de «Koventionelle Lüge» o «mentira convencional», y para PASHUKANIS en *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (trad. alemana), Berlín-Wien, 1929, pág. 6, la función social encubre el carácter clasista de la propiedad privada, considerándola como etiqueta apta para prolongar con descarado eufemismo la concepción dominical propia de la tradición romanística y del capitalismo liberal.

(4) HERNÁNDEZ GIL, *La función social de posesión*, Madrid, 1969, pág. 171.

las leyes de carácter ordinario están impregnados de este fenómeno. Se ha superado felizmente la época en que la propiedad ostentaba únicamente una función meramente individual, en la que la adjudicación de bienes se hacía contemplando solamente al individuo como ser libre y desconectado del grupo social al que pertenecía.

Es innegable que la propiedad, como destaca De Vita (5), sufre una metamorfosis en todos los países occidentales traduciendo al plano jurídico la dimensión económico-social; añadiendo el mismo autor que la función social no meramente sobreentendida, sino netamente individualizada como una de las características morfológicas del derecho de propiedad, es elemento inolvidable de tal evolución.

Esta función social no es compatible con la propiedad burguesa liberal, ni tampoco puede asimilarse a los actuales sistemas socialistas en forma plena; creemos que tal función social matiza las modernas legislaciones occidentales, donde, netamente, debemos situarnos.

Pero el que éste sea el criterio imperante en la actualidad no debe motivar una crítica despiadada de nuestro Código Civil, ajeno a esta nueva corriente. Proceder de tal forma sería actuar faltos de «elegantia iuris», ya que las obras deben juzgarse de acuerdo con los criterios existentes en la época de su elaboración. Por tanto, lo acertado sería tal vez reformar en gran medida el Código de una manera directa sin acudir a una frondosa e innegable pluralidad legislativa integrada por leyes especiales, en las que se pone de manifiesto esta nueva tendencia de la propiedad. De todas formas, y sin que esto suponga justificación alguna, este fenómeno no es privativo de nuestro Derecho (6).

---

(5) DE VITA, *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporánea*. Milán, 1969, pág. 166.

(6) En este sentido GIERKE, *Der Entwurfeines Burgerlichen Gesetzbuchs und das Deutsch Recht*. Leipzig, 1889, págs. 323 y sigs. íd, *Die Soziele Aufgabe des Privatrechts*. Berlín 1889, nueva ed. Frankfurt 1943, págs. 16 y sigs, destaca la cualidad del espíritu informador del Derecho Civil común y del especial que justamente aquella nueva legislación que acostumbra a denominarse legislación «político-social» encaja profundamente en el campo jurídico privado. Sin embargo, ha sido fatal —del Código Civil Alemán— el abandonar la obra social a la legislación especial. Se sustentan, pues dos sistemas dominados de espíritu

En tiempos relativamente recientes, destaca de forma magistral Coco (7) las siguientes categorías de propiedad: propiedad equivalente a «ius» o derecho subjetivo clásico; propiedad igual a «manus», a carga o función social, y propiedad con «manus», es decir, con carga, con obligación.

De acuerdo con la clasificación que de los aprovechamientos en común de pastos y leñas hacemos al comienzo, éstos pueden ser domiciliados en cada una de las tres categorías o concepciones que del derecho de propiedad acabamos de enunciar, aunque, naturalmente, con intensidad distinta. En efecto, dentro de la concepción individualista y como una facultad que corresponde a los propietarios individuales, los aprovechamientos comunitarios son posibles; el propio Código Civil, que los mira con disfavor, admite en el artículo 600 su nacimiento «por concesión expresa de los propietarios y siempre que recaigan a favor de determinados individuos y sobre predios ciertos y determinados». Si nos situamos en la segunda posición, negadora del derecho individual de la propiedad, los aprovechamientos comunitarios serían los únicos existentes, lo cual implicaría la negación de toda actividad individual ante la hermosa perspectiva de alcanzar la riqueza (8). Por último, de acuerdo con la moderna concepción de la propiedad, matizada de una función social, en principio, no sólo no creemos que los aprovechamientos comunitarios contradigan tal función, sino que incluso pueden, en múltiples ocasiones, representar los mismos aprovechamientos la indicada función social.

---

totalmente distinto: un sistema de Derecho Civil común, en el cual queda cerrado el puro Derecho, y una abundancia de derechos especiales en los cuales domina un Derecho Privado impulsado por el Derecho Público y mezclado con él. Aquí, un Derecho de matiz social, vivaz, rico en vida interior; allí un patrón abstracto, romanístico, individualista, momificado en una pura dogmática. Ahora bien, mediante el herético derecho especial se puede desarrollar en todo su esplendor el propio y verdadero Derecho Privado.

(7) COCO, *Crisi ed evoluzione del diritto de proprietá*. Milán, 1965 pág. 166.

(8) PERLINGIERI, *Introduzione alla problemática della proprietá*. Universita degli Studi di Camerino. Jovene Editore, 1970, pág. 50, pone de relieve que «la teoría de la propiedad no puede construirse independientemente de la teoría de la libre iniciativa económica». En esta misma línea, la Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 establece en su artículo 42, apartado 2, que la propiedad privada está reconocida y garantizada por la ley, que determina sus modos de adquisición, de goce y sus límites a fin de asegurar su función social y de hacerla accesible a todos.

Con arreglo a cuanto precede, si tenemos en cuenta que esta nueva orientación de la propiedad condicionará grandemente la pervivencia o la extinción de los aprovechamientos en común, conviene que desde el punto de vista legislativo consignemos cómo se concibe la función social de la propiedad.

En esta línea, y dentro del plano legislativo, es de destacar cómo el artículo 153 de la Constitución de Weimar de 1919 expresa que «La propiedad obliga. Su uso ha de constituir asimismo un servicio para el bien común». Alude, de una parte, a las restricciones que el derecho de propiedad debe llevar inherente, y de otra, al disfrute del propio titular, pues es evidente que cuando expresa «ha de constituir asimismo» admite de forma inequívoca a la vez el provecho del propio titular.

La Constitución Española de 1978, en su artículo 33, tras afirmar que «se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia», añade «que la función social de estos derechos delimitará su contenido de acuerdo con las leyes», señalando, finalmente, que «nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes».

De este precepto se desprenden fundamentalmente dos consecuencias:

1.ª La función social señalará el contenido del derecho de propiedad privada.

2.ª Serán las leyes ordinarias las que determinarán el alcance de la referida función social.

Evidentemente, nuestra Constitución no acoge el criterio señalado por la Constitución alemana de Weimar a que antes hicimos referencia de que «la propiedad obliga», ni que «su uso ha de constituir un servicio para el bien común», siquiera esta última afirmación podemos, en cierto sentido, encontrarla en el artículo 128 al afirmar que «toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad está subordinada al interés general».

Lo que sí importa destacar es que la Constitución no incluye la propiedad en la sección 1.ª «De los derechos fundamentales y de las libertades públicas», sino en la 2.ª «De los derechos y deberes de los ciudadanos», con lo que parece matizar su carác-

ter más contingente, y, sobre todo, diversos preceptos enmarcan la declaración constitucional en un contexto ampliamente social: la declaración del artículo 128 antes señalado; la orientación del poder público hacia una distribución más equitativa de las rentas personales (art. 40); la progresividad de los impuestos como un medio de redistribución de la riqueza (art. 31); las alusiones a la protección y mejora de la calidad de vida, defensa y restauración del medio ambiente e indispensable solidaridad colectiva (art. 45), y la participación de la comunidad en las plusvalías que genera la acción urbanística pública (art. 47) (9).

Estas formulaciones, por ser programáticas, son meras enunciaciones de principios encaminados a orientar la futura labor del poder público, para su desarrollo en leyes ordinarias ulteriores. Así lo reconoció ya la O. M. de 4 octubre de 1933 y las sentencias de 29 de enero de 1935 y de 11 de marzo de 1940 con respecto a Constituciones anteriores y que son de perfecta aplicación a la vigente Constitución (10).

Si tenemos en cuenta esta función social que la propiedad debe cumplir de acuerdo con la nueva Constitución, pendiente de ser desarrollada según indicamos, debemos trasladar tal principio a la realidad objeto de nuestro estudio, para ver si es posible que los aprovechamientos en común de pastos y leñas pueden significar de algún modo la tan repetida función social de la propiedad, para lo cual distinguimos las tres principales categorías que de los mismos hacemos al comienzo:

A) En la primera hipótesis, esto es, cuando los aprovechamientos en común recaen sobre fincas de propiedad de los particulares «al margen de la voluntad de los propietarios de las mismas», fácil es advertir la posible compatibilidad entre los intereses del propietario del terreno y los intereses de personas ajenas a la titularidad dominical. Al primero se le adjudican los

(9) *Vid.* en este sentido LACRUZ, *Manual de Derecho Civil precedido de una Introducción al Derecho.* Barcelona, 1979, pág. 355.

(10) En esta misma línea, *vid.* sentencia de 26 de enero de 1972 y, con anterioridad, la sentencia de 14 de noviembre de 1963 que sentó la tesis de que «el artículo 43 de la Constitución de 1931 por sí solo no puede derogar las normas del Código Civil, dado que las declaraciones constitucionales, para que dejen de ser programáticas y tengan efectividad, necesitan ser desarrolladas en leyes civiles complementarias». Afirmación que consideramos de perfecta aplicación a los preceptos citados de la Constitución de 1978.

productos principales; a los segundos se les atribuyen productos secundarios. Hay, pues, una coexistente participación entre ambos productos de la tierra. Pero en esa participación no se debe lesionar el natural estímulo de los propietarios de los terrenos. Será problema de política legislativa el aunar ambos intereses en juego, permitiendo a los propietarios el disfrute exclusivo de ciertos productos de sus fincas, y a la vez posibilitar que los no propietarios disfruten los llamados productos secundarios por constituir en muchas ocasiones una sólida base para su economía pecuaria. Pero esto requiere un detenido análisis que, naturalmente, relegamos a otro lugar.

Si, como vemos, existe una disociación de productos de las fincas con destinatarios distintos, no creemos aventurada la afirmación de que puede hablarse de una evidente función social de la propiedad en tales aprovechamientos. Pero conviene analizar qué tipo de función representan. Para ello podemos distinguir dos grandes formas de función social: positiva y negativa.

Conforme a la primera, se obliga al propietario a un «facere», a una conducta positiva; mientras que conforme a la segunda se le obliga a un «pati», a una tolerancia. Pues bien, creemos que cuando al propietario se le detraen ciertos productos de sus fincas en favor de otras personas, cabe el encuadramiento en la segunda y no en la primera. Al propietario no se le obliga a hacer; por el contrario, se le obliga a no hacer; no se le impone una conducta positiva; se le impone una conducta negativa.

En los aprovechamientos en común de pastos y leñas, el propietario de los fundos no está obligado a realizar ninguna actividad dentro de sus fincas. Lo que realmente sucede es que se le coartan ciertas facultades a su disfrute en beneficio de otras personas ajenas a la propiedad de la tierra. Estamos, pues, dentro del terreno de los límites a su libre ejercicio y no en el de actividad positiva sobre su propiedad.

Partiendo de estas consideraciones vemos, incluso, factible la posibilidad de encuadrar dentro del concepto de propiedad que formula nuestro fundamental artículo 348 del Código Civil los citados aprovechamientos surgidos al margen de la voluntad del propietario. En efecto, al establecer que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», está poniendo de relieve que

el propietario no goza de la más omnímoda libertad, sino que sus facultades están restringidas por unos posibles límites legales. Destaca, como es fácil advertir, nuestro primer texto legal que la propiedad lleva inherentes unos límites al libre ejercicio del titular, limitando este aspecto negativo las facultades que, dentro de la vertiente positiva, ostenta el titular.

Si damos a las últimas palabras del artículo 348 un sentido amplio, y abarcamos dentro de su espíritu no sólo los límites estrictamente establecidos por las leyes, sino también por otras normas jurídicas, tales como la costumbre, no están en contradicción con nuestro precepto los aprovechamientos en común de pastos y leñas. No debemos olvidar, de otra parte, que las normas consuetudinarias han sido las genuinas creadoras y mantenedoras de tales aprovechamientos.

Como ya hemos indicado, nuestro Código Civil fue fruto de una época de acusado matiz individualista. Pero lo cierto es que, cuando el legislador se ocupó de definir el derecho de propiedad, adoptó una fórmula mucho más hábil y progresiva que los ordenamientos jurídicos que le sirvieron de patrón (11). Podríamos, por tanto, afirmar que, de acuerdo con los principios entonces imperantes, el artículo 348 fue un adelantado, ya que dentro de su texto posibilitó la función social negativa del derecho de propiedad, mereciendo, pues, más que críticas, alabanzas.

Ciertamente, hoy se ha mejorado la fórmula de acuerdo con los principios actuales. Tal vez sea un modelo de precisión en esta línea el artículo 832 del Código Civil italiano de 1942 al definir a la propiedad como «el derecho de gozar y disponer de las cosas de modo pleno y exclusivo dentro de los límites y con observancia de las obligaciones establecidas por el ordenamiento jurídico».

En este precepto vemos recogido en toda su plenitud el

---

(11) El artículo 544 del Código Civil francés —reproducido por el artículo 436 del Código Civil italiano de 1865—, al expresar que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, siempre que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos», se pronuncia en forma mucho más individualista que nuestro artículo 348 ya que éste ha suprimido la frase «de la manera más absoluta» que ya había suprimido con anterioridad el artículo 391 del Proyecto de 1851.

principio básico de la función social de la propiedad, tanto en su vertiente negativa como positiva. Nuestro artículo 348 sólo contempló la primera.

Dentro de esta corriente del artículo 832 del Código Civil italiano actual podemos encuadrar a ciertas leyes especiales españolas, tales como la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, al establecer su artículo 61 que «las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta ley, o en virtud de la misma por los planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios», añadiendo el artículo 70, 1 del mismo Cuerpo legal, modificado por la Ley de 2 de mayo de 1975, que «la ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciados en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnizaciones por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística».

También contempla esta nueva concepción del dominio la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de 12 de enero de 1973 (12). En varios de sus preceptos está patente el criterio a

---

(12) El Gobierno, por mandato de las Cortes, ha elaborado un Cuerpo legal único, en el que se refunden, sistematizan y ordenan las múltiples y variadas leyes agrarias vigentes hasta ahora. El Gobierno —siguiendo las directrices marcadas por las Cortes en el preámbulo y disposición adicional cuarta de la Ley de 21 de junio de 1971, creadora del IRYDA— «no se ha conformado con la simple refundición de textos legales, o sea, con la mera yuxtaposición de un único texto refundido de las muchas disposiciones que se relacionan en la disposición adicional cuarta, sin más ambición que la de dar unidad puramente formal y externa a la heterogénea colección de los preceptos aplicables. A tal efecto, y usando de la autorización concedida por las Cortes, se han introducido, sin mengua de las garantías de los particulares, las modificaciones o supresiones necesarias para lograr la claridad, sencillez y armonía del sistema que han sido posibles» (Preámbulo de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 1973).

Este cuerpo normativo constituye ya, de por sí, una aportación sustancial para la futura elaboración de un Código Agrario o Ley Agraria General. Este Código simplificaría esta rama jurídica tan compleja. Redundaría en un mejor conocimiento y aplicación de las normas agrarias, al disminuir considerablemente la profusión legislativa que domina la materia. Esta facilitación sería consecuencia de lo que ha calificado con gran precisión DÍEZ PICAZO («Experiencias jurídicas y

que hacemos referencia. Así, en su artículo 1 establece que «el suelo rústico deberá utilizarse en la forma que mejor corresponda a su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional». Y de manera más acentuada destacan la función social en su plenitud otros artículos del mismo texto legal, entre los que citamos a título de ejemplo el 2, al preceptuar en su inciso inicial que «el cumplimiento de la función social de la propiedad de fincas rústicas, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada de su titular, obliga:

a) A que sea explotada la tierra con criterios técnico-económicos apropiados según su destino agrario más idóneo, o utilizada para otros fines, sin perjuicio de la debida rentabilidad para el particular, atendiendo en todo caso el interés nacional.

b) A que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación de los recursos naturales disponibles de acuerdo con el nivel técnico existente, y siempre que las inversiones necesarias sean rentables desde un punto de vista económico y social».

De cuanto acabamos de exponer resulta, como señalamos anteriormente, que en materia de derecho de propiedad hay una doble regulación: una, en la que aparece la función social en su línea más avanzada, como en las leyes a que acabamos de referirnos; otra, de matiz individualista, representada por nuestro Có-

---

teoría del Derecho». Ariel quincenal, n.º 89, Madrid, 1973, pág. 153) como «fuerza pedagógica de los Códigos».

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario responde a la naturaleza y caracteres de una Ley Delegada, toda vez que su texto se aprobó por Decreto. Este Decreto fue propuesto por el Gobierno y sancionado por el Jefe del Estado con eficacia de ley formal ordinaria en virtud de la delegación expresa y para este caso concreto, por la Ley de 21 de julio de 1971 y previo dictamen del Consejo de Estado en pleno.

A juicio de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ (*Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1974, pág. 185) la esencia de la ley delegada radica en una asunción anticipada que el legislador hace de la norma elaborada por el Gobierno en virtud de la delegación prestándole su propio rango.

La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario ha creado una nueva normativa, con un estilo peculiar. En diversas ocasiones, incluso, ha dado una nueva redacción a las leyes agrarias anteriores, pero siempre respetando, dentro de los límites de la delegación, el contenido sustancial de aquéllas.

digo Civil, en el que, no obstante, aparece una función social negativa que por sí sola basta para encuadrar dentro de su concepto de propiedad la posibilidad de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, incluso los existentes al margen de la voluntad del propietario, que es de los que nos estamos ocupando.

Esta función social negativa del derecho de propiedad que los aprovechamientos en común comportan, sin embargo, no está favorecida en otros preceptos del Código Civil. Concretamente, los artículos 600 al 604, que específicamente regulan tales aprovechamientos, están inspirados en su formulación de un carácter netamente individualista, contemplándose los citados aprovechamientos como una figura anómala, propiciando su desaparición, ya que hacen sumamente difícil su nacimiento y facilitan extraordinariamente la extinción de los mismos.

Caminamos hacia una nueva concepción de la propiedad tal como se desprende del artículo 33 de la Constitución ya visto con anterioridad. Es de esperar que esta dispar regulación del dominio dé paso a una regulación uniforme con la consiguiente modificación del artículo 348 del Código Civil hacia un concepto del derecho de propiedad más acorde con los tiempos actuales, sin que por ello pierda su tradicional carácter privado para convertirse en una institución de Derecho Público. El artículo citado debe recoger en su texto no sólo la noción negativa de límite, sino también la positiva de la obligación de hacer a cargo del propietario.

Conviene subrayar asimismo que la función social negativa que respecto del derecho de propiedad los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas a nuestro juicio representan, no sólo afectan al propietario en cuanto tal, sino también al poseedor, arrendatario, usufructuario, etc. El afectado por tal función, o lo que es lo mismo, por los aprovechamientos, siempre será, como señala Hernández Gil (13), el titular, el centro de imputación jurídica.

Debemos tomar el término «titular» no en el sentido restringido de «titular dominical», sino en uno más amplio que abarque

---

(13) HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. anteriormente, págs. 157 y 174.

también al «titular del goce», ya que, como el propio autor señala, la función social abarca la gestión económica, la explotación; consiguientemente, se extiende a cuantas personas y situaciones resultan comprendidas en esos conceptos, es decir, no sólo al propietario, aunque éste siempre experimente de un modo directo o indirecto los efectos de la función.

Cuando el propietario detenta no sólo la titularidad dominical, sino también la titularidad de goce, sólo a él afectarán los aprovechamientos colectivos; esto es, sólo él se verá afectado por los límites que a su derecho tales aprovechamientos representan.

Sin embargo, el titular del disfrute puede no coincidir con el titular dominical, ya en virtud de alguna disposición legal —v. g., usufructo a favor del cónyuge viudo—, ya en virtud de una disposición voluntaria —v. g., arrendamiento—, dándose en ambos supuestos una disociación entre las titularidades de goce y dominio: existe al lado de un propietario no poseedor un poseedor no propietario. Pues bien, cuando la disociación tiene su origen en una disposición legal, sólo se verá afectado por los aprovechamientos en común de pastos y leñas el que ostente el disfrute, toda vez que el que ostente la propiedad ya tiene una limitación previa y total a su derecho a los frutos. El que tiene derecho a los frutos —el titular del disfrute— será el que los verá disminuidos; será, pues, el afectado por los aprovechamientos.

Por el contrario, cuando la desconexión entre las titularidades dominical y de goce tiene su origen en un acto voluntario representado por el arrendamiento, el aprovechamiento colectivo afectará más bien al titular dominical, ya que, al concertarse el arrendamiento, el arrendatario satisfará un precio menor al detraerse para personas distintas ciertos productos de las fincas arrendadas. Y, naturalmente, el propietario no puede dar en arrendamiento los productos que se sustraen a su libre disponibilidad.

B) Cuando los aprovechamientos en común recaen sobre fincas de propiedad privada «por voluntad de los propietarios de las mismas» (segunda de las tres hipótesis que al principio señalamos), podemos ver diversas modalidades, destacando fundamentalmente las tres siguientes:

a) Varios propietarios de terrenos hacen recíprocas dejaciones de ciertos productos de éstos, constituyendo entre ellos una propia y verdadera comunidad de disfrute. En su virtud, cada uno de los propietarios de los terrenos tiene derecho al disfrute de los pastos y leñas —generalmente, al disfrute de pastos solamente— de los fundos de los demás. A la vez, cada uno de los propietarios debe sufrir en sus propias fincas el aprovechamiento de los demás copartícipes en el disfrute. Hay, pues, una auténtica comunidad de goce que se proyecta en un verdadero aprovechamiento comunitario.

b) Uno o varios propietarios de terrenos disfrutan ciertos productos de éstos en unión de otros que ningún fundo aportan. Hay, pues, una coexistencia en el disfrute de propietarios y no propietarios. Se constituye una comunidad de goce entre todos los que de hecho disfrutan de los aprovechamientos comunitarios, si bien la figura jurídica es, lógicamente, distinta del supuesto anterior (14).

c) Finalmente, la realidad nos demuestra casos en los que el propietario o propietarios permanecen ajenos al disfrute de ciertos productos de las fincas que les pertenecen: el aprovechamiento de determinados productos se ejercita de forma exclusiva por personas ajenas a la titularidad dominical. Existe una limitación a las facultades de los propietarios, constituida voluntariamente, que se proyecta asimismo como una auténtica comunidad de goce, o lo que es lo mismo, como un auténtico aprovechamiento comunitario, cuando éste corresponde a una pluralidad de personas.

Ahora bien, lo que nos interesa destacar es que la función social negativa que los aprovechamientos colectivos de pastos y leñas comportan, respecto al derecho de propiedad, está latente en todos estos supuestos. En efecto, si varios propietarios se ponen de acuerdo para que el aprovechamiento de los productos de sus fundos sea común entre ellos, es evidente que cada fundo satisface no sólo los intereses de su titular, sino también los intereses de los demás. Hay, pues, una evidente función social

---

(14) Trataremos de estas diferencias y las consecuencias que comportan al ocuparnos del problema de la Naturaleza Jurídica de los aprovechamientos en común, así como de su Régimen Jurídico en los capítulos V y VI, respectivamente.

caracterizada por el hecho de que los beneficiarios están predeterminados voluntariamente, y porque cada beneficiario aporta asimismo sus propios fundos para que cumplan una función social del mismo tipo. Hay, pues, una interdependencia de fundos y de funciones sociales; de beneficiarios y de personas gravadas.

Cuando el propietario de los fundos aprovecha los productos secundarios y concurren con él a dicho aprovechamiento otras personas ajenas, es evidente que los fundos están satisfaciendo, a la vez que los intereses del propietario, los intereses de otros que no lo son. La función social de la propiedad es, pues, innegable.

Finalmente, cuando el propietario se despoja de su derecho a los productos secundarios de sus tierras en favor de otras personas, no cabe la menor duda que existe una auténtica función social de la propiedad, al satisfacer también ésta intereses ajenos a su particular propietario.

En todos estos supuestos en los que los aprovechamientos colectivos surgen por voluntad de los propietarios de los terrenos, hay una limitación a la percepción de ciertos productos que emana no por disposición legal, sino por disposición de los titulares dominicales. Existe en todos ellos una auténtica función social libremente establecida.

C) Por último, y de acuerdo con la tercera hipótesis, el aprovechamiento comunitario sobre los pastos y leñas puede incidir «sobre propiedades que pertenecen a entes públicos», pudiendo revestir dos modalidades, según que las fincas sean de dominio público o patrimoniales.

Pues bien, cuando los fundos sobre los que se ejercitan colectivamente los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas no pertenecen a particulares, la función social que representan cobra todo su esplendor, y es que los entes públicos —que son generalmente los dueños de los terrenos en esta hipótesis—, como exponentes de núcleos sociales organizados que son, tienen como principal misión el procurar satisfacer las necesidades de los individuos a quienes representan.

En este caso destaca fundamentalmente la hipótesis en la que los aprovechamientos comunitarios inciden sobre bienes cuya titularidad dominical pertenece al Municipio, teniendo los bienes

la naturaleza de patrimoniales. Ofrece dos variedades, según que el aprovechamiento corresponda a los vecinos del Municipio, o corresponda al Municipio dicho aprovechamiento. Pues bien, cuando la titularidad del aprovechamiento corresponde a los que ostenten la cualidad de vecinos del Municipio, los bienes sobre los que recaen se denominan «comunales»; en el otro caso, se denominan «de propios» (15).

En el supuesto de «bienes comunales» se tiene derecho al aprovechamiento cuando se es vecino, y se pierde tal derecho cuando se pierde tal cualidad. La función social en este caso no ofrece la menor duda, puesto que los productos de los fundos en su totalidad van destinados al grupo social integrado por los que ostentan la cualidad de vecinos del Municipio correspondiente en un momento dado. Sin lugar a dudas, en este caso los aprovechamientos comunitarios alcanzan su máxima dimensión.

Frente a estos «bienes comunales», cuyo aprovechamiento colectivo, en principio, es consustancial a los mismos, existen, como antes indicamos, los «bienes de propios». Los productos de éstos, si bien es cierto que pueden ser aprovechados colectivamente, lo serán al margen de su propia naturaleza. Así como en los «bienes comunales» hay una disociación entre titularidad dominical —municipal— y aprovechamiento —vecinal y colectivo—, en los «bienes de propios» hay plena coincidencia entre el titular dominical y el titular del disfrute, que, de acuerdo con la Ley de Régimen Local y disposiciones concordantes, es el Municipio.

Nada obsta, naturalmente, a que una colectividad (que puede estar integrada por algunos o todos los vecinos del Municipio o de municipios diversos) sea la que disfrute los productos de los «bienes de propios»; pero aquí la función social no habría que

---

(15) El artículo 186 de la Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 define a los bienes «de propios» como aquellos que, siendo propiedad del Municipio, no estén destinados al uso público ni a la realización de ningún servicio y puedan constituir fuente de ingreso para el erario municipal.

Por su parte, el artículo 187 de la citada ley define a los «bienes comunales» como aquellos de dominio municipal, cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos.

contemplarla desde el punto de vista del aprovechamiento. En efecto, al poder constituir una fuente de ingresos para el erario municipal el producto de estos bienes, existirá lógicamente un contrato de arrendamiento en el que figura como arrendador el Municipio, y como arrendatario la colectividad y, consiguientemente, habrá un precio que, salvo el hecho de ser simbólico, impide hablar de función social.

También puede ser titular de los terrenos sobre los que recaen los aprovechamientos en común, como pone de relieve Guaita (16), el Estado —hipótesis comprendida en el artículo 601 del Código Civil, pero poco frecuente—, la Provincia, una Entidad Local Menor formalmente constituida, una de las tradicionales y subsistentes Comunidades de Tierra (entidades personificadas en las que se integran distintos municipios), varios municipios a los que pertenece en común la cosa pero sin que la comunidad esté personificada.

En todos estos supuestos integrantes de la tercera hipótesis señalada al comienzo (cuando los aprovechamientos comunitarios recaen sobre bienes que no pertenecen a los particulares) y con la posible salvedad de los «bienes de propios» apuntada, podemos hablar, más que en las hipótesis anteriores, de una auténtica y genuina función social.

Se contrapone esta forma de aprovechamiento a la que se ejercita de forma individual y, por tanto, libre de toda limitación y cortapisa en el disfrute. Aquélla somete y subordina en aras de un interés social y colectivo el libre albedrío del individuo; ésta sacrifica este interés a la libertad individual.

La afirmación de que estos aprovechamientos se ejercitan en común es, tal vez, el único punto pacífico que existe en la materia objeto de nuestro examen. En todo lo restante estos aprovechamientos en común constituyen un piélago de discusiones en el que la discrepancia de los autores les lleva a defender

---

(16) GUAITA, Aurelio, «Montes y Bienes Comunales», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, enero-agosto 1970, números 25-26, págs. 13 y 14, hace una clasificación exhaustiva de los bienes atendiendo a un triple criterio:

a) Según el dueño o titular de la propiedad.
b) Según el titular del aprovechamiento.
c) Según su regulación.

las posturas más dispares; discrepancia que, en gran medida, ha surgido como consecuencia de la escasa e incoherente regulación que el Código Civil nos brinda al respecto. Y así dedica nuestro primer texto legal solamente cinco de sus artículos (17) a tan interesante materia y, lejos de esclarecer la naturaleza de tales aprovechamientos, los presenta de forma tan confusa, que hace necesario una labor de hermenéutica, en cuya tarea tanto la doctrina como la jurisprudencia distan mucho de la concordia.

Si hasta ahora hemos esbozado la gran complejidad que nuestros aprovechamientos revisten, ésta se acentúa si tenemos en cuenta que hay casos en que todos los cotitulares del aprovechamiento ejercitan un derecho cualitativa y cuantitativamente idéntico, frente a supuestos en los que hay una diferencia manifiesta entre los beneficiarios tanto en uno como en otro aspecto. Estas múltiples manifestaciones son la resultante de su larga historia, que comienza en los mismos albores del Derecho y llega hasta nuestros días. Y si es cierto que en el estudio de todas las instituciones jurídicas hemos de basarnos en su historia, esta necesidad se hace imperiosa cuando de los aprovechamientos colectivos se trata, por haber surgido en las épocas remotas de la antigüedad y regularse en no pocas ocasiones de acuerdo con los cánones que le fueron aplicables, ya originariamente, ya con posterioridad, pero antes de la publicación del Código Civil (18).

Se presentan estos aprovechamientos como una solución del problema económico y a la vez como el problema del individualismo y del socialismo, del Estado y la sociedad, de la familia y del sujeto aislado, de la libertad egoísta y la solidaridad orgánica (19). Y si es innegable el arraigo de aquéllos en nuestro derecho histórico (20), resulta paradójico el hecho que ha puesto de manifiesto Altamira (21) de que nuestros civilistas modernos

---

(17) Artículos 600 al 604, ambos inclusive.

(18) La Disposición Transitoria Primera del Código Civil establece en su inciso inicial que «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca».

(19) ALTAMIRA, *Historia de la propiedad comunal.* Madrid, 1929, I, pág. 28.

(20) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español Común y Foral,* II, vol. 1, Madrid, 1978 pág. 417.

(21) ALTAMIRA, ob. cit., pág. 32.

no han conocido la propiedad comunal; algunos ni la mencionan.

En términos generales, dentro de su evolución histórica, de la que nos ocuparemos en los dos primeros capítulos, podemos asegurar que, partiendo de un esplendor inicial, el criterio que ha presidido su desenvolvimiento es netamente restrictivo, hasta el extremo de ser considerados los aprovechamientos en común por la inmensa mayoría de los autores y, consiguientemente, de las legislaciones, como un mal al que se había de dar fin por todos los medios. Se ha estimado que los aprovechamientos ejercitados en forma comunitaria constituyen una traba para el progreso y estímulo que deben regir toda vida económica. De ahí los ataques de que han sido objeto; y si bien es cierto que en la mayor parte de las ocasiones conservaron su continuidad, fueron despojándose de la mayor parte de sus facultades, e incluso, en ocasiones, se perpetró su consunción.

Mas, como destacara Azcárate (22), son muchos los países en los que quedan vestigios de repartos periódicos de tierra, ciertos derechos de pastos, etc., y en otros países encontramos toda una organización basada en los mismos, añadiendo el mismo autor que subsisten por necesidad en aquella parte que es indestructible, esto es, la constituida por los bienes comunes de los pueblos.

Conviene subrayar que los aprovechamientos colectivos nacieron al amparo del Derecho consuetudinario y han sido frecuentemente atacados por el derecho escrito. Mas la costumbre ha vivido en múltiples ocasiones al margen de la ley, y las colectividades, portadoras de un derecho no escrito, han sabido resolver la antinomia de la ley y la costumbre, obedeciendo aquélla, pero incumpliéndola al mismo tiempo y utilizando su derecho consuetudinario (23); y es que la legislación individualista, de desmembramiento, se ha dirigido contra una realidad tan poderosa, que nunca ha logrado extinguir.

Este estado de la propiedad, dice Falcón (24), es muy frecuen-

---

(22) AZCÁRATE, *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad*, Madrid, 1879-1880, III, pág. 179.

(23) FLÓREZ DE QUIÑONES, «Comunidad o Servidumbre de pastos», *Revista de Derecho Privado*, 1933, I, pág. 168.

(24) Citado por CLEMENTE DE DIEGO en *Instituciones de Derecho Civil*, Madrid, 1959, I, pág. 608.

te en nuestro país, especialmente cuando se trata de predios rústicos de gran extensión que constituyen cotos redondos con nombres propios, con servicios propios de aguas, pastos, etc., y en los que por todas estas circunstancias se llevan combinadas las labores, producción de cosechas y crías de ganados. La misma necesidad obliga a los dueños de estos cotos a mantenerlos indivisos, pues divididos decrecería considerablemente la estimación de los predios, dificultando e imposibilitando la explotación.

Evidentemente, nos parece acertada esta apreciación de Falcón, porque la necesidad del aprovechamiento colectivo se hace más patente cuando se trata de predios de reducidos límites, ya que su exigua extensión no sólo dificulta, sino que hace imposible la industria pecuaria. Esto explica el hecho de que los aprovechamientos comunitarios estén más acentuados en las regiones en que más dividida se encuentra la propiedad, tales como los lugares de alta montaña.

A lo largo de nuestro estudio nos ocuparemos de las principales manifestaciones de nuestros aprovechamientos, anticipando que el hecho de que en las regiones forales haya existido por más tiempo el derecho consuetudinario, con gran ausencia del derecho escrito, es la causa determinante de que se hayan conservado en estas regiones sometidas al régimen foral, con mayor puridad y extensión, los aprovechamientos objeto de nuestro examen.

Ahora bien, después de cuanto antecede, nos parece aventurado el defender en forma apriorística y generalizada el mantenimiento a ultranza de los aprovechamientos colectivos. También nos parece aventurado defender en igual forma su extinción. Las nuevas corrientes socio-económicas de los pueblos, con nuevas formas de vida, han transformado de forma acentuada el papel que históricamente han desempeñado nuestros aprovechamientos. Si éstos han representado un papel vital en economías rurales deprimidas secularmente, pueden, sin embargo, hoy representar en no pocas ocasiones un perjuicio para el progreso agrícola e incluso para el progreso pecuario, de mayor entidad que los beneficios que puedan representar.

La evolución de la agricultura en los tiempos recientes deberá repercutir en los aprovechamientos comunitarios. En unas ocasiones hará aconsejable, cuando no necesaria, su extinción; en

otras, su transformación. En este sentido —y aunque la afirmación esté sólo referida a los bienes comunales— hacemos nuestras las palabras que en su magnífica obra nos señala el profesor Nieto (25): «La agricultura moderna se ha convertido en una agricultura de mercado, mientras que los bienes comunales siguen orientados por la fórmula tradicional del autoconsumo, que se encuentra sancionada, además, por la inercia legislativa».

De toda esta interesante problemática nos ocuparemos con detenimiento a lo largo de nuestro estudio. Pero conviene que previamente hagamos una síntesis histórica de estos aprovechamientos colectivos, limitando nuestra exposición al desenvolvimiento de los mismos en nuestra patria, si bien es necesario que anteriormente hagamos alguna referencia a la forma en que se llevaron a cabo en los pueblos primitivos, romano y germánico, toda vez que sus instituciones han condicionado en gran medida la regulación verificada en nuestro país. Esta breve exposición la haremos con todas las dificultades y limitaciones que entraña para quien no ostenta la cualidad de historiador.

(25) NIETO, A., *Bienes Comunales*. Madrid, 1964, pág. 909.

# Capítulo primero

## *Manifestaciones históricas de los aprovechamientos comunitarios en pueblos que más directamente han influido en el Derecho español*

# I. PUEBLOS PRIMITIVOS

Sin pretensiones de hacer un análisis exhaustivo en la historia de estos aprovechamientos comunales, conviene, sin embargo, que le dediquemos alguna atención por las razones que apuntamos anteriormente. Reconstruir históricamente su evolución no es tarea fácil por un doble motivo: de una parte, son fragmentarios y dispersos los textos y noticias que de estos aprovechamientos tenemos referidos a los pueblos antiguos; de otra, existen disputas doctrinales no sólo en la concepción de los aprovechamientos en sí, sino también en la interpretación que de los fragmentarios textos se ha hecho.

Cuando el principal, por no decir único, medio de sustento del hombre era la caza, no cabe hablar de propiedad inmobiliaria ni, consiguientemente, de aprovechamiento de ningún tipo, salvo el que la caza en sí representaba. El nomadismo, característico de los primeros tiempos, impide hablar de aprehensión de la tierra, lo mismo que de su aprovechamiento en cualquier modalidad. En esta época primitiva, en la que no se ha superado aún el estado de horda, en cambio, ya cabe hablar de una propiedad: la propiedad mobiliaria, siquiera esté referida tan sólo en estos albores de la humanidad a los útiles de caza con que el hombre primitivo se cobraba sus piezas, así como a sus vestidos y adornos, aunque éstos fueran rudimentarios.

A esta etapa inicial, en la que el ser humano se dedica solamente a la caza de los animales que vagaban libremente, sigue otra en la que forma hatos y rebaños de ganados, para facilitar su sustento, dedicándose, consiguientemente, al pastoreo. Para llevar a cabo éste es evidente la necesidad de ocupación de terrenos; aquí ya podemos hablar de aprovechamientos, sin lugar a dudas, completamente comunitarios, ya que el primitivismo propio de la época impide hablar de otra forma de aprovechamiento.

Inicialmente el hombre es nómada, pero, cuando decide fijarse en un lugar determinado, comienza el cultivo de la tierra y, como consecuencia, ya cabe plantearse la forma de aprovechamiento de la misma. La tierra se transforma en un factor primordial y, dada la organización social de los primeros pueblos, es lógico suponer que la propiedad de la tierra fuera comunal, criterio que es compartido por la casi totalidad de los autores (26).

No obstante, es de advertir que la existencia de esta primitiva propiedad comunal, en la que los aprovechamientos son ejercitados consiguientemente en forma comunitaria con cultivos y rebaños comunes, no excluyen la idea de coexistencia de propiedad individual al lado de aquélla. Así es perfectamente compatible, junto con la comunal, propiedad exclusiva e individual, siquiera estuviera esta última referida tan sólo, como significamos anteriormente, a objetos de naturaleza mueble.

Pone de relieve Viollet (27) que si la propiedad individual y la propiedad colectiva coexistieron en su origen en la misma forma en que coexisten hoy día, no tiene en los primeros tiempos la misma importancia relativa. La propiedad individual fue tan restringida como posible. Algunos objetos mobiliarios de uso completamente personal pertenecen a los individuos; pero la propiedad colectiva absorbe la gran mayoría de los bienes.

La tierra, como señala Azcárate (28), ya fueran las tribus nómadas, ya sedentarias, era propiedad de la tribu misma. De aquí que en todas partes nos encontramos con que la propiedad de la tierra es común no en el sentido de que no sea de nadie y pueda ser de todos, sino que pertenecía a la colectividad; así la tierra arable como los pastos y bosques. Las tribus son las que detentan la propiedad de la tierra, puesto que el sentido individualista no está en los primeros tiempos desarrollado y, consiguientemente, la propiedad en esta época tuvo un matiz eminentemente social. Y si esto es predicable de la titularidad dominical, también lo es de su aprovechamiento. Los frutos de la tierra se aprovechan colectivamente.

---

(26) *Vid.* por todos CAMPS Y ARBOIX, *La propiedad de la tierra y su función social*, Barcelona, 1953, págs. 20 y sigs.

(27) P. VIOLLET, *Histoire du Droit civil française*, París, 1905, pág. 601.

(28) AZCÁRATE, ob. cit. págs. 9, 13 y 19.

Con posterioridad, las propias tribus distribuyeron las tierras mediante repartos entre sus miembros. Pero aquel reparto y consiguiente disfrute fue temporal, y por tanto no surgió la propiedad individual, ni incluso la familiar, en principio, ya que la ostentaba, en definitiva, la propia tribu a la que los miembros pertenecían. Son manifestaciones evidentes de este derecho de la tribu la obligación que tenían contraída con la misma los grupos de familia de proporcionarle medios de subsistencia, tales como la entrega de todos o parte de los frutos para un reparto ulterior entre la totalidad de los miembros, así como la prohibición que la tribu estableciera de realizar los grupos familiares determinadas formas de cultivo, lo que pone de manifiesto que la tribu no se despojó completamente de sus derechos.

Más tarde aparece tímidamente la propiedad familiar, cuyos rasgos, en el decir de Altamira (29), son los siguientes:

a) Conservación de la propiedad en la familia.
b) A la muerte del padre la propiedad pasa a su primogénito.
c) Se respetan los cultivos tradicionales.

Realmente esta propiedad, con evidente matiz comunitario, pertenece a la familia, cuyo jefe es el padre, habiéndose superado ya los tiempos que pudiéramos denominar prehistóricos, para pasar a los denominados tradicionales.

Sin embargo, aún perduran vestigios de sometimiento a la tribu, como lo prueba el hecho de que las familias con frecuencia habían de continuar aportando alguna parte alícuota de sus frutos al acervo común de la tribu. La tribu es, pues, en definitiva, quien ostenta la titularidad de la tierra o al menos se le reconocen derechos sobre la misma.

Esta, que pudiéramos denominar familiar, con las limitaciones expuestas, no es sino una de las formas en que la propiedad de la tierra perteneciente a la tribu se manifestó en su evolución. Al lado de ella, la propia tribu reserva grandes extensiones de terreno indivisas, constituidas principalmente por bosques y pastos, propiedad que por pertenecer íntegramente a la colectividad, está limitada en su independencia, ya que en el ejercicio de la

---

(29) ALTAMIRA, ob. cit., pág. 110.

misma habían de respetarse los derechos de todos los que integraban la colectividad.

Las proporciones entregadas a las familias están integradas principalmente por tierras laborables, y habían de cumplirse las reglas de cultivo dadas por la propia tribu en interés de la totalidad de los miembros de la misma. En efecto, se exigía frecuentemente el sistema de las tres hojas integradas por el sembrado, el barbecho y el eriazo.

Esta distribución de las tres hojas, que aún perdura en muchos lugares actualmente, tenía como finalidad el que los ganados paciesen tanto en el barbecho como en el eriazo, con lo cual se conseguía una doble ventaja: de un lado, resultaban favorecidos los dueños de los ganados, que de esta forma aumentaban la superficie para el pasto, y de otro, los propios cultivadores recibían el beneficio que supone el tener sus campos libres de pastos, con lo que se favorecía su labor agrícola. Por otra parte, con frecuencia los dueños de los pastos lo eran también de los ganados.

Asimismo se estableció en esta propiedad de índole familiar el llamado hoy «derecho de rastrojeras», de indudable vigencia en nuestra patria con la normativa que analizaremos más adelante (30). En virtud de este derecho, los miembros de la tribu podían llevar sus ganados al aprovechamiento de los productos secundarios después de levantadas las cosechas, aprovechamiento que se ejercía comunitariamente.

Como expusimos más atrás, al lado de esta propiedad familiar, de evidente matiz temporal, existía la propiedad indivisa de montes y bosques, cuyos principales frutos —pastos y leñas— se aprovechaban de forma colectiva y en su aprovechamiento cada familia (no los individuos aisladamente) tenía idéntico derecho.

Esta propiedad inmobiliaria colectiva de los primeros tiempos, dice Viollet (31), ha jugado un papel importante en la historia económica y jurídica de un gran número de pueblos. Esta se ha fraccionado e individualizado pausadamente, porque la

---

(30) La legalidad vigente en materia de pastos hierbas y rastrojeras la constituyen la Ley de 7 de octubre de 1938 y el Reglamento de 6 de junio de 1969 que derogó al de 8 de enero de 1954.

(31) VIOLLET, ob. y *loc.* cit. anteriormente.

propiedad individual y la propiedad de la familia, opuesta a la propiedad más amplia de la tribu, se desarrollan e incrementan poco a poco, en la medida en que se desarrolla la humanidad.

Como es fácil observar, la propiedad, en su origen, fue social, y en modo alguno, y en ninguna parte, individual. Es preciso avanzar en la evolución de la propia historia para que el fenómeno de desintegración se verifique, que es tanto como afirmar el nacimiento de la propiedad individual, que del tronco, en un principio exclusivamente comunitario, había de surgir. Mas lo cierto es que ni en los tiempos prehistóricos ni en los primitivos, tal desmembración se dio, y es preciso que pasen muchos siglos para que el movimiento individualizador referido a los bienes inmuebles se realice. En estos tiempos históricos el aprovechamiento era plenamente comunitario.

La organización social de los pueblos se refleja necesariamente en su organización económica, y como quiera que aquéllas son diversas en los distintos países, también son dispares los sistemas económicos en los distintos pueblos, sin perjuicio de que los sistemas coincidan en alguna ocasión cronológicamente. De ahí, pues, que sea imposible trazar un proceso de desarrollo social común a todos los pueblos. Pero está fuera de toda duda que hasta que la tierra no tuvo valor esencial para el sustento humano, como ha puesto de relieve Altamira (32), en una relación directa que exige la ocupación de parte de aquélla, aunque sea temporalmente, no cabe pensar que los hombres tuviesen idea alguna de la propiedad referida al suelo.

## II. DERECHO ROMANO

Vamos a limitarnos a poner de relieve los rasgos más destacados que los aprovechamientos comunitarios presentan en el Derecho Romano, ya que hacer un estudio histórico acabado del tema excedería de nuestro propósito.

En los primeros tiempos de Roma, al igual que en el resto de los países, la propiedad de la tierra y, como consecuencia lógica,

---

(32) ALTAMIRA, ob. cit., pág. 127.

los aprovechamientos de los productos de la misma, revisten forma comunitaria. Así lo pone de manifiesto Cárdenas (33) cuando afirma que la propiedad territorial apareció por primera vez en Roma de forma colectiva y con todos los caracteres de la oriental. De manera análoga indica Mommsem (34) que la comunidad de las prácticas agrícolas (refiriéndose a los pueblos grecoitálicos) es un hecho muy general.

El pueblo romano recoge la corriente que existía en los que le antecedieron con respecto al régimen de la propiedad; de ahí que en los inicios de su historia, tal y como expresa Altamira (35), encontremos referida la propiedad a la familia y a la «gens»; y cuando las familias vivían unidas formando grupos mayores, habitando un determinado territorio, y cuando la unión de varias gentes o clanes formaba el pueblo, la propiedad constituía un círculo más amplio de patrimonio común. Todo esto nos permite afirmár que la única forma de propiedad conocida en los primeros tiempos de Roma fue precisamente la colectiva, propiedad que era ostentada ya por las familias, ya por las «gens».

Señala Mommsem (36) que en un principio fueron ocupadas las tierras en común y repartidas, sin duda, entre las diversas asociaciones de familia y sus productos se distribuían solamente por hogares. Pero lo cierto es que en Roma ya toma carta de naturaleza un impulso individualizador, movimiento que era por completo desconocido en todos los pueblos anteriores, toda vez que lo habían limitado a la propiedad de los bienes de naturaleza mueble, al igual que ocurrió en los primeros tiempos de la ciudad. Mas es en Roma precisamente donde el movimiento de desmembración se dirige ya no sólo a los bienes muebles, sino también a los de naturaleza inmueble.

Sin hacer un análisis histórico completo, que nos llevaría demasiado lejos, cabe afirmar que aquel movimiento individualizador de que hablamos se inició con las XII Tablas, código que se presenta en cuanto a su contenido como general, pues parece

---

(33) CÁRDENAS, *Ensayo sobre la Historia de la Propiedad Territorial en España*, Madrid, 1876, pág. 31.

(34) MOMMSEN, *Historia de Roma*. Madrid, 1876, I, pág. 32.

(35) ALTAMIRA, ob. cit., pág. 206.

(36) MOMMSEN, ob. cit., I, pág. 273.

abrazar todo el «ius civile» en el sentido romano, según ha expresado Bonfante (37). Su aparición tuvo lugar, según la doctrina dominante, en los años 451-450 antes de la Era Cristiana. En esta fecha, como señala Hernández Tejero (38), los plebeyos consiguieron la redacción de un código; fue grabado en doce tablas o planchas de bronce que se expusieron públicamente en el Foro, estando atestiguada su antigüedad por la coincidencia con que de él se habla en numerosísimos pasajes de escritores antiguos.

Por medio de las XII Tablas se crean 17 tribus rústicas, casi todas ellas con nombres de antiguas «gens», sobre cuyo territorio o propiedad las coloca el Estado, y esta creación constituye un duro golpe para la comunidad de la «gens» y de la familia. Y si bien es cierto que la familia se resistió por algún tiempo, no lo es menos que el sentido individualista así marcado siguió progresando con la evolución del pueblo romano.

Pues bien, después de la publicación de las XII Tablas se hizo efectiva la concesión al individualismo, y es que, como pone de relieve Fustel de Coulanges (39), la primera concesión efectiva después de las XII Tablas consistió en permitir la venta de los sepulcros, de forma que cuando los sepulcros fueron enajenables, por primera vez las tierras fueron libres.

No obstante, este movimiento individualizador no abarcó toda clase de bienes, sino que, por el contrario, tal como expresa el Código Teodosiano (40), quedaron fuera de la división gran parte de bosques y pastos, cuyos productos eran aprovechados

---

(37) BONFANTE, *Historia del Derecho Romano,* Madrid, 1944, I, pág. 147.

(38) HERNÁNDEZ TEJERO, *Derecho Romano,* Madrid, 1959, págs. 22 y 23. El propio autor reconoce en *Lecciones de Derecho Romano,* Madrid, 1977, pág. 20, lo anterior y asevera que las XII Tablas han recibido también el nombre de Código decenviral en atención a la circunstancia de haber sido redactadas por una comisión de diez miembros.

(39) FUSTEL DE COULANGES. *La cité antique,* Lib. Hachette, París, 1931, pág. 160.

(40) Según BONFANTE, ob. cit., II, pág. 43, el Código Teodosiano abarca constituciones antiguas plagadas de contradicciones. Todo un conjunto de constituciones antiguas, de la época que se extiende entre Constantino y Teodosio, dejó de insertarse en el Código Teodosiano, sea por negligencia de los compiladores, sea por su falta en los archivos.

de forma colectiva. Estos aprovechamientos así ejercitados los realizaban los propietarios de las tierras colindantes cultivadas en proporción a la extensión que a cada uno correspondía.

Históricamente, la «gens» —que como ha indicado Bonfante (41) no es otra cosa que el núcleo político precedente a la «civitas», una aglomeración de familias que según las circunstancias o la fortuna... puede constituir con los propios sujetos y esclavos una gran casa, burgo o municipio— fue anterior a la ciudad. Aun después de aparecida ésta, subsistió en muchos lugares de la misma; tanto en uno como en otro supuesto, tuvo su tierra común y su propiedad era ostentada por los grupos gentilicios en los primeros tiempos de la ciudad.

La distinción social que en el seno del pueblo romano se originó al existir dos clases sociales —patricios y plebeyos— tuvo como consecuencia el que se libraran enconadas luchas entre los miembros de ambos estratos. Es de consignar que las luchas que entre los patricios y plebeyos se sostuvieron tenían como fuente de discordia la exclusiva participación de los primeros en el denominado «ager publicus». Este terreno era de dominio del Estado y existía en provecho exclusivo del mismo, mas su disfrute había sido conferido únicamente a los patricios con carácter de arrendamiento.

El «ager publicus» constituía una gran extensión de terreno comunal en bosques y en pastos que había sido dejado indiviso en las conquistas hechas al extranjero. Estos terrenos se reservaron por los patricios para su uso exclusivo porque solamente ellos se consideraban como pueblo romano, ya que los plebeyos eran tratados como extranjeros residentes.

Este beneficio en favor de los patricios como únicos portadores del «ager público» estaba en consonancia con la naturaleza del mismo, del cual, como pone de relieve D'Ors (42), el «dominus» era el pueblo romano, y, como el propio autor reconoce, el «ager publicus» no es susceptible de propiedad privada mientras siga siendo «publicus», pero sí de una pertenencia equivalente («ius in agro vectigali»).

---

(41) Ob. cit., I, pág. 85.

(42) D'ORS, A., *Derecho Privado Romano*. 3.ª ed. Pamplona, 1977, págs. 184 y 185.

Sobre el «ager publicus» ningún particular podía tener propiedad; sólo posesión. Se puede decir, sin lugar a dudas —la idea procede de Niebhur—, que la posesión tiene su origen en el asentamiento («positio a sedibus») sobre los terrenos incultos del «ager publicus», tutelados en su cultivo por el pretor.

Iglesias (43) sitúa dentro del «ager publicus», y formando parte de él, a los denominados «agri arcifinii»; terrenos no limitados, aunque con confines naturales, afirmando dicho autor que la falta de «limitatio» revela que no son objeto de propiedad privada.

Ante la desigualdad de trato respecto a la participación en el citado «ager publicus» se insurreccionan los plebeyos, que se alistan bajo las banderas de los ambiciosos, como ha expresado Azcárate (44), y entonces aparecen las famosas «leyes agrarias» y por primera vez alcanzan al «ager publicus». Pero con anterioridad a este éxito a cargo de los plebeyos, Tiberio Graco, en su famosa «Ley Sempronia», había limitado la extensión del pleno dominio del «ager publicus».

Señala Mommsen (45) que apenas entró Graco en el ejercicio de sus funciones propuso una ley agraria que, bajo muchos aspectos, no era más que la renovación de la «Lex Sicinia Sextia» del año 387. Disponíase en ella que el Estado se incautase de todos los terrenos comunales sin indemnización para los detentadores que los ocupaban. Volviendo las tierras comunales al dominio del Estado, debía dividírselas en lotes de 30 yugadas y distribuirlas por suerte a los ciudadanos o a los aliados itálicos no como propiedad absoluta, sino en arrendamiento perpetuo y hereditario, comprometiéndose el nuevo poseedor a cultivarlas y a pagar una módica renta al Tesoro Público.

Más tarde, concretamente en los años 121 y 100, los patricios violaron las normas dadas por Tiberio mediante la publicación de dos leyes que tuvieron como finalidad el aumento del «ager publicus», que de forma exclusiva disfrutaban. A tal efecto,

---

(43) IGLESIAS SANTOS, J., *Derecho Romano* (Instituciones de Derecho Privado), 6.ª ed., Barcelona, 1972, pág. 248.

(44) AZCÁRATE, ob. cit., pág. 93.

(45) MOMMSEN, ob. cit., V, págs. 133 y 134.

como precisa Azcárate (46), se autorizó la venta de los lotes que del «ager publicus» habían adquirido los plebeyos anteriormente, siendo así que, años antes, Tiberio los había considerado inalienables. De otro lado, se prohibía todo nuevo reparto y, por último, se suprimía el canon o renta que los poseedores pagaban.

Como consecuencia del éxito de los plebeyos, aquel disfrute clasista dejó paso a un disfrute con participación de todos. A partir de este momento, precisa Janssen (47), no había sobre el territorio romano más que terrenos pertenecientes a los jefes de familia, explotados con sus propios recursos, y un «ager publicus» en disfrute colectivo. Este era un régimen de propiedad rústica familiar provista de pastos comunes.

Al lado del «ager publicus» existió en Roma el denominado «ius quiritarium», que desde un punto de vista cronológico fue el primer dominio completo e independiente conocido en la antigüedad. Claro está que si bien era un derecho de suyo individual, no pertenecía al individuo en sí mismo considerado, sino que, por el contrario, pertenecía a la familia representada por su jefe. Así, evidentemente, constituyó la primera propiedad con independencia del Estado; y es muy probable que, como manifiesta Cárdenas (48), tal dominio quiritario fuera inalienable, hecho que nos permite afirmar que la individualidad de tal clase de dominio era muy limitada.

Esta inalienabilidad de que tratamos en la propiedad privada —«ius quiritarium»— fue vencida con mayor éxito en el campo de la propiedad pública, y de ahí que se dejara sentir con mayor arraigo en ésta que en aquélla. En efecto, el «ager publicus», que pertenecía, como dijimos anteriormente, al dominio del Estado, si bien es indudable que estaba caracterizado en un principio por las trabas de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e intransmisibilidad, posteriormente se superan dichas restricciones al incluirse en el comercio con la anuencia del pretor. De esta forma, el «ager publicus» fue quedando libre de restricciones, lo que

---

(46) AZCÁRATE, ob. cit., I, pág. 92.

(47) JANSSEN, L., «La propriété» (Le régimen des biens dans civilisations occidentales), París, 1953, pág. 34.

(48) CÁRDENAS, ob. cit., pág. 34.

equivale a afirmar que fue individualizándose aunque el titular fuera el Estado y no el individuo aislado.

Concreta Ortolán (49) la historia de Roma, en cuanto a la propiedad se refiere, en tres épocas a las que se corresponden, según su entender, las fases de: «mancipium» y «propietas».

En la primera de ellas, que es denominada por algunos época de la propiedad como institución social y religiosa, el derecho es de evidente matiz social: existen, de un lado, el «ager publicus», y de otro, el «ager privatus». El primero, propiedad del Estado y de la ciudad; el segundo, propiedad de la «gens».

Las luchas entre patricios y plebeyos, a las que hemos hecho alusión, y que tuvieron como consecuencia la igualdad en el disfrute del «ager publicus» entre unos y otros, equivale a la segunda época a que se refiere Ortolán.

La desaparición de la «gens» como organización social y la desaparición del régimen dominical fundado sobre ella hicieron desaparecer las antiguas diferencias entre patricios y plebeyos. Los unos y los otros se fundieron en un pueblo único guerrero y agrícola (50).

Por último, en la tercera etapa se logra la existencia de la propiedad privada individual, igualitaria y absoluta, al lado del derecho del Estado. Mas conviene precisar que no hubo una sustitución absoluta de la propiedad colectiva, como gráficamente expresó Gayo (51), sino que, por el contrario, al lado de esa propiedad individual lograda hasta aquel entonces tan sólo por el pueblo romano coexistió la propiedad de marcado cariz social.

De otra parte, en sus conquistas, Roma asimiló a los vencidos que se sometieron. Les integra en los marcos de sus municipios; realiza para ellos la propiedad fundiaria y el goce de un pasto común —«ager compascuus»—, si bien les confiscó una parte de sus tierras y engrosaba así el «ager publicus» donde entraban igualmente todas las tierras de los pueblos que rehusaban some-

---

(49) ORTOLÁN, M., *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*. 5.ª ed. revisada y anotada, I. Traducción española. Madrid, 1884, págs. 272 y sigs.

(50) JANSSEN, L., ob. cit., pág. 36.

(51) Libro II, VII: in solo provinciali dominium populi romani, est vel Caesaris, nos autem possessionem et usufructum habere videmur.

terse a sus leyes y cuyos hombres, reducidos a la condición de «dedicites», no fueron más que arrendatarios del suelo que les fue dejado para vivir (52).

Hemos visto, pues, en términos generales el curso que los aprovechamientos colectivos siguieron en Roma, lugar en el que por vez primera sufrieron quebranto, lo que no impidió su subsistencia, ya que la lucha entablada entre los dos estratos sociales a que antes aludimos fue realmente la lucha entre individualismo y colectivismo. Como quiera que ninguno de ambos criterios triunfó de forma única, podemos, por consiguiente, afirmar que perduraron ambos, aunque el colectivista sufriera notable merma en su extensión, a diferencia de lo que había ocurrido con anterioridad al pueblo romano, en cuyo período existió de forma no ya predominante, sino exclusiva.

## III. PUEBLOS GERMÁNICOS

En los Pueblos Germánicos, los aprovechamientos comunitarios se ejercitan con mayor puridad y por mucho más tiempo que en el Derecho Romano, ya que la aparición de la propiedad privada en aquéllos se retrasa considerablemente.

Pone de relieve Hubner (53) que en los primeros tiempos de la historia germánica aparece la «sippe» como una unión de estirpes comprendiendo a un grupo fijo de personas consanguíneas al nacer de la comunidad familiar de régimen patriarcal. Pero, al mismo tiempo, la «sippe» era una asociación agraria, ya que a la unidad personal de sus miembros correspondía una forma especial de derecho colectivo de la «sippe» sobre los terrenos. La «sippe» es, por tanto, la unidad agraria más antigua asentada sobre un territorio. En ella el predominio de los lazos familiares y consanguíneos la convierten en unidad básica del sistema político y económico, y sobre ella se montará la estructura de los pueblos germánicos.

---

(52) J. MARQUARDT, *De organisation financiere chez les Romains* (citado por Janssen en la obra consignada en la nota 47), págs. 43 y 44.

(53) HUBNER, R., *Grunbzüge bes Bdeutschen Privatrechts*, 5.ª ed., Leipzig, 1930, pág. 127.

En la época en que los germanos se pusieron en contacto con el mundo romano, los distintos pueblos en que se habían dividido constituían comunidades políticas en las que se insertaban los grupos familiares o gentilicios. Pero estos grupos conservaban una gran cohesión interna y cada uno de ellos formaba una «sippe» o grupo de parientes integrado por el conjunto de los consanguíneos de una persona («magen») o por una comunidad de linaje que comprendía todos los descendientes por línea masculina de un tronco común. En este último caso la «sippe» tenía una significación jurídico-pública basada en una organización agnaticia en la que todos los miembros de la comunidad de linaje gozaban de iguales derechos. Por lo tanto, observamos cómo la dimensión jurídico-política de la «sippe» se unifica con la dimensión propiamente económico-familiar (54).

La «sippe» es, pues, el núcleo fundamental de los pueblos germánicos. Ahora bien, con el transcurso del tiempo, la influencia de la «sippe» —que en principio sólo tomó en consideración a la familia agnaticia y posteriormente tuvo también en cuenta a la familia cognaticia— se debilita, ya que la relación consanguínea fue reemplazada por la condición de vecindad. Al igual que la mayoría de los pueblos, el contacto con otros grupos étnicos y con otras civilizaciones produce un paulatino deterioro de la «sippe» en su esencia familiar, configurando una comunidad cuyos lazos son cada vez más jurídico-políticos y menos sanguíneos, tal y como señalamos anteriormente. No obstante, los principios de la comunidad se mantienen y, por tanto, la nueva base social («vicinitas») mantiene los lazos de buena amistad y de igualdad jurídica de todos sus miembros a través del órgano comunitario por excelencia: La Asamblea.

En esta línea de debilitamiento de la «sippe» conviene subrayar asimismo con Hubner (55) cómo su área de influencia disminuía al adquirir mayor independencia con el transcurso de los tiempos las comunidades domésticas basadas en la autoridad del cabeza de familia. Sin embargo, en determinadas circunstancias,

---

(54) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, *Curso de Historia de las Instituciones Españolas*. 3.ª ed., Madrid, 1973, pág. 168.

(55) HUBNER, ob. cit., pág. 129.

estas comunidades podían adquirir carácter asociativo cuando los miembros de la familia, unidos bajo la autoridad del padre, siguieron la vida colectiva después de la muerte de éste.

Nos interesa destacar especialmente cómo la «sippe» ocupa un territorio que constituye la base de su economía tradicional inicialmente basada en el pastoreo y la ganadería y sólo de manera secundaria en la agricultura. La comunidad posee y goza en común de los terrenos, pastos, aguas, bosques, etc., y de ahí que inicialmente no exista una propiedad privada e individual de dichos bienes.

Las «sippes» al principio obtuvieron las tierras del «gau» o «cantón» sólo para cultivarlas temporalmente. Con el transcurso del tiempo adquirían la posesión permanente y, finalmente, la propiedad de las mismas. Se convierten así en grupos geográficos fijos unidos en el sentido material por las tierras de su propiedad, es decir, las «marcas» (palabra que originariamente describe las delimitaciones y más tarde se emplea para denominar la región comprendida entre aquéllas).

De acuerdo con la transformación de la «sippe», en la que se reemplaza el parentesco por la vecindad, resulta que la «marca de linaje» que representó la «sippe» en un principio se convirtió en «marca vecinal». Surge, tal y como expresa Planitz (56), la «marca de vecindad» («Nachbarmark») en sustitución de la «marca de linaje» («Geschlechtsmark»). De ahí, pues, que si originariamente la «comunidad de la marca» era el resultado de una asociación personal anterior a ella, posteriormente tal comunidad aparece como base del vínculo asociativo.

Los terrenos, bosques, prados, etc., de uso común, constituyen la «Allmende» (lo que es de todos, lo que es de uso común, lo que a todos pertenece). Ahora bien, si inicialmente los terrenos comunes configuraban la totalidad del territorio que la tribu asignaba a cada una de las «sippes», la evolución posterior determinará, como veremos seguidamente, que una parte de dichos terrenos comunes pase a ser propiedad privada de cada uno de los miembros que componen la comunidad, estableciéndose en

(56) PLANITZ, H., *Principios de Derecho Privado Germánico*. Trad. española por C. Melón Infante. Barcelona, 1957, pág. 70.

dichos terrenos la casa para habitar («Word», «Were», «Hof») junto con un campo o prado donde se realizan los servicios domésticos ordinarios, tales como el alojamiento del ganado.

Señala Gierke (57) en la antigua comunidad de la «marca» tres características:

— Existencia de una comunidad y una asociación agrícola.
— Estar unida al mismo tiempo por la asociación personal y por la comunidad de la marca.
— La existencia de un orden asociativo en la comunidad de la marca.

La «marca» está distribuida entre comunidad e individuo de forma tal, que el derecho colectivo unitario y los derechos particulares de los miembros se limitan y complementan mutuamente, siquiera, como el propio Gierke reconoce, se va con el transcurso de los siglos a una progresiva eliminación del derecho colectivo en favor del derecho particular.

Las asociaciones de la «marca» coincidían generalmente con las «comunidades rurales», si bien en algunos supuestos la extensión de aquéllas fue mayor, porque a veces el «cantón» no repartió la totalidad del terreno, sino que se reservó parte de él como «marca cantonal».

Siguiendo fundamentalmente a Gierke (58) y a Wilhelm (59), consignaremos que, respecto de la aldea —los caseríos tienen menor importancia—, la «marca» se dividía en tres componentes:

a) Espacio interior de la aldea, integrado por casas, patios y huertos de propiedad particular; es decir, la «Eigentum an Hans und Hof» (propiedad sobre la casa y el huerto) de que nos habla Planitz (60). Además, el espacio interior está integrado por caminos y plazas reservados al derecho colectivo.

b) La «Feldmark», integrada por las tierras sometidas al arado y la guadaña. Se conservaba la propiedad colectiva, pero se

---

(57) GIERKE, *Deutsches Privatrecht* I (All, Teil und Personenrecht), Leipzig, 1895, págs. 577 y 578.

(58) GIERKE, ob. cit., págs. 578 y sigs.

(59) WILHELM, Abel, *Agrarpolitik*. Göttingen, 1967, págs., 15 y sigs.

(60) PLANITZ, H., ob. cit., pág. 101.

concedía a cada miembro un derecho de goce especial, de duración limitada, sobre una parte de los campos dedicados al cultivo según determinadas formas de medición, reparto y sorteo periódicos.

El campo de cultivo se halla dividido en hojas, y éstas, a su vez, en parcelas; y cada agricultor poseía una o varias parcelas en cada una de estas hojas. Posteriormente, las partes del campo de posesión constante se convirtieron en propiedad particular de sus poseedores, sin que terminara con ello la propiedad colectiva, porque la propiedad del individuo permanecía sometida y restringida por un fuerte derecho colectivo: la comunidad determinaba el cambio de cosechas y los tiempos de cultivo y recolección. También —y esto queremos destacarlo muy especialmente— le correspondía a la comunidad el derecho de pastoreo en las tierras de barbecho y rastrojeras.

De esto se desprende claramente la gran diferencia que existe entre la propiedad de dichos terrenos y la propiedad que el Derecho Romano concede al «paterfamilias», ya que, mientras aquélla posee unas funciones y limitaciones comunitarias, ésta última queda a la libre disposición del «pater», definiéndose como un pleno y absoluto derecho de éste sobre los bienes e incluso sobre los esclavos que constituyen su patrimonio.

Más allá de los campos cultivados se extienden las praderas, las cuales son de propiedad comunal y, generalmente, son aprovechadas comunalmente, sobre todo en el denominado «período abierto». Y, finalmente, hemos de destacar que la comunidad ejercía el derecho de caza y otros disfrutes varios, que no interesan mayormente, en la «Feldmark» entera.

c) La tercera parte de la «marca» es, por lo general, la «Allmende» (comarca común o marca en sentido estricto). La «Allmende» comprende bosque, pastos, aguas, así como caminos, tierras abandonadas y similares. En ella todos los derechos de propiedad y disfrute permanecen indivisos y, por tanto, son aprovechados comunalmente.

Teniendo en cuenta que la comunidad es a la vez unidad y pluralidad, la «Allmende» no es utilizada exclusivamente para satisfacer las necesidades de la comunidad como entidad, sino también, y sobre todo, para satisfacer las necesidades de los miembros. Cada miembro está autorizado para utilizar la «marca

común» en la satisfacción de sus necesidades económicas; así, puede cortar la leña necesaria, enviar a pastar sus ganados, llevar cerdos a cebar, cazar, explotar canteras, etc., e incluso originariamente podía ocupar partes de la «marca» como propiedad particular por roturación y cercado.

Conviene precisar, no obstante, que estos derechos de goce del miembro no son absolutos, puesto que tiene dos límites: de un lado, le está prohibida la venta de productos procedentes de la «Allmende» y la explotación de la misma para beneficio de forasteros, y de otro, el miembro está sometido al orden constitucional de la comunidad: ha de someterse a la policía comunal de bosques, campos y pastos y atenerse a las restricciones y órdenes que sean precisas en caso de escasez.

Hay, pues, un derecho de goce del miembro individual frente al derecho colectivo como su derecho particular; es decir, su «derecho a la Allmende». Este derecho particular de goce de la «Allmende» está considerado legalmente como accesorio de su finca, puesto que económicamente es el complemento imprescindible de la propiedad rural. Como destaca Hubner (61), el miembro individual necesitaba la «Allmende» para asegurar la buena marcha de su propiedad. Este derecho a la «Allmende», como complemento de la propiedad individual, originariamente se ostentó en forma ilimitada (si bien con las dos restricciones antes expuestas), pero más tarde lo fue en proporción a las «Hufen» (porción de la «Allmende» repartida para su cultivo directo) completas de su propiedad.

Si tenemos en cuenta que la «marca común» no fue repartida para su explotación, sino que cada miembro tenía derecho a la «Allmende» íntegra, es evidente que se trataba de derechos de uso colectivo. Y en cuanto a la titularidad dominical de la «marca» no cabe duda que pertenecía a la totalidad de los miembros de la asociación. Ellos, en su totalidad, disponían de la «marca», fijaban los planes para su explotación e, incluso, tenían ciertos derechos sobre las propiedades particulares, por ejemplo, imponiéndoles las formas de explotación de sus tierras, incautándose de las propiedades cuyos titulares no habían dejado herederos e,

(61) HUBNER, R., ob. cit., pág. 133.

incluso, en ocasiones, se hacían nuevos repartos de los campos.

Los miembros de la comunidad constituían la asociación económica denominada en los tiempos posteriores con el nombre de «Markgenossenschaft». En efecto, cada uno de los miembros que componen la comunidad socio-política y que posee su «casa y su huerto» forma parte de la «marca». Las decisiones se toman en una Asamblea que constituye el órgano administrativo supremo de todos los miembros de la «marca». En ella se establecen todas las normas consuetudinarias que afectan al uso y disfrute de los terrenos y bienes que componen la «Allmende».

Esta Asamblea de comarcanos, que constituye el máximo órgano gestor de la comunidad en materia económica, está integrada por todos los miembros que poseen «casa y huerto», haciendo coincidir Azcárate (62), siguiendo a Garsonet, la «marca» con la «centena».

Los autores discrepan en cuanto a la forma de establecer las decisiones en la Asamblea. Así, mientras Lehr (63) opina que las decisiones se toman por mayoría en el seno de la Asamblea, Planitz (64) y Azcárate (65) consideran la necesidad de la unanimidad en los votos de los miembros para que las decisiones de la Asamblea se conviertan en derecho consuetudinario y obligatorio para todos los miembros de la comunidad. A nuestro juicio, si la Asamblea de comarcanos es el resultado de la evolución de la antigua comunidad gentilicia, y como quiera que en ésta las decisiones se tomaban por acuerdo unánime afectando a todos por igual, creemos que el requisito de la unanimidad de las votaciones se habría mantenido a lo largo de la evolución histórica.

Planitz (66) en este punto es tajante, cuando afirma que los miembros asociados («Genossen») toman sus decisiones en la Asamblea de la «marca» o Asamblea de comarcanos («Markër-

---

(62) AZCÁRATE, G. DE, *Ensayo sobre la Historia del Derecho de Propiedad*, Madrid, 1879, pág. 173.

(63) LEHR, E., *Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán*. Trad. española. por Alcalde Prieto, Madrid, 1879, pág. 116.

(64) PLANITZ, H., ob. cit., pág. 71.

(65) AZCÁRATE, ob. cit. pág. 173.

(66) PLANITZ, ob. cit., pág. 71.

ding»). En ella tienen voz y voto todos los hombres asistentes con hogar propio en la «marca». El acuerdo se toma por unanimidad. No tiene lugar la mayoría. Incluso si uno de los miembros de la «marca» no estuvo presente en la Asamblea, puede rebatir posteriormente el acuerdo tomado.

Aunque la Asamblea se halle estructurada jerárquicamente, puesto que hay un comarcano jefe («Obermärker») que posee como función principal la dirección de las deliberaciones, su principio básico era el de la igualdad jurídica de sus miembros, dado que las decisiones se tomaban por todos aquellos, pero a su vez vinculaban a todos y cada uno de los miembros. Así se va realizando un derecho consuetudinario que regula las diversas situaciones que afectan al normal desenvolvimiento del «patrimonio común».

Entre los diversos casos y situaciones reguladas por las decisiones de la Asamblea, Azcárate (67) expone los siguientes: «No se puede participar en ellas sin el consentimiento unánime de sus miembros, pero una vez admitido se tiene participación en sus derechos y en sus deberes. Como ellos, queda uno obligado a la hospitalidad respecto de los extranjeros y a dar un asilo a las bestias extraviadas; como ellos, se responde de los crímenes y de los delitos cometidos en el territorio de la «marca» en que se ha refugiado el delincuente, y se paga, si no es descubierto, la composición debida a la víctima. En fin, la comunidad tiene jurisdicción para procurar la defensa de sus derechos y el mantenimiento de la paz pública. Las cuestiones relativas a divisiones, límites y cierres, las quejas por abusos o exclusiones arbitrarias del goce o disfrute del terreno común, los delitos contra la propiedad, los crímenes contra las personas, todos están sometidos a este tribunal. Cada «marca» tiene su derecho consuetudinario, que es el que se aplica; todos los asistentes toman parte en la decisión y se impone una multa si procede, en provecho de la comunidad».

Como podemos apreciar, la «Asamblea de la marca» se convierte en un órgano social básico de la vida económica de la comunidad; es el alma de la estructura social de la «marca», la

(67) AZCÁRATE, ob. cit., I, pág. 173.

fuente de derecho consuetudinario que regula la vida económica de todos y cada uno de los miembros comunitarios.

Conviene precisar que esta Asamblea de comarcanos («Markërding») no goza de personalidad jurídica. La coincidencia entre los distintos autores en este sentido es prácticamente unánime. Así, Planitz (68) nos dice que la Asociación no es frente a los miembros una persona jurídica autónoma; no tiene, pues, frente a ellos una personalidad independiente. Unicamente la totalidad de los miembros tiene el poder de disposición sobre la «marca», la facultad de enajenar el territorio de la misma, el derecho de distribuir los aprovechamientos parciales y la facultad de determinar el plan económico de explotación. En esta misma línea, Lher (69) afirma que lo común no forma parte del patrimonio de una persona propiamente dicha, sino que esta propiedad común e indivisible pertenece a una reunión de individuos, que, a condición de sujetarse a ciertas reglas necesarias para el buen orden, pueden usar de ellas según sus necesidades.

La importancia de la asociación de la «marca» empieza a declinar con la aparición de las propiedades feudales. Si al principio la comunidad de la «marca» era libre, con la expansión feudal la comunidad libre —tal y como expresa Gierke (70)— pasa a ser la excepción, ya que la «marca» fue continuada y renovada en múltiples formas feudales.

Los señores feudales (eclesiásticos y seglares) obtuvieron, dice Hubner (71), la propiedad de numerosas «frufen» originariamente fundadas bajo el derecho vecinal, y como los derechos sobre la «marca» estaban de acuerdo con la extensión de la propiedad, su preponderancia creció hasta llegar al dominio completo de la «marca».

Con frecuencia los propietarios libres cedieron sus terrenos al señor feudal y lógicamente aparecen asociaciones sin libertad. En otras ocasiones se crean asociaciones sin libertad desde sus mismos inicios al formarse comunidades rurales en los terrenos feudales; sus miembros no poseían la propiedad particular de los

---

(68) PLANITZ, H., ob. cit., pág. 71.
(69) LEHR, ob. cit., págs. 118-119 y 122.
(70) GIERKE, ob. cit., pág. 582.
(71) HUBNER, ob. cit., pág. 135.

campos ni la propiedad colectiva de la «marca» separada para ellos por el señor feudal, puesto que éste era propietario exclusivo del territorio en su totalidad. De ahí, pues, que la «marca» así constituida es parte integrante de la propiedad del señor feudal y accesorio de su finca.

Por otra parte, durante la Edad Media, la «comunidad de la marca» experimenta una importantísima evolución, destacada por Gierke (72). Y así, en las ciudades, éstas asumen la propiedad exclusiva del antiguo patrimonio comunal; de ahí que la «Allmende» municipal se integra en la tesorería municipal en la medida en que el ciudadano individual dejaba de necesitar el goce de bosques y pastos, reclamando la Administración Pública la totalidad de los bienes comunes. Sin embargo, en las comunidades rurales la antigua comunidad agraria se conservaba con pocas excepciones, si bien con nuevos tipos de comunidad que no nos interesan mayormente.

Desde finales del siglo XVIII la legislación eliminó casi por completo la antigua asociación de la «marca». Para ello sigue fundamentalmente tres cauces (73):

1. Consolidación.—Los interesados aportan sus tierras a la masa común. Se trata, pues, de casos de expropiación forzosa en la que, sin embargo, la indemnización había de consistir en tierras, liberándose de esta forma la propiedad rural de la decisión colectiva sobre las formas de explotación.

2. Redención.—Existe una legislación destinada a la eliminación de las servidumbres reales procedentes de los antiguos dominios señoriales.

3. Reparto.—Se reparten los bienes colectivos; se divide la «Allmende» en propiedades particulares, pero no se reparten los bienes inmuebles destinados al servicio de la comunidad como tal.

Dentro de esta línea es preciso distinguir dos patrimonios netamente diferenciados: De una parte, el «patrimonio comunal propio», al que pertenecen los bienes que, en virtud de su destino al uso público, están dedicados directamente a una finalidad comunal, ajeno al reparto, consolidación y redención, y de otra parte, existe el «patrimonio de la Allmende» integrado por

(72) GIERKE, ob. cit., págs. 586 y 587.
(73) GIERKE, ob. cit., págs. 595 y sigs.

los bienes cuyo goce está destinado a satisfacer las necesidades de todos o algunos de los miembros de la comunidad. Respecto de éstos, unas veces se concede a personas individuales un derecho de goce separado en partes de la «Allmende» (campos, huertos, pastos...), y en otros casos los individuos están autorizados para ejercer un derecho de goce común (apacentar ganado, cortar leña, cortar madera...).

Generalmente, los derechos de los miembros sobre estos bienes son derechos privados que corresponden tan sólo a quienes ostentan la cualidad de miembros de la comunidad, que se adquieren y pierden, respectivamente, con la adquisición y pérdida de tal cualidad. En tal caso, y como consecuencia, son intransferibles e iguales en su contenido.

Sobre este «patrimonio de la Allmende» inciden acusadamente los tres procedimientos antes reseñados, desapareciendo, como consecuencia, la mayor parte de la «Allmende», sobre todo en Alemania del Norte. En cambio, en Alemania del Sur y Occidental se había transformado la «Allmende» en la mayoría de los casos en patrimonio público de la comunidad, lo que limitaba considerablemente la posibilidad de su venta, conservándose muchas de las antiguas marcas. Lo mismo sucedió en Suiza (74).

Ahora bien, si a lo largo del proceso histórico de identificación y perfeccionamiento de las comunidades y pueblos germánicos se van paulatinamente deslindando los conceptos de la «sippe», la «marca» y los «allmende», hay que pensar que en sus orígenes las comunidades germánicas sintetizan en sí mismas lo esencial de cada una de ellas, ya que cada una de las familias, surgidas de un tronco común («sippe»), no puede ser abstraída y aislada del territorio sobre el que se asienta («Allmende»), ni tampoco de una primaria forma de organización social en la que cada uno de los miembros participa plenamente integrado («marca»).

Por tanto, comunidad, territorio y organización social, forman una unidad particular que identifica a cada grupo gentilicio de un mismo pueblo o tribu. Más tarde, la delimitación de

---

(74) HUBNER, ob. cit., pág. 139.

funciones y la aparición de una propiedad familiar —posteriormente la individual e incluso la feudal—, coexistente con la propiedad comunal, especificará el contenido de los conceptos estudiados de la «sippe», «mark», «markërding» y «allmende».

De cuanto acabamos de exponer, resulta claramente que la propiedad colectiva en los distintos pueblos de origen germánico aparece como una constante. Parece ser que hasta que no se logra una cierta organización social, la propiedad de la tierra era totalmente comunitaria y, por lo mismo, sus aprovechamientos. Posteriormente se admite la propiedad familiar de ciertas tierras para establecer en ellas la «casa y el huerto», lo que coincide con el paso progresivo de una economía de tipo pastoril a una economía de tipo agrícola.

Mientras las comunidades germánicas mantenían un sistema económico cuya base era la ganadería, la tierra fácilmente podía ser de carácter colectivo, puesto que permitía el pastoreo sin las trabas de una propiedad individual; pero el desarrollo de la agricultura, inicialmente de tipo extensivo, va definiendo la necesidad de establecer una separación entre las tierras destinadas al pastoreo, de aquellas otras cuya finalidad es la de una roturación y cultivo posterior. Aparecen de este modo unas tierras que se someten al sistema de «cultivo bienal» o bien al denominado sistema de «cultivo por hojas» de carácter rotativo, alternando la ganadería y la agricultura.

El sistema de alternancia es el que el profesor García de Valdeavellano (75) designa como «economía de las praderas» («Feldgrasswirchaft») y que permitía el cultivo de cereales en grandes extensiones de terreno junto con el mantenimiento de pastos abundantes para el ganado. Esta transformación paulatina, a la que hemos hecho alusión, del sistema económico, favorece el carácter colectivo de la propiedad de las tierras, ya que establece unas limitaciones a las propiedades familiares, tales como el derecho del ganado a utilizar como pasto las tierras no cultivadas. Pero al mismo tiempo esta evolución da paso a una modificación en el sistema de la comunidad, ya que el sistema de cultivo determina la aparición de la asignación anual de ciertas

---

(75) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 167.

tierras a los distintos miembros de la comunidad. Evidentemente, la propiedad de las tierras seguía siendo un derecho de la comunidad de la «marca», pero los distintos miembros obtenían el derecho a cultivar las tierras asignadas, aunque quedaban sometidos a las cargas y obligaciones que la Asamblea de comarcanos establecía.

Observamos, por tanto, cómo de una propiedad colectiva se ha evolucionado hacia una propiedad individual con limitaciones comunitarias (76); de ahí que haya podido decir Lehr (77) que entre los germanos la propiedad colectiva era tan habitual o natural, que de ella emanó la propiedad privada cuyo origen lo encontramos en la partición y ocupación de tierras poseídas en común primitivamente.

En efecto, éste es un fenómeno que se producirá cuando, en contacto con el Derecho Romano, la asignación de tierras de cultivo en forma periódica dé lugar a la apropiación individual de dichas tierras, lo que deriva en una propiedad privada de las mismas. De esta forma se produce la coexistencia de una propiedad privada junto a una propiedad colectiva formada por aquellas tierras cuya finalidad más directa es la de proveer de pastos y leñas a los comarcanos. Esta es la estructura jurídica que se transmitirá a lo largo de la Edad Media y que se tornará mucho más compleja al tiempo que las comunidades rurales van convirtiéndose en ciudades y burgos, tal y como expresamos anteriormente.

Una vez expuesto el origen de la propiedad colectiva de las comunidades y pueblos germanos, interesa ahora analizar el proceso de transformación y cambio que a lo largo de los siglos ha ido configurando una institución jurídica tan compleja como ancestral, en cuya evolución las relaciones con el pueblo romano tendrán una influencia decisiva.

---

(76) Sobre la desaparición de la propiedad colectiva en Alemania, *vid.* fundamentalmente a GAA, en sendas obras: «Das Gesetz zur Ablösung der Allmende», en el *Württ Gemeinde Zeitung*. 1966, pág. 446 y sigs. y «Die Allmendablösung in Baden - Württemberg», en la *Bad-Württ. Verwaltungsblatt*. 1967, pág. 1 y sigs. y a MUNZEL «Die Bestimmungen des Kleinen Kaiserrechtes über Almende und Markwald», en el volumen *Rechtsgeschichte als Kulturgeschichte*. Aales, 1976, pág. 311 y sigs.

(77) LHER, ob. cit., pág. 119.

El contacto entre los pueblos germánicos limítrofes al Imperio Romano con éste, dieron origen a un lento proceso de aproximación entre ambos, permitiendo la sucesiva incorporación de algunos de estos pueblos a las estructuras del Imperio. Muchos de los germanos son sometidos al poder imperial, convirtiéndose de este modo en miembros de la «civitas» romana. La incorporación no se produce de forma igual para todos los pueblos: Unos pasan a la condición de «perigrini dedititii», quedando sujetos a ciertas prestaciones militares y pecuniarias; otros, en cambio, pasan a establecer un «foedus» o pacto con Roma; convirtiéndose de este modo en «foederati» o aliados de Roma; otros, por último, se constituyen en colonias militares al servicio del Imperio («loeti»).

De todo ello cabe deducir que los pueblos germánicos ya habían tenido contacto y relaciones con Roma antes de la invasión. Asimismo hay que señalar que, en general, las comunidades germánicas realizan una ocupación progresiva de las tierras del Imperio, asentándose con posterioridad en ella. Esto supone, por tanto, que los pueblos germanos al realizar la gran emigración («Völkerwanderung») no arrasan las instituciones romanas, sino que, por el contrario, establecen una separación de jurisdicciones, creando nuevas instituciones que permiten asumir los derechos de ocupación de los pueblos vencedores con los derechos adquiridos legítimamente por los ciudadanos romanos que poseían las tierras ocupadas.

El efecto de la invasión en lo que se refiere a la propiedad fue, por esto mismo, muy distinto según las comarcas invadidas y según los pueblos invasores, según que se tratara de la del Estado o de la privada, de la gran propiedad o de la pequeña. Y así hubo tribus, como la de los vándalos, que se apoderaron de todo sin respeto alguno para el vencido; otras, como los visigodos, tomaron dos tercios de la misma, y lo propio hicieron los borgoñones al principio, y más tarde la mitad, al paso que los francos se contentaron con las cuantiosas tierras que pertenecían al fisco imperial; e incluso hubo algunos, como los lombardos, que a raíz de la invasión se contentaron con las llamadas «hospitalitates», esto es, el derecho que consistía en atribuir a cada germano una porción de tierra, la cual continuaba siendo cultiva-

da y poseída por el vencido, pero con la obligación de dar a aquél una tercera parte de los frutos (78).

Siguiendo a Azcárate (79), podemos señalar que el período de la invasión del Imperio por los pueblos germánicos marca la etapa de transformación de la propiedad, tanto colectiva como individual, configurando las raíces de las más importantes instituciones medievales. En efecto, las tierras que durante el Imperio habían sido tierras del fisco pasan a ser propiedad de los reyes, los cuales, a su vez, las reparten entre sus vasallos o jefes de los distintos bandos que le han seguido en el proceso de la invasión. Estas tierras son trabajadas por los siervos, que con el tiempo pasarán a ser adscritos a las mismas, configurando la institución de los «siervos de la gleba», tan característica de la Edad Media.

Conjuntamente, la dependencia en que se hallan los jefes de los distintos grupos respecto del rey originará en etapas posteriores el vínculo feudal que unía a los señores feudales a sus reyes, y a éstos de forma honorífica con el emperador.

Como se puede apreciar, el proceso histórico va realizando paulatinamente la transformación de la propiedad colectiva en una propiedad privada que delimita con aquélla la bipolaridad de la institución jurídica de la propiedad.

Finalmente, queremos destacar que la distinta evolución de las comunidades económicas dio origen a distintos tipos de propiedad común. Así, en las «comunidades reales» («Realgemeinde»), el aprovechamiento de las tierras de la «Allmende» sólo recaía sobre el miembro que poseía una casa en la comunidad; las «comunidades personales» («Personalgemeinde»), el derecho de aprovechamiento se reservaba a las familias más antiguas, y, por último, las «comunidades de aprovechamiento» («Nutzungemeinde»), en las que el aprovechamiento derivó en un derecho de cuota susceptible de transmisión, división y acumulación. Ahora bien, en otras comunidades, la «marca» degeneró en una «asociación curial» («Hofrechtliche Genossenschaft»), es decir, en una asociación en la que el «Allmende» pasa a ser propiedad del señor territorial, correspondiéndole con arreglo al derecho territorial la calidad de comarcano.

---

(78) AZCÁRATE, ob. cit., pág. 170.

(79) AZCÁRATE, ob. cit., pág. 171.

Posteriormente, aparece la que Azcárate (80) denomina propiedad «alodial», que equivale a la «plena propiedad», esto es, la que está libre de rentas o servicios, ya la tenga el romano, ya el bárbaro, ya forme parte de los bienes adquiridos, ya de los patrimoniales.

Sin embargo, la propiedad alodial consigue una notable proliferación a partir de la invasión de los territorios del Imperio por los pueblos germánicos. En efecto, las tribus germanas no conocían otra propiedad familiar que la de la «casa y el huerto», pues el resto de las tierras pertenecían a la comunidad en pleno. Pero con la invasión se producen dos fenómenos que vienen a reforzar la propiedad alodial ya existente entre los ciudadanos del Imperio. Estos hechos son: por un lado, la ocupación de las tierras pertenecientes al fisco imperial, sobre las que se asienta la tribu, con lo que se reafirma el derecho de ésta sobre la totalidad de los territorios conquistados; por otro lado, existe la ocupación, tanto por germanos como por romanos, de los terrenos incultos hasta entonces.

En cuanto a la ocupación de los territorios pertenecientes al fisco imperial, es de señalar que tales territorios ocupados se distribuyeron de la forma siguiente: una parte de las tierras se reserva para la «asociación de la marca», otra parte se distribuye periódicamente para su cultivo y, por último, otra porción de tierras se reparte por el rey entre la familia de los bandos guerreros.

La propiedad alodial viene, pues, a constituirse como la forma jurídica de gestación del incipiente derecho de propiedad privada que se ejercía sobre la «casa y el huerto». Conviene, no obstante, destacar que las tierras alodiales no son de propiedad individual, sino más bien de propiedad familiar, ya que se concede a una familia y sus descendientes, lo que legitima la existencia de limitaciones y cargas sobre el ejercicio y disposición de este derecho de propiedad.

Particularmente importante es la denominada propiedad be-

---

(80) AZCÁRATE, ob. cit., págs. 171 y sigs., distingue en la evolución del derecho de propiedad distintas etapas que se corresponden con las que él denomina propiedad comunal, alodial, beneficiaria, censal y servil, en cuyo análisis particularizado no vamos a entrar por exceder de nuestro propósito.

neficiaria, que equivale a la propiedad que se ejerce sobre ciertos beneficios o derechos de uso y disfrute de ciertos terrenos. Las tierras que se concedían periódicamente, pasan con el tiempo a ser adjudicadas con carácter vitalicio mediante su distribución por el rey para premiar los servicios prestados, entre la Iglesia, los «fideles» y sus oficiales con carácter permanente y, generalmente, anejos a una función determinada. Dado que los honores eran temporales y revocables, los beneficios se extendían generalmente durante la vida del rey, debiendo renovarse con su sucesor.

# Capítulo segundo

## *Origen y evolución de los aprovechamientos en común de pastos y leñas en el Derecho español*

## I. CONSIDERACIONES GENERALES

Si se pretende llegar a conocer la situación y orígenes de los «aprovechamientos en común de pastos y leñas», resulta obligatorio dar una visión a lo largo de la evolución histórica, que lenta y paulatinamente ha ido configurando y delimitando el marco de dicha institución jurídica, tras haber analizado someramente los rasgos esenciales de tales aprovechamientos en los pueblos primitivos, Derecho Romano y pueblos germanos.

Observar el impacto que la colonización romana, las invasiones germánicas o la conquista islámica han producido en los rasgos, particularidades y manifestaciones de estos derechos comunitarios, resulta ser condición previa de todo análisis científico de la actual situación jurídico-positiva de esta figura.

Penetrar en las sucesivas transformaciones históricas que han permitido que se haya perpetuado a través del tiempo esta institución es imprescindible para explicar la normativa vigente, a la vez que nos posibilita adecuadamente el llegar a conocer los principios que subyacen a determinadas formas de aprovechamiento de terrenos que en la actualidad se pueden observar como reminiscencias de una institución ancestral. Esta figura, en nuestros días, no está definitivamente delimitada en cuanto a su esencia jurídica, disputándose los autores la configuración de su naturaleza y, sin embargo, sí se encuentra perfectamente enmarcada en el seno de la historia del derecho hispánico con sus consiguientes transformaciones.

En definitiva, exponer la evolución de los aprovechamientos comunitarios supone, nada más y nada menos, que conocer una parcela que, si bien hoy en día posee una indudable relevancia económico-social, fue en etapas anteriores el núcleo del derecho agrario de la Península.

## II. LAS COMUNIDADES DE LA PENINSULA EN LA EPOCA PRIMITIVA

Una visión panorámica del sistema político-económico de los pueblos primitivos más remotos en las distintas regiones del viejo continente (germanos, itálicos, etc.) nos permite descubrir unas características muy similares a todos ellos; en especial, un sistema de organización socio-económica basado en la comunidad como ente compuesto por una pluralidad de familias unidas, bien por vínculos de sangre, bien por coexistir en un mismo lugar geográficamente delimitado, lo que se denominará «relaciones geo-sociales». Estas relaciones se enmarcan en otras relaciones más amplias, cuales son las «relaciones tribales», basadas en la pertenencia a una «tribu» o «pueblo» con afinidades étnicas y culturales muy particularizadas.

Los primitivos pueblos asentados en la Península, «celtas» e «iberos» y la unificación de ambos, «celtíberos», no serán una excepción a las generalidades expuestas. Las culturas celta e ibera se diferencian entre sí muy claramente, pero en cuanto a la organización económica hay que pensar que ambas se hallan basadas sobre el principio de utilización comunal.

En efecto, se ha señalado en varias obras (81) que los vacceos, pueblo de la España primitiva de origen celtíbero formado por una confederación de 18 comunidades habitantes de la parte central del Duero y cuya capital era Palencia, mantenían un sistema comunal de aprovechamiento de la tierra (82). Diodoro de Sicilia (83), historiador de esta época, afirmaba que dichas comunidades realizaban repartos periódicos con las tierras de labor; reparto que duraba tan sólo un año. Al final de sus recolecciones ponían en común los frutos de sus respectivos lotes para verificar, a continuación, un ulterior reparto entre todos los miembros de la colectividad. El disfrute del suelo era temporal, y la colectividad era quien, en definitiva, ostentaba el derecho sobre el suelo en que se asentaba la comunidad.

(81) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 112.
(82) ALTAMIRA, ob. cit., pág. 266.
(83) Biblioteca histórica. Libro V, cap. 34, parr. 3.

Esta forma colectiva de aprovechamiento del suelo es la característica de los pueblos primitivos. Es una figura que permanecerá en la Península hasta la penetración romana, ya que, a pesar de los continuos movimientos de pueblos a lo largo de la Península, la fusión entre las distintas tribus permitirá la supervivencia de este régimen de propiedad comunal y, por lo mismo, de aprovechamiento comunitario.

El fundamento del aprovechamiento colectivo de estas tierras resulta de la propia estructura de las comunidades primitivas. Estas se asientan sobre un territorio en el cual se organiza la vida económica y social de la comunidad. Por tanto, organización social y forma comunitaria de ocupación y utilización de la tierra son inseparables, dado que la delimitación entre el concepto de «colectividad» y «propiedad colectiva del suelo» no existe en esta época, pues en estos momentos la «comunidad» se caracteriza tanto por los miembros de la misma como por el territorio sobre el que se asienta o la organización socio-política que posee. Efectivamente, la «sippe», la «gens» o «gentilitas», el «clan», etc., son denominaciones diversas de unas comunidades, en cuya formación, la base familiar, el territorio y la organización socio-política forman un todo inseparable. Las distinciones entre dichos elementos son el resultado de un proceso histórico que delimitará conceptual y jurídicamente dichos elementos y, posteriormente, se realizará la distinción entre la base comunitaria (la familia), el territorio y la organización social.

Por tanto, si en estas fechas todavía se mantienen en la Península las comunidades en etapa de formación, lógico es pensar que el sistema de cultivo y aprovechamiento comunitario del suelo será la forma predominante hasta la conquista y colonización romana de la Península.

## III. LOS APROVECHAMIENTOS EN COMUN DE PASTOS Y LEÑAS EN LA «HISPANIA» ROMANA

El siglo III a. d. J. C. supone el comienzo de una nueva etapa en la historia de las instituciones hispanas. Con la ocupación por las legiones romanas de la colonia de «Emporion» (Ampurias) se da paso a la fase de conquista y colonización romana de la

Península. Ahora bien, hay que resaltar el hecho de que si bien Roma realiza una ocupación militar de las tierras hispanas, junto al fenómeno puramente militar se produce un fenómeno de colonización originado por el asentamiento de nuevos pueblos a lo largo del dilatado espacio de tiempo durante el cual se realiza la conquista peninsular.

Roma realiza su penetración mediante una serie de pactos o «foedus» que establece con los diversos pueblos o tribus que ocupan la Península y solamente recurre a la conquista militar en los casos, generalmente reducidos, en que se realiza una resistencia armada a su penetración. Este sistema de pactos favorece inicialmente a las instituciones propias de cada pueblo sometido, puesto que se respeta por Roma la organización social que cada «clan» o «tribu» posee. Efectivamente, Costa (84) ya señalaba que Tiberio Graco, pretor de la España Citerior entre los años 179 y 178 a. d. J. C., realizó varios tratados con diversas tribus celtíberas que le permitieron asegurar la paz interior a cambio de restablecer la antigua constitución agraria del país.

Por tanto, en el proceso de penetración romana en la Península influyen dos factores que favorecerán la perpetuación del sistema de aprovechamiento colectivo de las tierras. Estos factores son: de un lado, el político, consistente en el sistema de pactos que Roma realiza y que si bien le permiten hallar menos hostilidad en la conquista, será a cambio del respeto que realiza de las instituciones hispanas; de otro lado, existe un factor socioeconómico que surge como resultado de las amplias zonas deshabitadas que existen en la Península y que favorecen el aislamiento de algunas comunidades primitivas que no logran entrar en contacto con Roma, junto con el sistema de cultivos extensivos. Estos requerirán amplios latifundios, quedando muchos de ellos como propiedad, bien de las «civitas» o bien de las «provinciae» romanas, que como resultado de la colonización y conquista de nuevas regiones van surgiendo.

Hay que contar, sin embargo, con la realidad de que Roma, cuando penetra en la Península, se halla en la fase individualizadora de su evolución jurídica. Por esta razón, aunque las institu-

(84) COSTA, *Colectivismo Agrario*. Madrid, 1915, pág. 426 y sigs.

ciones más genuinamente hispánicas perviven, la superioridad jurídica y cultural de Roma irá imponiéndose sucesivamente en la mayor parte del territorio peninsular. De ahí la pugna entre dos ideales: de un lado, el individualizador del pueblo romano, y de otro, el comunal a cargo de los sometidos.

Como hace notar Flórez de Quiñones (85), la aldea céltica e ibérica conservó su existencia y su independencia durante las dominaciones romana y visigoda, pues aunque muchos «vicos» o aldeas fueron transformándose merced al influjo de la propiedad individual, otros concejos rurales, por su aislamiento en lugares apartados de los medios de comunicación, conservaron mejor los restos de sus instituciones primitivas, que han llegado hasta nuestros días como supervivencias históricas.

La progresiva ocupación peninsular por Roma va originando el establecimiento de nuevas poblaciones, dando paso a la formación de nuevas ciudades o reconstrucción de otras más antiguas. De esta forma se va realizando una distribución de las tierras que, con arreglo al Derecho Romano, se caracteriza por la marcada tendencia privatística frente a la corriente comunal. Así, dado que el Derecho Romano considera a la propiedad territorial como base económica del núcleo social, que es la familia, la propiedad de las nuevas tierras cultivadas se concede a la familia que se establece en ellas, de modo que la familia romana, bajo la autoridad plena del «paterfamilias», pugna con la comunidad de familias de los «vicos» peninsulares en orden a la propiedad privada o comunal de las tierras de cultivo, de los bosques y de los prados, base del sistema agropecuario que posee la economía hispánica de esta época.

Sin embargo, conviene precisar la forma en que los pueblos, que lentamente y al amparo de la ocupación romana han ido asentándose en nuevas tierras, ejercitan su derecho de propiedad sobre las mismas. Como pone de relieve el profesor García de Valdeavellano (86), puesto que la fundación de una nueva colonia suponía una derivación de Roma en territorio provincial («deducto coloniae»), debía realizarse mediante una ley votada previamente en los comicios.

---

(85) FLÓREZ DE QUIÑONES, ob. cit., pág. 164.

(86) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 128.

La distribución de los terrenos se realizaba de una forma ya prevista, mediante la cual repartían los lotes de terreno («centuriae») entre los colonos. Los campos más alejados de la ciudad quedaban sin repartir como propiedad de la colonia; algunos, como bienes de aprovechamiento común («Ager compascuus»), y otros, como tierras propiedad del Estado romano.

La distinción clara que se puede apreciar en los municipios o colonias romanos entre la propiedad privada, propiedad comunal y propiedad estatal de las tierras, se puede observar análogamente en la distribución de la Península en distintas «provinciae» romanas. En efecto, el concepto de provincia según el Derecho Romano se basaba, según afirma García de Valdeavellano (87), en una demarcación territorial sometida a la autoridad de Roma y explotada en su provecho, cuyo suelo se consideraba dominio del pueblo romano («praedium populi romani») y no podían ser, por consiguiente, objeto de propiedad privada, sino sólo de posesión y usufructo, sujeta al pago del impuesto provincial («stipendium») y gobernada por el poder absoluto de un magistrado romano.

En consecuencia, esto demuestra que en el Derecho Romano perviven signos jurídicos que posibilitan la continuidad, bajo fórmulas diversas, de los antiguos aprovechamientos comunales. La distinción básica para lograr esta situación intermedia se halla en la separación tan clara que se hace en el Derecho Romano entre los bienes particulares de cada familia, los bienes pertenecientes al pueblo romano —constituido por todos los ciudadanos de Roma— y los del Estado o Imperio, que son los bienes pertenecientes a una persona jurídica propia, distinta de los anteriores, debido a que se halla regulada y organizada políticamente.

La propiedad comunitaria de las tierras, y todavía más, el aprovechamiento colectivo de las tierras de cultivo, de los bosques y de los pastos, se mantiene vigente en la Península durante la ocupación romana mediante el mantenimiento, por un lado, de los concejos rurales —que en definitiva no son otra cosa que las antiguas familias ensanchadas—, que logran mantener los

(87) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 142.

aprovechamientos colectivos propios del antiguo régimen de propiedad territorial y, por otro, de la formación de nuevas colonias y provincias con tierras destinadas al cultivo y aprovechamiento de la comunidad de vecinos y provincianos.

El «ager compascuus» viene a posibilitar la propiedad comunal, al garantizar una regulación jurídica de la misma. No obstante, hay que pensar que, durante el Bajo Imperio, las grandes propiedades latifundiales que se hallaban en poder de familias romanas supondrán un peso específico mayor en el total del régimen agrario peninsular. La crisis económica que durante la última etapa del Imperio Romano origina la decadencia de la vida ciudadana contribuye análogamente a promover una revalorización de las propiedades latifundiales; pero ante la falta de mano de obra campesina se da paso al régimen de arrendamientos de las parcelas de cultivo, con un régimen de explotación similar al surgido en los grandes fundos territoriales de la parte oriental del Imperio. Se difunden de esta forma nuevas instituciones jurídicas, tales como los contratos de aparcería y arrendamiento, junto con la asignación y vinculación de las clases inferiores a las tierras que cultivan, apareciendo de esta forma una nueva clase socio-económica en la estructura del Imperio, cual es la figura del «colono». Estos eran hombres de condición libre y con personalidad jurídica, pero su situación de adscritos originaba que su condición social fuese semejante a la de los esclavos, porque resultaban ser siervos no de un dueño, sino de la tierra («servi terrae»), en cuanto ellos y sus descendientes estaban unidos al feudo (88).

La quiebra del régimen latifundial y los cambios de la estructura social durante el Bajo Imperio supondrán un duro golpe para el régimen de que tratamos, por la aparición de nuevas figuras que confirman la tendencia individualizadora del Derecho Romano, así como por los inicios de un sistema jerárquico de vinculación socio-económica de las pequeñas comunidades a determinadas familias terratenientes con relaciones de dependencia de tipo feudal.

Si la adscripción de los colonos a las tierras y la decadencia

(88) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit. pág. 139.

de las grandes extensiones agrarias marcan social y económicamente el final de la etapa imperial romana, no debe olvidarse la supervivencia durante esta larga etapa histórica de una forma de propiedad comunal ejercida sobre amplias extensiones que se verá renacer con la llegada de los pueblos germanos, cuyo derecho había surgido de una etapa de propiedad colectiva.

## IV. LOS PUEBLOS GERMANOS Y LOS APROVECHAMIENTOS EN COMUN

La invasión de los pueblos germanos, o «emigración de los pueblos» («Völkerwanderung»), como se ha calificado con un término más general, se produce durante el siglo V con la irrupción en la Península de los vándalos, alanos, suevos y visigodos. No quiere esto decir que los germanos no hubiesen tomado contacto con los romanos en etapas anteriores; ahora bien, la penetración en la Península se realiza en este siglo mediante una ocupación militar de las provincias romanas.

A pesar de que los germanos, cuando penetran en la Península, como recuerda Altamira (89), se encuentran en un grado de evolución económico-jurídica en que la propiedad individual de la tierra era norma predominante en la ley, esta misma dejó subsistir usos y formas comunales de propiedad que limitan aquélla y que responden muy probablemente a costumbres antiguas, como se puede apreciar en los usos ganaderos.

En efecto, dado que el Derecho Germánico había llegado a la configuración de la propiedad privada partiendo de una propiedad comunal, se hacía evidente que el establecimiento de los visigodos favorecería y reforzaría las instituciones jurídicas de la propiedad y aprovechamientos comunales por aquella circunstancia.

La crisis que supone para las instituciones hispano-romanas formadas por una superposición cultural de varios siglos de duración no logrará destruir la continuidad de los aprovechamientos colectivos por cuanto el sistema jurídico visigodo favorecerá

(89) ALTAMIRA, ob. cit., pág. 350.

dicha existencia. Así lo demuestra el «Liber Iudiciorum» (90) cuando admite que los pastos comunes podían ejercitarse en los terrenos indivisos cuyos productos no ya principales, sino únicos, eran las hierbas y el arbolado; se llega, incluso, a permitir este aprovechamiento en las parcelas de cultivo siempre que se hubiesen levantado previamente las cosechas y no estuvieran cercadas. Existieron asimismo prados comunes cuyos productos herbícolas eran disfrutados por godos y romanos de forma conjunta.

Observamos, pues, que al igual que ocurría en el Derecho Germánico con la figura de los «Allmende», se mantiene, de una parte, la dependencia de los bosques y prados comunes respecto de la colectividad y los miembros de ésta quedan facultados para el usufructo de dichos bosques y prados. De otra parte, se admite la vinculación de los terrenos privados a la colectividad plena, ya que cuando no permanecen como terrenos cultivados se considera prioritario el aprovechamiento de dichos terrenos en beneficio de todos y cada uno de los miembros de la comunidad. En este sentido, la influencia del Derecho Germánico no puede resultar más importante y clara.

Si tenemos en cuenta que el asentamiento de los godos se realiza en las llanuras del norte y sur del Duero fundamentalmente, había que crear una nueva figura jurídica que hiciese compatibles los derechos de propiedad de los hispano-romanos que vivían en estas tierras con el derecho de conquista que poseen los visigodos. De esta forma se produce una derivación de la figura romana de la «hospitalitas», ya que, a diferencia de ésta, la «hospitalitas» que se establece en esta fase histórica viene a compaginar los derechos, no tanto entre la población asentada y las tropas militares que se hallan de paso, cuanto los derechos de una población hispano-romana y los de los nuevos pueblos visigodos.

En consecuencia, como afirma García de Valdeavellano (91), puede suponerse que la unidad del repartimiento fue el campo de cultivo necesario para el sostenimiento de una familia («fundus»), y es lo más probable que las tierras se cedie-

---

(90) *Liber Iudiciorum.* Leyes 26 y 27 del Tit. IV; Ley 15 del Tit. III; Ley 5.ª del Tit. V.

(91) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 172.

sen en propiedad, no en usufructo, y que la división afectase también a los esclavos e instrumentos de cultivo. Los montes, prados y bosques quedaron sin dividir, posiblemente por la subsistencia de los «compascua» romanos; pero visigodos y romanos disfrutaron sobre los mismos de un derecho de aprovechamiento. Por consiguiente, tanto al «hospes» godo como al «possessor» romano, se les faculta para usar en su provecho de los campos, bosques y prados que quedan indivisos para el beneficio comunitario. A pesar de todo ello, el Estado hispano-visigodo, basado sobre una economía agro-pecuaria, como había sucedido con las provincias hispano-romanas, deberá fomentar la roturación de campos indivisos con el fin de favorecer el asentamiento de su población en los lugares en que el sistema de la «hospitalitas» no resultó suficiente. Como resultado de este proceso, en las antiguas colonias romanas, en las que la tradición del «ager compascuus» romano había arraigado, se funde con la tradición de los «Allmende» propia del pueblo godo, dando, como consecuencia, un resurgimiento de los aprovechamientos colectivos.

Esto resulta bien patente al analizar la figura de las «asambleas de vecinos» de las aldeas («conventus publicus vicinorum»). En este sentido el propio García de Valdeavellano (92) expresa que la propiedad comunal de los bosques y prados indivisos atribuida a los «consortes» godos y romanos que se habían repartido la tierra, y a las comunidades locales formadas por los propietarios rurales vecinos de un poblado, tal vez fuesen una consecuencia de la fusión de la tradición germánica de los «Allmende» con la comunidad de pastos del «ager compascuus». Por tanto, no resulta ilógico pensar que análogamente sucedió con la «Asamblea de comarcanos» de las primitivas comunidades germánicas («Markërding»), de la que se derivaron los «conventus publicus vicinorum» como fusión de aquélla con la figura de la «vicinitas» propia del Derecho Romano. De esta manera el vecino de un «vicus» o aldea posee una relevancia jurídico-pública como miembro de una entidad pública; pero, a su vez, la pertenencia a la comunidad de lazos socio-económicos que unen a todos los participantes de una colectividad le concede el dere-

(92) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 175.

cho no sólo a percibir los beneficios de los campos, bosques y prados indivisos, sino también a participar activamente en la administración de los mismos a través del órgano comunitario que le faculta para ello, cual es la «Asamblea de vecinos del vicus».

Nuevamente la fusión de dos grupos étnicos y de dos culturas —la hispano-romana y la visigoda— producirán nuevas instituciones jurídicas con particularidades y características propias que las diferenciarán tanto del derecho romano como del germánico, y la penetración del Islam con unas nuevas concepciones religiosas y culturales vendrá a suponer una ruptura de la tradición peninsular en materia de aprovechamientos comunitarios.

## V. LA CONQUISTA MUSULMANA Y LA CRISIS DE LOS APROVECHAMIENTOS EN COMUN

La penetración en la Península, al mando de Tarif ben Ziyad, de un nutrido grupo de árabes y bereberes en el año 711 inicia una nueva fase de transformación institucional al producirse una influencia de la cultura islámica con marcado carácter religioso.

No obstante, si bien la penetración y conquista musulmana se realiza sobre gran parte de la Península, la población musulmana fue siempre minoritaria si se la compara con la población existente de hispano-visigodos, lo que caracterizará sobremanera la forma de ocupación y el sistema de asentamiento de los nuevos pueblos árabes.

Los musulmanes, al igual que había ocurrido con los romanos, realizan la dóminación de las comunidades hispano-godas, bien mediante tratados o capitulaciones de sometimiento («suhl»), bien mediante pactos de paz entre comunidades iguales (ahd). En ambos casos, los musulmanes mantienen un gran respeto por las concepciones religiosas de las comunidades hispano-godas y por su estructura socio-económica. Salvo los limitados casos de sometimiento militar, las comunidades hispanas se ven respetadas casi en su totalidad, salvando el pago del tributo que en señal de sometimiento a los musulmanes se les había impuesto.

Esta situación permite que las tierras poseídas por la población peninsular se mantenga, en su mayor parte, en una situación

jurídica similar al período anterior, salvando algunas modificaciones impuestas por los nuevos dominadores.

En general, se ha mantenido la tesis de que la invasión musulmana supone una crisis del sistema jurídico-político y económico heredado del Imperio Romano. Esta tesis fue expuesta para la visión global del Mediterráneo por H. Pirenne en su obra «Mahomet et Charlomagne», y siguiéndole el profesor Nieto (93) llega a decir que entre las figuras estudiadas... y los bienes comunales que hoy conocemos, existe una evidente solución de continuidad representada por la invasión árabe, pero no en cuanto a tal, sino más bien en cuanto provoca el proceso de la Reconquista, una de las fases históricas españolas en las que se rompe verdaderamente, al menos en lo económico, con la situación anterior. En cambio, García de Valdeavellano (94) alude a la permanencia de un sistema de cultivo similar al existente en la época anterior cuando afirma que «la economía agraria de la España musulmana fue, en cuanto a la forma de explotación y el régimen jurídico de la misma, una continuación del sistema agrario visigodo...». Y con anterioridad, al hablar de los mozárabes, había expuesto la autonomía religiosa, jurídica y administrativa de que gozaron durante la dominación musulmana y los primeros siglos de la Reconquista. De esta forma, nos dice que «Alfonso VI concedió en el año 1101 un «fuero» especial a los mozárabes toledanos por el que los confirmó en la propiedad y disfrute de sus tierras o heredades y les otorgó que se rigiesen como tradicionalmente lo hacían, por el derecho visigodo del «Liber Iudiciorum».

Podemos afirmar, por consiguiente, que si bien la invasión de los árabes origina una ocupación de los montes y los bosques, cuya integridad había sido respetada por los visigodos, dado que algunas regiones fueron inaccesibles para aquéllos y que en amplias zonas sometidas se respetaron los derechos de los hispanos-godos, la indivisión continúa en algunas parcelas peninsulares en toda su puridad, lo cual vino a suponer que nunca la propiedad comunal desapareció por completo en nuestro país. Por otra parte, la división de tales terrenos, en los puntos en que

(93) NIETO, «Bienes Comunales», pág. 101.

(94) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 646, 643 y 644.

se verificó, fue de una duración efímera, toda vez que la obra reconquistadora hizo resurgir los aprovechamientos colectivos mediante las concesiones de terrenos, egidos, montes, bosques, etc., que los reyes hacen a los pueblos, principalmente con fines repobladores.

Interesa ahora analizar la división que de las tierras realiza el pueblo musulmán y el asentamiento de las distintas tribus (bereberes, árabes, almohades, almorávides, etc.) que a lo largo del vasto período de dominación islámica ocupan la Península. El «Corán», libro sagrado de los musulmanes, que define tanto los principios religiosos como jurídicos, prevé la distribución de las tierras conquistadas mediante la «guerra santa» en un quinto que se reservaba para el califa —parte ésta que se denominará «jums»—, junto con los campos abandonados que pasarán al fisco, y el resto quedará en poder de los guerreros musulmanes que se asentarán en ellos respetando y compartiendo una parte de dichos territorios en un sistema similar al de la «hospitalitas» con los hispano-godos, o bien mediante contratos de «aparcería» o «medianería».

Por tanto, podríamos realizar el siguiente esquema sobre la situación de las tierras durante la ocupación musulmana:

A) Tierras cultivadas:
   1. Conquistadas.
      1.1. Tierras en poder de antiguos propietarios que pagan un tributo (régimen visigodo).
      1.2. Tierras ocupadas por guerreros musulmanes y compartidas mediante contratos con los hispano-godos (aparcería, asociación y medianería).
      1.3. Tierras propiedad del califa (un quinto de las conquistadas). Si están cultivadas por cristianos, a éstos se les llama «quinteros».
   2. Tierras no conquistadas. Mantienen el sistema jurídico de la época visigoda.

B) Tierras no cultivadas:
   1. Conquistadas.—Pasan a ser propiedad del fisco.

2. No conquistadas.—Mantienen un régimen de aprovechamiento comunitario.

Podemos afirmar que la primitiva organización en que todo terreno, cualquiera que fuese su condición, se aprovechaba colectivamente, dejó paso a una nueva fase en la que surgió la propiedad privada. Mas en los terrenos que no se cultivaron siguió manteniéndose la forma comunitaria de orígenes ancestrales, e incluso en las mismas propiedades privadas no fue extraña aquella forma comunitaria, como lo pone de manifiesto el hecho de que sus productos secundarios eran aprovechados por la colectividad con tal de que tales propiedades no estuvieran cercadas.

## VI. LA ESPAÑA MEDIEVAL: LOS BIENES COMUNALES Y LOS APROVECHAMIENTOS EN COMUN

La crisis que se produce en la España visigoda con la penetración y conquista de gran parte del territorio peninsular por los musulmanes repercutirá muy directamente en la figura jurídica de los aprovechamientos de pastos y leñas. En efecto, con el fenómeno de la Reconquista y la repoblación subsiguiente de los territorios abandonados por los musulmanes se inicia un proceso de afirmación de los aprovechamientos comunitarios cuya vigencia perdurará hasta la actualidad, si bien, como tendremos ocasión de ver más adelante, muy aminorados en cuanto a su extensión por causas que también veremos.

Según se ha observado históricamente, el fenómeno repoblador va íntimamente unido a la formación de nuevas comunidades en las que los aprovechamientos comunes de grandes extensiones de terrenos, de prados y bosques, se compagina perfectamente con la propiedad individual de tierras de cultivo, formando todo ello la base económica de carácter agropecuario típica de la Alta Edad Media.

Ya en plena Reconquista, al conceder los reyes nuevos terrenos con el fin de repoblar pueblos ya constituidos o de poblar los por ellos creados, se da una importancia extraordinaria a los

aprovechamientos comunitarios; de ahí que el mayor contingente lo constituyan precisamente las tierras comunes, los montes y los egidos, cuyos productos eran disfrutados por los vecinos que integraban la población para, de ese modo, satisfacer las necesidades comunes.

Ahora bien, interesa realizar una detallada descripción de la evolución histórica de las figuras jurídicas que los aprovechamientos comunitarios experimentaron, puesto que ni fue el proceso de formación igual en toda la Península ni se llegó a ellos por las mismas prácticas.

La repoblación —ya iniciada por Fruela I en el siglo VIII y que afectó a Galicia y El Bierzo— se llevó a cabo en nuestro territorio por distintos procedimientos.

En la parte occidental de la Península hemos de distinguir, con García de Valdeavellano (95), cuatro fases distintas de repoblación que se distinguen entre sí y que resultan de la distinta personalidad de quien las promueve. Estas fases son las siguientes:

1.ª Repoblación monacal y privada.
2.ª Repoblación concejil.
3.ª Repoblación de las órdenes militares.
4.ª Repoblación concejil, de órdenes militares y nobiliaria.

En la primera fase —que corresponde al valle del Duero—, la repoblación se realiza generalmente mediante la ocupación de las tierras reconquistadas o simplemente abandonadas por los musulmanes. Esta ocupación se verifica por parte de grupos de colonos que se asentaban en las nuevas tierras con autorización del monarca, que, siguiendo la tradición germánica, consideraba dichas tierras propiedad del fisco. El asentamiento se realizaba mediante las figuras denominadas «pressuras» y «scalios» (96).

---

(95) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 239.

(96) El profesor GARCÍA DE VALDEAVELLANO distingue en su obra tantas veces citada —concretamente, en las páginas 240 y 241— de forma clara y precisa el «scalio» de la «pressura». Y así nos dirá que la repoblación privada se hizo por medio de la ocupación y la aprehensión de la tierra y del descuaje y roturación de los yermos («scalido», «scalio», «ruptura») y para proceder en una comarca a tal ocupación, los reyes concedieron a veces autorizaciones generales o especiales, aunque los colonizadores prescindían frecuentemente de esa autori-

Simultáneamente se forman con cierta frecuencia cenobios en zonas yermas y despobladas a cargo de algún monje o presbítero, lo que determina asimismo la denominación de monacal de esta forma de repoblación que, juntamente con la privada, tuvo su auge en el siglo X.

La repoblación concejil —referida igualmente a la parte occidental de la Península— tiene lugar en el siglo XI. La población se integra en concejos (de ahí su nombre) y a éstos se le atribuyen vastos territorios dentro de los cuales existen amplias zonas incultas.

Posteriormente, en el siglo XII, tiene lugar la repoblación a cargo de las órdenes militares surgidas para la defensa de los territorios conquistados, a quienes los reyes otorgaron extensos señoríos. Culmina en el siglo XIII la obra repobladora de la zona occidental de la Península a través de los concejos, las órdenes militares y los nobles, simultáneamente.

En el resto de la Península se dan asimismo los procedimientos repobladores señalados, si bien no con tanta puridad y pluralismo como los reseñados para la parte occidental.

Como consecuencia de la repoblación surgen pequeñas propiedades, fundamentalmente en el valle del Duero, al lado de grandes dominios. En realidad predominan estos últimos debido a que los monasterios, sedes episcopales o magnates, obtienen extensos señoríos. Incluso a partir del siglo XI las pequeñas propiedades con frecuencia se incorporan a «señoríos» siguiendo fundamentalmente un doble cauce: o bien se incorporan a los bienes del noble, del que recibirán protección, o bien se donan a monasterios o iglesias («donaciones pro anima»). El resultado

---

zación. La «pressura» era la ocupación de una tierra sin dueño, suponía la toma de posesión de la misma y a ello parece aludir la significación de la palabra, que equivale a la acción de apretar o aprehender. No puede precisarse si la «pressura» determinaba por sí misma el dominio sobre la tierra por el hecho de la ocupación como medio originario de adquirir la propiedad, o si ésta sólo se adquiría por el transcurso del tiempo o en virtud de algunas condiciones como el cultivo de los campos ocupados. Condición de la «pressura» era tomar la tierra de raíz («stirpiter») y sin poseedor anterior («nemine possidentem») y del hecho de la ocupación derivaba el descuaje y roturación de la tierra yerma, que consolidaba el derecho iniciado por la «pressura» y originaba probablemente la propiedad sobre el terreno roturado.

es, pues, la gran concentración del suelo rústico y, por tanto, el predominio del «señorío».

Cuando lo que surge es la pequeña propiedad privada, no por ello están ausentes los aprovechamientos comunitarios. Las pequeñas explotaciones campesinas no hubieran podido subsistir por sí solas si no se les unía el complemento indispensable de los derechos comunes sobre bosques y pastizales, para cuya utilización se recurre a la práctica de grupo; el aprovechamiento comunitario es innegable. De otro lado, el aprovechamiento comunitario también puede tener su origen en el seno de la misma propiedad individual, ya que los propietarios, una vez satisfechas sus necesidades, dejan el resto de los productos de sus fincas al libre aprovechamiento del grupo de vecinos que los campesinos integran.

Si, por el contrario, nos situamos en las grandes extensiones de propiedades integrantes de los «señoríos», aparecen las concesiones que los «señores» realizan mediante las denominadas «cartas pueblas» o «cartas de población» a grupos de campesinos que integran una comunidad vecinal. Los destinatarios de las citadas concesiones son, pues, comunidades vecinales integradas por el conjunto de vecinos residentes en ciertos lugares de propiedad originaria del «señor».

A esta estructura socio-económica se le denomina generalmente «régimen feudal», si bien cierto sector doctrinal prefiere la denominación de «régimen señorial». Todo depende, naturalmente, de la acepción, amplia o estricta, que demos al vocablo «feudal».

Generalmente, se admite por los autores que lo que verdaderamente tipifica el «feudalismo» es la existencia de unas instituciones feudo-vasalláticas propias de la Europa occidental surgidas a raíz del desmembramiento del Imperio carolingio ajenas a nuestro territorio, a excepción de Cataluña (97). Pero frente a esta concepción estricta del «feudalismo», otros autores lo caracterizan por las siguientes notas: economía de base agraria; existencia de grandes propiedades territoriales en manos de un

(97) Así lo destaca VALDEÓN en el Prólogo de la obra *El Feudalismo* de Ch. PARAIN y otros. Trad. española. Madrid, 1973, pág. 11, citando en este sentido a SÁNCHEZ ALBORNOZ.

grupo reducido de personas (los «señores»); una abundante masa de campesinos bajo una dependencia personal de los «señores» o adscritos a la tierra y de cuyo trabajo extrae la aristocracia rural amplios recursos bajo las más diversas formas (rentas, tasas, corveas...) (98).

Pues bien, conforme a la primera tesis, evidentemente, la denominación correcta a la estructura rural de nuestro país en esta época sería la de «régimen señorial»; conforme a la segunda, podríamos utilizar la locución «régimen feudal».

Dentro de este «régimen señorial» (o, si se prefiere, «feudal») también están presentes en gran medida los aprovechamientos comunitarios. Como precisa García de Valdeavellano (99) los montes, prados, bosques, aguas y salinas, eran del aprovechamiento general de todos los habitantes del señorío y su uso como «bienes comunales» era cedido a aquéllos por el señor, quien a su vez había recibido su derecho sobre los mismos del príncipe al que tales bienes correspondían como una «regalía» o derecho privativo de la Corona. Estos bienes de uso común quedaban siempre como indivisos y comunes, y todos los pobladores del señorío tenían en los mismos un derecho de aprovechamiento para obtener leña, pastos, caza, pesca, etc. No obstante, los habitantes del gran dominio debían satisfacer también al señor algunas gabelas, como el «montazgo» y «herbazgo», derivadas del aprovechamiento de los montes, bosques y prados del señorío, bienes éstos de dominio fiscal o real («regalías») o por concesión regia, de dominio señorial y exceptuados de apropiación y explotación privadas. El «montazgo» era la gabela que los habitantes de los poblados y cortijos del gran dominio satisfacían al señor anualmente, en dinero o en especie, por el aprovechamiento de los montes y bosques de sus respectivos términos con fines domésticos (leña para el hogar, madera para la casa, combustible para la cocción, etc.). Carácter análogo al «montazgo» tenía el «herbazgo» o gravamen que los habitantes del señorío debían satisfacer por el aprovechamiento y utilización de los prados para el pasto de su ganado.

Conviene, por tanto, advertir que el «feudalismo» vino a

(98) VALDEÓN, Prólogo cit., pág. 11.

(99) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., págs. 250 y 254.

significar no una consunción de los aprovechamientos colectivos, sino una transformación consistente en que, así como antes las comunidades tenían plena autoridad dentro de su propia jurisdicción, por obra del feudalismo tal autoridad decayó. Con anterioridad, las comunidades eran en sí grupos independientes, pero esta independencia sucumbió con la aparición de la persona del soberano. El feudalismo lo que hizo fue vivificar las comunidades rurales, ya que, si bien restringió su independencia, sin embargo, las alentó, puesto que puso todo su esfuerzo en pro de las mismas a diferencia de lo que había hecho el pueblo romano, que se había ocupado con más ardor de los intereses de la ciudad.

Por consiguiente, se puede observar que la relación socioeconómica entre los vecinos de la misma colectividad (aldea, villa, etc.) se inserta perfectamente en la estructura, mucho más amplia, de las relaciones feudales. Esta idea la reafirma Nieto (100) cuando dice que los dos elementos que caracterizan las relaciones económico-sociales de los primeros siglos de la Edad Media son el feudal y el comunal, con la advertencia de que ambos son perfectamente compatibles, puesto que la organización comunal se encaja con toda naturalidad dentro de la estructura feudal.

Junto con la estructura feudal, característica de la Edad Media, aparece otro factor que contribuirá notablemente al desarrollo de los aprovechamientos comunitarios. Este factor concurrente es el de la estructura agro-pecuaria de la economía medieval. Como ha puesto de relieve Camps y Arboix (101), la agricultura feudal usaba como método corriente de cultivo el de la rotación bienal: cereales de otoño, cereales de primavera y barbecho. La tercera parte de la tierra campa quedando en barbecho cada tres años. Este sistema de cultivo, denominado de «año y vez», en Castilla tuvo gran difusión, permitiendo que en los campos que quedaban en barbecho se ejerciese un derecho de aprovechamiento para pastos por parte de la comunidad. La armonía que entre la agricultura y la ganadería de esta forma se lograba facilitó enormemente la difusión de los aprovechamientos comunita-

(100) NIETO, «Bienes Comunales», pág. 102.
(101) CAMPS Y ARBOIX, ob. cit., págs. 52 y 53.

rios por toda la Península, que, lenta y paulatinamente, va siendo reconquistada.

De este modo, el asentamiento de los nuevos pobladores en las tierras abandonadas o reconquistadas a los musulmanes se realiza mediante unas concesiones señoriales a la comunidad vecinal, la cual, en esta época de la Alta Edad Media, permanecerá indiferenciada de la Asamblea vecinal («conventus», «concilium», «concejo»), de claro sabor germánico, que será la encargada de ordenar la vida económica de la comunidad y de regular el derecho y las formas de aprovechamiento de las tierras asignadas por el señor en beneficio de la comunidad.

Si estudiamos la mayor parte de los documentos medievales mediante los cuales se realizan las concesiones de las tierras por el rey o los señores feudales (condes, etc.) a las comunidades de colonos, podemos observar cómo en la casi totalidad de ellas la asignación territorial se destina a una colectividad de personas que no se hallan individualizadas, lo cual refuerza la tesis de que dichas concesiones se realizan a la comunidad como tal y no a sujetos particulares. Sobre los bienes asignados, los vecinos ejercerán dos tipos de facultades: bien las propiamente comunales, bien las facultades típicas de la propiedad individual como derivación de la anterior, al permitir la Asamblea de vecinos el cultivo y la roturación particular de algunos de los campos.

En el Fuero de Teruel (102), se dice: «In primis, los pobladores de Teruel que agora son et que despues vernan, do et otorgo estos dius scriptos terminos liberos et francos et quitos por todos tiempos, es assaber..... Que los avant dichos pobladores de Teruel dichos terminos ayan con todas sus entradas et sus pertenencias yermas et pobladas, planos et montannas et yerbas et fustes et aguas et rios et fuentes et algepzares et pedreras, con todas sus entradas et sus exidas ayan por todos tiempos francos, libreros e quitos en sus propias heredades, ont d'aquí adelant fagan a sus propias voluntades, ellos et sus fijos et todos los ommes de lur generation por todos los tiempos sin fin».

---

(102) El texto de este Fuero, así como el de Arguedas, Cáceres y Salamanca que a continuación se transcriben están recogidos en la obra de Nieto, páginas 116 y siguientes.

Por lo que respecta al Fuero de Teruel, *vid.* Ed. Gorosch, 1950.

Como puede observarse, se destaca claramente que los destinatarios de estas tierras y bienes que se conceden en propiedad serán todos los vecinos que habitan o habitarán en épocas posteriores en Teruel. Asimismo, se resalta la propiedad de la comunidad sobre las tierras y bienes que se conceden mediante la fórmula, usual en la Edad Media, de declararlos libres de toda carga respecto al señor. En efecto, si la prueba evidente de la dependencia señorial la constituía la existencia de unas cargas o retribuciones que los vasallos venían obligados a pagar en moneda o en especie a su señor como señal de dependencia de éste, la concesión de la franquicia y libertad de dichas cargas suponía la liberación del régimen de propiedad feudal de las tierras concedidas.

Otro documento significativo respecto al régimen de aprovechamiento y concesión comunal de las tierras lo constituye el Fuero de Arguedas (103), en cuyo texto se dice: «Et do a vos en toda la Bardena de Arguedas, en cuanto yo recibo hyerbadgo, la caza e madera que tayllades a vuestros huebos. Et leynna e carbon, et yerbas a vuestros ganados. Et que podades escaliar en la dicha Bardena ho a vos ploguiere en los hyermos... Et do a vos la meatat del soto que pazcan vuestros ganados, et fagades hyerba et taylledes leynna seca, et tamariz».

En este texto se puede apreciar claramente cómo la concesión de aprovechamientos comunes se refiere a los elementos que normalmente componen las propiedades comunales, como son los bosques, pastizales y campos sin cultivar, permitiendo en este último caso el derecho al escalio o roturación de los campos para beneficio comunitario. El mismo texto más adelante establece una sanción que deberá aplicarse a los que, no perteneciendo a la comunidad de Arguedas y lesionado el derecho de propiedad y aprovechamiento que se concede a los habitantes de dicha colectividad, sean sorprendidos en plena usurpación de las facultades concedidas. «Et si por aventura prisiertes algun estraino, qui non sea poblador de Arguedas en la dita Bardena escaliando o tayllando madera, o faciendo leynna o carbon o cazando, mando que pecte a vos cada uno 50 sueldos».

---

(103) MUÑOZ Y ROMERO, pág. 334, citado por NIETO en *Bienes Comunales*, pág. 117.

Idénticamente, el Fuero de Cáceres (104), otorgado por Alfonso VI en 1229, especifica el derecho de la comunidad, y en su nombre del Concejo, a efectuar las sanciones por lesión a los aprovechamientos comunes. El texto dice así: «Et acotamos istos terminos quae nulla cabanna de ganado, que entrare in istos terminos sine mandato de concilio, que vecino non fuere, tomenle de la cabanna de las vacas II vacas, et de la cabanna de las ovejas prendan X carneros, et de las porcos V, y esto prendan por montazgo cada ocho dias, fasta que hiscan de termino la meitad al concejo y la otra mitad a los montaraces. Todo ome que non fuese nuestro vecino, y casa hiziese en nuestro termino, a quien lo fallase, prenda de su haber V maravedises. Todo poseador que non fuese nuestro vecino, y en nuestro termino poscase, si ad otra parte lo levare, qui se lo fallase, tomeselo sin calomnia e peche V mar. Todo ome qui fallase vezino extraño en nuestro termino, tomando azores o falcones o gavilanes, prendalo... Todo ome que entrare exido de Concejo, o defesa, o cerrare carreras de Concejo tam de villa quam de aldeas, peche X maravedises... e dexen la heredat a Concexo.»

Por último, hay que consignar que los aprovechamientos comunes se regulan por la comunidad para beneficio de todos y cada uno de los vecinos de la misma. Por ello, no resulta extraño que en algunos de estos fueros se especifique el límite al ejercicio del derecho de pastos. Así en el Fuero de Salamanca (105) se recogen las siguientes normas: «La deffesa del conceyo sempre sea deffesa en vierno o en verano, e otro ganado non entre hy, si non aquel que venier maner a la vila. E si alguno quesier tener en la vila cabras o oveyas, non tenga hy mas de XX e III vacas de leche con sus fiyos; e si mas toviere, non les meta en la deffesa. 75. Cavalos, mulos, mulas, asnos, asnas e III vacas de leche e los bues de las iglesias de las obras, anden por u quissieren por toda la deffesa. 76. Si algun ganado aduxieren del extremo o daldea, e entrar ena deffesa a bever agua, iure aquel que trae el ganado que non entro si non a bever agua, e non peche nada. 80. E non coyan castanal asta la festa de san Miguel. E qui los coya peche IX sueldos. 82. En todo el estremo non

(104) *Apud. Fueros y privilegios de la villa de Cáceres* (siglo XVIII).
(105) Ed. Castro y Onís, 1916.

haya nengun labor, sinon colmenar con su casa e su torre. 187. Todo pastor que antes del plazo entrar en el extremo, si vaca o carnero le tomaren, doble lo a su senor ante que del falga».

Como podemos apreciar por todos los textos documentales citados, en la Edad Media las comunidades vecinales aparecen con el ejercicio de un derecho de propiedad colectiva sobre los bienes destinados a satisfacer las necesidades sociales más básicas, junto con un derecho de aprovechar colectivamente las propiedades tanto comunales como ciertos productos, como veremos de las propiedades individuales. Por tanto, la figura jurídica de los aprovechamientos comunitarios —y esto queremos destacarlo muy especialmente— abarcará facultades más amplias que las ejercidas propiamente sobre los denominados «bienes comunales».

Como afirma García de Valdeavellano (106), el cultivo se subordina a las necesidades de la cría y alimentación del ganado y para ello no sólo se reservaban más allá de los campos sembrados grandes extensiones de montes y baldíos de uso comunal, sino que las tierras de labor, una vez alzadas las cosechas, quedaban como campos donde los rebaños de todos los vecinos podían pastar libremente los rastrojos y las hierbas silvestres durante los períodos que mediaban entre la recolección y las nuevas siembras. Este sistema de libre pastizal, llamado en España «derrota de mieses», suponía que la tierra, vacía de frutos, se considerase de uso colectivo y que solamente con las siembras se la reintegraba a la propiedad o posesión privadas.

Una vez expuesto sucintamente el sistema de los aprovechamientos comunitarios, que de un lado perviven y de otro reaparecen durante la Edad Media, interesa poner de relieve que la evolución experimentada por los bienes comunales fue siempre una resultante de los distintos regímenes políticos y, por ende, administrativos, que se sucedieron a lo largo de la historia de nuestro país.

Hay que suponer que si inicialmente, en la Alta Edad Media, los bienes comunales son propiedad de la comunidad de vecinos (concilium, «concejo») y con posterioridad los bienes quedan

---

(106) GARCÍA DE VALDEAVELLANO, ob. cit., pág. 261.

divididos en «propios» y «comunes», se debió producir una profunda crisis histórica que impuso la aparición de nuevas figuras jurídicas, cuya repercusión posterior resultará ser de gran importancia y que, sin duda, contribuyeron, en gran medida, a enturbiar la naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunales que tan controvertidas polémicas suscita en la actualidad.

Si el Municipio primitivo de la España medieval viene a ser una continuación del Municipio de la etapa visigoda, en donde se mantendrán muchas de las figuras jurídicas existentes en éste, no cabe duda que la asignación de bienes inmuebles o la ocupación y cultivo de nuevas tierras por grupos de colonos repobladores que constituyen las citadas comunidades municipales supondrá una continuación histórico-jurídica del concepto de Municipio como «communitas civium» que, partiendo de la etapa visigoda, se transmitirá y modificará a lo largo de la Edad Media.

Agudamente Díaz Canseco (107), adhiriéndose a la tesis mantenida por Von Bellow, entiende que donde hay que buscar el origen del Concejo de la ciudad es en el Concejo rural, y que éste nace naturalmente como exigencia de la organización de la vida económica, que no entra en la Edad Media dentro de la competencia del Estado y, por tanto, goza de una gran autonomía y, especialmente, de la existencia en los distintos distritos rurales de una parte del término (montes, praderas, dehesas) sin apropiación privada y cuya posesión y aprovechamiento es de la comunidad.

El Concejo se configura paulatinamente como un ente jurídico diferente de la comunidad vecinal al compás de la evolución que el concepto de Municipio sufre, pasando de ser una comunidad de vecinos con una organización socio-económica propia a convertirse en una figura de derecho público durante finales de la Baja Edad Media. Por tanto, los bienes se destinan y conceden a la que se denominó como «universitas» o «común de vecinos», por cuanto la ciudad todavía carece de personalidad jurídica relevante. Ello, evidentemente, favorecerá el desarrollo de un sistema de propiedad y aprovechamiento que beneficie a la

---

(107) DÍAZ CANSECO, «Sobre los Fueros del Valle de Fenar, Castrocalbón y Pajares (Notas para el estudio del Fuero de León)», *Anuario de História del Derecho Español*. tomo I, 1924, pág. 342.

colectividad en pleno y no a sujetos individuales y determinados. En definitiva, se favorecerán enormemente dos figuras jurídicas muy importantes para nuestro estudio, cuales son, en primer lugar, las propiedades comunales, y en segundo lugar, los aprovechamientos comunes en las propiedades tanto colectivas como privadas.

Entre las diversas causas que fundamentan la aparición de las propiedades comunales podemos, siguiendo a Font Ríus (108), enunciar las siguientes:

a) Factores políticos: La reconquista y repoblación de territorios.

b) Factores legales: Las concesiones de cartas pueblas y de franquicias.

c) Factores económicos: Liberación de cargas y prestaciones públicas; prosperidad económica.

d) Factores sociales: Formación de una nueva clase ciudadana.

e) Factores jurídico-públicos: La utilización de las unidades territoriales locales como demarcaciones jurídicas, demarcaciones eclesiásticas y demarcaciones administrativas o señoriales.

f) Factores que contribuyen a la formación de la personalidad del grupo vecinal: La solidaridad de derechos e intereses vecinales (concretamente, la posesión o aprovechamiento comunal de tierras, pastos, bosques y aguas, la ejecución o explotación vecinal de ciertas funciones o servicios), las relaciones profesionales o económicas, el vínculo religioso y el vínculo de la común dependencia señorial.

A estos factores se podrían, además, agregar la base agropecuaria de la economía alto-medieval que favorecerá el aprovechamiento de las tierras tanto para el cultivo como para los pastos. La estructura feudal de la sociedad, que al perpetuar vínculos sociales y jurídicos a un monarca o señor, crea intereses comunes entre los vasallos. Por último, la crisis del sistema de aprovechamientos comunes vendrá impuesta por el reforzamiento de

(108) FONT RIUS, *Orígenes del régimen municipal de Cataluña*. pág. 50-65 y 101-215.

las monarquías, que favorecerá la aparición de un nuevo concepto del Estado como un ente jurídico omnipresente en la vida social, política y económica (109) junto con el reforzamiento de la clase urbana en detrimento de las clases campesinas y terratenientes.

La conclusión que se deriva de todo lo anteriormente expuesto es que, si bien los aprovechamientos y propiedades comunales reaparecen en la Edad Media con tanto o mayor vigor que en etapas históricas pretéritas, sin embargo, las condiciones reales han quedado definitivamente modificadas con la invasión musulmana y la aparición del feudalismo. Por ello, aunque se mantiene la figura jurídica, su naturaleza sufrirá una paulatina transformación durante toda la época medieval, hasta llegar a sufrir una profunda alteración en la Baja Edad Media, con la mutación del Estado medieval por un Estado moderno, así como por la aparición de una nueva economía ciudadana que mutará la figura jurídica del «Municipio» y del «Concejo» pasando a constituirse como entes independientes con personalidad jurídica propia.

## VII. LA DESAMORTIZACION Y SUS EFECTOS EN LOS APROVECHAMIENTOS EN COMUN

Si hasta el momento hemos analizado la evolución de los aprovechamientos comunitarios a lo largo de su historia, conviene estudiar, para culminar su proceso histórico, la desamortización y las consecuencias que supuso para la pervivencia de esta institución jurídica en el Derecho Español actual.

La propiedad de la tierra durante la Edad Media y la Edad Moderna sufre un proceso de vinculación paulatina a las denominadas «manos muertas», fundamentalmente a los municipios y a la Iglesia. Esta vinculación sufre el golpe de gracia con las leyes desamortizadoras que desde finales del siglo XVIII y durante todo el siglo XIX van apareciendo sucesivamente.

Primero por razones de saneamiento de la endeudada Hacien-

(109) MARAVALL, *Estado Moderno y mentalidad social.* Madrid, 1972, I, págs. 345 y sigs.; II, págs. 3 y sigs.

da Real, y luego por razones políticas o ideológicas, se entra en una lucha tenaz por lograr que los terrenos poseídos comunalmente por los municipios pasen a ser objeto de una apropiación individual por parte de los habitantes y vecinos de dichos municipios. La «desamortización» se convierte de esta manera en el caballo de batalla de la Reforma Agraria que ya autores del siglo XVIII (110) habían propugnado como único sistema capaz de levantar la decaída economía española.

La reforma sistemática de la agricultura española, que ya venían resaltando los autores del Siglo Ilustrado a través de sus escritos y de las «Sociedades de Amigos del País», tenía una doble finalidad: de una parte, se trata de recuperar nuestra economía; y de otra, existe una razón social no menos poderosa. Se trata de conceder una propiedad a las clases inferiores del sistema social agrario (jornaleros, aparceros, medianeros, etc.) con el fin de lograr sofocar, en la medida de lo posible, las tensiones sociales que se estaban produciendo y que ya en Francia habían provocado una revolución socio-política.

La difusión de las ideas liberales y los intentos de reformas constitucionales que se gestaron en el siglo pasado propiciaron los aires reformistas en materia agraria, siendo los bienes propiedad de «manos muertas» los que se vieron directamente afectados por las medidas adoptadas.

Si pretendemos realizar un breve estudio en la evolución sufrida por los bienes comunales durante las distintas etapas desamortizadoras, conviene previamente realizar una delimitación clara y precisa de las características que había adquirido la propiedad comunal hasta ese momento, así como una serie de precisiones sobre los conceptos básicos utilizados en la legislación que sobre este tema se preparó en esa época.

Todo estudio sobre la obra «desamortizadora» ha de partir del concepto de «desamortización», distinguiéndolo de otro concepto próximo, cual es el de la «desvinculación».

Según el Diccionario de la Administración Española de Mar-

---

(110) JOVELLANOS, *Informe de la Sociedad Económica de Madrid al Real y Supremo Consejo de Castilla en el Expediente de Ley Agraria. extendido por el autor en nombre de la Junta encargada de su formación.* Biblioteca de Autores Españoles. Tomo L. Obras de D. Gaspar Melchor de Jovellanos II. Madrid, 1952.

tínez Alcubilla: «Distínguese entre «desvinculación» y «desamortización». Por la primera, los bienes se hacen libres en sus mismos poseedores, como sucedía con los mayorazgos; por la segunda, sus poseedores los pierden, pasan al Estado, bajo cuyo dominio son bienes nacionales. El Estado los vende a los particulares, y al adquirirlos los compradores se hacen bienes libres» (111).

Ahora bien, si comparamos esta definición con la que formula Palomar Baró, comprobaremos una ligera diferencia entre ambos, ya que este autor define la desamortización como «la transformación de la propiedad inmueble, por virtud de la cual sale la misma del poder de los poseedores, en cuyas manos se había estancado o perpetuado el dominio por hallarse privados de la facultad de enajenar, para convertirse en libres o de libre disposición; es, pues, esencialmente, un movimiento emancipador de la propiedad» (112).

Los bienes comunales —que son los que más nos interesan a los efectos de nuestro estudio— fueron formados históricamente como resultado de la sucesiva agregación de tierras efectivamente ocupadas por la colectividad junto con otras conquistadas o cedidas por los monarcas a los municipios, llegando a formar un patrimonio que jurídicamente se halla «vinculado» a la comunidad de vecinos y administrados por la organización política de dicha comunidad.

Ya a partir de la Edad Media, junto a los bienes de propiedad común y de aprovechamiento comunitario, aparecen otros bienes y tierras vinculados jurídicamente a los ayuntamientos para su uso y de los que el propio Ayuntamiento posee no sólo la administración, sino incluso la propiedad. Surge de esta forma la distinción entre «bienes comunales» y bienes «de propios».

Al llegar a la Epoca Contemporánea, la distinción entre ambos tipos de bienes, aunque jurídicamente sigue existiendo, en la práctica, en muchas ocasiones, los límites quedan difuminados y borrosos. La separación entre «bienes comunales» y bienes «de

---

(111) MARTÍN, T., *La desamortización: Textos Político-Jurídicos*, Madrid, 1973, pág. 14.

(112) *Vid.* PALOMAR BARO en voz «desamortización», ampliamente desarrollada en *Enciclopedia Jurídica*. Seix, Barcelona, 1955, págs. 181 y sigs.

propios» tiene efecto casi exclusivamente desde el punto de vista fiscal, lo cual supuso que gran parte de los «bienes comunales» fueran objeto de desamortización, perdiendo con ello la colectividad municipal la propiedad y el aprovechamiento común que sobre los mismos ejercía.

Desde la época de los primeros monarcas de la Casa de Austria se había atacado a los bienes propiedad de los municipios, órdenes militares, religiosos, etc. Si bien estos ataques se habían producido de forma esporádica con ocasión de desequilibrios transitorios de la Hacienda Real, es a partir de la época borbónica cuando los ataques contra aquellos bienes comienzan a realizarse de una forma sistemática como único recurso capaz de allegar fondos a la Administración estatal.

Ya Carlos III, fiel a las ideas ilustradas, trata de realizar una serie de reformas que logren fomentar el desarrollo de la agricultura y la economía del país. De esta forma, el 19 de agosto de 1760, mediante dos reales cédulas, implanta las atribuciones del Consejo de Castilla para conocer todas las cuestiones referentes a la administración y gobierno de los propios y arbitrios de los municipios (113). Junto a estas dos disposiciones interesa destacar la Real Provisión de 2 de mayo de 1766 sobre el repartimiento de los bienes baldíos y concejiles en la región de Extremadura, siendo esta medida ampliada a otras regiones, entre ellas Andalucía y La Mancha, por las reales provisiones de 12 de junio y 29 de noviembre de 1767 y 18 de marzo de 1768 (114).

Observamos que, si bien Carlos III no logra implantar una sistemática legislativa para ordenar la distribución de los bienes comunales, sí logra implantar unas bases jurídicas que, convenientemente desarrolladas, darán origen a la desamortización decimonónica.

Los primeros ataques contra la amortización civil se deben indudablemente a Carlos III, siendo su hijo y sucesor el que dirige sus acciones contra los bienes propiedad del clero. Fomenta la amortización de la Deuda Pública, que había crecido de forma notable con las luchas contra Francia, desvalorizándose de manera sensible, lo que le obligó a realizar una serie de medidas

(113) *Vid. Novísima Recopilación.* Leyes 12 y 13, tit. 16, Lib. 7.
(114) *Vid. Novísima Recopilación.* Nota 11, Ley 17, Tit. 25 Lib. 7.

para lograr recuperar en parte el valor de esta deuda mediante el recurso de los bienes del clero. Sin embargo, hay que destacar una importante Real Cédula de 1793 que ordenaba el reparto de tierras incultas (baldíos) y dehesas de pastos y labor en Extremadura, combinada con la renta de casas de propios y arbitrios, previa tasación, en pública subasta en 1798 (115).

Si establecemos que, de una forma sistemática, es a partir de finales del siglo XVIII cuando la desamortización civil cobra un cierto auge, debemos pensar en las razones ideológicas que influyeron en este cambio de postura ante los bienes amortizados y, al propio tiempo, exponer las doctrinas o teorías que se alegaban para defender el proceso desamortizador. Respecto a las ideas que influyeron en los monarcas borbónicos y en los principales miembros de la Administración central, hay que destacar la doble vertiente: político-social y económica.

Respecto a la primera, cabe indicar la ruptura que la Revolución francesa supuso respecto al sistema de «Ancien Regime». En efecto, la transposición de la filosofía revolucionaria a nuestro país se plasma en la aparición de una mentalidad favorecedora del cambio social y político hacia un sistema más igualitario, que, destacando los derechos individuales y políticos, considera a las Cortes como órgano representativo de la voluntad popular y, en consecuencia, único capaz de disponer de los bienes de la nación. Conviene destacar, asimismo, que la influencia de la Revolución francesa sirvió también para ir perfilando entre los grupos dominantes y entre los altos funcionarios públicos una capa de reformistas que pretendían cambiar todo lo necesario para que determinadas cuestiones no se transformasen —mantenimiento de los derechos de propiedad sobre señoríos jurisdiccionales y solariegos— y para paralizar una revolución social. Se trataba de no impedir las transformaciones liberales, pero siempre que éstas no contravinieren los intereses fundamentales de los señores y de los grandes propietarios de tierras. En definitiva, se intentaba que la Revolución liberal, que necesariamente debía producirse, se realizase de la forma más favorable para las antiguas clases dominantes, fundamentalmente la burguesía terrateniente, des-

(115) *Vid. Novísima Recopilación*. Leyes: 19 Tit. 25 Lib. 7 y 28 Tit. 15 Lib. 10.

pués de la abolición del régimen señorial y de la promulgación de las leyes desvinculadoras.

Entre los filósofos económicos que surgen durante esta época se discuten la primacía dos escuelas principales. La primera de ellas es la escuela fisiocrática, que, partiendo de la consideración de la agricultura como una de las principales fuentes de riqueza de la economía, defendía la necesidad de realizar una reestructuración o reforma de la misma como medio de lograr la recuperación económica del país. La otra escuela económica era la librecambista, con principios eminentemente individualistas y liberales, y de ahí que, según sus propios postulados, la reforma debía realizarse por los individuos, quedando el papel del Estado relegado a ser un simple moderador del sistema económico.

En este sentido creemos certero el juicio de Teodoro Martín (116) cuando afirma que un estudio de la filosofía político-social que actuó sobre la realidad ambigua del agro español en la época de la desamortización liberal exige en el actual nivel de los estudios de nuestra historia económica un presupuesto comúnmente aceptado. Esta hipótesis o presupuesto es la existencia de dos tendencias dentro de los economistas y políticos españoles de los siglos XVIII y XIX acerca de qué sistema o método emplear en deshacer la amortización de las tierras. Continúa diciendo que, tal y como han escrito Viñas y Vicens, las dos tendencias se desarrollan dialécticamente, originando un enfrentamiento entre una tesis defendida «por los que eran partidarios del aprovechamiento colectivo del suelo, basado en el establecimiento de cuotas familiares y trabajo corporativo», y la otra, que «llevando al frente a Jovellanos, era partidaria de una solución radicalmente individualista» (117).

Tras la exposición de la situación general durante el siglo XVIII de las principales doctrinas políticas y económicas en favor de la desamortización, así como de las disposiciones jurídicas más importantes que se adoptaron, es necesario pasar a considerar, aunque de forma breve, las principales medidas desamortizadoras que se adoptan respecto a los bienes civiles propie-

(116) MARTÍN, T., ob. cit., pág. 21.

(117) Entre los defensores del liberalismo económico de los primeros años del siglo XIX destaca, sobre todos, FLÓREZ ESTRADA.

dad de las «manos muertas» (ayuntamientos, concejos, diputaciones, etc.). Hay que señalar previamente que la labor desamortizadora que se producirá a lo largo de todo el siglo XIX y principios del XX sufre constantes interrupciones y retrocesos, lo que concede una impronta propia al proceso que no resulta ser continuo y progresivo sino, por el contrario, muy desigual, tanto geográfica como temporalmente.

Ya en las Cortes Constituyentes reunidas en Cádiz, la situación de bancarrota de la Hacienda, debido a los crecientes gastos de la lucha por la Independencia, junto con la Deuda Pública que la Administración borbónica venía arrastrando desde el siglo anterior, suscitan la problemática de hacer frente a dichos gastos mediante un sistema que, concediendo solidez y garantía a la Hacienda, tuviese el valor suficiente para salvar, total o parcialmente, la deuda existente hasta el momento.

El sistema más adecuado que se arbitra para lograr hacer frente a estos problemas es el de la «desamortización» de los bienes, tanto eclesiásticos como civiles, si no se quería proclamar la quiebra de la Hacienda, solución, esta última, que parece la menos favorable si se piensa mantener la garantía de saneamiento de la economía española de esta época. El planteamiento queda perfectamente expresado en palabras de Nieto (118), al decir que en esta situación los bienes comunales actúan de panacea milagrosa: mediante su venta se allegan fondos para mantener el ejército, y mediante su reparto se premia —sin ningún sacrificio para el Tesoro— a los militares retirados, y por lo que se refiere a los vecinos, se intenta vincularles a las nuevas ideas gracias a la complicidad que supone el regalo de unas propiedades, que un cambio de régimen puede quizá revocar.

De esta forma se adopta y expone una «Memoria» realizada por Canga Argüelles y presentada el 6 de marzo de 1811 que dará origen, posteriormente, al Decreto de 13 de septiembre de 1813. En dicha «Memoria» se indicaba como solución la venta en pública subasta a billetes de todas las fincas rústicas y urbanas de las cuatro órdenes militares, los baldíos no necesarios a los pueblos para la manutención de sus ganados y las fincas corres-

(118) NIETO, *Bienes Comunales*. pág. 848.

pondientes a conventos destruidos por la guerra (119). Sin embargo, la norma más importante adoptada por las Cortes gaditanas en ese mismo año de 1811, con fecha 6 de agosto, fue una Ley destinada a incorporar a la Nación los señoríos jurisdiccionales existentes y con ellos las rentas derivadas de los mismos.

Siguiendo la trayectoria iniciada por las citadas normas, el 4 de enero de 1813 se dicta una disposición que ya en su artículo primero ataca directamente los terrenos «de propios» al disponer que «todos los terrenos baldíos o realengos y de propios y arbitrios... se reducirán a propiedad particular», sin más limitaciones para sus adquirentes que las que se deriven de la prohibición de la nueva «amortización» de dichas tierras. Por último, el Decreto de 13 de septiembre de 1813, dictado por las Cortes, según el cual se enajenaban los bienes del Estado y se hipotecaban los bienes de algunas órdenes religiosas, como los jesuitas, y los pertenecientes a conventos o monasterios arruinados, con el fin de hacer frente al pago de la Deuda Nacional. A partir de esta última norma se cierra la primera etapa desamortizadora del siglo XIX que se había iniciado con las Cortes de Cádiz. La vuelta de Fernando VII supone la ruptura de la trayectoria desamortizadora y el intento de retrotraer la situación de los bienes eclesiásticos y civiles a la etapa anterior. De esta forma, Fernando VII ordena la devolución de todos los bienes vendidos, incluyendo los bienes eclesiásticos y de las órdenes religiosas, a partir del 21 de mayo de 1814.

La segunda etapa se corresponde con el llamado «Trienio Liberal» (1820-23). En esta fase las normas jurídicas desamortizadoras vienen a tratar de restaurar la situación existente a partir de la normativa establecida por las Cortes de Cádiz. Un decreto de 9 de agosto de 1820 ordena la venta de los bienes designados en el Decreto citado de 13 de septiembre de 1813; una Orden de las Cortes con fecha de 8 de noviembre de 1820 establece la iniciación de un expediente por todos y cada uno de los pueblos de la monarquía con el fin de reunir en dicho expediente los terrenos de propios y baldíos con vistas a la adjudicación y subasta de los mismos a través de unidades o «suertes» particu-

(119) TOMÁS VALIENTE, *El marco político de la desamortización en España*, Madrid, 1971, pág. 51.

lares; y, finalmente, el Decreto de 29 de junio de 1822 refundía la normativa existente sobre la venta de propios y baldíos.

La característica de la desamortización realizada en este período fue su generalización a todo el país. De esta forma, aunque la época que analizamos no posee una destacada relevancia en cuanto a la aparición de nueva normativa —por cuanto lo único que hizo fue ratificar las normas legales surgidas de las Constituyentes de Cádiz— sin embargo, en este rasgo radica su particular importancia. Supuso un arraigo de la labor desamortizadora ya iniciada, y sobre todo hizo que, a diferencia de lo ocurrido en la etapa anterior, la desamortización se extendiera a todo el país mediante la Orden de 1820. No obstante, hay que reconocer que la política agraria de esta época fue una política débil, y en último extremo, «la política agraria del Trienio», al incurrir en los mismos errores cometidos por los legisladores de Cádiz, agudizó las tensiones sociales en el campo y provocó la adhesión de grandes sectores del campesinado a los partidos absolutistas. Las libertades concedidas por los hombres de 1820 favorecieron a los ganaderos de la Mesta y provocaron la expulsión de muchos campesinos de las tierras que cultivaban. Por ello pudo afirmarse años más tarde, al criticar la política agraria del Trienio, que así como la Revolución de Francia había aumentado en millones el número de titulares dominicales, «la española de 1820 sólo creó unos cuatro mil nuevos propietarios» (120).

Las cabañas trashumantes estaban en plena crisis cuando tiene lugar el levantamiento de Riego. A ello contribuyeron básicamente los siguientes hechos: las matanzas de ganado durante la Guerra de la Independencia, las roturaciones ilegales que los campesinos habían realizado durante el conflicto bélico en tierras anteriormente dedicadas a pastizales, las destrucciones de cañadas y, finalmente, el espectacular descenso en la cotización internacional de las lanas castellanas. Además, los liberales eran acérrimos enemigos de los mesteños, en tanto que éstos y los clérigos constituían los grupos que más ardorosamente defendían a los absolutistas, es decir, eran los más interesados en defender las antiguas estructuras.

---

(120) *Vid. Ensayos sobre la Economía Española a mediados del siglo XIX.* 1970, pág. 243.

Durante el «Trienio» la política agraria de los liberales intentó acabar con los privilegios mesteños, lo que en cierta medida consiguieron. Los mesteños no podían pujar en las subastas de tierra, ya que sus ingresos disminuían y sus costes no se reducían. No sólo no consiguen adquirir nuevos pastos, sino que pierden buena parte de los que disfrutaban. Y si los mesteños casi nunca estuvieron en condiciones de competir libremente por la adquisición de las tierras, ahora menos que nunca: Hacía bastante tiempo, quizá desde comienzos del siglo XVIII, que las explotaciones de ganado trashumante subsistían gracias a los privilegios que mantenían —posesión de los pastos y derecho de tasa—. La Mesta era un organismo moribundo a comienzos de la tercera década del siglo XIX.

Los decretos desamortizadores del «Trienio liberal» exasperaron a gran parte del campesinado porque significaban la frustración de su principal anhelo: acceder a la propiedad de las tierras que cultivaban. Esta es, sin lugar a dudas, la razón del rechazo de los cultivadores directos hacia el programa de los liberales del Trienio.

Con la vuelta de Fernando VII en 1823 se trata de anular nuevamente los efectos de la obra realizada en los tres años que duró el régimen liberal, para lo cual dicho monarca, mediante Real Decreto de 1 de octubre de ese mismo año, dejó sin efecto las normas anteriores, aunque se permitió la percepción de frutos pendientes. Mucho más drástica fue la Real Cédula de 16 de enero de 1826 que declaró nulas y sin derecho alguno a indemnización las redenciones de censos efectuadas.

La muerte de Fernando VII abre nuevamente la vía a un cambio político de carácter constitucional y con él se inicia, de una forma ya irreversible, el proceso desamortizador, que a partir de este preciso instante y hasta los comienzos del siglo XX llevará a cabo de forma sistemática la desamortización de los bienes que se mantenían en propiedad de las «manos muertas».

Este período se caracteriza por la desamortización de los bienes propiedad de la Iglesia y de las órdenes religiosas mediante las denominadas «Leyes de Mendizábal». Pero estas leyes desamortizadoras, pese a su extraordinario alcance y extraordinaria importancia, no nos interesan mayormente a los efectos de nuestro estudio; en cambio sí que nos interesa destacar dos

normas fundamentales: La Real Orden de agosto de 1834 por la que se suprimió la prohibición de venta de los bienes raíces que poseían los ayuntamientos, y otra Real Orden de 3 de noviembre de 1835, complementaria de la anterior, que venía a regular la inversión que podían realizar los ayuntamientos con los beneficios obtenidos de la enajenación de sus bienes raíces. Dichas inversiones debían realizarse en el siguiente orden: 1. Redimir censos y pagar las deudas que devengasen intereses. 2. Extinguir créditos y obligaciones de justicia, aunque no devengasen créditos; 3. Acabar obras de utilidad pública; 4. Adquirir billetes al portador de la Deuda con interés (121).

Conviene detenerse en explicar el orden de prelación de inversiones que establecía rigurosamente esta disposición legal, por cuanto resulta un elemento muy importante de comprensión del cambio de mentalidad que se produce respecto a la finalidad de los beneficios obtenidos por la venta de los bienes propiedad de los ayuntamientos.

Si anteriormente se había pretendido con la enajenación de los bienes propiedad del Estado, clero, etc., solucionar el problema de los intereses devengados por la enorme Deuda Pública acumulada con motivo de las guerras y tratar de sanear la Hacienda Real, ahora este objetivo queda supeditado a otros de urgencia y repercusión más directa sobre los municipios. Los censos y rentas de interés, junto con las obligaciones y créditos que tuvieren pendientes, resultan antepuestos a la Deuda Nacional, lo cual, en parte, se debió también a la disminución de la presión de la Deuda sobre la Hacienda, lo que daba un margen de independencia a los ayuntamientos. La situación de la Hacienda fue muy crítica entre 1830 y 1840: el pago de intereses y la amortización de la Deuda Interior no se realizaba desde hacía muchos años; pero lo que es más grave: hubo momentos en que no se pudo hacer frente a la amortización y pago de intereses de la Deuda Exterior, con lo cual los mercados extranjeros estuvieron cerrados para los títulos españoles y se estuvo en varias ocasiones al borde de la bancarrota (122). Consiguientemente, la

(121) NIETO, *Bienes Comunales*. pág. 864.

(122) La situación de la Hacienda en el período 1823-1845 está magistralmente estudiada por Josep FONTANA en dos libros publicados por el Instituto de

Real Orden de 3 de noviembre de 1835 estuvo motivada por esta circunstancia, debiéndose, además, tener en cuenta que el apoyo de los ayuntamientos era clave para los débiles gobiernos de la época. Junto a esto hay que destacar que en esta etapa los bienes eclesiásticos, no tanto los civiles, serán el blanco principal de la legislación desamortizadora.

El hito histórico-jurídico del proceso desamortizador, lo que equivale a decir del proceso desintegrador de los bienes comunales, lo constituye la Ley de 1855, conocida por Ley Madoz, ministro que le dio vida.

Teodoro Martín (123), a propósito de la Ley Madoz, expresa que «esta norma de 1 de mayo de 1855 establecía en su artículo primero la declaración en estado de venta de las propiedades de propios y comunes y de baldíos de los pueblos. La venta había de realizarse con el pago de los remates en metálico (art. VI). El ochenta por ciento del producto de la venta de bienes propios se invertiría en comprar títulos de la Deuda Consolidada al 3 por 100 (art. XV)». De esta forma sintética plasma este autor la Ley de 1855, que conviene analizar detalladamente para comprender el fenómeno de rápida desaparición de gran parte de la propiedad comunal que a partir de este momento se produce.

La revolución de 1854 origina la intervención decidida del gobierno progresista a favor de la desamortización de los bienes civiles, siguiendo ideológicamente los dictámenes del liberalismo reinante en materia económica. En efecto, si se estudia el dictamen de la Comisión de las Cortes, se podrá observar esta tendencia ideológica típicamente capitalista.

Como afirma Nieto (124), a partir de 1855 ya no se contenta el legislador con dictar normas de tipo jurídico-procedimental, sino que por presión de las necesidades de la Hacienda, y más aún, como consecuencia de la adopción de principios de economía dogmática, impone la enajenación obligatoria del patrimonio

---

Estudios Fiscales: *Hacienda y Estado (1823-1833)*, 1973 y *La Revolución Liberal (Política y Hacienda) (1833-1845)*, 1977.

(123) MARTÍN, T., ob. cit., pág. 865.

(124) NIETO, «Bienes Comunales», pág. 865.

de los pueblos, es decir, que salta del plano jurídico al político para conseguir con estas medidas determinados efectos.

La ley de 1855 fue completada por un sinfín de normas legales de distinto tipo y rango que proyectaron sobre la realidad concreta del agro español la filosofía desamortizadora que transpira en todos sus artículos la citada normativa jurídica. Así, por ejemplo, el Decreto de 26 de octubre de 1855, que clasifica los montes objeto de enajenación con arreglo a la ley; en 1856 un Real Decreto estipula la venta de los montes y bosques del Estado, así como los de propios y comunes de los pueblos, salvando, sin embargo, lo dispuesto por el artículo primero sobre los bienes comunes. Pero hasta 1858 no se reincorpora el proceso desamortizador, lo que se lleva a cabo mediante el Real Decreto de 12 de octubre de ese año, fecha en la que verdaderamente entra en vigor la ley de 1855.

A nuestros propósitos de la Ley de 1855 cabría destacar, entre los principales artículos que contiene, los siguientes:

Artículo 1. «Se declaran en estado de venta con arreglo a las prescripciones de la presente ley, y sin perjuicio de las cargas y servidumbres a que legítimamente estén sujetos, todos los predios rústicos y urbanos, censos y foros pertenecientes:

Al Estado, al clero, a las órdenes militares de Santiago, Alcántara; Calatrava, Montesa y San Juan de Jerusalén; a cofradías, obras pías y santuarios; al secuestro del ex infante D. Carlos; a los propios y comunes de los pueblos; a la beneficiencia, a la instrucción pública y cualesquiera otros pertenecientes a manos muertas, ya estén o no mandados vender por leyes anteriores.»

Artículo 2. Este artículo está destinado a enumerar una serie de supuestos no afectados por el estado de venta declarado en el artículo anterior, y entre sus diez números nos interesa destacar como excepciones a tal declaración de venta:

Sexto.—«Los montes y bosques cuya venta no crea oportuno el Gobierno» y

Noveno.—«Los terrenos que son hoy de aprovechamiento común previa declaración de serlo, hecha por el Gobierno, oyendo al Ayuntamiento y Diputación provincial respectivos.

Cuando el Gobierno no se conformare con el parecer en que

estuviere de acuerdo el Ayuntamiento y la Diputación Provincial, oirá previamente al Tribunal Contencioso-Administrativo, o al cuerpo que hiciere sus veces, antes de dictar su resolución.»

Artículo 29. «Se declaran derogadas, sin fuerza y valor, todas las Leyes, decretos, reales órdenes anteriores sobre amortización o desamortización que en cualquier forma contradigan el tenor de la presente ley.»

Como se puede observar de los artículos expuestos, los bienes de los municipios —que son los que más nos interesan— pasaban a la venta en pública subasta, salvo aquellos que fuesen de aprovechamiento común, siempre que, además, fuesen declarados como tales. Ahora bien, lo que efectivamente ocurrió fue que los «bienes de aprovechamiento comunal» no quedaron libres de la desamortización en muchas ocasiones, ya que, por la escasa diferencia práctica (no jurídica ni fiscal) entre éstos y los «bienes de propios», muchos de aquéllos fueron vendidos como bienes propiedad de los Ayuntamientos aun cuando no lo fuesen. Además, muchos de los informes que debían realizar los ayuntamientos y diputaciones sobre las extensiones que poseían de «bienes comunes» no se realizaron y, en consecuencia, no pasaron a las listas de «bienes comunales» excluidos que se venían elaborando por el Estado.

Completando la Ley de 1855 apareció otra Ley con fecha de 11 dejulio de 1856 en la que se declaraba en su artículo segundo que también quedaban exceptuados de la venta en pública subasta las «dehesas que, siendo propiedad común, fuesen destinadas a pastos para ganado de labor de los municipios».

Pero la medida desamortizadora afectaría no sólo a los «bienes de propios» e indirectamente a los «bienes comunales» destinados por el municipio al cultivo o a los pastos, pues ya el 15 de diciembre de 1859 surge otra Real Orden mediante la cual se iniciaba también la venta de «montes públicos», aunque esta norma sería modificada parcialmente por una Real Orden de 22 de septiembre de 1862, por la que se anulaban algunas de las ventas realizadas de dichos «montes públicos».

La importancia de las enajenaciones llevadas a cabo al amparo de la Ley de 1855 y de las normas complementarias queda

reflejada con los datos que Simón Segura (125) aporta, destacando el volumen alcanzado por la de los bienes del clero secular, con un valor próximo a los 275 millones de reales, sobresaliendo, de otro lado, la venta de los bienes de beneficencia —21,27 por 100 de las enajenaciones totales y bienes de la Nación— y de los propios —20,83 por 100—, alcanzando los tres el 78,32 por 100 de todo lo vendido.

Si con anterioridad el peso de la desamortización había recaído sobre las posesiones y bienes de la Iglesia y clero, tanto regular como secular, a partir de esta época serán los municipios y diputaciones los que sufrirán el impacto de la labor desamortizadora. Las únicas provincias que quedaron exentas de la venta de «bienes de propios» fueron Navarra, Orense y Canarias.

La regulación en concreto sobre los terrenos de «aprovechamiento común» se realiza por el Real Decreto de 10 de julio de 1865 que determina las reglas que deben observarse para las reclamaciones que se hagan de aquellas fincas que sean de «aprovechamiento común». Y si es cierto que a partir del hito jurídico marcado por las leyes de 1865 y 1859 se inicia, de forma irreversible, la culminación de un proceso de desvinculación de los bienes de propiedad de las «manos muertas» a manos de particulares, un conjunto de normas vendrán a completar el vasto y extenso campo de las existentes y cuyo fin primordial será seguir las directrices desmortizadoras que, como pauta del Estado, éste impondrá a la Iglesia y a sus propios organismos.

La diferencia existente entre las normas jurídicas de esta última etapa de la desamortización es que ya no plantean la necesidad desamortizadora, sino que tienden directamente a solventar las dificultades fácticas que la puesta en práctica de la venta de bienes suscitará.

Dentro de esta nueva tipología de normas debemos incluir las siguientes:

**A) Disposiciones anteriores al Código Civil:**

— Real Ordenanza de 19 de julio de 1882, que establece la

(125) SIMÓN SEGURA, *La desamortización española del siglo XIX*. Instituto de Estudios Fiscales, 1973, pág. 232.

legislación vigente en la incoación de expedientes de exención de la venta de los bienes comunales y eclesiásticos.

— El Ministerio de Hacienda, por Real Orden de 28 de noviembre de 1883, regula la incautación de los «montes» que, debiendo ser considerados como bienes públicos, no hayan sido entregados al Fomento.

— Ley de 8 de mayo de 1888, que incide nuevamente en las excepciones recogidas por la ley de 1855 a la venta pública. Así, en su artículo 26, expone que «en los expedientes de excepción de terrenos en concepto de aprovechamiento común, informará la Junta Provincial de Agricultura acerca de la extensión que puede concederse para satisfacer el objeto que con ellos pretenda el pueblo interesado».

**B) Disposiciones posteriores al Código Civil:**

— Ley de 30 de agosto de 1896, por la que se establece el Catálogo de los montes exceptuados de la venta, concediéndose un nuevo plazo para solicitar la excepción de los montes y terrenos de aprovechamiento común y gratuito.

— Real Decreto de 16 de noviembre de 1897 y Real Orden de 18 de noviembre del mismo año, que completan la Ley anterior. Mediante ambas disposiciones se indican los requisitos y trámites que deben elaborarse para solicitar la excepción de la venta de los montes, bienes de aprovechamiento común y dehesas boyales.

— En otra línea, la incautación de los montes de interés general fue realizada por la Dirección General de Propiedades y Derechos del Estado, según un Real Decreto de 10 de febrero de 1898.

— Más tarde, mediante una serie de reales órdenes, como la de 14 de junio de 1907 y la de 21 de noviembre de 1908, se suspenderán las operaciones previas a la venta de los montes y terrenos comunes.

— Finalmente, cabe señalar que las dos leyes fundamentales de esta época posterior al Código Civil son: La Ley de 10 de julio de 1935 y la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950.

La Ley de 10 de julio de 1935 establece expresamente la derogación de las leyes desamortizadoras que afectasen a los bienes de los municipios y demás entes municipales. Esta ley es el reflejo de lo que con anterioridad había dispuesto el Estatuto Provincial de 20 de mayo de 1925 respecto de los bienes y terrenos de las diputaciones.

Aunque algunas disposiciones posteriores (Ley de 31 de diciembre de 1945, Decreto de 14 de febrero de 1947, etc.) tocan distintos puntos que afectan a los bienes comunales, tan sólo nos interesa ahora destacar el artículo 189 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950. Conforme a dicho precepto, «Los bienes inmuebles de propios no podrán enajenarse, gravarse ni permutarse sin autorización del Ministerio de la Gobernación, previo informe del de Hacienda, cuando su valor exceda del 25 por 100 del presupuesto anual de la Corporación. No obstante, se dará cuenta al Ministerio de la Gobernación de toda enajenación en proyecto. Tampoco podrán cederse gratuitamente, sino a entidades o instituciones públicas, para fines que redunden en beneficio de los habitantes del término municipal, y previa autorización del mismo Ministerio. Se exceptúan de la aprobación del Ministerio las cesiones autorizadas por leyes especiales» (126).

En general, cabe concluir que la obra desamortizadora que durante más de un siglo se llevó a efecto en nuestro país produjo diferente impacto según las zonas y regiones. En cualquier caso, la labor desamortizadora se realizó mediante un cúmulo de disposiciones generales, que al compás de los cambios políticos fueron oscilando desde unas situaciones de favorecimiento a ultranza de las ideas desamortizadoras, con amplias extensiones de terrenos sometidos a pública subasta, junto con aquellas otras en las que se trató de anular lo realizado y volver a la situación en que se hallaban los terrenos antes de su desamortización.

Por todo ello, la labor del investigador resulta harto difícil, ya que pretender sintetizar todas esas disposiciones es algo que rebasa ampliamente las posibilidades de una breve síntesis, a lo

(126) En parecidos términos se pronuncia el artículo 95 de la vigente Ley de Régimen Local de 24 de junio de 1955 sobre la que volveremos más tarde al tratar de la normativa vigente en esta materia.

que hay que añadir la falta de estudios sobre la legislación desamortizadora y su impacto en el agro y la economía española, si bien en los momentos actuales prestigiosos autores están ocupándose ampliamente del tema, como hemos señalado en este epígrafe.

Una vez expuesta de forma panorámica la desamortización, especialmente la civil, cabe preguntarse si realmente ésta tuvo un valor positivo para la agricultura de nuestro país; si verdaderamente los objetivos de una reactivación económica y una cierta redistribución, que la filosofía desamortizadora de los ilustrados proponía, se alcanzaron.

Al llegar a estos interrogantes, la opinión de los historiadores juristas, economistas, y, en general, de todos los estudiosos de la desamortización, se divide ampliamente. Ya el propio Joaquín Costa designó a la desamortización de los bienes municipales como «la guerra loca de la nación contra sus municipios» y en esta línea figuraron Maura, Romanones, Cambó, etc.

Generalmente se han destacado los proyectos de Flórez de Estrada y de Pi Margall como los más acordes para lograr el fin que la desamortización pretendía. Pero tanto el uno como el otro no llegaron a verse plasmados en la práctica.

Las críticas más audaces y fundamentadas a la obra desamortizadora se basan en la incapacidad de lograr los objetivos que ésta se había establecido, a saber: 1. La recuperación de la Hacienda Nacional, y 2. Participación de las clases socialmente más bajas del campesinado en la explotación y propiedad de la tierra, lo que en forma gráfica recogió Pi Margall en su conocida frase de «que la tierra vaya paulatinamente a manos del que la cultiva» (127).

Por lo que respecta al punto de la recuperación del equilibrio de la Hacienda Nacional, aunque el proceso fue grande, por cuanto se recogieron por la venta de bienes grandes cantidades, no se logró recuperar el déficit interior de la Deuda Pública emitida, ya que implicaban enormes sumas que no se pudieron

---

(127) Pi i Maragall y Arsuaga, F., *Las grandes conmociones políticas del siglo XIX en España*. Discurso de 13 de junio de 1873. Barcelona, ed. Seguí, tomo II, págs. 82-86.

destinar, en múltiples casos, más que al pago de los intereses que devengaban éstas.

En lo referente a la desamortización de las tierras se pudo observar que según la «Reseña Geográfica y Estadística de España» publicada en el año 1888 y referida al quinquenio de 1876-80, el promedio anual de las superficies aprovechadas en montes comunales y dehesas boyales ascendía a 4.800.000 hectáreas. En 1896 el Ministerio de Hacienda corroboraba esta cifra y situaba en 4.100.000 hectáreas el terreno ocupado por montes comunes y dehesas boyales, para convertirse más tarde esta cantidad en 2.711.000 hectáreas, según estimaciones de Ruiz Almansa (128).

Como podemos observar, la desamortización que se produjo durante el pasado siglo tuvo una gran repercusión en la agricultura y en la ganadería españolas. Ciertamente se produjo un cambio fundamental, consistente en el paso de grandes terrenos que se hallaban en poder del clero, ayuntamientos, diputaciones, etcétera, a manos privadas, con lo cual entraron dentro del sector privado. No obstante, la desamortización no produjo la distribución de tierras que exigía urgentemente la estructura social agraria de nuestro país, lo cual a lo largo de etapas posteriores favorecería las tensiones que se produjeron en el campo.

Las tierras fueron adquiridas por las clases sociales con recursos económicos de los que carecían las clases campesinas que secularmente habían disfrutado de las mismas. Con esto, lejos de lograr la tan deseada y necesaria «liberación» del campesinado, secularmente oprimido, se agravó su situación. Los nuevos titulares de las tierras, generalmente ajenos al campo, imponen más gravosas prestaciones a aquéllos, o bien le despojan de las mismas. Desde este punto de vista, pues, no pudo ser más funesto el fenómeno de la desamortización.

En cuanto al producto obtenido con tales ventas, en la mayor parte de las ocasiones fue muy inferior al valor real que las fincas tenían, con lo cual ni desde el punto de vista de allegar fondos para el deteriorado erario público puede merecer un juicio favorable.

Finalmente, desde el punto de vista de los aprovechamientos

---

(128) NIETO, *Bienes Comunales*. págs. 870-871.

comunitarios, los efectos de la desamortización no pudieron ser más desastrosos, como lo prueban las cifras señaladas anteriormente, que redujeron de forma extraordinaria la superficie sobre la que tales aprovechamientos se ejercitaban.

## VIII. CERRAMIENTO DE FINCAS DE PROPIEDAD PRIVADA: SU INCIDENCIA EN LOS APROVECHAMIENTOS EN COMUN.

A lo largo de nuestra exposición precedente hemos aludido en reiteradas ocasiones a la posibilidad de que los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas se ejerciten en fincas de propiedad privada siempre que éstas no se hallen cercadas. Incluso —si bien con carácter excepcional— pueden recaer tales aprovechamientos sobre fincas debidamente cerradas, obligándose en este caso al titular a su apertura una vez levantadas las cosechas.

Cuando las fincas de propiedad privada están cerradas, la regla general es que su dueño dispone de forma exclusiva de todos los productos que emanan de dichas fincas. De ahí la enorme importancia que los cerramientos plantean en materia de aprovechamientos comunitarios por incidir negativamente en su existencia.

El «cerramiento» constituye, sin lugar a dudas, la más perfecta individualización de las fincas; pero la individualización puede tener lugar también por «deslinde», «amojonamiento» y «acotamiento».

El «deslinde» consiste en determiñar y fijar los límites materiales de las fincas; es una concreción de las líneas geométricas de los fundos. Esta facultad deriva del mismo derecho de propiedad que otorga al titular la demarcación de sus fincas en todo momento, no pudiendo, por tanto, hablarse de prescripción de esta facultad mientras exista el derecho de propiedad de que deriva (129).

---

(129) Es casi unánime la opinión de la doctrina en el sentido de que el «deslinde» es sólo aplicable a los predios de naturaleza rústica. Creemos que tal afirmación tiene su base en el Derecho romano, ya que en el D.X, I, 2, se decía:

Intimamente emparentado con el «deslinde» se halla el «amojonamiento», operación ésta evidentemente distinta de aquélla, si bien en la práctica van de ordinario unidas. Por el «amojonamiento», el titular de la heredad coloca hitos, mojones o cualquier señal indicadora de los límites o términos de la misma. Es, pues, la forma de exteriorizar el «deslinde».

La regulación positiva del «deslinde» y del «amojonamiento» está contenida tanto en el Código Civil —artículos 384 a 387— como en la Ley de Enjuiciamiento Civil —artículos 2.061 a 2.070—, en cuyo análisis particularizado no vamos a detenernos, toda vez que excedería de los límites de nuestro estudio (130). Unicamente haremos constancia de que ambas facultades corresponden no sólo al propietario de las fincas, sino también al que tuviere constituido sobre las mismas algún derecho real para su uso y disfrute (131).

Ni el «deslinde» ni el «amojonamiento», por sí solos, llevan inherente el exclusivo disfrute de su titular. Desde el punto de vista de los aprovechamientos comunitarios, en principio, carecen de relieves; se ocupan tan sólo de la determinación de límites; no van más allá. Sin embargo, el «acotamiento» y el «cerramiento» ya se muestran, por esencia, contrarios a los aprovechamientos objeto de nuestro estudio.

---

«Haec actio pertinet ad praedia rustica». Pero en el Derecho positivo español no encontramos base para mantener tal tesis, por lo que, a nuestro modo de ver, puede practicarse la operación del «deslinde» en toda clase de predios, aunque su frecuencia sea más acusada en los de naturaleza rústica.

(130) Según la opinión dominante, son tres los procedimientos por los que puede llevarse a cabo el «deslinde»:

a) Juicio contencioso, al amparo de los artículos 384 a 387 del Código Civil.

b) Acto de jurisdicción voluntaria, siguiendo los trámites que establece la Ley de Enjuiciamiento Civil en sus artículos 2.061 a 2.070, y

c) En forma privada entre los dueños de los predios colindantes.

(131) El artículo 2.061 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su primer párrafo determina que «puede pedir el deslinde y amojonamiento de un terreno no sólo el dueño del mismo, sino el que tuviere constituido sobre él algún derecho real para su uso y disfrute». Y el artículo 384 del Código Civil, tras decir en su párrafo primero que «todo propietario tiene derecho a deslindar su propiedad», en su párrafo segundo extiende tal facultad a los que tengan derechos reales. En esta materia, vid. MARTÍN RETORTILLO, «Deslinde y amojonamiento», RJC, 1946.

El «acotamiento» consiste en poner cotos, mojones, vallas, cercas, setos u otras señales indicadoras de que el propietario de una finca rústica se reserva los pastos y demás aprovechamientos que emanan de aquélla de forma exclusiva. Por medio del «acotamiento» el propietario de la heredad exterioriza su voluntad de prohibir en ella la entrada de ganados o personas.

Algunos autores han hecho sinónimas las voces «acotamiento» y «cerramiento». En este sentido, Sánchez Román (132), para quien la palabra «acotar» equivale a la de «cerrar», y los mojones, hitos o señales por los cuales se acota, equivalen a cualquier muro de cerramiento que produjera un obstáculo verdaderamente material para la entrada en las fincas.

A nuestro juicio, tales afirmaciones son equivocadas. En efecto, si para el «acotamiento» basta la colocación de mojones, setos, etc., para el «cerramiento» esto no es suficiente. El «cerramiento» exige que los terrenos estén rodeados materialmente por muros, cercas, vallas, setos o cualquier otra obra o dispositivo construido, con el fin de impedir o prohibir el acceso de las personas o animales ajenos o el de evitar la salida de los propios (133).

Manresa (134) afirma que «cerrar» o «cercar» una heredad es poner en sus límites exteriores algo que materialmente impida la entrada, y «acotar» es la colocación de hitos o mojones que demuestren la voluntad del dueño de que nadie penetre en su finca; pero en uno y en otro supuesto, con «cerramientos» o simples «cotos», y aun con la mera indicación en forma ostensible de hallarse prohibida la entrada, los efectos legales son los mismos.

En principio consideramos acertado el criterio de Manresa, pero a nuestro entender la «mera indicación en forma ostensible

---

(132) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, III, Madrid, 1900, pág. 137.

(133) En este sentido VALVERDE, *Tratado de Derecho Civil Español*, II, Valladolid, 1925, pág. 121, afirma que después de publicado el Código Civil no puede sostenerse la identidad de las frases cerrar, cercar y acotar, pues está claro que el artículo 388 habla de cerrar y cercar, pero no habla de acotar.

(134) MANRESA, *Comentarios al Código Civil Español*, III, Madrid, 1952, págs. 450 y 451.

de hallarse prohibida la entrada» de que nos habla este autor se traduce en la práctica en un auténtico «acotamiento», ya que el simple «amojonamiento» es sólo indicador de los límites materiales de las fincas, pero no de impedir la entrada en el fundo de que se trate.

El derecho de «cerramiento» solamente corresponde al propietario de acuerdo con los términos en que se pronuncia el artículo 388 del Código Civil; no corresponde, pues, a diferencia del «deslinde», al titular de algún otro derecho real que no sea el de propiedad (135).

Ahora bien, desde el punto de vista de los aprovechamientos en común de pastos y leñas, el «acotamiento» y el «cerramiento» tenían idénticos efectos. Se trata de derechos de exclusión que impiden la entrada, en los terrenos sobre los que se ejercitan, de ganados ajenos. A través del «acotamiento» y del «cerramiento», el propietario exteriorizaba, sin más, su voluntad de ejercer el derecho de no permitir la entrada en sus fundos. Mas es evidente que por el simple «acotamiento» —que se realizaba mediante señales visibles— existía posibilidad material, aunque no jurídica, de entrada de ganados y de personas ajenas, mientras que por el «cerramiento» existe no sólo imposiblidad jurídica, sino también material de que la heredad sea invadida por animales ajenos al titular dominical.

A pesar de sus diferencias, como señalamos anteriormente, los efectos eran idénticos cuando de aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas se trata; de ahí que consignemos seguidamente de forma conjunta el desenvolvimiento, a través de la historia hasta llegar a nuestros días, de ambos modos de individualización de las fincas.

Los «acotamientos» y «cerramientos» han merecido un juicio dispar. Cuando se han defendido por quienes del tema se han ocupado, se ha dado prevalencia a la agricultura sobre la ganadería; cuando se han atacado, la prevalencia cambia el signo. La antítesis que secularmente se ha visto entre ganadería y agricultura explica, en gran medida, toda una evolución larga y tortuosa en estas formas de individualizar las propiedades.

---

(135) *Vid.* en este sentido ESPÍN CÁNOVAS, *Manual de Derecho Civil Español*, vol. II, Madrid, 1977, pág. 199.

Jovellanos (136) se muestra decidido partidario del «acotamiento» e incluso del «cerramiento», cuya prohibición sólo la justifica en tiempos de cultivo incierto y precario por falta de seguridad. Pero una vez superadas estas etapas circunstanciales, debe sostenerse, a su juicio, la más completa libertad a los propietarios para poder cerrar sus fincas. Según sus palabras, prohibir a un propietario que cierre sus tierras es privarlo no sólo del derecho de disfrutarlas, sino también del de precaverse contra la usurpación.

Contrariamente se manifiesta Costa (137), para quien el derecho del común al disfrute periódico de los pastos fundado en antiguas costumbres es tan legítimo, por lo menos, como el derecho del labrador o colono al cultivo periódico de ese mismo suelo. Se muestra partidario de un condominio, de dos propiedades alternantes, de dos derechos reales de naturaleza idéntica e igualmente respetables, y de ahí que los acotamientos los vea como un «regalo» a una clase de propietarios a expensas de otra.

Desde el punto de vista histórico, y prescindiendo de antecedentes más remotos, hemos de señalar que durante la dominación romana no fue conocida en España la costumbre de aportillar las tierras alzado el fruto para abandonar al aprovechamiento común sus producciones espontáneas (138).

Confirmando lo anterior, Varron habla de los tapiales con que se cerraban las tierras en España, que se denominaban «farmacens», y Columela recomendaba que se cercase el terreno en toda época del año (139).

La legislación visigótica sigue las huellas de la normativa romana en orden a los cerramientos. Las leyes del Título III, Libro VIII, del Fuero Juzgo imponían severos castigos al que quebrantase el cercado ajeno. Sin embargo, en el propio Fuero Juzgo se reconocía la comunidad de los pastos para los ganados

---

(136) JOVELLANOS, ob. cit., págs. 87 y 88.

(137) COSTA, ob. cit., pág. 513.

(138) Estas palabras son debidas a JOVELLANOS, ob. cit., pág. 86, quien añade: «No hay en los escritores de aquella época el más pequeño rastro de semejante "abuso"».

(139) *Vid. Diccionario de Derecho Privado*, voz «acotado». Barcelona, 1967, pág. 145.

trashumantes (140), pero sólo en los campos abiertos y desamparados, prohibiendo tal costumbre en los viñedos y mieses, así como en los prados adehesados o cerrados por pared o seto y no por zanjas (141), permitiéndose, no obstante, el uso de los barbechos y rastrojos desde que se levantaban las cosechas hasta la época de la siembra. En esta costumbre está el origen de las «derrotas» que han llegado hasta nuestros días (142).

Por su parte, ni el Fuero de León, ni el Fuero Viejo de Castilla, ni los Ordenamientos generales ofrecen una sola ley que contenga la prohibición de cerrar las tierras.

Las Partidas siguen el criterio romano aludido al conceptuar la propiedad como «poder que ome ha en su cosa de fazer della, e en ella lo que quisiere segund Dios e segund fuero» (143). No obstante, no siempre eran debidamente respetados tales principios, ya que se agudiza la lucha entre agricultura y ganadería, como indicamos anteriormente, con evidente triunfo de ésta, lo que lleva a un antogonismo entre lo que el derecho preceptuaba y lo que en la práctica sucedía.

Es indudable el papel decisivo que en toda esta materia representó la Mesta, palabra que originariamente significó «pastizal común de una localidad para cuyo aprovechamiento había reuniones periódicas de los ganaderos de la citada comunidad local». Posteriormente hay un desplazamiento en cuanto al significado de la Mesta para significar no el terreno de pasto, sino «la reunión de los ganaderos para regular los aprovechamientos».

La Mesta, como equivalente a reunión de ganaderos de una localidad, pasa a significar «reunión de ganaderos de una comarca», para, a mediados del siglo XIII, constituirse en León y Castilla en un solo «concejo», «junta» o «hermandad», que más tarde pasó a denominarse «Honrado Concejo de la Mesta».

El Concejo de la Mesta obtiene de Alfonso X en 1273 determinados privilegios, tales como la exención del pago de «portazgos» y «montazgos» salvo casos muy especiales. Estos

---

(140) *Fuero Juzgo.* Leyes 26 y 27, Tit. IV, Lib. 8.

(141) *Fuero Juzgo.* Leyes 12 y 15, Tit. III Lib. 8.

(142) *Vid.* PINTO RUIZ en voz «amojonamiento» en *Nueva Enciclopedia Jurídica.* Ed. Seix, Barcelona, 1950, págs. 637 y sigs.

(143) Ley 1.ª Tit. XVIII, Partida 3.ª

privilegios siguen en aumento con Alfonso XI al poner bajo la protección del rey todos los ganados del Concejo de la Mesta, cuyo conjunto mandó que formasen una sola «cabaña» (La Cabaña Real), al propio tiempo que ordenaba que los ganados de la cabaña real anduviesen salvos y seguros por todo el reino paciendo libremente en los pastos del mismo que encontrasen a su paso, siempre que no hiciesen daños en los sembrados, viñas, huertos, prados de guadaña y dehesas boyales (144).

Estos privilegios fueron respetados por los reyes posteriores, y así ha podido decir Estapé Rodríguez (145) que el Honrado Concejo de la Mesta pasó a convertirse en el organismo central encargado de la custodia y fomento de la ganadería.

Teniendo en cuenta la diversidad orográfica y climatológica en España, surge la necesidad de que los ganados se trasladen de un lugar a otro en las distintas estaciones del año. Aparecen así las «cañadas» (146) y comunicaciones transversales entre ellas que garantizan el paso de los ganados. El Honrado Concejo de la Mesta fue el encargado de las citadas «cañadas», así como de la trashumancia que de los ganados a través de ellas se operaba.

El papel que la Mesta representó fue importantísimo dentro de la economía rural, pero con una visión parcial. Sólo se preocupó del fomento de la ganadería, en detrimento evidente de la agricultura. Esto explica los recelos con que fue mirada por numerosos sectores, y los consiguientes ataques de que fue objeto.

Sin entrar en un análisis particularizado de su estructura y funcionamiento, y menos aún en su crítica, por no ser materia propia de este lugar, sí cabe consignar que su esplendor lo alcanza en el siglo XVI para concluir su existencia en 1836, dando paso a la Asociación General de Ganaderos del Reino.

Dado el poderío que la Mesta ostentaba, es explicable su oposición a los cerramientos, que logran mediante generalización de dos pragmáticas dadas por los Reyes Católicos para Granada

---

(144) García de Valdeavellano, ob. cit., pág. 266.

(145) Estapé Rodríguez, *Diccionario de Historia de España*. Madrid, 1968, pág. 399.

(146) Las cañadas más importantes fueron tres: Leonesa, Segoviana y Manchega.

en 1490 y para Avila en 1491 (147). Estas dos pragmáticas aludidas prohibían el acotamiento y cerramiento por razones coyunturales. Mas, por influencia de la Mesta, de estas prohibiciones concretas se dio paso a una prohibición de llevar a cabo los cerramientos.

Las Cortes reclaman contra esta actitud de la Mesta. Por su parte, cierto sector doctrinal se afana en poner de manifiesto los perjuicios que se irrogaban a los propietarios al prohibir el cerramiento de sus tierras. Pero es precisa la influencia de los economistas del siglo XVIII para que se dicten dos reales cédulas de extraordinaria importancia en el tema que nos ocupa, fechadas, respectivamente, el 15 de junio de 1788 y el 24 de mayo de 1793 (148).

Por la Real Cédula de 15 de junio de 1788 se protegieron los cerramientos de tierras destinadas a huertas, viñas y plantaciones, y por espacio de veinte años las consagradas a la cría de árboles silvestres. Por la de 24 de mayo de 1793 se autorizó a los concesionarios de los terrenos repartidos en Extremadura para acotar sus respectivas suertes y destinarlas al cultivo que más le conviniese.

Estas reales cédulas significaron un paso importante en pro de los cerramientos, ya que iban en contra de la respectiva Ley 9, Tit. 25, Libro 7 de la Novísima Recopilación, a cuyo tenor «por cuanto ha crecido demasiadamente el plantío de las viñas con perjuicio de la labor y cría del ganado, no se pueden hacer sin licencia nuevas plantaciones de vides».

Como puede observarse, la política pecuaria de la Mesta estaba radicalmente en contra de los cerramientos y de la plantación de vides. Al exigirse licencia para nuevas plantaciones, éstas no se llevaban a cabo en la práctica, puesto que tales licencias no se concedían, dada la poderosa influencia de la Mesta. Pero, además, la influencia mesteña pesa de nuevo en el poder real, y fruto de la misma lo constituyen los artículos 29 y 30 de la Real Cédula de 1795, que de una manera clara y terminante dejaba sin efectividad lo preconizado en las de 1788 y 1793, ya citadas.

---

(147) *Novísima Recopilación*. Ley 2, Tit. 25, Lib. 7 (para Granada) y Ley 3.ª Tit. 25 y Lib. 7 (para Avila).

(148) *Novísima Recopilación*. Ley 19, Tit. 24, Lib. 7; Ley 19, Tit. 25, Lib. 7.

El artículo 29 referido establecía que los alcaldes entregadores informasen de la legitimidad con que hacían los acotamientos de viñas y olivares, y que a pesar de las autorizaciones anteriores no se impidiera la entrada de los ganados en las viñas y olivares siempre que por costumbre lo hubieran hecho. Por su parte, el artículo 30 ordenaba practicar un reconocimiento sobre los terrenos acotados para investigar si eran idóneos para los plantíos y si éstos se habían hecho, todo con el fin de evitar «los abusos de que a pretexto de un ligero e inútil plantío se prohíba —dice— la entrada a los ganados trashumantes para aprovecharlos los dueños o los pueblos con los suyos».

Sin lugar a dudas, el hito histórico más importante en esta materia lo constituye el Decreto de las Cortes de Cádiz de 8 de junio de 1813, que reconoció a los propietarios la más completa facultad de acotar sus tierras y aprovecharlas exclusivamente, llegando su artículo primero a preceptuar que «todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase, pertenecientes a dominio particular, ya sean libres o vinculadas, se declaraban desde ahora cerradas o acotadas perpetuamente». Pero este Decreto, surgido en una época constitucional, sufre una serie de avatares que en forma sintética consignamos seguidamente.

Restablecido el poder absoluto, pierde su valor legal el Decreto de 1813. Fernando VII, el 4 de mayo de 1814, restableció los privilegios de que la Mesta había gozado secularmente, aunque de forma tímida en 1819 se concedieron algunas ventajas a los roturadores de terrenos incultos facultándoles para cerrarlos.

En 1820 se restablece la Constitución y, como consecuencia, el Decreto de 1813. Pero éste es dejado nuevamente sin vigor al caer el régimen constitucional por segunda vez. Como consecuencia, las normas pecuarias de la Mesta recobran vigencia hasta la publicación de la Ordenanza General de Montes de 22 de diciembre de 1833, cuyo artículo 3.º establece que «todo dueño particular podrá cerrar o cercar los de su pertenencia, siempre que los tuviese deslindados y amojonados, o provocar el deslinde y amojonamiento de los que aún no lo estuvieren; y una vez cerrados o cercados, podrá variar el destino y cultivo de sus terrenos, y hacer de ellos y de sus producciones el uso que más le conviniere».

Prescindiendo de otras disposiciones posteriores de menor

entidad, hemos de destacar la importantísima Real Orden de 11 de febrero de 1836, seguida del Decreto de 6 de septiembre del propio año.

Por la primera se declaraba que todos los propietarios tienen el libre uso de los pastos naturales o industriales que produzcan sus tierras, con exclusión de todo el que no acredite derecho a ellos fundado en alguno de los títulos especiales de adquisición, y no en las malas prácticas a que se ha dado el nombre de uso o custumbre (149). Particularmente importante es el artículo 4 de la citada disposición legal al establecer, en forma categórica, que «siendo viciosas en su origen las enajenaciones o empeños que los ayuntamientos hayan hecho de los pastos de dominio particular, considerándolos como si fueran del común, de prácticas, usos y mal llamadas costumbres, no deben oponerse tales actos al reintegro que se manda hacer a los dueños en el pleno goce de sus derechos dominicales».

Por la segunda disposición de 1836, constituida por el Decreto de 6 de septiembre , se restable en forma definitiva el tan defendio y a la vez atacado Decreto de 8 de junio de 1813. Y como consecuencia de su nueva puesta en vigor aparecen las lógicas reacciones de los sectores por él afectados y que podemos concretar en tres: ayuntamientos, propietarios particulares y ganaderos.

Los ayuntamientos, con el fin de seguir obteniendo los pingües beneficios con los que secularmente habían nutrido sus arcas, fueron los que más dificultades opusieron a la efectividad del Decreto de 1813. En tal sentido niegan a los pueblos que tenían comunidad de pastos este derecho; a los ganaderos les impiden el uso de las servidumbres y, finalmente, dictan violentas medidas contra los propietarios. Todo con un solo objetivo: continuar arrendando los pastos. Ante esta arbitrariedad, la Real Orden de 17 de mayo de 1838 obliga a los ayuntamientos a

---

(149) COSTA, ob. cit., págs. 517 y sigs., critica duramente la exigencia del «título especial», de adquisición, y el no dar validez al uso y costumbre por muy antiguos que sean en cuanto al derecho a los pastos sobre terrenos de ajena pertenencia. Esta crítica de COSTA la compartimos plenamente, ya que, a nuestro juicio, no debe prescindirse del instituto de la prescripción para la adquisición del derecho a los pastos.

respetar los derechos de mancomunidad de los pueblos en los pastos y abrevaderos; la Real Orden de 30 de mayo de 1842 les prohíbe el arrendamiento de pastos de propiedad particular, reconociendo a los dueños de las fincas que los utilicen según su criterio. Mas como quiera que en múltiples casos los ayuntamientos continuaban autorizando los aportillamientos de las fincas de los particulares una vez levantadas las cosechas para que aprovecharan los pastos los ganados de aquellos a los que se los habían arrendado, se hace necesaria la Real Orden de 1853 para dar fin a estos abusos. Particularmente importantes son sus artículos 1 y 2.

El artículo 1 establece que «quedan expresa y terminantemente prohibidas las llamadas derrotas de las mieses. Esta prohibición es bajo la más estrecha responsabilidad del alcalde y Ayuntamiento que autorice o consienta cualquier contravención». El artículo 2 expresa que «correspondiendo el aprovechamiento exclusivo del terreno a su propietario, o al colono que le cultiva, sólo previo el unánime consentimiento de todos los propietarios y colonos de la mies, el cual habrá de constar por escrito, podrá autorizarse la apertura de la misma; pero bien entendido que bastará la negativa o el hecho de no haber dado su consentimiento explícito uno sólo de los mencionados propietarios o colonos para que no pueda autorizarse la derrota».

El 13 de noviembre de 1844 se culmina toda una serie de disposiciones en las que se prohibía a los ayuntamientos el obstaculizar a los ganaderos el uso de los pastos y abrevaderos y su paso por cañadas, caminos y servidumbres.

Mas, como indicamos antes, no sólo son los ayuntamientos los que obstaculizan el normal juego del Decreto de 1813; también lo hacen los propietarios de fincas, así como los propios ganaderos.

En cuanto a los titulares de fincas particulares, cabe significar que interpretaron el Decreto de 1813 en el sentido de poder acotar o cerrar sus fincas con la más absoluta libertad sin respeto alguno hacia otras posibles personas afectadas por tal medida. Esto motivó graves enfrentamientos y, finalmente, el Tribunal Supremo, en la Sentencia de 6 de junio de 1870, recogiendo el criterio mantenido en otros fallos, estableció de una manera clara y precisa que sólo pueden acotar sus heredades los que tengan el

pleno dominio y que los acotamientos y cerramientos habrá de dejar siempre a salvo las posibles servidumbres que pesen sobre las fincas (150).

Por último, y ante las exageradas pretensiones de los ganaderos, aparece una serie de disposiciones legales que culminan en la Real Orden de 16 de agosto de 1854, que al amparo del Decreto de 1813 declara extinguido el privilegio de que gozaban los criadores de ganado caballar de introducirlo a pastar en dehesas y fincas particulares, dejando a salvo el posible derecho fundado en títulos especiales.

Como puede observarse, el fundamental Decreto de 1813, que tantos avatares ha sufrido no sólo por lo que respecta a sus vigencias y derogaciones alternantes, sino también por lo que a su interpretación se refiere, podemos concluir que todo propietario puede acotar y cerrar sus fincas siempre que deje a salvo las servidumbres que pesen sobre las mismas. Asimismo, toda la heredad se considera libre por la ley en tanto no se acrediten servidumbres fundadas en títulos legítimos, especiales y justos.

Ratificando esta última dirección, nuestro Código Civil establece en su artículo 388 que «todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas»; y constituyendo esta norma la legalidad vigente, conviene que hagamos, sobre el tema que nos ocupa, algunas consideraciones.

De una parte, al hacer el artículo citado una enumeración de los medios por los cuales el propietario puede cerrar o cercar sus fincas (paredes, zanjas, setos, etc.), hay que entender que su enunciación es meramente enunciativa y no exhaustiva, como lo prueba el hecho de que a continuación señale «o de cualquier otro modo». Lo que verdaderamente caracteriza el cerramiento

---

(150) En este sentido también las sentencias de 1 de marzo de 1862 y 14 de abril de 1866. En esta línea es de destacar el artículo 15 de la Ley de Caza de 10 de enero de 1879, al considerar acotadas y cerradas todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase pertenencientes al dominio particular, estableciendo que nadie puede cazar en las que no estén materialmente amojonadas, cerradas o acotadas, sin permiso escrito de su dueño, mientras no estén levantadas las cosechas; y que en los terrenos cercados y acotados materialmente o en los amojonados, nadie puede cazar sin permiso del dueño.

es que los medios por los que se verifica sean puestos con carácter permanente, a la vez que imposibiliten materialmente el acceso de ganados de ajena pertenencia a la finca objeto del cerramiento.

De otro lado, conviene observar que el artículo 388 deja a salvo las «servidumbres constituidas sobre las fincas», pronunciamiento lógico. Pero de acuerdo con la evolución histórica que hemos consignado, siempre que las citadas servidumbres «procedan de un título especial y suficiente que determine su legal existencia, pero no por un motivo general ni determinado en favor de clase ganadera ni de ninguna otra. Es decir, por un motivo civil o por un motivo público autorizado especialmente por las leyes en determinados casos» (151).

La idea central del artículo 388 del Código Civil está recogida por la Compilación de Navarra de 1 de marzo de 1973 en la ley 348, 1.º, al establecer que «todo propietario tiene derecho a cerrar sus fincas, pero deberá respetar el ejercicio de los derechos reales que existan sobre ellas». Sin embargo, se diferencia del artículo 348 del Código Civil en el sentido de que se limita a sancionar la facultad que el propietario tiene de cercar sus fincas sin hacer alusión a ninguno de los medios por los que puede llevarse a cabo.

Problema de enorme trascendencia es el determinar si dentro de las aludidas servidumbres, cuyo respeto establece el artículo 388 del Código Civil, debemos incluir la denominada servidumbre «pecoris pascendi», esto es, el derecho de apacentar ganados en fundos de otros cuando se procede a cerrar las fincas sobre las que este derecho se ejercita. El problema, sumamente discutible, ha sido abordado directamente por nuestro Tribunal Supremo, entre otras, en las Sentencias de 8 de junio de 1929 y 5 de noviembre de 1956, sentando una doctrina acorde con la evolución legislativa antes señalada y, naturalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el Código Civil.

Ahora bien, la denominada servidumbre «pecoris pascendi», como discontinua que es, una vez publicado el Código Civil, sólo

---

(151) *Vid.* voz «cerramiento» en *Diccionario de Derecho Privado*, Barcelona, 1967, pág. 871, en donde se recogen literalmente las palabras de SÁNCHEZ ROMÁN en ob. cit., págs. 137 y 138.

puede adquirirse en virtud de título a tenor de lo dispuesto en el artículo 539. No puede invocarse de ningún modo por quien la pretenda el mecanismo de la prescripción; la carencia de título puede suplirse tan sólo por una doble vía: o por escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente, o por una sentencia firme de acuerdo con el artículo 540 del mismo cuerpo legal.

Si la servidumbre «pecoris pascendi» que se pretenda tuvo su origen en época anterior a la publicación del Código Civil, las sentencias antes aludidas muestran un criterio totalmente ajustado a la evolución legislativa que señalamos. En efecto, reconoce nuestra jurisprudencia que por lo que se refiere a la legislación vigente en la época de promulgación del Código, es forzoso partir para su aplicación de la Real Orden de 11 de febrero de 1836, destacada de manera muy especial anteriormente —que es disposición de carácter legislativo y no administrativo—, por la que se dispuso que quienes alegan derechos de pastos, leñas y demás productos forestales en propiedades ajenas han de justificar su afirmación, no invocando un uso o una costumbre por antigua que sea, sino aportando el título de su adquisición o constitución, y probando su legitimidad y validez, así como la cumplida existencia del gravamen por quien lo afirme. A nuestro juicio —así lo señalamos en la nota 150— este criterio es equivocado, ya que antes del Código Civil podían adquirirse estas servidumbres por prescripción y esto ha sido reconocido por el propio Tribunal Supremo.

En el capítulo dedicado al «Régimen Jurídico» nos detendremos en el análisis de estos temas que quedan ahora simplemente enunciados. Tan sólo destaquemos, a modo de anticipo, que frecuentemente la «servidumbre de pastos» aparece confundida o identificada con la denominada «comunidad de pastos», y ésta, al amparo del artículo 602 del Código Civil, desaparece para las fincas que sean objeto de cerramiento.

Si partimos del primer párrafo del artículo 602 del Código Civil, conforme al cual «si entre los vecinos de uno o más pueblos existiere comunidad de pastos, el propietario que cercare con tapia o seto una finca la hará libre de la comunidad. Quedarán aún, sin embargo, subsistentes las demás servidumbres que sobre la misma estuviesen establecidas», podemos extraer varias consecuencias:

1.ª El «acotamiento» —silenciado por el Código Civil— no significa por sí mismo, después de publicado nuestro primer texto legal, un medio de liberación de la comunidad de pastos, a diferencia de lo que sucede con el «cerramiento».

2.ª Es imposible sostener la identidad entre «acotamiento» y «cerramiento», ya que este último constituye una circunstancia física más que se le agrega al acotado, que se convierte entonces en cercado (152).

3.ª Finalmente, las locuciones «cerrar» y «cercar» son sinónimas y, por lo que a nuestro estudio respecta, los medios para llevarlas a cabo no han de quedar limitados tan sólo a tapias o setos, como tendremos ocasión de analizar con detenimiento en el último capítulo.

4.ª El «cerramiento» es un medio de librar a las fincas de la «comunidad de pastos», pero no de la «servidumbre de pastos», ya que el simple cerramiento «deja subsistentes las servidumbres». Para librar de éstas a las fincas que las sufren, la vía es la «redención» regulada en el artículo 603, de cuyo análisis también nos ocuparemos extensamente en el capítulo VI.

Si cuanto antecede lo hemos referido a los acotamientos y cerramientos de fincas de propiedad privada, por la repercusión negativa que para los aprovechamientos comunitarios suponen, hemos de consignar, finalmente, que los términos municipales fueron acotados en virtud del Decreto de 23 de diciembre de 1870. No obstante, tal acotamiento en nada ha alterado los derechos sobre los pastos ejercitados comunitariamente.

---

(152) *Vid.* en este sentido GRAU FERNANDEZ, *Derecho de Caza*, Madrid, 1973, págs. 141 y sigs.

# Capítulo tercero

## *Los aprovechamientos en común de pastos y leñas en los territorios sujetos al Derecho común*

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

En el presente capítulo vamos a ocuparnos de las manifestaciones de los aprovechamientos en común de pastos y leñas en las regiones en que está vigente de forma exclusiva el Derecho Común, anticipando que cuanto se diga es, en principio, de aplicación general a todo nuestro territorio, si bien en las regiones forales además existen ciertas peculiaridades de las que nos ocuparemos con algún detenimiento en el capítulo siguiente.

Intentar un reflejo completo de todas las formas existentes de aprovechamientos comunitarios exigiría realizar un estudio extraordinariamente casuístico que excedería las pretensiones de nuestro trabajo. De ahí que, eludiendo las citas de casos aislados —que serían incompletas—, tratemos de precisar los más importantes sistemas de aprovechamiento que de forma comunitaria se realizan actualmente en nuestro país en las regiones sujetas al Derecho Común.

Prescindimos deliberadamente de las normas consuetudinarias, por ser de matiz eminentemente localista y que habrá que analizar en supuestos muy concretos, exponiendo la regulación de tales aprovechamientos según nuestros textos legales. Dicha regulación ofrece dos facetas distintas: una de índole civil y otra de índole administrativa, que en no pocas ocasiones plantean problemas de competencia de una u otra disciplina.

El Código Civil trata de estos aprovechamientos en común en los artículos 600 al 604, ambos inclusive. Dentro de estos artículos podríamos, en principio, hacer una clasificación: unos —concretamente los artículos 600, 602 y 604— son de evidente matiz privado; el otro artículo —el 601— se remite a las leyes administrativas. Por tanto, el propio Código Civil, al hacer esta remisión al campo administrativo, está reconociendo la doble regulación de los aprovechamientos en común de pastos y leñas.

Del texto del referido artículo 601 se deduce que cuando

estos aprovechamientos recaigan sobre terrenos públicos, ya pertenezcan al municipio, ya al Estado, la regulación ha de ser administrativa y no civil (153).

Estas normas, a primera vista tan sencillas, llevan en sí aparejadas una serie de cuestiones en cuya resolución no existe criterio unánime, siendo el primer problema planteado por las mismas la determinación del carácter público o privado de los terrenos.

Los aprovechamientos en común pueden revestir ilimitadas variedades. Con fines esclarecedores señalemos que tales aprovechamientos incidirán sobre terrenos de dominio público o sobre terrenos de dominio privado, e incluso, en ocasiones, simultáneamente en terrenos de una y otra naturaleza.

Esto lleva inherente, cómo anticipamos más arriba, un problema previo: determinar qué terrenos son de dominio público y qué terrenos son de dominio privado. Tal determinación reviste la mayor trascendencia.

Los terrenos de dominio público son utilizados por todos, y en algunos casos esta utilización incide primordialmente sobre productos herbícolas y forestales. Tal es el caso de los «montes catalogados» de propiedad provincial que pertenecen al «servicio público» y por tanto al «dominio público» (154).

Sobre algunos terrenos de dominio privado cobran todo su esplendor los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, fundamentalmente en los denominados «bienes comunales», que junto con los «bienes de propios» integran los llamados «bienes patrimoniales» de los pueblos (155). También sobre terrenos de dominio privado pertenecientes a los particulares existen con frecuencia aprovechamientos en común de pastos y leñas, ya sea

---

(153) No menciona el artículo 601 del Código Civil el supuesto de que la provincia sea titular de bienes de dominio público. Esta opinión la consideramos injustificada, ya que también estos entes territoriales son titulares de bienes de esta naturaleza. Como ejemplo más destacado tenemos los «montes catalogados» de propiedad provincial de acuerdo con lo que establece el número dos del artículo 4 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955.

(154) *Vid.* nota anterior.

(155) Los bienes patrimoniales de las provincias, como veremos más adelante, siempre son «de propios» y nunca «comunales».

por la voluntad de sus propietarios, ya sea en contra de su propia voluntad.

Estas hipótesis tienen un régimen jurídico distinto, tal y como se analizará en el capítulo dedicado específicamente a este tema.

## II. BIENES DE DOMINIO PUBLICO Y BIENES DE DOMINIO PRIVADO

### A) Bienes de dominio público

El catalogar a un terreno como público o como privado resulta en ocasiones de una dificultad extraordinaria. Para tratar de resolver este tema, de gran complejidad y trascendencia, hemos de partir de los textos positivos.

El Código Civil dedica los artículos 338 a 345 —que integran el Capítulo III, Título I del Libro II— a esta materia bajo la rúbrica «De los bienes según las personas a que pertenecen».

Establece con carácter general el artículo 338 que «los bienes son de dominio público o de propiedad privada», con lo cual da a entender que pueden equipararse los bienes de propiedad privada a los de dominio privado como contrapuestos a los de dominio público.

El propio Código Civil enumera los bienes de dominio público pertenecientes al Estado en el artículo 339, para lo cual sigue el criterio de la enumeración, siquiera ésta no sea exhaustiva, sino meramente enunciativa al utilizar las expresiones «como» y «otros análogos» dejando, en consecuencia, abierta la posibilidad de ampliar tal calificación a otros bienes en que concurran aquellas circunstancias que se dan en los que enumera. Dice textualmente el artículo 339: «Son bienes de dominio público:

1.º Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.

2.º Los que pertenecen privativamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y

demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras no se otorgue su concesión».

El artículo 343 —referido a los bienes de las provincias y de los pueblos— repite el principio general clasificatorio del artículo 338, por lo que resulta a todas luces innecesario. A nuestro juicio, el artículo 338 tiene validez general y no debe restringirse a los bienes del Estado, ya que el Código nada dice de tal restricción; creemos que tal precepto formula un principio general aplicable no sólo a los bienes del Estado, sino también a los de las provincias y de los pueblos.

Ciertamente hay una diferencia de dicción entre los artículos 338 y 343 del Código Civil y justamente en lo que se separa el artículo 343 del 338 comete una grave incorrección. En efecto, nos parece irreprochable el texto del 338 al decir, sin más, que «los bienes son de dominio público o de propiedad privada». En cambio, el artículo 343 al expresar que «los bienes de las provincias y de los pueblos se dividen en bienes de uso público y bienes patrimoniales», nos parece totalmente recusable porque, sin dejar de ser cierto en alguna medida, es incompleto por lo restrictivo y, por lo mismo, es inadmisible.

La expresión «bienes de dominio público» de que habla el artículo 338 es de contenido más amplio que la expresión «bienes de uso público» utilizada por el artículo 343 y referida exclusivamente a las provincias y los pueblos. De una interpretación aislada de ambos preceptos, se extraería una lógica pero incorrecta consecuencia: las provincias y los pueblos sólo tienen «bienes patrimoniales» y «bienes de uso público». Pero no es así.

Los bienes de «uso público» constituyen una categoría dentro de los bienes de dominio público», pero no agotan el contenido de estos últimos. Al lado de los de «uso público» están los de «servicio público», y ambas clases son las posibles variedades de la expresión, de contenido más amplio, «bienes de dominio público». Y en contra de lo que pudiera desprenderse del artículo 343, las provincias y los pueblos tienen no solamente bienes de «uso público», sino también bienes de «servicio público», además de los «patrimoniales».

Como pone de manifiesto el artículo 185 de la LRL de 24 de junio de 1955, así como el artículo 4 del RBEL de 27 de mayo de 1955 y el artículo 5 del Decreto de 17 de marzo de 1959

modificador del RH de 14 de febrero de 1947, tanto las provincias como los pueblos poseen no sólo bienes «patrimoniales», sino también bienes de «dominio público», comprendiendo dentro de estos últimos tanto los de «uso público» (único supuesto reconocido por el artículo del Código Civil), como los de «servicio público». En esta misma línea, resulta esclarecedor de cuanto afirmamos, el artículo 183 de la LRL (156).

El artículo 344 del Código Civil en su primer párrafo, consecuente con el artículo 343 del mismo cuerpo legal, establece que «son bienes de uso público, en la provincias y los pueblos, los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas» (157). Pero este párrafo inicial del artículo 344 exige la existencia de otro precepto que enumere los bienes que, siendo de «servicio público», pertenezcan también a los pueblos y provincias, y este precepto no existe en el Código Civil. De ahí que hayamos de acudir a lo dispuesto en los preceptos administrativos, en cuyas normas encontramos el contenido que llena esta evidente laguna de nuestro primer texto legal. Los artículos 185 de la LRL y 4 del RBEL, ya invocados más arriba, enumeran los bienes de «servicio público» que pertenecen a las provincias y municipios. Siendo más explícito el artículo 4 del Reglamento lo transcribimos a continuación:

«1. Son bienes de "servicio público", los destinados directamente al ejercicio de funciones cuya titularidad corresponde al Municipio o a la Provincia, como los siguientes:

a) Casas Consistoriales y Palacio Provincial, mataderos, mercados, lonjas, alhóndigas, pósitos, escuelas, cantinas, restaurantes y, en general, los demás edificios adscritos a la prestación de servicios municipales o provinciales.

b) Museos, monumentos artísticos e históricos, campos de deporte, piscinas, teatros, cines y frontones.

---

(156) La Ley de Régimen Local en su artículo 183 establece que «los bienes municipales se clasifican en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Los bienes de dominio público son de uso o servicio público; los patrimoniales son de propios o comunales».

(157) En parecidos términos se pronuncia —invocándolo— el artículo 184 de la LRL.

c) Asilos, hospicios, albergues, hospitales, laboratorios, casas de socorro, centro de desinfección, evacuatorios, lavaderos y cementerios, y

d) Parques de vehículos y de extinción de incendios, elementos de transporte terrestre, marítimos, fluvial, subterráneo y aéreo, estaciones, puertos y, en general, cualesquiera otros bienes destinados a prestación de servicios públicos o administrativos.

2. También tendrán la consideración de bienes de «servicio público» los montes catalogados de propiedad provincial.»

Del texto transcrito se desprende, sin ningún género de duda, que tanto las provincias como los pueblos tiene bienes de «servicio público» además de bienes de «uso público»; es decir, tienen bienes de «dominio público» en toda la amplitud de esta expresión.

Los bienes de «dominio público» pueden revestir dos modalidades: pueden ser de «uso» o de «servicio» público. Esta distinción, que ya se formula en el artículo 339 del Código Civil al tratar de los bienes de «dominio público» del Estado en sus números primero y segundo respectivamente, es matizada con más detalle en la LRL así como en el RBEL cuando el titular de tales bienes de «dominio público» no es el Estado, sino la provincia o el municipio.

En este sentido, el artículo 184 de la LRL establece que «son bienes de uso público municipal, de conformidad con el párrafo primero del artículo 344 del Código Civil, los caminos, plazas, calles, paseos, aguas, fuentes y obras públicas de servicio general cuya conservación y policía sean de competencia del municipio». Este precepto es desarrollado ampliamente por el artículo 3 del RBEL, abarcando no sólo al municipio —como hace el artículo 184 de la LRL—, sino también a la provincia.

Expresa el citado artículo 3 del Reglamento:

«1. Son bienes de uso público municipal o provincial los de pertenencia del municipio o la provincia, respectivamente, destinados directamente al uso público, como los caminos, puentes, canales, paseos, calles, plazas, parques, aguas y fuentes públicas.

2. Los inmuebles adquiridos voluntariamente o por expropiación, para realizar planes de ordenación urbana, tendrán la consideración de bienes de uso público a partir del momento en

que se perfeccionare la transmisión, aunque sus edificaciones no estuvieren demolidas y continuaren ocupadas por los antiguos dueños, arrendatarios o precaristas, si las mismas construcciones o las superficies sobre que se levantaren hubieren de quedar destinadas a alguno de los usos a que se refiere el párrafo anterior».

Por lo que respecta a los bienes de «servicio público», hay que tener en cuenta el ya citado artículo 185 de la LRL. A su tenor, «son bienes de servicio público los que el municipio destine al cumplimiento de fines de interés público, como Casas Consistoriales, Mataderos, Mercados, Lonjas, Escuelas y otros análogos», precepto que desarrolla el artículo 4 del RBEL (158), y en el que se comprende no sólo al municipio, sino también a la provincia. Lo verdaderamente característico de estos bienes es que están destinados a funciones cuya titularidad corresponde al municipio o a la provincia.

### B) Bienes de dominio privado

Junto a los bienes de dominio público existen los bienes de dominio privado. Estos pueden pertenecer al Estado, a la provin-

---

(158) Tiene razón GARCÍA-TREVIJANO FOS, «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», *Revista de Administración Pública*, n.º 29 (1959) págs. 14, 15, 16 y 18, al criticar la rúbrica del Código Civil, ya que, según el citado autor, a primera vista parece ser que está refiriéndose al criterio subjetivo, siendo así que, del análisis de los artículos que comprende, se deduce que al criterio que realmente alude es al del régimen jurídico, distinguiendo de forma inequívoca los bienes demaniales y el dominio privado.

A su juicio, para llegar a un concepto depurado del dominio público es preciso tener en cuenta las siguientes notas:

a) La doctrina del siglo XIX, influida por dos corrientes distintas: una de matiz histórico, considerando de dominio público aquellos bienes destinados por naturaleza a un uso común; y otra, de matiz político, estimando que era necesaria la pertenencia de tales bienes a la Nación.

b) El hecho de que el Estado tiene una verdadera propiedad sobre el dominio público.

c) Aparición de bienes de dominio público por afectación o destino, frente al concepto de bienes de dominio público por naturaleza, con lo cual su número se amplía considerablemente.

Concluye que para la existencia del dominio público es necesario el ayunta-

cia, al municipio y a los particulares, pudiendo estos últimos ostentar su titularidad dominical ya en forma individual ya en forma colectiva.

El artículo 345 del Código Civil preceptúa qué bienes son de propiedad privada, al establecer que son de tal naturaleza, además de los patrimoniales del Estado, de la provincia y del municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente.

Conviene precisar que así como los bienes de dominio público han de tener siempre por titular a un ente público, los bienes de dominio privado pueden pertenecer, según consignamos, no sólo a los particulares, sino también a los entes públicos, en la forma que se desprende del referido artículo 345 del Código Civil.

*a) De los particulares*

El inciso final del citado artículo 345 del Código Civil considera bienes de propiedad privada los pertenecientes a particulares individual o colectivamente. El titular de estos bienes puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, y la propiedad de los mismos puede ser de un sólo titular o de varios. En este último supuesto nos hallamos en presencia de una auténtica copropiedad.

En el caso de una propiedad compartida por varios titulares, es innegable que, salvo por alguna circunstancia especial, surge «a se» el aprovechamiento en común por los distintos propietarios. En tal hipótesis lo normal es la existencia de una «comunidad de tipo romano» en la que la titularidad, no sólo dominical sino también de aprovechamiento, corresponde a los condueños en proporción a la parte alícuota que a cada uno corresponde en la cosa común. Este supuesto no plantea prácticamente problema alguno.

También puede suceder que los aprovechamientos correspon-

---

miento de dos condiciones sin las cuales tal dominio no existe:

1. Que la titularidad corresponda a un ente público.
2. Que estén afectados a una función o servicio público del propio ente titular o de otro.

dan a personas ajenas a la titularidad dominical, ya en concurrencia con los titulares dominicales, ya con ausencia de éstos por lo que respecta a los aprovechamientos herbícolas y forestales (159).

Conocemos «de visu» supuestos en los que los aprovechamientos comunitarios inciden directamente sobre bienes de propiedad particular que, en forma exclusiva, corresponden a un solo sujeto. Estos aprovechamientos, referidos fundamentalmente a los productos forestales y herbícolas de que estamos ocupándonos, pueden tener un origen voluntario o bien existir al margen, e incluso en contra, de la voluntad de su titular dominical. Esta última situación puede obedecer a múltiples causas, generalmente de carácter histórico, sin que pueda darse una explicación uniforme. Hay que estar a cada caso concreto para explicar la existencia del aprovechamiento comunitario.

Como se analizará más adelante, hoy están extraordinariamente dificultados estos aprovechamientos comunitarios en su nacimiento. No obstante, con ciertos requisitos, tales formas de disfrute colectivo pueden surgir de nuevo, además de los inumerables supuestos que perviven en la actualidad y que fueron originados con antelación a la vigencia del Código Civil que, naturalmente, los respeta.

Cuando los aprovechamientos objeto de nuestro estudio se «imponen» a los particulares sobre sus terrenos, e incluso cuando se crean por voluntad de los mismos, pueden revestir, tal y como analizaremos con cierto detenimiento en el próximo capítulo, fundamentalmente dos modalidades: «comunidad» o «servidumbre», si bien pueden obedecer a otros moldes jurídicos tales como el usufructo o superficie rústica, según veremos. Anticipemos que tanto la comunidad como la servidumbre de pastos y leñas pueden dejar de existir mediante el cerramiento de las fincas afectadas o mediante la redención de la carga que la servidumbre representa, respectivamente.

*b) Del Estado*

Los bienes del dominio privado pertenecientes al Estado

---

(159) Esta situación es de cierta frecuencia en determinadas zonas de nuestro país, ofreciendo gran número de modalidades de las que nos ocuparemos con alguna extensión en los capítulos siguientes.

están regulados en los artículos 340 y 341 del Código Civil. El primero de dichos preceptos procede por exclusión para determinar qué bienes corresponden al Estado con el carácter de propiedad privada, siendo todos aquellos de su pertenencia que no estén destinados ni al «uso» ni al «servicio» público. A este respecto, es de tener en cuenta tanto la LPE de 15 de abril de 1964, como su Reglamento de 5 de noviembre del mismo año, ya que ambos cuerpos legales constituyen la normativa por la que se rigen los bienes de propiedad privada del Estado (160).

El artículo 341 contempla el supuesto de conversión de bienes de dominio público del Estado en bienes de propiedad particular del mismo, conversión que tendrá lugar cuando los citados bienes dejen de estar destinados al «uso» o al «servicio» públicos. En este sentido, señala el citado precepto que «los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado».

*c) De las provincias y los pueblos*

Los bienes de dominio privado de las provincias y de los pueblos, también llamados «patrimoniales», tienen su reconocimiento positivo en el Código Civil en su artículo 344, párrafo

---

(160) La Ley del Patrimonio del Estado, de 15 de abril de 1964, establece en su artículo 1.º que «constituyen el Patrimonio del Estado»:

1. Los bienes que, siendo de propiedad del Estado, no se hallen afectos al uso general o a los servicios públicos a menos que una ley les confiera expresamente el carácter de demaniales.

Los edificios propiedad del Estado en que se alojen órganos del mismo tendrán la consideración de demaniales.

2. Los derechos reales y de arrendamiento de que el Estado sea titular así como aquellos de cualquier naturaleza que deriven del dominio de los bienes patrimoniales.

3. Los derechos de propiedad incorporal que pertenezcan al Estado».

El artículo 2 del mismo cuerpo legal establece la normativa aplicable a los bienes patrimoniales del Estado al señalar que «los bienes y derechos del Patrimonio del Estado se regirán por la presente ley y, subsidiariamente, por las normas del Derecho Privado, Civil o Mercantil».

(Los artículos 1 y 2 del Reglamento coincidente literalmente con el 1 y 2 de la ley que acabamos de transcribir.)

segundo, además de la alusión que de los mismos formula el tantas veces citado artículo 345 del mismo cuerpo legal.

Dice el artículo 344 del Código Civil en su segundo párrafo —tras enumerar en el primero los bienes de «uso público» de las provincias y de los pueblos— que «todos los demás bienes que unos y otros posean son patrimoniales y se regirán por las disposiciones de este Código, salvo lo dispuesto en leyes especiales».

Esta afirmación del segundo párrafo del artículo 344 del Código Civil es totalmente inadmisible por las razones ya expuestas con anterioridad. En efecto, de su tenor literal, y como pura conclusión del primer párrafo, se desprende que todos los bienes de estas entidades que no sean de «uso público» son «patrimoniales». Mas el hecho cierto es que tanto las provincias como los pueblos —y esto es incontrovertible por lo que se dijo con antelación—, no sólo tienen bienes de «uso público» y «bienes patrimoniales»; también tienen bienes de «servicio público». Y si esto es así, es totalmente incorrecta la expresión del segundo párrafo del artículo 344 del Código; sólo sería defendible si a la enumeración de los bienes de «uso público» del primer párrafo añadiera otra enumeración de los bienes de «servicio público». Sólo así cobraría plena validez la afirmación del párrafo final. Es decir, todos los bienes de las provincias y los pueblos que no sean de «uso» o «servicio» públicos, serán «patrimoniales» (161).

---

(161) Desde el punto de vista registral, hay que tener en cuenta los artículos 4, 5 y 6 del Reglamento Hipotecario. El artículo 4 establece como principio general que «serán inscribibles los bienes inmuebles y los derechos reales sobre los mismos, sin distinción de la persona individual o colectiva a que pertenezcan y, por tanto, los del Estado, la provincia, el municipio y las entidades civiles o eclesiásticas». Sin embargo, seguidamente señala el artículo 5.º en sus números 1.º y 2.º: «quedan exceptuados de la inscripción:

Primero. Los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, ya sean de uso general, ya pertenezcan privativamente al Estado, mientras estén destinados a algún servicio público, al fomento de la riqueza nacional o a las necesidades de la defensa del territorio.

Segundo. Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial».

El artículo 6 del Reglamento contempla, desde el punto de vista registral, dos posibles hipótesis: Que los bienes de dominio público pasen a ser propiedad privada, así como el supuesto contrario. A tal efecto establece: «Si alguno de los

Los artículos del Código Civil referentes a los bienes de las provincias y de los pueblos son ampliamente desarrollados tanto por la LRL como por RBEL, superando las disposiciones administrativas una situación de cuasi vacío legislativo de nuestro primer texto legal, dada la parquedad con que éste se pronuncia.

El artículo 183 de la LRL —referido exclusivamente a los Municipios y que ya quedó transcrito más arriba— expresa: «Los bienes municipales se clasifican en bienes de dominio público y bienes patrimoniales. Los bienes de dominio público son de uso o servicio público, los patrimoniales, son de propios o comunales».

Tomando como base el inciso final del precepto citado (162), vamos a ocuparnos del análisis de los bienes «patrimoniales» de las provincias y de los pueblos como contrapuestos a los de «dominio público» a la luz de los textos administrativos, después de haber visto su deficiente regulación en el Código Civil.

Estos bienes «patrimoniales», al no estar destinados directamente al «uso público» ni al ejercicio de funciones municipales o provinciales, pertenecen, tal y como expresa el artículo 5, 1 del RBEL, a dichas entidades en régimen de Derecho Privado, afirmación legal de la mayor trascendencia en materia de aprovechamientos comunitarios.

Los bienes «patrimoniales» revisten dos modalidades cuando el titular es el municipio o una entidad local menor: pueden ser «de propios» o «comunales». Cuando el titular de los bienes «patrimoniales» es la provincia, tales bienes serán siempre «de propios» y nunca «comunales» (163).

---

bienes comprendidos en el artículo anterior —los exceptuados de inscripción por ser de dominio público—, o una de sus partes, cambiasen de destino y adquiriera el carácter de inscribible, se llevará a efecto su inscripción con arreglo a lo dispuesto en este Reglamento». En su segundo párrafo contempla la hipótesis contraria al preceptuar que «si un inmueble de propiedad privada, o parte del mismo, adquiere la naturaleza de alguno de los enumerados en el artículo anterior, se hará constar esta circunstancia por nota marginal».

(162) De los bienes de «dominio público» en su doble vertiente de «uso» y «servicio» público ya nos hemos ocupado anteriormente.

(163) El Reglamento de Bienes de las Entidades Locales establece en su artículo 2:

Los bienes «de propios» son definidos en el artículo 186 de la LRL como «bienes propiedad del Municipio no destinados al uso público ni a la realización de ningún servicio, y puedan constituir fuente de ingresos para el erario municipal», añadiendo el artículo 5, 2 del RBEL, asimismo, que «pueden constituir fuente de ingresos de naturaleza jurídica privada para el erario de la entidad local (164)».

Incidentalmente, y a propósito de exenciones tributarias y con estos efectos, el artículo 673, 2.º, 1.º C) de la LRL afirma que se calificarán como bienes de «propios», los que produzcan a la entidad local ingresos constitutivos de renta, no considerándose en ningún caso como renta el rendimiento de exacciones locales ni el procedente de aplicar las tarifas de servicios públicos de la competencia local (165).

El artículo 7 del tantas veces citado RBEL califica como bienes «de propios» las parcelas y efectos no utilizables, considerando como parcelas no utilizables aquellas porciones de terreno propiedad de dichas entidades que por su reducida extensión, forma irregular o emplazamiento, no fueren susceptibles de uso adecuado; y como efectos no utilizables, todos aquellos bienes que por su deterioro, depreciación o deficiente estado de conservación, resultasen inaplicables a los servicios municipales o al normal aprovechamiento, atendida su naturaleza o destino, aunque los mismos no hubiesen sido dados de baja en el inventario.

Los bienes «comunales» —que, tal y como se expresó con anterioridad, sólo pueden pertenecer a los municipios y a las entidades locales menores— son definidos en el artículo 187 de

---

1. Los bienes de las entidades locales se clasificarán en bienes de dominio público y bienes patrimoniales.

2. Los bienes de dominio público serán de uso o de servicio público.

3. Los patrimoniales podrán ser «de propios» o «comunales» en los municipios y entidades locales menores y únicamente «de propios» en las Provincias.

(164) Como puede observarse, el artículo 5, 2 a) del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales no se refiere solamente al Municipio como posible titular de bienes «de propios».

(165) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Código de las Leyes Administrativas*, Madrid, 1976, pág. 830, nota 8, estima que esta definición de los bienes «de propios» a efectos tributarios, debe entenderse en vigor al no estar en contradicción con el artículo 24 de la Ley de 48/1966, de 23 de julio.

la LRL como «bienes de dominio municipal cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos». Añade la propia Ley en su artículo 188 que «los bienes comunales serán inalienables, imprescriptibles e inembargables y no estarán sujetos a tributación del Estado» (166). Por su parte, el artículo 5, 2 b) del RBEL señala que los bienes patrimoniales serán «comunales cuando su aprovechamiento y disfrute corresponde exclusivamente a la comunidad de vecinos».

Como puede observarse, en un plano estrictamente teórico, la distinción entre ambas clases de bienes es clara y terminante. Sin embargo, en la práctica resulta en muchas ocasiones sumamente difícil encuadrar un bien en una u otra categoría (167). Por otra parte, no es infrecuente que los bienes se denominen como «de propios» y realmente sean «comunales» o viceversa. Lo que interesa, evidentemente, no es su nombre sino su verdadera naturaleza. En este sentido, como expresa claramente la sentencia de 30 de junio de 1955, para atribuir el carácter de «comunales» no basta la calificación jurídica de tales por las partes, sino que es preciso acreditar el hecho que diera lugar a la adquisición de estos bienes con tal carácter. Y es que, como dice certeramente Guaita (168), los bienes son lo que son y no como se les llame.

Si partimos de los textos legales, es innegable que lo verdaderamente característico de los bienes «patrimoniales» es su pertenencia en propiedad privada al municipio o entidad local menor. Esto es predicable a las dos categorías que los integran: «bienes de propios» y «bienes comunales»; es lo único que tienen en común (169).

---

(166) La inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad de los bienes «comunales» es repetida también en el artículo 94 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. Asimismo el artículo 24, 4, 3.º de la Ley de 23 de julio de 1966 «sobre Modificación Parcial del Régimen Local», los declara exentos de la Contribución Territorial Urbana, Rustica y Pecuaria.

(167) El problema no existe cuando el titular dominical es la provincia, ya que los bienes patrimoniales de ésta siempre son «de propios» y nunca «comunales».

(168) GUAITA, «Montes y Bienes Comunales», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, 1970, n.º 25-26 pág. 12.

(169) Como ya quedó consignado más arriba, los bienes «patrimoniales»

Sin embargo —y en esto radica su esencial diferencia—, en los bienes «de propios» la titularidad dominical no está, en modo alguno, coartada por el aprovechamiento de sus productos; el titular puede libremente aprovechar sus propios bienes, realizándolo generalmente mediante su arrendamiento o mediante la venta directa de ciertos productos de los mismos (fundamentalmente cuando se trata de productos maderables). En cambio, en los bienes «comunales», existe una disociación tajante entre titularidad de dominio y titularidad de aprovechamiento. El dominio pertenece al municipio, mientras que el aprovechamiento pertenece a los vecinos del municipio, o mejor, a la comunidad vecinal.

Respecto de los bienes «comunales», no deja de ser sorprendente esta disociación «dominio-aprovechamiento» a que acabamos de referirnos. En efecto, si al dominio de los bienes le quitamos los aprovechamientos y, además, la facultad de disponer («ius disponendi»), ¿a qué queda reducido tal dominio? Sin lugar a dudas a nada útil, pero sí perturbador. Y esto es lo que sucede precisamente con los bienes «comunales» ya que, como se verá más adelante, son inalienables y, por tanto, el municipio no puede venderlos, ni tampoco le corresponden al mismo los aprovechamientos por ostentarlos en forma gratuita la comunidad de vecinos (170).

Esta singular situación respecto de los bienes «comunales» está claramente formulada en la vigente legislación. Categóricamente el artículo 187 de la LRL destaca la disociación apuntada: el dominio es municipal; el aprovechamiento es vecinal. Sin embargo, no fue éste el criterio existente con anterioridad, ya que como señala certeramente la Sentencia de 14 de junio de 1968, hasta tiempos relativamente recientes se imputaba la

---

propiedad de la provincia siempre son bienes «de propios». De ahí que nos refiramos fundamentalmente a los «patrimoniales» de los municipios y entidades locales menores para establecer la diferencia entre los bienes «de propios» y los «comunales».

(170) La gratuidad de los aprovechamientos de los bienes comunales es sancionada en reiterada jurisprudencia, y en este sentido la sentencia de 31 de diciembre de 1966 afirma categóricamente que «los comunales no están sujetos a tributación... son de aprovechamiento personal e individualizado de todos y cada uno de los vecinos del municipio y no productores de renta».

titularidad de los bienes «comunales» al «común de vecinos» y así lo expresaba el artículo 310 del Estatuto Municipal de 1924.

El profesor Nieto (171) explica magistralmente el porqué de este cambio; el porqué de un solo titular —«común de vecinos» que ostentaba no sólo el dominio, sino también el aprovechamiento— se ha pasado a dos titulares: el dominical (entidad local) y el del aprovechamiento (vecinos). A su juicio, la aparición del municipio dotado de personalidad jurídica, al suplantar el «común de vecinos» carente de tal personalidad, explica históricamente el fenómeno a que hacemos referencia. Mas, para esclarecer este tema que consideramos de enorme trascendencia, conviene que, aunque sea someramente, veamos cómo se ha gestado esta mutación.

Señala agudamente García de Enterría (172) que los patrimonios locales son el fruto de la historia; resultado de una viva tradición de colectivismo agrario que se pierde literalmente en la noche histórica, y que con unos y otros avatares ha llegado inesperadamente como un resto del mundo antiguo todavía presente, como un fósil aún con vida, hasta nuestros días. Y si bien el citado autor se refiere a los «montes», es innegable que es de aplicación a los «bienes comunales» en general (173).

En sus orígenes, los patrimonios locales eran auténticas propiedades colectivas de los vecinos agrupados en variadas formas. De ahí que afirmar que hoy pertenecen a las entidades locales constituye, en el decir de García de Enterría un claro convencionalismo dogmático, ya que históricamente, socialmente y económicamente han sido de los vecinos.

Los vecinos —sigue diciendo García de Enterría— son a la vez los titulares de la propiedad de los bienes en cuanto «communitas civium» (comunidad de ciudadanos) y los que se

---

(171) NIETO, *Bienes Comunales*. págs. 263 y sigs.

(172) GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura», *Anuario de Derecho Civil*. 1976, n.º 2, págs. 281 y sigs.

(173) GUAITA en «Montes y Bienes Comunales», pág. 10, precisa que «montes comunales» y «bienes comunales» no son términos sinónimos, ya que no todos los montes (ni la mayoría) son comunales, y que no todos los «bienes comunales» son montes. Ahora bien —añade— poblados o no actualmente de arbolado, la mayor parte de «bienes comunales» son precisamente «montes».

benefician de su aprovechamiento concreto. El ente local, cuando existe, es un mero gestor, un simple órgano de actuación de esta comunidad de vecinos. El municipio rural es una organización esencialmente montada con vistas a la gestión de estas propiedades comunitarias. Los entes locales son asociaciones vecinales; son la cabeza visible, la organización externa de lo que en realidad constituye una comunidad (germánica) de propietarios.

Sin lugar a dudas, estamos ante una idea germánica del municipio como una comunidad o conjunto de vecinos, como un «pueblo» que es, precisamente, la comunidad de los vecinos, la «universalidad —de individuos» como precisa técnicamente el artículo 600 del Código Civil.

Mas a esta idea germánica del municipio, sucederá por obra y gracia de la recepción de los dogmas del Derecho romano —concretamente a partir del siglo XV— una «universitas» municipal, un municipio considerado ya como una entidad separada y sustantiva y no como simple expresión u órgano de la comunidad vecinal.

De acuerdo con Nieto (174) «al cabo de los años, dentro de la primitiva masa indiferenciada y cualitativamente homogénea de bienes del "común de vecinos" empiezan a distinguirse dos categorías diferentes: mientras que unos son utilizados por los vecinos "uti singuli", en su beneficio individual y particular (hierba para sus ganados, leña para sus hogares), otros se destinan a la satisfacción de las necesidades colectivas, de la colectividad en cuanto tal (madera para la construcción de la iglesia, piedra para las calzadas y fuentes públicas). Estos últimos bienes adquieren una importancia inusitada al ir creciendo las necesidades colectivas y, más aún, al transformarse las condiciones económicas de la vida. La madera y la piedra ya no se emplean directamente en las obras, sino que se enajenan, y su precio, en vez de ser repartido entre los vecinos, se dedica a sufragar las obras y demás gastos colectivos». Así tenemos ya, pues, perfectamente diferenciadas las dos categorías o grupos de bienes que, al margen de los de dominio público, se mantienen en la actuali-

(174) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 267.

dad: los afectados a las necesidades colectivas («de propios») y los afectados a las necesidades individuales de los miembros de la colectividad («comunales») (175).

Esta distinción entre bienes «de propios» y «comunales» tan agudamente expuesta por Nieto desde el punto de vista histórico, alcanzará su máxima diferenciación en el siglo XIX, época en la que adquieren las dos categorías de bienes, características peculiares que los diferencian entre sí de una forma acentuada. Antes, la distinción tenía un carácter muy relativo; a partir del siglo XIX, la diferenciación adquiere carácter sustancial.

Los bienes «de propios» pasarán a ser total y absolutamente propiedad del municipio, con lo cual existe una completa preterición de su origen (176). Su antigua titularidad vecinal se olvida por completo; existe un auténtico despojo perpetrado a los vecinos que se consagra en la legislación vigente a que hemos hecho referencia. Ciertamente, si como el artículo 186 de la LRL y el artículo 5.º, 2 a) del RBEL reconocen, tales bienes producen renta para el erario municipal, en la medida que con estas rentas se satisfacen necesidades colectivas, es evidente que se satisfacen intereses vecinales. Pero sería un auténtico abuso de lenguaje extraer de esta circunstancia la conclusión de que el aprovechamiento es vecinal.

Respecto de los bienes «comunales», la comunidad de vecinos ve respetado su derecho al aprovechamiento, pero se le

---

(175) Por su parte, GINER DE LOS RÍOS, «El estado de la persona social», en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. t. 89, pág. 133 —citado por SIERRA BUSTELO—, refiriéndose a la persona social, afirma que los fines sociales son de dos clases: de la persona en su unidad e integridad y de la totalidad colectiva de sus miembros, como tales (no como individuos independientes). Según esto hay dos clases de propiedad común. La primera sirve para los fines propiamente del todo, y en ella la persona social funciona enteramente como el individuo, sin que obsten las modificaciones peculiares de su organización y administración interior. En la segunda clase de propiedad, el aprovechamiento corresponde a los individuos, en concepto de miembros de la sociedad, más para sus propios fines individuales. Ejemplo de ambas clases de bienes se nos ofrece en los bienes municipales, entre los llamados «de propios» y de «aprovechamiento común».

(176) La sentencia de 31 de enero de 1974 define a los bienes «de propios» como bienes patrimoniales cuya titularidad dominical en régimen jurídico privado corresponde a la corporación para la cual constituye fuente de ingresos.

priva de su titularidad dominical; ésta pasa al municipio sin que exista ninguna justificación. Los «comunales» han sido, al igual que los bienes «de propios», propiedad de la comunidad vecinal y nada puede legitimar el que hayan pasado a ser propiedad del municipio por obra y gracia del legislador. A la vieja titularidad dominical de tipo germánico, representada por el «común de vecinos», ha sucedido la titularidad del municipio.

Innecesario es decir que el despojo de los vecinos ha sido tan evidente como flagrante en ambos tipos de bienes. Pero más acusado ha sido, sin lugar a dudas, en los bienes «de propios» que en los «comunales». En los bienes «de propios» la usurpación municipal ha sido completa; en los «comunales» la usurpación municipal «respeta» los aprovechamientos al incidir «tan sólo» en la titularidad dominical.

La diferenciación entre ambas clases de bienes fue circunstancial y arbitraria. Sin otra norma que la mera conveniencia en un momento determinado, ciertos bienes eran utilizados temporalmente «uti singuli» y otros se utilizaban en beneficio de la colectividad en cuanto tal. Extraer de esta circunstancia tan importante diferenciación —cuando los bienes eran de idéntica naturaleza e idéntico titular (el «común de vecinos»)— aparte de ser, según decimos, arbitrario, tuvo consecuencias de extraordinaria importancia que se acentuarían, sobre todo, en la legislación desamortizadora.

Como quiera que de la desamortización ya nos hemos ocupado en otro lugar, ahora constataremos tan sólo que afectó primordialmente a los bienes «de propios» quedando exceptuados, en principio, los bienes «comunales» que por ser terrenos de aprovechamiento común y de acuerdo con el artículo 2, apartado 9.º de la Ley de 1 de mayo de 1855, no se vieron afectados por el proceso desamortizador.

Como fácilmente puede comprenderse, y dado el criterio convencional de la distinción, no fue infrecuente la enajenación de auténticos bienes «comunales» que, por razones poco ortodoxas, aparecieron como «de propios» y se pusieron en estado de venta con el consiguiente perjuicio para las comunidades vecinales. No obstante, y como contrapartida, no debemos silenciar que a través del mecanismo de la autorización, sancionado en la propia Ley de 1855 en su artículo 2, apartado 6.º, el

Gobierno exceptuó de la enajenación determinados «montes y bosques».

Precisamente en esta autorización concedida al Gobierno para exceptuar de la desamortización ciertos montes y bosques, entronca García de Enterría (177) el comienzo de la legislación del Catálogo de Montes. Pero debemos señalar que esta medida en poder del Gobierno fue muy limitada (178).

La legislación desamortizadora de 1855, vigente hasta el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924, supuso la desamortización de gran parte de los bienes «de propios» pero no su total consunción. Respecto de los mismos, podemos afirmar que ni su naturaleza ni su titularidad plantean problemas. Son bienes patrimoniales como contrapuestos a los de dominio público y el titular de los mismos —por esa extraña transmutación operada y ya referida—, es el municipio. En los bienes de «propios» el aprovechamiento comunitario es ajeno a no ser que varias personas como arrendatarias o en virtud de otro título los disfruten comunitariamente. Pero, como fácilmente puede comprenderse, el aprovechamiento común no surge por la naturaleza del bien en sí, sino en virtud de otra circunstancia. De ahí que a los efectos de nuestro estudio, no nos interesan mayormente, a no ser por la relación que puedan tener con los bienes «comunales», dado su idéntico origen y su no fácil diferenciación con ellos en múltiples ocasiones.

### C) Especial referencia a los bienes comunales

En los «bienes comunales» el aprovechamiento comunitario generalmente es consustancial a su propia naturaleza y de ahí que hagamos con algún detenimiento el análisis de algunos de

---

(177) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las formas comunitarias...*. págs. 290 y 291.

(178) La facultad otorgada al Gobierno de exceptuar de la desamortización, articulada en la Ley de 1855, era muy abstracta, concretándose en la Ley de Montes de 24 de mayo de 1863, pero de forma muy restringida, ya que sólo se exceptúan del fenómeno desamortizador los montes que reunieran dos características: tener una extensión superior a 100 hectáreas, y estar poblados de roble, pino o haya. De ahí la enorme liquidación de fincas en las que no concurrían cumulativamente ambas circunstancias.

sus aspectos. La magistral obra de Nieto, tantas veces citada en el presente trabajo, estudia de forma exhaustiva y con un gran rigor científico el tema de los «bienes comunales». Ello nos libera de abordar en toda su extensión el problema de estos bienes. Sin embargo, creemos necesario hacer algunas puntualizaciones que podemos concretar en su concepto, extinción, creación, caracteres y titularidad.

*1. Concepto*

Por lo que respecta a su concepto, son claros y terminantes tanto los artículos 187 y 188 de la LRL como el 5, 2 b) del RBEL. A su tenor, podríamos, en principio, afirmar que son «bienes de dominio municipal, inalienables, imprescriptibles, inembargables, no sujetos a tributación del Estado y cuyo aprovechamiento y disfrute corresponde exclusivamente a los vecinos».

Sin embargo, cierto sector doctrinal (179) adopta un criterio más amplio al conceptuar los «bienes comunales». A su juicio, el que el dominio pertenezca al municipio es irrelevante; lo que verdaderamente tipifica a estos bienes y les da carácter es su aprovechamiento por la comunidad vecinal. De ahí que amplíen considerablemente los supuestos de «bienes comunales». Pero éste, ni fue su concepto histórico —ya que se exigía que tanto el dominio como el aprovechamiento fueran del «común de vecinos» (180)—, ni tampoco está de acuerdo con el criterio legal,

---

(179) NIETO, en varios pasajes de su obra *Bienes Comunales* y fundamentalmente en las págs. 307 y sigs. También GUAITA, ob. cit. últimamente, págs. 7 y sigs.

(180) Los bienes del «común de vecinos» históricamente constituyeron una categoría única de la que surgirán más tarde los bienes «de propios» y los «comunales».

Los bienes de «propios» cuya denominación, en el decir de DÍAZ CANEJA, «Bienes Municipales. Su clasificación en la Ley de Régimen Local», *Revista de Estudios de Administración Local*. n.º 81 (1955), págs. 430 y sigs., es moderna e incorrecta, exclusiva de la literatura legislativa y jurídica reciente. Son definidos por ROYO VILLANOVA, *Elementos de Derecho Administrativo*. 26.ª ed., tomo I, Valladolid, 1964-65, pág. 476, como aquellos que pertenecen al municipio o a la provincia con el mismo título que los que hemos llamado, en el Estado, patrimoniales. En ellos el municipio o la provincia se manifiesta como persona jurídica y

ni, finalmente, como veremos seguidamente, está de acuerdo con el criterio jurisprudencial.

La legalidad vigente exige de forma fundamental y cumulativa dos notas para catalogar a un bien como «comunal»: dominio municipal y aprovechamiento de la comunidad de vecinos. De ahí que sea, a nuestro juicio, incorrecto destacar tan sólo el aprovechamiento haciendo caso omiso de la titularidad dominical. Afirmar como única nota definitoria de tales bienes el aprovechamiento en común, es ir derechamente en contra de lo dispuesto en la Ley. Que la importancia del aprovechamiento en los bienes comunales es fundamental es algo que en modo alguno puede discutirse; pero prescindir del titular del objeto sobre el que el aprovechamiento se ejercita, lo consideramos improcedente.

No estamos de acuerdo con Nieto (181) en que lo importante es que se trate de un aprovechamiento comunal y que es sólo accidental el que recaiga sobre bienes de propiedad del municipio, de los propios vecinos o de terceros, ni tampoco con Guaita (182) que sigue fielmente en este punto a Nieto. Creemos, asimismo, que no es válida la distinción de bienes comunales «típicos» y bienes comunales «atípicos» a pesar de que haya sido recogida por la sentencia de 14 de junio de 1968, para ubicar dentro de los «típicos» los que a nuestro juicio son los verdaderos y únicos bienes «comunales», y dentro de la categoría de «atípicos» situaciones de aprovechamientos comunales, pero que nunca podrán denominarse «bienes comunales», sino figuras completamente distintas. A nuestro entender, hay que separar netamente las expresiones «bienes comunales» y «aprovechamientos comunales»; es decir, hay que separar el objeto y el derecho que incide sobre el mismo; lo estático y lo dinámico. Si

---

el sujeto es el municipio o la provincia en cuanto son privativa y exclusivamente suyos.

También en opinión de DÍAZ CANEJA, ob. cit., pág. 431, la expresión «comunales» es asimismo deficiente, ya que nuestras ordenanzas tradicionales, concejos y pueblos, llamaron y llaman a estos bienes «comunes», lo mismo que toda nuestra legislación antigua.

(181) NIETO, *Bienes Comunales*. pág. 203.

(182) GUAITA, ob. cit. últimamente, pág. 9.

todo «bien comunal» ha de aprovecharse en principio comunalmente, no todo lo que se aprovecha comunalmente es necesariamente «bien comunal». Creemos que un bien no puede ser calificado, sin más, por la forma en que se aprovecha; el bien tiene una entidad independiente «a se» que no puede alterarse por el mero hecho de que sus productos sean aprovechados de una manera determinada. Nos parece consecuente con nuestra afirmación la importantísima sentencia de 12 de noviembre de 1959 al negar, de una manera categórica, el carácter de «comunales» a unos bienes aprovechados comunalmente, pero no pertenecientes en dominio, al municipio. Para que un bien sea comunal, es necesario, según señalamos anteriormente, que no sólo sea aprovechado por una comunidad vecinal, sino que «además» pertenezca en propiedad al municipio. En este mismo sentido la sentencia de 5 de enero de 1968 afirma que los bienes comunales son aquellos de dominio municipal cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos. Abundando en este mismo criterio, la sentencia de 5 de marzo de 1974 señala que los bienes comunales son aquellos cuya titularidad de dominio ostentan los municipios, concejos o entidades locales menores y el goce o disfrute los vecinos.

*2. Extinción*

Los bienes «comunales» no han de continuar necesariamente siendo siempre «comunales» ya que pueden dejar de serlo: a) en virtud de un acto expropiatorio procedente no sólo del Estado o la provincia, sino también del propio municipio (183), y b) por transformación en bienes «de propios» o en «bienes de dominio público».

a) Expropiación

En este supuesto, la cuantía de la indemnización que la expropiación conlleva implica evidentes problemas de reparto, si bien creemos que los beneficiarios de tal indemnización serán

(183) Dice GUAITA, ob. cit., pág. 21, que en el supuesto de que sea el municipio el que expropia, la expropiación iría referida tan sólo a los aprovechamientos puesto que el dominio ya le pertenece.

los vecinos que en el momento del acto expropiatorio tuvieran derecho a su aprovechamiento. Evidentemente —salvo el caso de ser el municipio el que expropia—, podría pensarse que la indemnización también correspondería al propio municipio. Sin embargo, creemos que, dada la peculiaridad del dominio del municipio sobre los bienes «comunales» —en el que está ausente la facultad de disposición y sólo puede percibir unas cuotas compensatorias de su gestión—, los auténticos beneficiarios deben ser los que en virtud de la expropiación dejen de ostentar el derecho al aprovechamiento, esto es, la «comunidad de vecinos» entre cuyos miembros debe distribuirse igualitariamente.

b) Transformación en bienes «de propios» o en bienes de «dominio público»

Junto al supuesto de expropiación, podemos alinear aquel en el que los «bienes comunales» dejan de ser tales en virtud de la denominada «desafectación», figura jurídica a la que Rebés Solé (184) dedica especial atención. Afirma este autor que la inalienabilidad que atribuye el artículo 188 de la LRL a los «bienes comunales» es consecuencia del destino comunal de sus aprovechamientos; de donde se desprende que son inalienables en tanto en cuanto conservan su naturaleza comunal y alienables desde que pierden este destino, es decir, desde que se desafectan (185).

Por esta vía de la desafectación, los bienes «comunales» pueden transformarse ya en bienes «de propios», ya en «bienes de dominio público», lo cual supone una evidente extinción de aquéllos.

a') Transformación en «bienes de propios».

Esta posibilidad está contemplada fundamentalmente en el artículo 194 de la LRL, a cuyo tenor:

---

(184) REBES SOLE, «Desafectación de los montes comunales por no uso de sus aprovechamientos», *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 151 (1967), págs. 59 a 79.

(185) Esta misma tesis fue mentenida por WALINE, *Manuel elementaire de Droit Administratif*, 4.ª ed., 1946, pág. 144, desarrollada por NIETO, ob. cit.,

1. Si los bienes municipales por su naturaleza o por otras causas, no han sido objeto de disfrute comunal durante más de diez años, aunque en alguno de ellos se haya producido acto aislado de aprovechamiento, podrán ser desprovistos del carácter de comunales, considerándose como de propios, en virtud de acuerdo del Municipio respectivo. Este acuerdo requerirá información pública, dictamen previo del Instituto Nacional de Colonización (hoy IRYDA) voto favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de la Corporación y aprobación del Ministro de la Gobernación (hoy de Admón. Territorial).

2. Tales bienes deberán ser arrendados a quienes se comprometan a su aprovechamiento agrícola, y se otorgará preferencia a los vecinos del municipio.

El artículo 83 del RBEL de forma más técnica, y refiriéndose exclusivamente a los «bienes comunales» —al estar englobado dentro de la rúbrica «Del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales» y no refiriéndose a la expresión genérica de «Bienes municipales»—, establece:

«1. Cuando por su naturaleza o por otras causas los bienes no hubieren sido aprovechados comunalmente durante más de diez años, aunque en alguno de aquellos existieran actos aislados de disfrute, podrán ser desprovistos del carácter de comunales y considerados de propios, mediante el procedimiento que señala el artículo 8, y previo dictamen favorable del Instituto Nacional de Colonización (en la actualidad el dictamen corre a cargo del Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario, IRYDA).

2. Si tales bienes no fueren susceptibles de otra utilización más adecuada, a juicio de la Jefatura del distrito Forestal, deberán ser arrendados para su aprovechamiento agrícola, en el que tendrán preferencia los vecinos o cabezas de familia del municipio.»

Si tenemos en cuenta que en este último precepto se invoca el artículo 8 del mismo cuerpo legal, de acuerdo con dicho precepto invocado, y en concreto con sus números 1 y 2, es necesario que el acuerdo cuente con el voto favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de la Corporación

---

págs. 495 y 496 y recogida por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de marzo de 1974.

(artículo 303 de la LRL aludido por dicho precepto reglamentario).

Creemos con Rebés Solé (186) que si un grupo minoritario de vecinos ejerce su derecho en la totalidad de los bienes «comunales» objeto de disfrute, no puede invocarse la fórmula del no uso, y sí puede invocarse en el supuesto de que ejerzan su disfrute no en la totalidad de los bienes comunales, sino simplemente en parte o parcelas de los mismos.

También pueden transformarse los bienes «comunales» en bienes «de propios», a tenor de lo dispuesto en el artículo 8.º, 5 del RBEL, según el cual:

«Se entenderá, asimismo, producida, sin necesidad de acto formal, desafectación de los bienes de dominio público y de los «comunales», que se convertirán en bienes «de propios», cuando hubieren dejado de utilizarse durante veinticinco años en el sentido de la afectación pública o comunal.»

El gran problema que plantea la conversión de los bienes comunales en bienes de propios es el de precisar cuándo los bienes «dejan de ser objeto de disfrute comunal», por ser éste presupuesto necesario para que actúen tanto la desafectación expresa como la desafectación tácita, según los preceptos legales que acabamos de señalar.

Si la existencia del aprovechamiento comunal resultó decisiva, según vimos, para liberar los bienes comunales de la desamortización en el pasado siglo, hoy sigue siendo decisiva para liberarlos de su transformación en bienes de naturaleza distinta. Por ello conviene que sobre la misma hagamos algunas consideraciones.

Un aprovechamiento es comunal siempre que se den los siguientes presupuestos:

a) Que los bienes sean aprovechados por los que ostenten la cualidad vecinal, sin que el Ayuntamiento esté facultado para privar de su disfrute a ningún vecino aun en el supuesto de que sea deudor de impuestos municipales, como reconoció la sentencia de 8 de mayo de 1933.

b) Que el aprovechamiento, como norma general, se verifique en régimen de explotación colectiva, y si ésta no es posible, por

(186) Rebés Solé, ob. cit., págs. 68 y 69.

adjudicación de lotes o suertes o mediante adjudicación en pública subasta. No obstante —y así lo prevé el número 4 del artículo 192 de la LRL y 86 del RBEL—, a veces se exige una vecindad cualificada consistente en la necesidad de cierto arraigo para participar en determinados aprovechamientos según normas consuetudinarias o según potestad reglamentaria de los Ayuntamientos.

c) Que el posible canon que el Ayuntamiento exija a los vecinos por gastos de custodia, conservación, administración e incremento de los bienes comunales, no se convierta en una verdadera contraprestación.

No es infrecuente el hecho de que los Ayuntamientos aumenten progresivamente estas cuotas y las destinen a otros menesteres distintos de los consignados, lo cual plantea con toda crudeza el problema de si los bienes comunales por este hecho se han transformado en bienes de propios. En esta interesante cuestión, entiendo con Nieto (187) que no debe interpretarse el cobro de las cuotas aumentadas como un auténtico desuso de los bienes comunales que provoque la desafectación, sino como una corruptela que por ser «contra legem», no puede fundar ningún derecho del Municipio a convertir los bienes comunales en bienes de propios. El pago de tales cuotas por los vecinos que aprovechan los bienes comunales, jamás puede significar un desuso en que basar la desafectación si los bienes siguen aprovechándose por la comunidad vecinal.

La picaresca municipal en la época de la desamortización fue manifiesta en múltiples ocasiones, simulando que unos bienes auténticamente comunales «apareciesen» como de propios, consumándose así su venta. Pero, desgraciadamente, en los momentos actuales la picaresca no ha desaparecido, perpetrándose auténticas expoliaciones a las comunidades vecinales indefensas. En efecto, conocemos «de visu» múltiples situaciones en las que se dan estas o parecidas circunstancias:

1.ª El Ayuntamiento «arrienda» los bienes auténticamente comunales, cuyo aprovechamiento exclusivo pertenece a la comunidad vecinal, a la misma comunidad vecinal a través de las antiguas Hermandades de Labradores y Ganaderos —hoy Cáma-

(187) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 506.

ras Agrarias Locales— cobrando normalmente una cantidad inferior al valor del arrendamiento de fincas similares con lo que la comunidad vecinal se considera incluso «favorecida».

2.ª El propio Ayuntamiento, sabedor que está cometiendo una monstruosidad jurídica, «bautiza» a los bienes comunales como bienes «de propios», con lo cual la monstruosidad jurídica va en aumento. Para ello acude a múltiples subterfugios que en nada cambian la naturaleza comunal de los bienes: mediante una certificación del secretario del Ayuntamiento con el visto bueno del alcalde, se hace constar que los bienes son «de propios» alegando que han estado arrendados y que las cantidades cobradas constituyen una fuente de ingreso. Esta certificación permite el que en el Catastro figuren como «de propios»; así también en el Registro de la Propiedad, y, naturalmente, en el Inventario de Bienes del propio Ayuntamiento.

¿Qué se ha conseguido con todo esto? Dos cosas muy importantes: el Ayuntamiento obtiene unos ingresos por este camino tortuoso, y la Hacienda unos impuestos que nunca despreciará. Pero se pretende conseguir algo mucho más trascendente: transformar unos bienes comunales en bienes de propios con lo que la comunidad vecinal se vería despojada del disfrute de unos bienes que significaban un complemento necesario a su economía rural, ya que tendrá que pagar una renta por unos productos que eran suyos o, lo que es peor aún, se vería totalmente privada de ellos, porque los bienes de propios pueden ser arrendados a quienes no son vecinos e incluso pueden ser enajenados.

A mi juicio, hay un vicio de origen que impide la sangrante arbitrariedad municipal: los bienes comunales no pueden ser arrendados y, por tanto, el arrendamiento es nulo de pleno derecho. Esta nulidad inicial conlleva la nulidad de todos los actos que tengan su soporte en la misma y, como consecuencia, por este procedimiento los bienes comunales nunca dejarán de serlo, cualquiera que sea la forma en que se manifieste el Inventario de Bienes Municipales, el Catastro o el Registro de la Propiedad.

De otra parte, considerar que las cuotas que pagan los que utilizan los bienes comunales constituyen el precio de un pretendido arrendamiento, es desconocer, no ya la legislación, que en ciertas hipótesis admite la existencia de tales cuotas en los bienes

comunales, sino y, sobre todo, la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, según veremos más adelante.

El Ayuntamiento puede obtener «lucro» de sus bienes patrimoniales que tengan la naturaleza de «propios»; de los de naturaleza «comunal» lo máximo que puede obtener a través de las cuotas es un «remedio» de las necesidades municipales y los bienes continúan siendo comunales, puesto que quienes realizan su aprovechamiento son los vecinos y es muy lógico que se haya acudido con frecuencia a la imposición de un pequeño canon sobre los mismos como una forma más de distribución del impuesto sin que se pretendiese convertirlos en una fuente de ingresos (188).

Para que los bienes comunales dejen de ser objeto de disfrute comunal y poder basar en este hecho su transformación en bienes de propios, tanto por desafectación expresa como por desafectación tácita, se requiere que los bienes hayan dejado de ser aprovechados por la totalidad de la comunidad vecinal durante los plazos señalados por la legislación.

Invocar que han sido arrendados por el Ayuntamiento durante los referidos plazos, nos parece un imposible jurídico, según señalamos. Pero aun en la hipótesis de admitir tal monstruosidad jurídica —que negamos radicalmente— sólo cabría pensar en su virtualidad desafectadora de los bienes comunales si existe un precio equivalente al valor del aprovechamiento, no si existen unas cuotas por elevadas que estas fueran, si no cubren el importe del precio de arrendamiento de fincas semejantes. Si existe un precio exiguo, habría que reconocer que hay un acto de liberalidad por parte del Ayuntamiento. Pero ¿cómo es posible compatibilizar liberalidad y usurpación referidos a un mismo acto? ¿Acaso no es usurpación arrendar como propios unos aprovechamientos ajenos?

b') Transformación en bienes de «dominio público».

El propio artículo 8 del RBEL en su número 4 contempla la posibilidad de que los bienes «comunales» se transformen en

(188) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 756, nota 59, pone de relieve cómo el Tribunal Supremo señala que un pequeño canon impuesto sobre los vecinos no significa la transformación de un bien comunal en de propios.

bienes de «dominio público» si durante veinticinco años fueren objeto de «uso» o «servicio» públicos (189).

Como fácilmente puede comprenderse, a diferencia de los casos contemplados en los artículos 194 de la LRL y el 83 del RBEL, en los que nos hallamos en la hipótesis de desafectación expresa por cuanto se exige acuerdo, dictamen, voto y aprobación, en los supuestos señalados en el artículo 8 del RBEL en sus número 4 y 5, ante la ausencia de tales trámites, la desafectación es tácita. Y como quiera que esta desafectación tácita la produce un mismo lapso de tiempo (veinticinco años), habrá que determinar si los bienes que dejan de ser «comunales» pasan a ser de «dominio público» o «de propios». Naturalmente, la forma en que se realicen los aprovechamientos durante el referido período nos dará la clave de su futuro carácter.

Cuando los bienes «comunales» pasan a ser «de propios» por virtud del artículo 194 de la LRL, se da una curiosa, sorprendente e injustificada situación. El párrafo segundo del citado precepto legal establece que tales bienes deberán ser arrendados a quienes se comprometan a su aprovechamiento agrícola; y añade —tal vez recordando su antiguo origen comunal—, que se otorgará preferencia, según vimos antes, a los vecinos del municipio. Este párrafo debe ser modificado, ya que no hay razón alguna para que prevalezca el aprovechamiento agrícola sobre el pecuario, puesto que un disfrute u otro debe estar única y exclusivamente en función de las cualidades físicas de los bienes que harán aconsejable uno u otro aprovechamiento. De todas formas, ya supone un correctivo al número 2 del artículo 194 de la LRL, el número 2 del artículo 83 del RBEL, transcrito más arriba, ya que deja siempre a salvo el criterio de la Jefatura del Distrito Forestal para otra utilización más adecuada que la estrictamente agrícola.

---

(189) A estas modalidades de desafectación, GUAITA, ob. cit., pág. 21 añade otro supuesto. A su juicio, cabe que los bienes comunales pasen a ser de dominio público si, además de lo consignado en los números 1 y 2 del artículo 8 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, recae el acuerdo de los vecinos. Sin embargo, para NIETO, ob. cit., págs. 519 y sigs., no cabe tal hipótesis ya que el precepto no alude para nada a tal acuerdo vecinal. Nosotros creemos más acertada la segunda postura.

Una vez analizadas las dos causas precedentes de extinción de los bienes «comunales», podemos plantearnos el problema de si el artículo 185 de la LRYDA, de 12 de enero de 1973, puede suponer otro supuesto de extinción de aquellos bienes.

El citado precepto exceptúa de la concentración, junto a los bienes de «dominio público», a los «bienes comunales». Sin embargo, admite la posibilidad de que los «comunales» —al igual que los de «dominio público»— sean incluidos en la concentración si así se pide por los organismos y entidades competentes. En el caso de los «comunales», la entidad competente aludida no puede ser otra que el Ayuntamiento como representante del municipio, aunque lo deseable es que tal solicitud procediera también de los titulares de los aprovechamientos. Mas, en este supuesto, los bienes «comunales» no desaparecen; lo que sucede es que se opera una auténtica subrogación real, en virtud de la cual las parcelas de reemplazo que constituyen los «nuevos» comunales, tendrán el mismo régimen jurídico que las parcelas de procedencia que constituían los «antiguos» comunales. De ahí, pues, que en este caso no podamos hablar de extinción de bienes comunales sino de «sustitución» de unos bienes comunales que dejan de serlo, por otros que pasan a ser comunales por efecto de la concentración. De todo esto nos ocuparemos con mayor detenimiento en el capítulo VI.

### 3. *Creación de nuevos «bienes comunales»*

Como contrapartida a las causas que acabamos de enumerar como extintivas de los bienes «comunales» por su expropiación o por dar origen, ya a bienes «de propios» ya a bienes de «dominio público», tenemos otros supuestos en virtud de los cuales pueden surgir de nuevo bienes «comunales». Estas posibilidades dimanan del ya citado artículo 8 del RBEL que contempla la transformación de bienes «de propios» en comunales en tres supuestos:

a) Mediante un procedimiento en el que se demuestre la conveniencia del cambio de afectación («de propios» a «comunales»), previa información pública durante un mes y acuerdo adoptado por la corporación local respectiva con el «quorum» de

dos tercios de sus miembros. Esta transformación de los bienes «de propios» y consiguiente afectación comunal se hace, naturalmente, de forma expresa. Así se desprende de los números 1 y 2 del artículo 8 del RBEL.

b) Se entenderá producida la afectación de bienes a un uso «comunal» sin necesidad de acto formal, cuando la entidad adquiera por usucapión con arreglo al Derecho Civil el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso comunal. Este supuesto contemplado en el artículo 8, 4 a) del RBEL constituye, a diferencia del anterior, una afectación tácita y no expresa.

c) Finalmente, y de acuerdo con el artículo 8, 4 b) del citado Reglamento, se entenderá producida la afectación de bienes a un uso comunal, sin necesidad de acto formal, si durante veinticinco años bienes «de propios» se utilizaren en uso comunal. Al igual que en el supuesto anterior, la afectación comunal se produce de forma tácita.

### 4. *Caracteres*

El artículo 188 de la LRL señala, según vimos, como características de los bienes comunales las de inalienabilidad, imprescriptibilidad, inembargabilidad, y su exención tributaria. A estas notas, hemos de añadir la de la gratuidad.

Ahora bien, las notas anteriormente apuntadas sólo son predicables mientras los bienes siguen siendo comunales, esto es, mientras estén afectados al goce o aprovechamiento vecinal que les confiere su carácter y naturaleza propia (190).

#### a) Gratuidad

El carácter gratuito del aprovechamiento de los bienes comunales deriva de su propia naturaleza: son bienes que en propiedad

---

(190) Señala la sentencia de 5 de marzo de 1974 que, en el ordenamiento jurídico de régimen común, es un principio fundamental en materia de regulación de los bienes patrimoniales de las entidades locales, el que los bienes comunales son inalienables, imprescriptibles e inembargables, principio positivizado en el artículo 188 de la Ley de Régimen Local y ratificado por el artículo 94 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

corresponden al municipio y en disfrute a la comunidad vecinal. De ahí que la gratuidad del aprovechamiento sea consustancial a estos bienes.

El disfrute gratuito y exclusivo por los vecinos vino siendo, a través de nuestra legislación, la característica fundamental de los bienes comunales y, por ello, de los montes de este carácter. Así lo entendieron la Ley Municipal de 1935 en su artículo 147, el Estatuto Municipal en su artículo 159, la Ley Municipal de 1877 en su artículo 75, las leyes desamortizadoras, etc. Sin embargo la declaración explícita de considerarlos inalienables, inembargables e imprescriptibles, como la que formula la vigente LRL, no la encontramos hasta el Decreto de 9 de noviembre de 1935, artículo 80, que publicó el texto refundido de la Ley de Reforma Agraria (191).

El Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia destaca la gratuidad del aprovechamiento de los bienes comunales. Así, en las sentencias de 22 de febrero de 1907, 26 de octubre de 1911, 26 de junio de 1943 y 13 de mayo de 1947, entre otras, se afirma que para que los bienes de los pueblos sean considerados comunales, es indispensable que el aprovechamiento sea libre y gratuito, y si se arbitró alguna vez el pago de cuotas, éstas debieran ser extraordinarias y excepcionales. En este mismo sentido, la sentencia de 31 de diciembre de 1966 admite el pago de cuotas vecinales, pero añade que son de aprovechamiento personal e individualizado de todos y cada uno de los vecinos del municipio «no productores de renta».

El hecho de que se satisfagan unas cuotas vecinales no implica el que los bienes comunales dejen de ser tales para transformarse en bienes de propios, ya que si así fuera, no existirían en realidad bienes comunales, puesto que los gastos de gestión y conservación de los mismos lógicamente han de ser satisfechos por los beneficiarios sin que esto signifique su transformación en bienes de naturaleza distinta. Es más, excepcionalmente, se admite por la LRL en su artículo 193 y por el RBEL en su artículo 82 que en la hipótesis de que se formen lotes en su utilización

(191) SIEIRA BUSTELO, «Distinta titularidad de los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública. Su naturaleza jurídica», *Revista de Estudios de la Vida Local*. n.º 87 (1956), págs. 371 y 372.

—tema del que nos ocuparemos en el capítulo VI— se acuerde por las dos terceras partes de los concejales una cuota anual que deberán satisfacer los vecinos por tal utilización.

Las cuotas tienen una sola finalidad: compensar estrictamente los gastos que se originen por la custodia, conservación, administración e incremento de los bienes; nunca podrán constituir un instrumento de lucro en manos del municipio, si bien pueden constituir, según se vio anteriormente, remedio a las necesidades municipales. Si el Ayuntamiento da otro destino a estas cuotas —cuya perfección puede recogerse en Ordenanzas, según ha señalado la sentencia de 10 de marzo de 1962— será responsable ante la comunidad vecinal y no podrá fundar en tal ilegalidad ningún derecho.

b) Inalienabilidad

Por lo que respecta a la «inalienabilidad», es evidente que hasta la legislación actual no podía afirmarse de los bienes «comunales». En efecto, estos bienes podían ser enajenados, si bien con el cumplimiento de determinados requisitos que podríamos resumir del siguiente modo (192):

— Hasta la Ley Municipal de 1877 se exigía para su enajenación información de utilidad, Decreto y Licencia del Príncipe.

— La Ley Municipal de 1877, por su parte, exigía: informe del gobernador civil, audiencia de la Comisión Provincial y aprobación del Gobierno.

— El Estatuto Municipal de 1924 y la Ley Municipal de 1935 —ésta en ciertos casos— exigían para su enajenación referéndum vecinal.

— Finalmente, la legislación actual, como ya ha quedado constatado, proclama categóricamente su inalienabilidad mientras conserven su carácter.

Como quiera que pueden, en virtud de la «desafectación», dejar de ser «comunales» y, por lo mismo, enajenarse cuando se convierten en bienes «de propios», es innegable que, mientras

(192) NIETO, *Bienes Comunales,* págs. 475 y sigs., hace una historia de la enajenación de los bienes comunales desde sus orígines hasta los momentos actuales.

estén «afectados» al uso comunal, no pueden ser enajenados, pero también es incontrovertible que mientras está en vigor la «afectación», los bienes continúan siendo «comunales». De ahí que sea rigurosamente exacta la afirmación legal de que los bienes comunales son inalienables «mientras» conserven su carácter. Ahora bien, si como consecuencia de la desafectación «pueden» ser enajenados, es evidente que cuando tal posibilidad surja, los bienes ya no son «comunales», sino «de propios»; pues si, como ya se ha dicho, también pueden transformarse en bienes de «dominio público», en este caso seguirán siendo inalienables, si bien tal carácter deriva no de su antiguo carácter comunal, sino por ser de «dominio público» puesto que tal inalienabilidad también es predicable de esta clase de bienes.

c) Inembargabilidad

En cuanto a la «inembargabilidad», podíamos hacer idénticas consideraciones. Los bienes «comunales» son inembargables en tanto en cuanto sigan siendo «comunales»; pero si como consecuencia de la «desafectación» se convierten en bienes «de propios», la inembargabilidad ya no puede afirmarse de aquellos bienes porque han dejado de ser comunales como consecuencia de la «desafectación».

d) Exención Tributaria

La exención tributaria es característica atribuible a estos bienes mientras sigan siendo «comunales» por no haber sido «desafectados». La exención tributaria está señalada en el artículo 6 de RBEL, señalando, por su parte, el artículo 24, 4-3.º de la Ley de 23 de julio de 1966 que los bienes comunales están exentos de Contribución Territorial Urbana, Rústica y Pecuaria.

e) Imprescriptibilidad

La nota de la «imprescriptibilidad», aplicada a los bienes «comunales» por los textos positivos, requiere algunas consideraciones de la que nos ocupamos seguidamente.

Si por prescripción entendemos la extinción de un derecho

subjetivo producida por la prolongada inercia de su titular (193), cabe plantearse fundadamente la duda de si los bienes «comunales» son realmente imprescriptibles.

Conviene precisar que la prescripción es una institución jurídica basada en el transcurso del tiempo que puede dar lugar a dos modalidades diametralmente opuestas en cuanto a sus efectos: puede hablarse de una prescripción «adquisitiva» (usucapión), cuando por el transcurso del tiempo se adquiere la propiedad de algo que se está poseyendo sin ser dueño; y puede hablarse de una prescripción *«extintiva»* en el caso de que por la inercia del titular dominical se opere su consunción.

A toda prescripción adquisitiva corresponde una prescripción extintiva; también a toda prescripción extintiva corresponde una prescripción adquisitiva. Ahora bien, si la primera afirmación está fuera de toda discusión, sin embargo la segunda podría plantearnos dudas en el supuesto de que existan bienes que, por no haber sido disfrutados durante un lapso de tiempo, hayan dejado de pertenecer al patrimonio de su antiguo titular y pueden no haber sido ocupados por nadie y, como consecuencia, se convierten en «res nullius». Pero esta hipótesis hoy no es posible de acuerdo con el artículo 21 de la LPE de 15 de abril de 1964, a cuyo tenor «pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuvieren vacantes y sin dueño conocido» (194).

La afirmación de que a toda prescripción adquisitiva corresponde una prescripción extintiva es predicable de toda clase de bienes, ya sean muebles o inmuebles. En cambio, la segunda afirmación, esto es, que a toda prescripción extintiva corresponde una prescripción adquisitiva, es sólo predicable de manera absoluta respecto de los bienes inmuebles de acuerdo con la LPE citada; respecto de los bienes muebles, tal aserto no es rigurosamente cierto, o puede, al menos, no serlo, ya que muy bien puede suceder que determinados bienes muebles hayan prescrito extintivamente para su titular y no han sido ocupados por nadie, perpetrándose en tal supuesto, tan sólo, la prescripción en su vertiente negativa. Mas si tenemos en cuenta que en el tema que

(193) En este sentido se pronuncian DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Instituciones de Derecho Civil», I, Madrid, 1974, pág. 201.

(194) En análogos términos se expresa el artículo 51 del Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado, de 5 de noviembre de 1964.

nos ocupa estamos refiriéndonos a bienes de naturaleza inmueble, ambas afirmaciones tienen plena e indiscutible validez.

a') Prescripción extintiva

Partiendo de las consideraciones precedentes, es incuestionable que el transcurso del tiempo señalado en el artículo 8 del RBEL (veinticinco años) sin que se hayan usado comunalmente los bienes de naturaleza comunal, lleva inherente su transformación en bienes «de propios» o bienes de «dominio público». Pero como quiera que los bienes de «dominio público» seguirían ostentando los mismos caracteres de inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad que los bienes «comunales», vamos a limitar nuestro análisis fundamentalmente al supuesto de su transformación en bienes «de propios».

La transformación de los bienes «comunales» en bienes «de propios», por este lapso de tiempo sin uso comunal, ¿se opera por el mecanismo de la prescripción? Hay fundamentalmente dos tesis:

a) Los bienes comunales, por ser imprescriptibles, aunque no sean usados como tales durante veinticinco años, no se extinguen; no prescriben, sino que se «desafectan». Una vez «desafectados», se transforman en bienes prescriptibles.

b) Los bienes comunales, si dejan de ser usados de acuerdo con su naturaleza durante el tiempo señalado de veinticinco años, se transforman en bienes «de propios». Si se transforman en bienes «de propios» es por el doble efecto que el mero transcurso del tiempo aludido produce: «desafectación» y a la vez «prescripción» en su vertiente extintiva.

En ambas hipótesis, es innegable la presencia de la «desafectación tácita». Pero creemos que además de la «desafectación tácita» se produce la «prescipción extintiva», ya que si los bienes comunales después de este lapso de tiempo se transforman en bienes «de propios», es porque se han extinguido como tales bienes «comunales». A la «desafectación» corresponde su «extinción».

Con referencia al «dominio público», García de Ente-

rría (195) hace unas observaciones que por su interés reproducimos, al considerarlas perfectamente aplicables a los bienes «comunales», ya que en cuanto a sus caracteres tienen idéntico tratamiento jurídico.

Dice el ilustre profesor que podría pensarse que por el transcurso del tiempo la cosa pública (en nuestro caso los bienes «comunales») terminará haciéndose capaz de prescripción. Alude a una doble etapa: primero, «desafectación»; después, «prescripción». Ahora bien, esa distinción —sigue diciendo el autor— de dos momentos sucesivos presenta de suyo cierta sutileza ya que se trata más bien de una distinción de orden lógico que de orden cronológico. Concluye afirmando que tales momentos son relativos e incluso recíprocos no distinguibles, por consiguiente, como realizaciones concretas separadamente el uno del otro; el efecto «desafectación tácita», no podría producirse de suyo aisladamente, sino que su calificación procederá sólo una vez que el efecto «usucapión» haya sido a su vez consumado.

Si, como hemos visto, el transcurso de veinticinco años puede dar lugar a una mutación de bienes «comunales» en bienes «de propios», a nuestro modo de ver ese transcurso opera la «desafectación» y, como consecuencia, la «transformación». Si los bienes se transforman en cuanto a su carácter por el mero lapso del tiempo indicado ¿acaso no han perdido su carácter anterior por la prescripción extintiva? Es decir, ¿no se han transformado en bienes «de propios» por inercia de los titulares de los aprovechamientos «comunales»? Evidentemente, sí.

Como hemos visto anteriormente, tanto en la «creación» de nuevos comunales, como en su «extinción», el transcurso del tiempo es factor de vital importancia. Este hecho nos plantea el problema trascendental que ahora nos ocupa, ya que si los bienes «comunales» son imprescriptibles, ¿cómo es posible que puedan desaparecer por efecto del transcurso del tiempo, es decir, por prescripción extintiva?

Es claro que tanto la LRL en su artículo 188 como el RBEL en artículo 94, están sancionando la imprescriptibilidad de los bienes «comunales», pero ambos preceptos se cuidan de precisar

(195) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*. Madrid, 1955.

que tal nota —al igual que la inalienabilidad, la inembargabilidad y exención tributaria— sólo son predicables mientras los bienes conserven su carácter de «comunales», con lo cual la propia legislación admite que los bienes «comunales» dejen de ser tales, en cuyo supuesto aquellas características, lógicamente, desaparecen. De ahí la enorme trascendencia que comporta el cuándo y cómo dejan de ser «comunales», ya que cuando esto suceda, los antiguos bienes comunales podrán enajenarse, prescribirse, embargarse y estar sujetos a tributación.

Al amparo del artículo 194 de la LRL y de los artículos 8, números 4 y 5, y 83 del RBEL a través de los cuales, los bienes de naturaleza comunal pierden o pueden perder tal carácter por el transcurso del tiempo, podemos concluir que se produce una «desafectación» y, como consecuencia de este fenómeno, los bienes «comunales» pueden ser objeto de enajenación, de prescripción y de embargo precisamente porque han dejado de ser comunales por efecto de tal desafectación.

Ahora bien, cuando la «desafectación» se produce en forma expresa (art. 194 de la LRL y art. 83 del RBEL), el trascurso de los diez años por sí sólo no es suficiente para que los «comunales» pierdan su carácter. Es necesario que a este hecho se añadan otros requisitos.

En cambio, cuando el simple lapso de tiempo de veinticinco años por sí sólo significa la desaparición de los bienes «comunales» que se transforman, ya en bienes «de propios» ya en bienes de «dominio público», se plantea con mayor rigor la contradicción posible que apuntamos: ¿Cómo unos bienes que son imprescriptibles pueden desaparecer por la técnica jurídica de la prescripción? Indudablemente, el transcurso de veinticinco años, durante los cuales los bienes comunales no han sido aprovechados como tales, implica su propia desaparición, ya que si están desafectados, según expresa el artículo 8, número 5 del RBEL, es tanto como afirmar que han dejado de ser comunales; esto es, por efecto de la prescripción extintiva han desaparecido, ya que, como el propio artículo reglamentario establece, se convertirán en «bienes de propios», o bien, según el artículo 8 número 4, en el mismo período de veinticinco años, en bienes de «dominio público».

No cabe duda que el lapso de veinticinco años sin estar

destinados a un uso comunal lleva aparejada su «desafectación», pero a la vez y simultáneamente su transformación en otra categoría distinta de bienes y, por lo mismo, su desaparición como tales bienes «comunales». Por lo tanto, la frase «mientras conserven el carácter de comunales» de que nos hablan los artículos 188 de la LRL y 94 del RBEL, a nuestro juicio hay que interpretarla en el sentido de que si conservan ese carácter es porque no han sido «desafectados»; pero si tal «desafectación» se ha producido, dejan de conservar su antiguo carácter «comunal» por haber pasado a ser «de propios» o de «dominio público»; esto es, los veinticinco años operan a la vez que como causa de «desafectación» como causa de «extinción». Es decir, en esta hipótesis «desafectación» es igual a «extinción». Y una vez que la «desafectación»-«extinción» se consuma, si los bienes pasan a ser «de propios» pierden todas las características que los tipifican: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, y también su exención tributaria y su aprovechamiento gratuito.

Ahora bien, la prescripción no alcanza al dominio en el supuesto de transformarse en bienes «de propios». Los bienes originariamente comunales pertenecían en propiedad al municipio, y seguirán perteneciendo al mismo en cuanto a la titularidad dominical cuando se transforman en bienes de esta naturaleza. Aquí lo que realmente prescribe es el aprovechamiento comunal, y tal prescripción extintiva lleva inherente la desaparición de tal aprovechamiento y, por lo mismo, el carácter comunal de los bienes, que es tanto como afirmar la desaparición de los «bienes comunales» por efecto del transcurso del tiempo.

El artículo 1930 del Código Civil señala con carácter general en su párrafo primero que «por la prescripción (adquisitiva) se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales»; añadiendo en su párrafo segundo, con igual carácter, que «también se extinguen del propio modo por la prescripción (extintiva) los derechos y las acciones de cualquier clase que sean». Pues bien, si partimos del segundo párrafo, es innegable que por prescripción se pueden extinguir los derechos a los aprovechamientos comunales, si bien en este caso hay un plazo especial señalado por la legislación administrativa de veinticinco años que, naturalmente, hay que respetar. Pero una vez transcurrido este plazo, al desaparecer

tales aprovechamientos, los bienes se desafectan y, por lo mismo, dejan de ser «comunales» tranformándose, ya en «bienes de propios», ya en «bienes de dominio público».

Cuando se trasforman en «bienes de dominio público» siguen afectados, pero no a un uso comunal, sino a un uso o servicio público; la afectación comunal se extingue y da paso a una afectación de dominio público. En este caso los bienes siguen teniendo las mismas características que tenían cuando eran comunales ya que aquéllas son predicables de los bienes de dominio público en la misma forma que de los bienes comunales. Pero este cambio de afectación y consiguiente transformación de los «bienes comunales» en bienes de «dominio público» implica la extinción de los primeros por efecto del transcurso del tiempo. La prescripción, a nuestro entender, puede predicarse pese a los términos en que se expresan los artículos 188 de la LRL y 94 del RBEL, ya que a la vez que los bienes comunales se «desafectan» por el transcurso del tiempo, se «extinguen» como tales bienes comunales, como ha quedado consignado.

Hasta ahora sólo hemos contemplado el supuesto de conversión de los bienes «comunales» en bienes de «propios» o en bienes de «dominio público». Pero cabe plantearse, asimismo, el problema de si pueden transformarse en bienes de los particulares a través del mecanismo de la prescripción extintiva respecto de los bienes «comunales».

En principio aparece un obstáculo insalvable para tal posibilidad. Este obstáculo no es otro que el artículo 8 del Reglamento de Bienes ya visto anteriormente. En efecto, si por el no uso comunal de tales bienes durante el plazo de veinticinco años se transforman en bienes «de propios» o en bienes de «dominio público», se cercena la posibilidad de que los particulares puedan, directamente y a través del mecanismo de la prescripción, adquirir el dominio de tales bienes.

Sin embargo, si como consecuencia del transcurso del plazo señalado en el artículo 8 del Reglamento de Bienes, los «comunales» se transforman en bienes «de propios», es evidente que a partir de esta transformación sí puede tener lugar la prescripción que operará no sobre bienes «comunales», sino sobre bienes «de propios» que con anterioridad habían sido «comunales». Por lo tanto, es necesario concluir que los bienes «comunales» no se

extinguen por prescripción extintiva operada como consecuencia de una prescripción adquisitiva en favor de los particulares.

Cabe, no obstante, plantearse la hipótesis de que en virtud del artículo 1.957 del Código Civil, el particular pueda adquirir el dominio de los bienes «comunales» por la posesión de diez años con buena fe y justo título (196). Creemos firmemente en la imposibilidad de tal prescripción adquisitiva ya que en este caso los bienes «comunales» pierden este carácter sólo si durante el plazo de veinticinco años dejan de ser usados comunalmente, y en tal supuesto, por imperativo legal, se transforman en bienes «de dominio público» o en «bienes de propios» (197), pero nunca pueden transformarse directamente en bienes de los particulares.

Si se transforman en bienes de «dominio público», como quiera que siguen «afectados», no pueden ser adquiridos por los particulares mediante el mecanismo de la prescripción, y es que como señala García de Enterría (198) la imprescriptibilidad del dominio público tiene una clara, elemental e indiscutible aplicación: el particular no puede nunca ganar dominio público en cuanto tal. De ahí que sólo dejando de ser bienes de «dominio público» por un nuevo período de veinticinco años, sin ser usados de acuerdo con su afectación pública se transforman en bienes «de propios» (199), y partiendo de éstos, la prescripción puede operar. Esto es, se requiere su «desafectación» previa y sólo a partir de entonces pueden ser prescritos a favor de los particulares.

Si tenemos en cuenta que esta materia no está regulada por ninguna ley especial, habrá que estar a los plazos de prescripción señalados en el Código Civil; esto es, a los artículos 1.957 y 1.959, si bien con la salvedad de que los únicos plazos que entran en juego son los de diez años, si la posesión es de buena

(196) Evidentemente, no puede plantearse la hipótesis de diez años entre presentes y veinte entre ausente contemplada en el artículo 1.957 del Código Civil, ya que el titular de tales bienes —el municipio— siempre está presente, y, por lo tanto, sólo cabe la posibilidad de que entren en juego los diez años entre presentes.

(197) *Vid.* artículos 194 de la Ley de Régimen Local y 8 y 83 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

(198) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios....* pág. 163.

(199) *Vid.* artículos 8 y 5 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.

fe y con justo título, o treinta años sin necesidad de justo título ni de buena fe (200).

De otra parte, conviene consignar que de acuerdo con el artículo 341 del Código Civil, «los bienes de dominio público cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado». Partiendo de esta «desafectación», los bienes de «dominio público» se transforman en bienes de propiedad particular del Estado, y en esta nueva situación, al no existir precepto legal que se oponga, pueden ser objeto de prescripción aplicándose la legislación civil en los términos antes vistos.

Resulta, pues, que hay dos formas de prescripción de los bienes de «dominio público» —cuando dejan de ser tales— a favor de los particulares: una, cuando por el transcurso de veinticinco años sin usarse como tales bienes de dominio público se transforman en bienes de «propios»; otra, cuando siendo propiedad del Estado, dejan de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, y se transforman en propiedad particular del Estado. A partir de estas situaciones pueden ser prescritos por los particulares.

Cabría preguntarse si el transcurso de treinta años que da lugar a la prescripción extintiva, con la correspondiente vertiente positiva a que se refiere el artículo 1.959 del Código Civil, podría empezar a computarse desde que los bienes, siendo comunales, fueran poseídos por los particulares, ya que este plazo es superior al de los veinticinco años para ser desafectados tales bienes. Nuestra opinión es negativa, ya que sólo partiendo de unos bienes previamente desafectados se puede obtener el dominio por prescripción a favor de los particulares (201).

b') Prescripción adquisitiva

Quedó ya reflejada con antelación la posibilidad de que surjan de nuevo bienes «comunales» ya de una forma expresa,

(200) La ausencia del municipio jamás puede predicarse, tal y como se expresa en la nota 196.

(201) De acuerdo con esta afirmación y en sus propios términos, entendemos la imprescriptibilidad de los bienes comunales sancionada por las leyes administrativas.

ya de una forma tácita. La forma expresa no plantea mayores problemas; se requiere información pública y acuerdo de la Corporación para que bienes de «propios» pasen a tener la naturaleza comunal. Pero al lado de este supuesto hay otros dos que, de acuerdo con la legislación vigente, no suponen una forma expresa, sino tácita. Nos referimos a los epígrafes a) y b) del número 4 del artículo 8 del RBEL.

En ambos supuestos, el transcurso del tiempo es determinante para la aparición de «nuevos» comunales, con lo cual una vez más la prescripción —en este caso en su vertiente adquisitiva— es de trascendental importancia en materia de bienes «comunales».

El referido epígrafe a) del número 4 del artículo 8 del RBEL contempla la hipótesis de que la Entidad adquiera por usucapión, con arreglo al Derecho Civil, el dominio de una cosa que viniere estando destinada a un uso comunal. Este apartado requiere algunas consideraciones de las que seguidamente nos ocupamos.

Estamos de acuerdo con Nieto (202) cuando afirma que no se refiere a los bienes «de propios», ya que a éstos alude el epígrafe b). En cambio, discrepamos en que se refiera a los bienes municipales de «dominio público», ya que como tales bienes de dominio público no pueden ser usucapidos sin que previamente sean «desafectados» de su carácter en los términos vistos con anterioridad. Por tanto, los bienes municipales de «dominio público» necesitan una previa «desafectación» que se opera por el lapso de veinticinco años, según se vio anteriormente, y sólo a partir de este momento pueden ser usucapidos de acuerdo con la legislación civil en favor de la Entidad para su transformación en bienes «comunales».

A nuestro modo de ver, esta afirmación referida a los bienes municipales de «dominio público» es de igual aplicación a los bienes de «dominio público» del Estado y la Provincia cuando son los afectados. Por todo ello creemos que el único supuesto al que se aplicará directamente el citado epígrafe es a los bienes

(202) NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 562 y 563.

de propiedad privada del Estado ó de los particulares (203).

En principio podría pensarse que la prescripción adquisitiva civil a que alude el epígrafe que nos ocupa del RBEL tendría también aplicación a los bienes patrimoniales de las Provincias —siempre «de propios», de acuerdo con el artículo 2 del Reglamento de Bienes— y a los patrimoniales de los Municipios y Entidades Locales Menores —«de propios», ya que estamos analizando la conversión en bienes «comunales»—. Pero como el epígrafe b) del número 4 del tantas veces citado artículo 8 del Reglamento sanciona respecto de los bienes «de propios» su afectación comunal por el mero transcurso de veinticinco años, nos hallamos en presencia de una prescripción especial. Cuando los bienes «de propios» por espacio de veinticinco años son utilizados para un uso comunal, a la vez que quedan afectados por este uso, se transforman en bienes «comunales» sin que sea necesario el transcurso de los lapsos de tiempo exigidos por el Derecho Civil (204).

Destacada la importancia que la prescripción supone en materia de bienes «comunales», ya sea para su nacimiento, ya sea para su extinción, es necesario realizar algunas puntualizaciones que ya han sido enunciadas.

En el supuesto de que los bienes «comunales» se extingan por su no uso comunal continuado, si se transforman en bienes «de propios» el titular dominical no cambia; sigue siendo el Municipio. De ahí que los efectos extintivos del tiempo sólo estén referidos a los aprovechamientos. Análoga afirmación podemos hacer si los bienes «comunales» por la misma causa se transforman en bienes de «dominio público» municipal.

Mayor importancia tiene el supuesto inverso; esto es, la aparición de nuevos comunales como consecuencia del transcurso de un período de tiempo en el cual se han estado usando comunalmente bienes que no tenían tal carácter.

---

(203) El artículo 345 del Código Civil, ya reflejado en el texto del libro con anterioridad, declara de una manera terminante que son bienes de propiedad privada, además de los patrimoniales del Estado, de la provincia y del municipio, los pertenecientes a particulares, individual o colectivamente.

(204) A los bienes «de propios» pueden aplicarse los preceptos del Código Civil relativos a la prescripción cuando se puedan convertir por virtud de este fenómeno en bienes de los particulares.

Cuando bienes de los particulares son transformados en bienes «comunales», es innegable la aplicación directa de las normas del Código Civil relativas a la prescripción (205). Ahora bien, si los bienes de los particulares se transforman en comunales, es necesaria no sólo una inercia por parte de los titulares de los mismos, sino también una actividad positiva por parte de los vecinos. Si a la inercia de los titulares no se acompaña la referida actividad, al amparo del artículo 21 de la LPE y 51 de su Reglamento se transformarían en bienes patrimoniales del Estado. Esta actividad, por otra parte, ha de reflejar un auténtico aprovechamiento comunal, ya que, si los vecinos utilizan los bienes «uti singuli», no se transformarían los bienes en «comunales», sino en bienes propiedad de los que, durante el tiempo de prescripción, los poseyeron. De todas formas, es curioso consignar la dificultad que existe para que los bienes de los particulares puedan ser transformados en bienes «comunales» por efecto de la prescripción adquisitiva regulada en el Código Civil. Decimos esto porque, si los que poseen efectivamente son los vecinos, ¿cómo puede aprovechar esta posesión a favor de la Entidad y atribuirle el dominio? ¿No sería más correcto que no sólo el aprovechamiento, sino también la titularidad dominical sean adquiridas por los que realmente los poseyeron? Sólo puede salvarse esta incongruencia afirmando que la posesión estuvo «mediatizada» por cierta actividad de gestión a cargo de la Entidad, ya que de otro modo resulta difícil imaginar que la posesión de los vecinos pueda favorecer al propio tiempo al Municipio.

Consecuencia obligada de cuanto antecede es que hay bienes de los particulares que nunca pueden ser transformados en comunales por el procedimiento señalado anteriormente. Nos referimos a aquellos supuestos en que los bienes están gravados con algún aprovechamiento vecinal. Esta situación, de por sí, hará imposible su prescripción; aquí la servidumbre de aprovechamientos vecinales opera paradójicamente como una auténtica defensa de los bienes de los particulares ante el peligro de ser

(205) Los plazos serán de diez o treinta años según que, respectivamente, se trate de prescripción ordinaria o extraordinaria de acuerdo con los artículos 1.957 y 1.959. Ya quedó reflejada con anterioridad la imposibilidad de que entre en juego el plazo de veinte años a que se refiere el primero de los preceptos citados.

transformados en «comunales». La servidumbre no puede jamás habilitar la usucapión en los términos referidos, e impide otro tipo de posesión de igual entidad que, de otro modo y sin la presencia de aquélla, la habilitaría.

Cuanto afirmamos respecto de los bienes de los particulares acerca de su posible transformación en bienes «comunales» por efecto de la usucapión regulada en el Código Civil, es de perfecta aplicación cuando se trate de bienes de propiedad privada del Estado. En cambio, no es aplicable esta doctrina cuando se trate de bienes «de propios», dados los términos en que se expresa el artículo 8,4 b) y 5 del Reglamento de Bienes.

El número 5 del citado precepto reglamentario, al determinar que por el transcurso de veinticinco años pueden «desafectarse» los bienes de «dominio público» transformándose en bienes «de propios», y al contemplar el número 4 b) del mismo precepto que por el mismo período de tiempo los bienes de «propios» se transforman en «comunales», es innegable que nos hallamos ante un plazo especial de prescripción que es preciso respetar. De todas formas, y en cuanto al aprovechamiento comunal, valen las consideraciones precedentes en el sentido de que los vecinos han de realizar el aprovechamiento no «uti singuli», sino como auténticos miembros de la comunidad vecinal.

### 5. *Titularidad*

Los bienes «comunales», a tenor de lo dispuesto en la legislación administrativa, es evidente que pertenecen al Municipio en dominio y a los vecinos en aprovechamiento y disfrute. Pero este criterio disociativo entre titularidad de dominio y titularidad en el aprovechamiento y disfrute no ha sido el tradicional e incluso, desde el punto de vista legal, hasta la vigente normativa de carácter administrativo, no ha sido sancionado de una manera terminante.

De este tema nos ocupamos, más atrás, de forma incidental; conviene —dada su extraordinaria importancia— que ahora hagamos algunas matizaciones del mismo.

Ya hemos señalado en alguna ocasión que, desde el punto de vista histórico, los hoy denominados bienes «comunales», juntamente con los también hoy denominados «de propios», constitu-

yeron un patrimonio exclusivo del «común de vecinos». La evolución de este antiguo «común de vecinos» expuesta por Nieto (206) da como resultado su sustitución por dos elementos: «Municipio», de un lado, y «vecinos», de otro. De ahí que siguiendo esta construcción, el citado autor afirme que los bienes «comunales», que originariamente fueron del «común de vecinos», hoy lo son de sus sucesores: del Municipio y de los vecinos. Se afirma, pues, de modo inequívoco, una titularidad concurrente en los mismos.

Esta tesis, que ya había sido recogida por la trascendental resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 3 de junio de 1927, ha sido también mantenida por algunas sentencias del Tribunal Supremo, tales como las de 10 de marzo de 1962, 14 de junio de 1968 y 28 de octubre de 1975. Dice esta última, recogiendo literalmente algunos párrafos de las anteriores, que «en el estudio actual de la evolución de la institución, ni los municipios ni los vecinos deben ser considerados como titulares exclusivos de las relaciones jurídicas que hacen referencia a estos tipos de bienes (comunales), sino como titulares concurrentes en una titularidad simultánea, según la doctrina de la resolución de la DGRN de 3 de junio de 1927 que los define como tipos de propiedad corporativa, en los 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 y ante una propiedad cuyo contenido es el aprovechamiento o disfrute, quedando disminuida la vertiente dominical del "ius disponendi", ya que su esencia no es la disposición de los bienes, sino solamente su aprovechamiento o disfrute por los miembros de la comunidad e 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».

---

(206) NIETO, *Bienes Comunales*. págs. 265 y sigs.

No cabe la menor duda que, al amparo de la vigente legalidad (207), al Municipio corresponde el dominio y a los vecinos los aprovechamientos de los bienes comunales. En este sentido es innegable que sobre unos mismos bienes inciden dos titularidades cualitativamente distintas en los términos señalados más arriba.

No vamos a detenernos en un análisis pormenorizado de las causas que han motivado esta atribución del dominio de los bienes comunales al Municipio, causas que, por otra parte, ya quedaron apuntadas en otro lugar. Lo que sí cabe afirmar es que este proceso, iniciado a partir de la recepción de los dogmas del Derecho Romano y más concretamente, desde el siglo XV con la nueva concepción del Municipio como entidad separada y sustantiva y no como simple expresión u órgano de la comunidad vecinal (208), no culminará hasta la vigente legislación.

Agudamente señala Fernández de Velasco (209) que, en aquellos supuestos en los que los bienes determinan la existencia del Municipio, al ser aquéllos antes que éste, el titular de los bienes comunales es el pueblo representado por el Concejo. Mas cuando el Municipio surge por voluntad del Rey dotando a los mismos de bienes comunales, nace a un tiempo la unidad «patrimonial» y la del «imperio»; en este supuesto, la figura jurídica que lo explica es la «fundación», fundación real en la cual el patrono es el Ayuntamiento y el beneficiario el pueblo. Pero, añade, que el titular es el Municipio como expresión jurídica del pueblo.

Para dar una respuesta adecuada, pues, a la titularidad de los bienes comunales hasta la aparición de los textos positivos vigentes de índole administrativa, tendríamos que remontarnos a sus orígenes, y de acuerdo con éstos, podría determinarse quién ha

(207) El artículo 187 de la Ley de Régimen Local dice: «son bienes comunales de dominio municipal cuyo aprovechamiento y disfrute pertenecen exclusivamente a los vecinos.

(208) GARCÍA DE ENTERRÍA, «Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura», *Anuario de Derecho Civil*, n.º 2, pág. 284.

(209) FERNÁNDEZ DE VELASCO, «Naturaleza jurídica de los bienes comunales», *Revista de Derecho Privado*, 1968, pág. 66.

sido el verdadero titular (210). De esto extraeríamos innegables consecuencias:

a) Cuando los bienes proceden del antiguo «común de vecinos» no creemos que esté en modo alguno justificado —pese a la irreprochable construcción de Nieto— el que la titularidad dominical sea atribuida al Municipio, pues si bien es cierto que tal afirmación sería lógica en una concepción germánica del mismo, no lo es cuando, con el transcurso del tiempo, la concepción del Municipio es romana, tal y como apuntábamos en otro lugar.

b) Cuando los bienes comunales surgen como consecuencia de la voluntad del Rey o Señor, quienes simultáneamente crean la institución Municipio, si la concesión determinadora de la existencia de los bienes comunales atribuye al Municipio la titularidad dominical de los mismos, evidentemente está justificado plenamente el criterio legal vigente; mas si la concesión se limitó a otorgar al Municipio facultades de mera gestión —supuesto posiblemente más usual—, tampoco está justificada la «invasión» del Municipio en cuanto a la titularidad dominical.

c) Finalmente, si nacen nuevos comunales a tenor de lo que se ha reflejado con anterioridad en este mismo capítulo, en principio es defendible el criterio legal, ya que su «aparición» se realiza de acuerdo con la normativa actual.

Justo es reconocer que cuanto afirmamos es negar el criterio legal establecido por las leyes administrativas vigentes que, de forma categórica, atribuyen la titularidad dominical de los bienes comunales al Municipio y su aprovechamiento y disfrute a los vecinos. Sin embargo, creemos que está perfectamente demostrado que este criterio ha sido establecido de una manera arbitraria por la normativa en vigor, sin que podamos encontrar ninguna

---

(210) BENEYTO PÉREZ, en su *Estudio sobre la historia del Régimen Agrario*. Barcelona, 1941, hace un análisis minucioso de las diferentes tesis formuladas acerca del origen de los bienes comunales, y que podríamos resumir fundamentalmente en dos: tesis germánica, conforme a la cual los bienes comunales son el último resto, la reliquia superviviente de una primitiva propiedad colectiva, defendida brillantemente por COSTA en su *Colectivismo Agrario*. y tesis francesa patrocinada por FUSTEL (fundamentalmente en su obra *L'alleu et le domaine rural pendant l'époque merovingienne*. 1889).

justificación. De ahí que propugnemos una reforma legal en este sentido.

Por otra parte, si la inmensa mayoría de los bienes comunales tienen idéntico origen, no se explica el porqué en los denominados «montes vecinales en mano común» de Galicia sí se siga manteniendo que la titularidad sigue perteneciendo al «común de vecinos». No juzgamos negativamente este último criterio; al contrario, lo aplaudimos. Aquí el legislador ha sido respetuoso con sus titulares, aunque exista cierto intervencionismo, hasta alguna medida lógico, del poder público, si bien la participación de los Ayuntamientos que establece el artículo 8 de la «Ley de Montes Vecinales en Mano Común», de 27 de julio de 1968, no esté en modo alguno justificada.

Curiosamente esta Ley de «Montes Vecinales en Mano Común» contiene un precepto que podría ir directamente en contra de la norma que con carácter general sanciona el artículo 187 de la LRL y el artículo 5 del RBEL, y que nosotros criticamos; esto es, que los bienes «comunales» sean de dominio municipal.

La Ley de 27 de julio de 1968 reconoce, clara y terminantemente, que los vecinos no sólo ostentan el aprovechamiento y disfrute de los denominados «montes vecinales», sino también su titularidad dominical, pero —y esto es de gran trascendencia— el régimen jurídico de la citada ley no ha de constreñirse necesariamente a las cuatro provincias gallegas, como veremos en el capítulo siguiente. En efecto, el artículo 10 de la misma, al establecer que «se crea en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra, así como en aquellas otras en que por haber montes de los comprendidos en esta Ley lo acuerde el Ministerio de Agricultura, un «Jurado de Montes Vecinales en Mano Común...», deja la puerta abierta para que el ámbito territorial de la Ley de 1968 sea ampliado a todo el territorio nacional (211). Por de pronto, y de acuerdo con la Orden de 6 de mayo de 1975, ya aludida en otro lugar, se declara aplicable ya a las provincias limítrofes —Zamora, León, Oviedo— e incluso a Santander. Es de esperar, lo que se nos antoja deseable, que se

(211) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las formas comunitarias....* pág. 302 y sigs., también se muestra partidario de la extensión de la Ley de 1968 a otras provincias distintas de las gallegas.

generalice la aplicación de la Ley de 1968 a todo el ámbito nacional, por la pura y simple razón de que de este modo a las comunidades vecinales se les restituirá algo de lo que nunca debieron ser despojadas: el dominio de los denominados bienes comunales.

## III. CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS MONTES

Hasta ahora hemos hablado de los bienes en general destacando, de un lado, los que son propiedad del Estado, de la Provincia, del Municipio, de las Entidades Locales o de los particulares; de otro, los que constituyen bienes de «dominio público» y bienes de «propiedad privada». Pero conviene que hagamos algunas consideraciones cuando los bienes de que se trata tienen la configuración jurídica de «montes» por existir ciertas peculiaridades de éstos que se sustraen de alguna forma a las consideraciones precedentes, aunque —como veremos en otro capítulo posterior— las particularidades son más acusadas en su régimen jurídico de aprovechamiento. Por ello conviene precisar de antemano qué se entiende por «monte».

De acuerdo con la legalidad vigente, constituida de forma fundamental por la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 22 de febrero de 1962 (212), podríamos definir

(212) El artículo 1 de la Ley de Montes establece en su n.º 2: «Se entiende por terreno forestal o propiedad forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo. No obstante, se exceptúan de los comprendidos en dicho concepto los terrenos que, formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola y, asimismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral cantábrico».

En el n.º 3 el propio artículo dispone:

«Bajo la denominación de montes se comprenden todos los terrenos que cumplan las condiciones que se especifican en el apartado 2 y aquellos otros que, sin reunirlas, hayan sido o sean objeto de resolución administrativa por aplicación de las leyes que regulen esta materia y en virtud de la cual hayan quedado o queden adscritos a la finalidad de ser repoblados o transformados, por lo tanto, en terrenos forestales.»

al monte como «terreno rústico provisto de especies forestales o susceptible de tenerlas, y no destinado de modo permanente a un cultivo agrícola, a prados ni a fines científicos». Esta definición, debida a Guaita (213), podríamos matizarla, ya que, como el propio autor reconoce, tampoco tienen la consideración de montes los terrenos poblados de frutales o aquellos que tienen por finalidad el ornato (parques urbanos); de ahí que estas excepciones podrían ser añadidas a las que Guaita enumera en su definición.

Como fácilmente puede desprenderse de lo expuesto, en ocasiones puede ofrecer dificultad saber a ciencia cierta si nos hallamos o no en presencia de un terreno que tenga la configuración jurídica de monte. Para dar solución a estas posibles dudas, el artículo 4.º, 4 del RMt establece, clara y terminantemente, que la determinación corresponde al Ministerio de Agri-

---

De forma más precisa el artículo 4 del Reglamento de Montes expresa:

1. Se entiende por monte o terreno forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo.

2. Bajo dicha denominación se comprenden también los terrenos que, aun sin reunir las condiciones determinadas en el párrafo anterior, hayan quedado o queden adscritas a la finalidad de ser repoblados o transformados en terrenos forestales como consecuencia de resoluciones administrativas dictadas conforme a las leyes que regulan esta materia.

3. Como excepción a lo establecido en el párrafo primero no se reputarán montes a efectos de la legislación forestal los terrenos que, formando parte de una finca fundamentalmente agrícola y sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola, así como los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral cantábrico.

4. Las cuestiones que surjan sobre la clasificación de un terreno serán resueltas por el Ministerio de Agricultura, previo informe correspondiente de las Direcciones Generales de Agricultura y de Montes, Caza y Pesca Fluvial, salvo lo dispuesto en la legislación de conflictos jurisdiccionales si, en relación con dicha clasificación, se plantease contienda por autoridades dependientes de otros ministerios.

Ahora bien, para una visión de la normativa vigente en materia de montes, *vid.* GRAU, *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes*. Madrid, 1966. Vid. también, MARTÍN RETORTILLO, C., «La nueva Ley de Montes y los Municipios». REVL, 1957, núm. 95.

(213) GUAITA, *Derecho Administrativo Especial*, V, Zaragoza, 1970, pág. 210.

cultura previo informe de las Direcciones Generales de Agricultura y de Montes, Caza y Pesca Fluvial (214).

Los montes, por razón de su pertenencia y a efectos de la legislación forestal, pueden ser «públicos» y «particulares». Según los artículos 9 y 10 del RMt los «públicos» son los pertenecientes al Estado, a las Entidades Locales y a las demás Corporaciones o Entidades de Derecho Público. Incluso también se consideran como montes «públicos» aquellos cuyo dominio útil, o parte de él, corresponda al Estado o a cualquiera de las Entidades referidas, aunque el dominio directo pertenezca a un particular. Por exclusión, todos los demás montes son «particulares», los cuales, según estén o no, respectivamente, afectados a un interés general, serán «protectores» o «no protectores» (215).

De acuerdo con el artículo 31 del RMt, son montes «protectores»:

a) Los situados en las cuencas alimentadoras de los pantanos a que se refiere la Ley de 19 de diciembre de 1951.

b) Los que tengan cualquiera de las características señaladas en el artículo 25 para los montes de utilidad pública.

c) Los que habiendo figurado en el Catálogo, hayan pasado o pasen legalmente por rectificación del mismo, basada en razones de pertenencia, al dominio particular.

d) Los que por Ley especial reciban esta calificación.

Respecto de los montes «públicos» cabe afirmar, como principio general, que tienen la condición jurídica de bienes «patrimoniales» y, por consiguiente, son de la propiedad privada del Estado o de las Entidades a que pertenecen. No obstante, tanto los montes del Estado como de las Provincias a que se refiere el artículo 282 de la LRL, y los de las demás Entidades Públicas, tendrán la condición de bienes de «dominio público» cuando estén adscritos a algún uso público o a algún servicio público. Por lo que respecta a los «bienes comunales» de las Entidades

(214) A partir del Decreto-ley de 28 de octubre de 1971 y Decreto de 5 de noviembre de 1971, las remisiones del RMt a la Dirección General de Montes, Caza y Pesca Fluvial, deben entenderse hechas a favor de ICONA sin perjuicio de la competencia de la Dirección General de la Producción Agraria. *Vid.* también Orden de 25 de marzo de 1972.

(215) La calificación de un monte como protector corresponde al Consejo de Ministros.

Municipales, tendrán el carácter y condición jurídica que les atribuye la LRL (216). Los montes «particulares» son siempre «patrimoniales».

Al lado de la clasificación anterior, y sin duda de mayor trascendencia, existe otra que diferencia a los montes en «catalogados» y «no catalogados».

Los montes «catalogados» son aquellos que, habiendo sido declarados de utilidad pública, se hallan incluidos en el Catálogo de Montes. El Catálogo es un Registro Público de carácter administrativo, cuyo origen hay que entroncarlo en la legislación desamortizadora, concretamente en la Ley de 1855 que autorizó al Gobierno en el artículo 2, apartado sexto, la excepción de determinados «montes y bosques» considerados de utilidad pública (217).

Según se desprende de los artículos 24 y 25 del RMt, son montes «catalogados» todos los montes públicos o terrenos forestales declarados de utilidad pública por concurrir en ellos las siguientes condiciones: los existentes en las cabeceras de las cuencas hidrográficas; los que sirvan para regular eficazmente las grandes alteraciones del régimen de las aguas llovidas; los que eviten desprendimientos de tierras o rocas, erosiones y enturbiamiento de las aguas que abastecen las poblaciones; los que saneen los parajes pantanosos; los que hagan permanentes las condiciones higiénicas, económicas y sociales de los pueblos de la comarca; y, en general, las masas de arbolado o terrenos forestales que por su situación sea preciso conservar o repoblar por su influencia económica o física en la nación o comarca, la salubridad pública, régimen de aguas, fertilidad de las tierras o por su utilidad para la defensa nacional.

Los titulares de los montes «catalogados» pueden ser: El Estado, la Provincia o los Municipios (218). También las demás Corporaciones o Entidades de Derecho Público pueden ser titulares, si bien por su escasa importancia, sólo nos limitamos a los tres titulares anteriormente consignados. Mas, como agudamente ob-

---

(216) *Vid.* artículo 11 del Reglamento de Montes.

(217) *Vid.* en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, ob. cit. anteriormente, pág. 290, y GUAITA, ob. cit., págs. 216 y sigs.

(218) SIEIRA BUSTELO, ob. cit., n.º 86 y 87.

serva Sieira Bustelo (219), de acuerdo con la Ley de 1 de marzo de 1941, reguladora del Patrimonio Forestal del Estado, y de acuerdo también con el Reglamento para su aplicación de 30 de mayo siguiente, resulta que el Estado no tiene actualmente montes o terreno forestal alguno de su propiedad, ya que éstos pasaron a ser propiedad de dicho Patrimonio Forestal del Estado. No obstante, a efectos de catalogación y de acuerdo con el artículo 8 del Reglamento de 30 de mayo de 1941, estos montes han de incluirse en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública como pertenecientes al Estado. Por tanto, la normativa aplicable a estos montes está constituida no sólo por la LMt y su Reglamento, sino también por la LPFE y su propio Reglamento.

Las Provincias, si bien en escasa medida, pueden ser también titulares de montes «catalogados» ofreciendo, en cuanto a la naturaleza jurídica de los mismos, una peculiaridad que les separa de los otros montes, como veremos más adelante.

Finalmente, los Municipios son los otros posibles titulares de montes «catalogados», y precisamente son los que revisten mayor importancia, puesto que la mayoría de los bienes municipales están constituidos por montes (220).

Si, como vimos ampliamente en otro lugar, los bienes municipales pueden ser «de propios» o «comunales», de esta clasificación no se sustraen los montes «catalogados» que pertenecen al Municipio. De ahí, por tanto, que los montes «catalogados» municipales pueden ser «de propios» y «comunales», a los que habrá que aplicar la normativa anteriormente vista respecto de esta dualidad de bienes, si bien con algunas particularidades dimanantes de la aplicación conjunta de las normas de la LRL y RBEL, de un lado, y de la legislación de montes, de otro (221).

La naturaleza jurídica de los montes «catalogados» propiedad del Estado y del Municipio es sumamente discutida por los autores (222). Sin embargo, creemos que debe prevalecer la tesis

(219) SIEIRA BUSTELO, ob. cit., n.º 86, págs. 150 y 151.

(220) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios....* pág. 293.

(221) Sin embargo, en Navarra, como pone de relieve la sentencia de 5 de marzo de 1974, con arreglo a su propia legislación, todos los bienes propios de los municipios tienen carácter de comunales; no puede admitirse que se haga distinción entre bienes «de propios» y «comunales».

(222) Para ver una exposición detallada de las diversas posturas doctrinales, *vid.* SIEIRA BUSTELO, ob. cit., págs. 154 y sigs.

privatística respecto de los mismos en base, fundamentalmente, a diversos textos legales e incluso a varias decisiones jurisprudenciales. En efecto, y sin recurrir a precedentes legislativos más remotos, sostienen su naturaleza privada:

a) El Real Decreto de 10 de octubre de 1902, que en su artículo 3 afirma de manera categórica que los montes públicos no son bienes de dominio público, sino de propiedad privada, afirmación que asimismo recoge en su propio Preámbulo al decir que lo procedente es reconocer en los montes «catalogados» el carácter de propiedades patrimoniales.

b) La Real Orden de enero de 1906 y el Real Decreto de 24 de febrero de 1908 hacen idénticas afirmaciones.

c) La Ley Municipal de 1935, cuyo artículo 147 considera a los montes como bienes patrimoniales, ya que al remitirse al Código Civil para determinar cuáles sean los bienes de dominio público, y guardar silencio este cuerpo legal en el artículo 339, se deduce claramente que los montes son de dominio privado.

d) Particularmente importante resulta el RH en esta controversia. El artículo 30 redactado según Decreto de 17 de marzo de 1959 establece en su número primero que «el dominio de los montes de utilidad pública se inscribirá en el Registro a favor del Estado, de los entes públicos territoriales o de los Establecimientos a que pertenezcan», siendo así que el artículo 5 del mismo cuerpo legal, también redactado según el referido Decreto de 1959, exceptúa de la inscripción, entre otros, a los bienes de dominio público a que se refiere el artículo 339 del Código Civil, así como a los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial. De aquí se desprende que nos hallamos en presencia de bienes patrimoniales y no de bienes de dominio público.

Naturalmente, este último argumento podría también aplicarse a los montes «catalogados» de las Provincias, y deducir, por tanto, que son asimismo bienes de dominio privado. Pero esto lo impide de una manera categórica el artículo 282, 2 de la LRL, al expresar que son bienes de «servicio» público provincial —y por tanto, de «dominio público»— entre otros, los montes «catalogados». Tal precepto, en cambio, no existe referido a los montes «catalogados» del Estado ni del Municipio, y de ahí que hayamos

de encuadrarlos dentro de la categoría de bienes de propiedad privada.

El propio Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia pone de relieve la naturaleza privatística de los montes «públicos», ya pertenezcan al Estado, ya al Municipio. Así, entre otras, en las sentencias de 13 de enero de 1907, 6 de abril de 1921 y 19 de noviembre de 1949. Particularmente importante es la citada en segundo lugar al establecer que «los montes son bienes patrimoniales de los Municipios, como comprendidos en el dominio privado, pues aunque con arreglo a la Ley de 1836 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 como bienes de dominio público del Estado, toda vez que la clasificación 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...; no existe, por tanto, incompatibilidad en que un monte sea a la vez un bien patrimonial de un pueblo, según el Derecho Privado, y un monte público, según el Derecho Administrativo, ya que entre éstos deben clasificarse los montes de los pueblos, aunque tengan carácter patrimonial a tenor del párrafo segundo del artículo 344 del Código Civil».

De lo que acabamos de exponer, es indudable que no existe una justa correspondencia entre los bienes de dominio público y de dominio privado con los montes públicos y montes particulares. En este sentido, de forma certera, Gascón y Marín (223) afirma que la distinción entre montes públicos y privados no coincide con la de bienes de dominio público y de dominio privado, ya que montes considerados como públicos tienen carácter patrimonial. No obstante, este autor se inclina por la tesis del dominio público, tesis a la que también se inclina Guaita (224).

A nuestro juicio, los montes «catalogados» pertenecientes a las Provincias por expresa declaración del artículo 282, 2 de la LRL es indudable que son bienes de dominio público. Los del

---

(223) GASCÓN Y MARÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 1950, pág. 400.

(224) GUAITA, ob. cit. anteriormente, págs. 218 a 221.

Estado y de los Municipios, por las razones antes señaladas, son bienes patrimoniales.

Los montes «catalogados» pertenecientes a los municipios pueden ser, naturalmente, «de propios» y «comunales», distinción que ya quedó analizada anteriormente, siendo aplicable a estas dos categorías cuanto allí se dijo. Sin embargo, los montes «catalogados» que tengan la consideración «de propios» ofrecen ciertas peculiaridades respecto a los demás bienes «de propios» que no estén integrados por montes «catalogados».

La diferencia fundamental que existe entre los bienes «de propios» que no consistan en montes «catalogados» y aquellos otros que consistan en tales montes, es la referente a su enajenación. Los bienes «de propios», en general, podrán ser enajenados a tenor de lo establecido en los artículo 189 y 190 de la LRL y 98, 99, 103 y 106 del RBEL, cuya doctrina legal podríamos concretarla de la forma siguiente:

— Se necesita autorización del Ministerio de Administración Territorial, previo informe del Ministerio de Hacienda, cuando su valor exceda del 25 por 100 del Presupuesto anual de la Corporación. Si no excediere de esos límites, bastará con dar cuenta al Ministerio de Administración Territorial de toda enajenación de bienes inmuebles que se proyecte. Se exceptúan de la aprobación del Ministerio de Administración Territorial las cesiones autorizadas por leyes especiales.

— La enajenación habrá de realizarse en pública subasta, salvo el caso de enajenación mediante permuta con otros bienes de carácter inmobiliario previo expediente que acredite la necesidad de efectuarla y la equivalencia de valores.

— Las enajenaciones de bienes cuyo valor exceda del 10 por 100 del Presupuesto ordinario de ingresos, deberán ser acordadas con el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho, y en todo caso, de la mayoría absoluta legal de los miembros de la Corporación (225).

---

(225) Sobre enajenación de bienes «de propios» con destino a instalaciones industriales en Polos de Promoción y Desarrollo, *vid.* normas aprobadas por la circular de 21 de mayo de 1964. Cuando la enajenación afecte a monumentos artísticos o históricos, se requiere autorización del Ministerio de Administración Territorial previo informe del Ministerio de Educación y Ciencia (artículos 191 de la

La enajenación de los bienes «de propios» consistentes en montes «catalogados» sólo es posible mediante ley (226). Así se expresa el artículo 44 del RMt, admitiéndose asimismo, al amparo del artículo 183 del mismo cuerpo legal, la posibilidad de que el Patrimonio Forestal del Estado pueda adquirir o permutar para sus fines, de acuerdo con su legislación especial y la de Régimen Local, los montes que aparezcan en el Catálogo como de Entidades Locales, y éstas, con el mismo objeto, mediante permuta, los del Estado (227).

Por otra parte, los montes «catalogados» son inembargables y sólo excepcionalmente servirán de garantía hipotecaria sus aprovechamientos, pudiendo ser expropiados solamente para obras y trabajos cuyo interés general prevalezca sobre la utilidad pública del monte afectado (228). De otro lado, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 64, 1 del RMt, pueden prescribirse por la posesión en concepto de dueño durante treinta años si consisten en «bienes de propios» o si se trata de montes «catalogados» del Estado que no consistan en bienes de dominio público, ya que los montes catalogados que tienen la consideración de comunales y los que tengan la condición de bienes de dominio público —los de la Provincia lo son siempre— son imprescriptibles (229).

---

Ley de Régimen Local y 102 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales). Hoy, además, debe tenerse en cuenta el R. D. de 16 de junio de 1979.

(226) Esta afirmación la hacemos extensiva a todos los montes catalogados cualquiera que sea su titular, ya que la legislación no distingue entre unos y otros.

(227) El artículo 84 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 30 de mayo de 1941 establece que «los montes y terrenos del Patrimonio podrán ser permutados por otros públicos o de particulares, para mejorar las condiciones del Patrimonio Forestal del Estado; las permutas se realizarán con arreglo a las normas análogas a las de los convenios de compras».

(228) *Vid.* artículos 44, 45 y 151 del Reglamento de Montes.

(229) El artículo 64 del Reglamento de Montes establece:

1. Los montes públicos catalogados de propiedad patrimonial sólo podrán prescribir por la posesión en concepto de dueño, pública, pacífica y no interrumpida durante treinta años.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 1.943 y siguientes del Código Civil, los aprovechamientos forestales, las sanciones por intrusismo o cualesquiera otros actos posesorios realizados por la Administración Forestal o por la Entidad dueña del monte interrumpe la prescripción en curso.

3. Los montes públicos que tengan la condición de bienes de dominio

Por lo que respecta a los montes «catalogados» comunales, en principio, su régimen jurídico es análogo al de los bienes comunales no consistentes en tales montes, pero no idéntico. En efecto, tratándose de bienes comunales en general, la Administración Municipal puede por sí misma rescatar o recobrar los usurpados por terceros solamente durante el plazo de un año a contar desde que la usurpación se produjera; a partir de esta fecha, habrá de acudir necesariamente a los Tribunales Civiles. En este sentido se pronuncia el artículo 55, 2 del RBEL y reiterada jurisprudencia (230). En cambio, cuando los bienes comunales consisten en montes catalogados, el propio artículo 55, 4 del citado RBEL se remite a la legislación especial que, por lo que a su recuperación respecta, está contenida en los artículos 10 de la LMt y 50 y siguientes de su Reglamento, de los que se desprende que la Administración puede recuperar por sí misma la posesión de los montes catalogados en todo tiempo. En este sentido afirma Guaita (231) que la recuperación no tiene límite temporal pero no por ser comunal, sino por ser monte catalogado.

Ahora bien, las peculiaridades más importantes de los montes catalogados se refieren a su aprovechamiento. En este sentido, consignaremos que existe una fuerte intervención administrativa en aras de la defensa del arbolado que, incluso, puede afectar a montes no catalogados, sentando el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de noviembre de 1975, como principio general, el que la Administración forestal debe ser respetada en cuanto a la determinación de la forma de aprovechar un monte catalogado que sea compatible con su naturaleza jurídica, por razones forestales.

Antes de concluir estas consideraciones sobre los montes

---

público e igualmente los montes comunales de los pueblos son imprescriptibles mientras no queden desafectados del uso o del servicio comunal o público a que estuvieren adscritos.

(230) Las sentencias de 5 de enero de 1971 y 4 de abril de 1973 afirman categóricamente que las corporaciones locales tienen capacidad para recobrar por sí mismas la tenencia de sus bienes que se hallaren en poder de los particulares, durante el plazo de un año a contar de la usurpación si son «patrimoniales», y en cualquier tiempo si son de «dominio público».

(231) GUAITA, *Derecho Administrativo Especial*, Zaragoza, 1970; págs. 330 y 331.

catalogados, estimamos muy importante poner de relieve que la inclusión de un monte en el Registro Administrativo que el Catálogo significa no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, ya que es reiterada la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo en este sentido, señalando, además, que las cuestiones de dominio están excluidas de la jurisdicción contencioso-administrativa, en dichos montes catalogados, debiendo dilucidarse ante los Tribunales de Jurisdicción Civil (232).

Consecuentemente con lo anterior, la sentencia de 26 de junio de 1974 determina que en tanto los Tribunales Ordinarios no declaren que la propiedad de un monte clasificado como público corresponde a titular distinto del que figura en el Catálogo, la Administración Forestal habrá de atenerse, en el ejercicio de la función tutelar que le corresponde, al estado posesorio que refleja el Catálogo. De donde se desprende que habrá que estar en todo caso a lo que determinen los Tribunales de la jurisdicción civil, y hasta que tales pronunciamientos se den, hay que estar en cuanto a la posesión a lo que el Catálogo refleja.

La importancia del Catálogo es indiscutible, afectando fundamentalmente a los aprovechamientos; pero su sometimiento, en cuestiones de propiedad, es total a la esfera de la jurisdicción civil porque, en último término, y sin que esto signifique una minusvaloración del mismo, el Catálogo no pasa de ser un Registro Administrativo en el que no se ventilan cuestiones de propiedad o posesión formuladas con base en asientos dimanantes del Registro de la Propiedad (233).

De otro lado, la protección del estado posesorio, derivado de la inclusión de un monte en el Catálogo, es deber de la Autoridad Administrativa; mas la calificación de los derechos derivables de los artículos 78 y 79 de la LH, junto con los administrativos, expresa la sentencia de 14 de mayo de 1975, ha de ventilarse y decidirse ante la jurisdicción civil. De ahí que la sentencia de 7 de febrero de 1950 declare que «no es acertada la afirmación de que carecen de acción los particulares que se consideren dueños

(232) *Vid.* en este sentido, entre otras, las sentencias de 30 de diciembre de 1965, 26 de febrero de 1966, 14 de febrero de 1967, 27 de mayo de 1968, 10 de mayo de 1971, 7 de mayo de 1974, 24 de mayo de 1974, 30 de junio de 1975 y 24 de diciembre de 1975.

(233) *Vid.* sentencia de 14 de enero de 1966.

por título de Derecho Civil, cual ocurre con la información de dominio inscrita en el Registro de la Propiedad, para acudir a la jurisdicción ordinaria, a fin de ventilar cuestiones relativas al aprovechamiento de pastos y leñas de fincas incluidas en el Catálogo de Montes». Por otra parte, existe la posibilidad de que un monte esté inscrito a favor de un Municipio y que su aprovechamiento pertenezca exclusivamente a un poblado integrante de dicho Municipio, no habiendo ilegalidad en ello, según expresa la sentencia de 2 de abril de 1970.

Sobre montes catalogados pueden incidir perfectamente servidumbres y otros derechos reales que los graven; gravámenes que debe reflejar el propio Catálogo, pero como señala la sentencia de 20 de noviembre de 1975, sin determinar la condición jurídica de la servidumbre o derecho real de que se trate.

## IV. REFERENCIA A LOS BALDIOS

Generalmente, los baldíos constituyen extensiones de terrenos no cultivados y de escasa calidad, cuyo aprovechamiento se realiza por la comunidad vecinal correspondiente al municipio en que están situados geográficamente.

Su origen es incierto. La tesis predominante (234) entronca sus inicios en la época de la conquista por los visigodos, quienes al ocupar las tierras se repartían entre ellos dos tercios y reservaban sólo un tercio a los naturales, dejando abandonados y sin propietario todos los terrenos a los que no alcanzaba la población; a éstos se denominaron «campos vacantes», constituyendo los baldíos. Estos terrenos, debido a la idiosincrasia propia de aquellos pueblos que mostraban aversión a las labores agrícolas, son dedicados a pastos comunes.

Unido a lo anterior, las posteriores luchas de la Reconquista con la consiguiente imposibilidad de cultivar los campos, se comprende fácilmente que tal situación de los baldíos se prolongara durante varios siglos.

Esta tesis relativa al origen de los baldíos ha sido defen-

(234) Cfr. *Diccionario de Derecho Privado*, voz «baldíos».

dida fundamentalmente por Jovellanos (235) y Mellado (236), afirmando el primero —gran enemigo de los mismos— que «la política, hallando arraigado el funesto sistema de la legislación pecuaria, la favoreció tan exorbitantemente, que hizo de los baldíos una propiedad exclusiva de los ganados; y la piedad, mirándolos como el patrimonio de los pobres, se empeñó en conservarlos, sin que ni una ni otra advirtiesen que, haciendo común el aprovechamiento de los baldíos, era más natural que los aprovechasen los ricos que los pobres».

Pone de relieve el profesor Nieto (237) —quien dedica un extenso capítulo de su obra tantas veces citada en este libro al tema de los baldíos— que la tesis de Jovellanos (y la de F. Mellado, según vimos antes) ha sido rechazada posteriormente en términos absolutos, ya que el origen que les atribuye es, por un lado, demasiado antiguo, puesto que es imposible enlazar históricamente los baldíos contemporáneos con los de la época visigoda; y por otro lado, demasiado moderno, ya que desconoce la existencia de baldíos anteriores. Cita a Colmeiro (238), quien considera más verosímil que los baldíos fuesen los terrenos ganados a los moros por la fuerza de las armas y no aplicados a la dotación de ningún Concejo, Iglesia o Monasterio, ni comprendidos en ningún repartimiento, quedando por lo mismo ociosos y vacantes. Las huellas de la concordia romano-visigótica a que alude Jovellanos, fueron eliminadas con el paso de los sarracenos, que borraron la propiedad de los romanos y godos por derecho de conquista y por derecho de estado, trocándose la mayor parte en bienes de abadengo, tierras concejiles y heredamientos particulares, reservándose otra parte el Patrimonio Real,

(235) JOVELLANOS, *Informe sobre la Ley Agraria*. Ed. Biblioteca Universal, 1917, págs. 26 a 28.

(236) MELLADO, *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Madrid, 1899, pág. 895, insiste en que el origen de los baldíos data del tiempo de los visigodos, en que, como es sabido, ocupaban y repartían entre sí las dos terceras partes de la tierra que conquistaban, dejando la tercera parte a los vencidos. Abandonaban, asimismo, todas las tierras despobladas, cuyo número era muy considerable, y estos terrenos sin cultivar son los que reciben el nombre de baldíos.

(237) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 140.

(238) COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, 4.ª ed., Madrid, 1876, II, págs. 112 y 113.

y siendo perdida una porción no escasa que los Reyes no aprovecharon y fueron objeto de alguna merced de la corona.

Cualquiera que sea el origen de los baldíos, el hecho cierto es —y esto es lo que nos interesa a los efectos de nuestro tema— que han sido aprovechados comunalmente. En este sentido, dice Garrido Falla (239) que los baldíos, por su poco valor y falta de dueño, están abiertos al disfrute de cualquiera.

Ahora bien, la afirmación de su poca importancia no la hemos de tomar con un criterio absoluto, ya que, como acertadamente señala Nieto (240), no puede menospreciarse su valor dentro del papel que juegan en la economía agraria (241). A esto añadamos que en los muy conocidos «baldíos de Alburquerque» se trata de grandes extensiones de terreno de gran productividad, con lo cual llegamos a la consecuencia de su desacertada denominación, ya que, como señala Escriche (242), «baldío» procede de la voz anticuada «balda», que, a su vez, procede de la arábiga «balt», significando una cosa de poquísimo precio y de ningún provecho.

En cuanto a su falta de dueño, indudablemente tiene una justificación histórica cualquiera que sea su origen, como hemos visto. Sin embargo, en la hora presente, creemos con Nieto (243) que debe rechazarse la tesis de que se trate de «res nullius» sobre los que aún no se han realizado actos posesorios, y con el mismo autor creemos que su titularidad dominical, careciéndose de título, se reducía a una cuestión dogmática o, si se quiere, a una cuestión de fuerza: el Monarca, apoyándose en una tradición confusa pero dominante, sostenía sus derechos originarios, el Concejo afirmaba los suyos como justificante de sus aprovechamientos, y por último, no faltaban señores que aducían con éxito los suyos, invocando privilegios y concesiones reales (244).

---

(239) GARRIDO FALLA. «Sobre los Bienes Comunales», *Revista de Estudios de la Vida Local*, 1962, n.º 125, págs. 676 y 678.

(240) NIETO *Bienes Comunales*, pág. 138.

(241) Más que en la industria agraria propiamente dicha, su valor está, sin lugar a dudas, en la industria pecuaria.

(242) ESCRICHE, *Diccionario de Jurisprudencia*, 2.ª ed., 1, 1838, voz «baldíos»

(243) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 144.

(244) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 136.

Indudablemente, el transcurso de los siglos ha ido consolidando estas posiciones. Pero lo que no admite discusión es que, de acuerdo con la LPE de 15 de abril de 1964 y su Reglamento de 5 de noviembre del mismo año, aun en el supuesto de que existieran con anterioridad a su publicación baldíos con auténtica ausencia de titular dominical, hoy no es posible, después de publicados tales textos legales. En efecto, prescribe el artículo 21 de la citada ley —ya invocado en otro lugar— que «pertenecen al Estado como bienes patrimoniales los inmuebles que estuviesen vacantes y sin dueño conocido». Añade el propio artículo que «tales bienes se entenderán adquiridos, desde luego, por el Estado, y tomará posesión de los mismos en vía administrativa, salvo que se oponga un tercero con posesión superior a un año, pues en tal caso el Estado tendrá que entablar la acción que corresponda ante la jurisdicción ordinaria». Pues bien, ni aun en este supuesto puede hablarse de ausencia de titular dominical, ya que será el propio Estado, si su acción prospera, o el tercero que los pretende, en caso contrario (245).

Teniendo en cuenta la discutida titularidad dominical en su azarosa vida, los baldíos han sufrido las consecuencias de intereses basados en su precaria situación jurídica, ataques dimanantes de todas las fuentes que han supuesto paulatina y gradualmente su disminución. Pero, sin duda, el mayor ataque que a lo largo de su historia han sufrido los baldíos lo han constituido sus frecuentes enajenaciones.

Hay una serie de disposiciones, en cuyo análisis no vamos a detenernos, tendentes —como señala González Pérez (246)— a facilitar la enajenación de los bienes baldíos. Entre ellas destacan el Decreto de la Corte de 4 de enero de 1813, Real Cédula de 22 de julio de 1819, Decreto de las Cortes de 29 de junio de 1822, Real Decreto de 31 de diciembre de 1829 y Real Orden de 6 de marzo de 1834 para reducir a cultivo los terrenos baldíos o realengos del Estado y los particulares, o para introducir mejores sistemas en los ya cultivados.

---

(245) El artículo 51 del Reglamento del Patrimonio del Estado repite literalmente el artículo 21 de la Ley.

(246) GONZÁLEZ PÉREZ, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*. Seix, Barcelona, 1952, voz «colonización interior».

Con anterioridad, varios monarcas habían dictado disposiciones por las que se prohibía la enajenación de bienes baldíos, que quedarían siempre para el aprovechamiento de sus súbditos y naturales, conforme a las Leyes de los Reinos y las Ordenanzas que tuvieren o hicieren (en este sentido Felipe II, Felipe III y Felipe IV).

Con Felipe V se cambia radicalmente de criterio, creándose la Junta de Superintendencia de Baldíos, cuya finalidad era conocer privativamente de todos los negocios de baldíos (designación, adjudicaciones, explotación y ventas), sin admitir apelaciones ni súplicas contra las determinaciones que se adoptaran, lo cual motivó una protesta general y continua, que originó la supresión de dicha Junta en 1746, declarándose nulas todas las enajenaciones y adjudicaciones hechas a la Corona y a los particulares de los terrenos baldíos (salvo los que hubiesen sido usurpados a particulares anteriormente y aquellos de inutilidad evidente) (247).

Sin lugar a dudas, el Decreto de 4 de enero de 1813 es la normativa fundamental sobre enajenación de baldíos, estableciéndose en dicha disposición que los baldíos realengos de España y Ultramar se repartiesen y convirtiesen en propiedad particular plena y acotada, prohibiéndose que las citadas propiedades pasasen a las manos muertas. Y como esto dio lugar a muchos abusos, tuvieron que ser revisadas todas las enajenaciones realizadas con anterioridad para aprobar definitivamente las hechas legalmente y convalidar aquellas en las que los baldíos hubiesen sido tasados equitativamente y vendidos en pública subasta, siempre que hubiesen sido adquiridos por más de los dos tercios de su tasación.

Por último, dentro de esta frondosa serie de disposiciones relativas a la consunción de los baldíos, tenemos como hitos históricos los siguientes: año 1843, fecha en que el Gobierno se reservó la facultad de ceder los bienes baldíos; Real Decreto de 1 de diciembre de 1923 y Reglamento de 1 de febrero de 1924 por los que se admite que los que posean bienes de esta naturaleza con anterioridad a 1923 se conviertan en propietarios. Para ello se exige que, por sí o por sus causantes, lleven en posesión

(247) *Vid.* voz «baldíos» en *Diccionario de Derecho Privado.*

un año y un día si la extensión no es superior a tres hectáreas, y por cada hectárea más de exceso, se exige un año más de posesión. El precio para tal legitimación habría de calcularse sobre el valor en venta y renta, capitalizándose la renta al 4 por 100 para obtener dicho precio. La capitalización se exige en el plazo de diez años.

Problema de capital importancia han revestido los ya mencionados «baldíos de Alburquerque», de configuración muy peculiar, puesto que pertenecían a titulares distintos los derechos de propiedad y de siembra de un lado, los pastos de primavera e invierno de otro y el arbolado, finalmente, de otro (248). Tal complejidad —que aún subsiste en algunas zonas de España, como veremos en el momento oportuno, referida a bienes de los particulares— dio lugar a una serie de construcciones dogmáticas y decisiones jurisprudenciales muy alejadas de ser satisfactorias. De ahí que aparezca como una auténtica necesidad la intervención del legislador. En efecto, la Ley de 27 de marzo de 1935 y su Reglamento de 8 de agosto siguiente ordenan jurídicamente esta situación tan confusa, privando el derecho de siembra sobre los demás; pero a los que ostentaran otros derechos distintos a los de siembra se les otorgó una dehesa comunal al constituirse ésta a favor del Municipio de Alburquerque.

Estos terrenos de la provincia de Badajoz estaban oficialmente catalogados como montes exceptuados de la desamortización. La Ley de 1935 ordena (artículo 8) que se constituya con parte de ellos una dehesa comunal de extensión máxima de 7.500 hectáreas (los baldíos representaban 45.000 hectáreas), inscribible en el Registro de la Propiedad a favor del Ayuntamiento de Alburquerque con carácter de bien comunal (249).

Dice Nieto (250), a propósito de la solución dada al problema de los baldíos de Alburquerque por medio de la Ley de 1935, que en el fondo, contemplada la operación con perspectiva suficiente, puede considerarse como una especie de concentración parcelaria en el sentido moderno del término, es decir, como ordenación jurídica y real de la propiedad, ya comprenda

(248) *Vid.* NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 175 y sigs.
(249) *Vid.* GARRIDO FALLA, ob. cit., pág. 678, nota 1.
(250) NIETO, *Bienes Comunales*, pág. 178.

una concentración parcelaria en el sentido estricto del término, o una concentración de facultades dispersas de dominio que es lo que aquí sucede.

Para concluir esta breve referencia a los baldíos, hemos de sentar que aquel concepto, que desde el punto de vista legal fue sancionado por la Real Orden de 12 de mayo de 1851 como «terreno que, no correspondiendo al dominio privado, pertenece al dominio público para su común disfrute y aprovechamiento, y que no está destinado a la labor ni al adehesado», se aviene mal con la legislación actual. Los posibles residuos de baldíos, después de las múltiples enajenaciones sufridas durante su vida secular, hoy han pasado a formar parte de los bienes patrimoniales del Estado. Los que fueron enajenados tampoco pasaron a formar parte del dominio público.

Lo verdaderamente importante es que, en su concepción originaria, fueron aprovechados comunitariamente; esto es indudable, y salvo los supuestos en que la desaparición de los mismos haya implicado su traspaso al patrimonio de los particulares, el aprovechamiento de los mismos sigue siendo comunitario. Pero de esto no podemos deducir que, sin más, pasen a ser comunales (251), ya que el aprovechamiento comunal, a nuestro juicio, y como ya quedó consignado con anterioridad, no basta por sí sólo para conceptuar a un bien como comunal. Por lo tanto, sólo en el caso de que antiguos baldíos hayan pasado a ser propiedad de los Municipios y sigan siendo aprovechados por la comunidad vecinal en forma gratuita podemos hablar de comunales; el resto de las posibles hipótesis no pueden llevarnos a afirmar la naturaleza comunal de los antiguos baldíos.

(251) Tesis mantenida por NIETO.

# Capítulo cuarto

## *Principales manifestaciones actuales de los aprovechamientos en común de pastos y leñas en territorios sujetos al Derecho Foral*

A lo largo de todo lo que llevamos expuesto, hemos constatado en más de una ocasión, que los aprovechamientos colectivos de pastos y leñas tienen innegable existencia, en los momentos actuales, no sólo en los territorios en los que rige el Derecho común, sino también en los que rige el Derecho Foral. Indudablemente, en estos últimos han tenido gran arraigo, lo cual es perfectamente explicable, ya que, al ser regiones en las que han proliferado en gran medida normas consuetudinarias, la obra del legislador no ha tenido tanta repercusión. La ley se ha visto obligada a respetar unas instituciones transmitidas de generación en generación plasmadas en meras costumbres, protectoras de unos derechos diametralmente opuestos a lo preconizado generalmente por las normas legales.

En este epígrafe vamos a limitar nuestra exposición a la supervivencia de aquellos aprovechamientos en los territorios sujetos a la legislación foral, ocupándonos de las figuras más destacadas dentro de los mismos.

## VIZCAYA

### Sel común

Se denomina «sel» en las provincias vascongadas, a un territorio con tendencia a la forma circular, en cuyo centro existe un mojón. Los productos que el mismo arrojaba eran generalmente aprovechados por el ganado, o bien se empleaban para roturar y construir casa y hacienda (252). En estas extensiones de terreno, que constituyó en tiempos remotos una riqueza de extraordina-

(252) GARCÍA ROYO: *Foralidad civil en las provincias Vascongadas*, Vitoria, 1952, págs. 85 y sigs.

ria importancia en Vizcaya, el común de vecinos aprovechaba con sus ganados el helecho y la paja.

Era muy frecuente que se dividiera en parcelas correspondientes con las distintas estaciones del año, y de ahí que se hablara del «sel» invernizo, que se conocía con el nombre de «cortanagusia», y el «sel» veraniego, denominado «corta chiquija» o «corta ordiga».

Para llevar a cabo los aprovechamientos que se realizaban en forma colectiva, unía los dueños de los ganados a éstos en manadas que recibían el nombre de «hatos» y que por lo general no podía exceder cada uno de ellos de la cuantía de cien cabezas.

Existían, asimismo, montes de cofradías, cuyas titularidades eran ostentadas por el común de los vecinos, existiendo, como pone de relieve García Royo (253), dos procedimientos en cuanto a su disfrute: o bien se dividían entre los partícipes para realizar su aprovechamiento de forma individual, o bien, y esto es lo más frecuente, eran poseídos en forma comunitaria.

Para la administración de tales bienes existían unas juntas denominadas «batzarras», cuya presidencia difiere en los distintos lugares, y así en Olánuri estaba a cargo de los mayordomos (montazqueros) y en Dima son presididos por el «batzosain», al aire libre, en el atrio de la iglesia e incluso en su propia casa.

De otra parte, también se sigue un régimen comunitario en los aprovechamientos de las plantaciones y frutos verificados en el terreno común, abonándose al plantador lo que pericialmente valía la plantación en el momento de realizarla.

Todas estas formas colectivas de aprovechamientos tienen un régimen legal, ya sea consuetudinario ya escrito, como, por ejemplo, las Ordenanzas escritas de San Miguel de Alzusta y el propio Fuero. Más teniendo en cuenta que muchos de estos aprovechamientos comunitarios poseen una regulación legal deficiente, hay que acudir en múltiples ocasiones a lo que establece el Código Civil, concretamente a partir de su artículo 392.

Sin pretensiones de hacer un análisis minucioso relativo a la naturaleza jurídica de estos aprovechamientos comunitarios, análisis que realizaremos más adelante al tratar de este punto referi-

---

(253) GARCÍA ROYO, ob. y *loc.* cit. anteriormente.

do a los aprovechamientos colectivos en general, anticipamos que a nuestro juicio pueden darse tres hipótesis distintas:

1.ª Si el derecho de propiedad del terreno sobre el que recaía el aprovechamiento en común pertenecía a los dueños de los ganados, es evidente que nos hallamos en un supuesto de comunidad.

2.ª Si, por el contrario, tal derecho de propiedad del terreno era extraño a los dueños de los ganados, existía un gravamen para el derecho de propiedad, constituyendo, en consecuencia, una servidumbre, si bien esta servidumbre se ejercitaba comunitariamente.

3.ª Si se daban unidos ambos supuestos, existiría la figura de la comunidad y no la de servidumbre, ya que esta última figura no tendría cabida según la regla «nemini res sua servit», aunque desde el punto de vista de los dueños de los terrenos cabe hablar de servidumbre.

Modernamente, la Compilación de Derecho Civil Foral de Vizcaya y Alava, de 30 de julio de 1959, en su articulado no hace alusión directa a estos aprovechamientos comunitarios. Sin embargo, califica en su Preámbulo al Derecho Foral Vizcaíno como «verdadero estatuto agrario, anticipación a las novísimas tendencias de ordenación jurídica del agro español mediante una concentración familiar... que puede servir de modelo al legislador actual».

Se protege en esta ley la comunicación foral de bienes en el matrimonio, declarando el artículo 42 que «a falta de contrato sobre los bienes, cuando el marido fuere vizcaíno no infanzón en el momento de celebrarse el matrimonio, se entenderá contraído éste bajo el régimen de comunicación foral de bienes».

Por otra parte, el artículo 47 ordena la continuidad de aquella comunicación en su párrafo 1.º al expresar que «cuando el matrimonio se disuelva con hijos, la comunicación foral continuará entre el cónyuge viudo de una parte y de la otra los hijos o descendientes que sean sucesores del premuerto, hasta la división y adjudicación de los bienes comunicados».

De los preceptos transcritos podemos deducir la tendencia a una gran conservación del régimen comunitario dentro del matrimonio, criterio totalmente ajeno a los postulados del Derecho Civil común.

El principio supremo del Derecho Foral Vizcaíno es —como señala la Exposición de Motivos— el de concentración patrimonial de cada caserío y sus pertenencias. En torno a esta idea central giran las instituciones que la Compilación ha recogido, tales como la troncalidad, la libertad de testar, el testamento por comisario y el régimen matrimonial de comunicación foral de bienes (254).

Señala Areitio (255) que en Vizcaya se establece el asiento de la familia en la casería; éste es el lazo permanente y estable de la casa; es en el orden de la propiedad lo que el apellido en la distinción social. La troncalidad vincula los bienes en la familia, estableciendo un interés solidario creando una especie de comunidad.

De todo cuanto antecede podemos concluir que si bien es cierto que el «sel» ha sido silenciado en la Compilación, no lo es menos que en el Derecho Vizcaíno los aprovechamientos comunitarios no han desaparecido, siquiera éstos se realicen fundamentalmente a nivel familiar.

## ARAGON

### Alera Foral

Conforme determina el Fuero 2.º «De pascuis Gregibus», se entiende por alera foral la facultad que tienen los vecinos de cada pueblo de introducir sus ganados a pastar en los términos de los inmediatos, aunque solamente en la parte de ellos que confronta con los suyos.

Este derecho, al igual que la mayor parte de las instituciones jurídicas, ha sufrido los efectos del transcurso de los tiempos, y de ahí que la regulación hoy existente difiera en gran parte de la regulación histórica; sin embargo, su existencia actual responde a

---

(254) CASTÁN: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo I, vol. 1, 11.ª ed., Madrid, 1975, pág. 350.

(255) AREITIO: «Derecho Civil de Vizcaya», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Seix, I, págs. 307 y sigs.

una misma finalidad, cual es la de proteger la ganadería, en cuya protección consiguen traspasar los límites del propio término municipal, invadiendo los limítrofes.

Conviene aclarar que no se aprovechan íntegramente todos los terrenos de los pueblos afectados ya que existen limitaciones no sólo en cuanto a las clases de bienes que se aprovechan, sino también en cuanto al tiempo en que puedan estar los ganados en terrenos extraños. Los que ostenten el derecho de alera sobre un determinado término no podrán utilizar la totalidad de éste, sino solamente la parte que confronte con el término propio, tal y como se desprende del Fuero 2.º «De pascuis Gregibus» (256). Por otra parte, quedan siempre excluidas las huertas, así como los «boalares» (de los que nos ocuparemos más adelante) y las tierras de secano cultivadas hasta el levantamiento de las cosechas.

Con respecto al tiempo que han de permanecer en los términos afectados por la alera los ganados de los pueblos limítrofes, determinan las normas que se regirán por la regla «de sol a sol y de era a era». Es decir, que los ganados tarden en entrar en el término contiguo tanto tiempo como necesitarían saliendo de las eras de su propio término después de haber salido el sol, y a la vez, que salgan de aquél con el tiempo suficiente para llegar a las mismas eras antes de la puesta del sol.

En opinión de Isabal (257), de esta peculiaridad del aprovechamiento deriva probablemente la denominación de «alera», ya que, como quiera que el derecho se ejercitaba «de area ad aream» (área, entre otras cosas, significa era), es muy verosímil pensar que la locución «alera» ha sido una contracción vulgarizada de la expresión «ad aream» o a la era.

La regla de «sol a sol y de era a era» ha sido una de las más afectadas por la regulación actual, como destaca Fairen (258), para quien la antigua regla «de sol a sol y de era a era» está

---

(256) Sin embargo, actualmente, y debido a las constantes fragmentaciones de la propiedad, es posible alguna alteración, si bien los lugares de paso son los acostumbrados.

(257) ISABAL, *Exposición y Comentario del Cuerpo Legal denominado Fueros y observancias del Reino de Aragón derogado por el Apéndice Foral*, Zaragoza, 1926, pág. 212.

(258) FAIREN, *La alera foral*, Zaragoza, 1951, pág. 133 y sigs.

transformada por la de «linderos a eras». Expresa el mismo Fairen (259) que las aleras actualmente existentes tienen matices y caracteres diferentes, de modo que en muchas de ellas solamente subsiste el carácter esencial «de sol a sol», que en ciertos lugares se ha fundido con el «de era a era», constituyendo el apotegma popular «de sol a raya». Añade más tarde que la regla «de era a era» no se observa con rigor en casi ninguna de las aleras.

Por su parte, Bergua Camón (260) insiste en esta misma idea al afirmar que la alera viene establecida por convenios o por la práctica inmemorial de este uso, no siendo regulada de igual forma en todos los casos.

El derecho que implica la alera foral es de naturaleza inalienable, estando establecida en favor de los ganaderos de algunos pueblos de Aragón, quienes están obligados a permitir que junto con sus ganados vayan los de sus propios pastores con una doble condición: que vayan todos unidos y que no excedan en número de cuarenta cabezas las aportadas por cada uno de los pastores.

Regula también el derecho aragonés el supuesto de que algunos vecinos de un pueblo tengan tierras en un pueblo contiguo, afirmando que en este caso tendrán derecho a que pasten las bestias con que laboreen en el término en que estén ubicadas sus fincas, pero no podrán extender este derecho al resto del ganado que tales propietarios posean. Por otra parte, nunca podrán segar hierba para llevársela por estar limitado su derecho al aprovechamiento que las propias bestias de labor hagan por sí en su pastoreo.

Desde el punto de vista legislativo son múltiples los preceptos publicados referentes a estos aprovechamientos ejercidos comunitariamente. Nosotros nos limitaremos tan sólo a consignar dos de fecha relativamente reciente: Una Real Orden de 17 de mayo de 1838 que vino a advertir a los Ayuntamientos que «las demarcaciones de límites entre provincias, partidos o térmi-

---

(259) FAIREN, «El régimen de pastos de alera foral en la actualidad» publicado en *Homenaje a la memoria de D. Juan Moneva*, Zaragoza, 1954, págs. 313 y 314.

(260) BERGUA CAMON, «Ganadería y Pastos», *Anuario de Derecho Aragonés*, XIII (años 1965-1966-1967), págs. 469 y 470.

nos municipales, no alteran los derechos de mancomunidad de los pueblos en los prados, pastos, abrevaderos y demás usufructos que siempre han poseído en común». Asimismo declara esta Real Orden «que se abstengan los Alcaldes y Ayuntamientos, bajo su más estrecha responsabilidad, de ejecutar o consentir el acotamiento o adehesamiento de aquellos terrenos públicos que siempre han sido de aprovechamiento común de uno o más pueblos sin que proceda la competente facultad...»

Estas y otras múltiples reglas son conducentes a la consecución de instituciones que, como la «alera», revistieron forma de aprovechamiento comunitario (261).

Tratando de interpretar el texto de la Real Orden de 17 de mayo de 1838 se publicó una Circular, proveniente del Ministerio de la Gobernación, fechada el 8 de enero de 1841, ordenando que el alcance de la anterior Real Orden estaría limitado tan sólo a los terrenos públicos, sin que pudiera aplicarse a los terrenos de dominio particular, por estimar que conforme al Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813 estaban todos los terrenos de esta última naturaleza cerrados y acotados perpetuamente, salvas las servidumbres, y que, por consiguiente, cuando se habla de pastos públicos o comunes deben entenderse los que así se denominan propiamente por hallarse en terrenos que lo sean de uno o más pueblos (262).

El Apéndice de 7 de diciembre de 1925 tan sólo le dedicaba el artículo 16 a cuyo tenor: «La alera foral, cuando su existencia esté fundada en título escrito o en vigente costumbre, se efectuará con sujeción a lo estatuido por el uno o la otra, y en lo demás regirán las disposiciones del Código Civil, referentes a la comunidad de pastos en terrenos públicos». Esta regulación tiene notables diferencias con respecto a la alera foral histórica y, como señala Castán (263), en algunos lugares ha pasado a ser,

---

(261) Todas estas disposiciones las encontramos en la «observancia 4.ª de Pascuis».

(262) En este sentido BERGUA CAMON, en ob. y *loc.* cit. anteriormente, nos dice que el derecho de pastos forales, o de alera foral, se refería y se refiere a los terrenos públicos o comunes, y muy excepcionalmente a los particulares, mediante título o derecho inmemorial.

(263) CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo II, vol. II, 11.ª ed., Madrid, 1973 pág. 173.

en vez de recíproca, unilateral, y la regla de «era a era» está transformada en la de «linderos a eras»».

El artículo 16 del Apéndice ha sido derogado por el artículo 146 de la Compilación de 8 de abril de 1967 según el cual: «La alera foral y las mancomunidades de pastos, leñas y demás "ademprios", cuando su existencia esté fundada en título escrito o en posesión inmemorial, se regirá por lo estatuido en aquél o lo que resulte de ésta».

Como fácilmente se desprende, junto a la alera, incluye otros aprovechamientos de ejercicio comunitario —concretamente, las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios»— para someterlos a un régimen normativo idéntico que está constituido ya por lo establecido en el título escrito (si su existencia tiene un origen convencional), ya por la forma en que secularmente se ha desarrollado, si su origen es inmemorial. De otra parte, constituye una novedad el prescindir de las disposiciones del Código Civil referentes a la comunidad de pastos en terrenos públicos como normativa que debería tenerse en cuenta con carácter supletorio del título escrito o costumbre en que se funde.

A juicio de Sancho Rebullida (264), la formulación del artículo 146 de la Compilación parece más técnica que la del artículo 16 del Apéndice. Tal afirmación la deduce del hecho de haber prescindido el artículo 146 de la expresión «vigente costumbre» que recogía el artículo 16 del Apéndice. En efecto, según Sancho Rebullida, el tratamiento legal del Apéndice no resultaba correcto, toda vez que la costumbre no es por sí creadora de derechos subjetivos, sino medio y forma de ejercicio de los mismos, la costumbre indica simplemente una forma de realización, predicable tanto de un derecho nacido de posesión inmemorial, cuanto de otro nacido de título escrito.

Sin entrar a discutir si el artículo 146 de la Compilación es o no más técnico que lo era el artículo 16 del derogado Apéndice, lo que sí queremos destacar es que a nuestro juicio la costumbre —y sin desconocer su carácter supletorio— genera derechos

---

(264) SANCHO REBULLIDA, Los derechos reales en la Compilación del Derecho Civil de Aragón, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1968, pág. 575. Hoy reproducido en *Estudios de Derecho Civil*, II, Pamplona, 1978, págs. 230 y sigs.

subjetivos de igual entidad que los emanados directamente de las leyes o de la voluntad de las partes dentro de los límites legales.

La costumbre, como señala De Castro (265), es admitida como una fuente jurídica independiente. La ley la reconoce, y tiene eficacia sin que sea preciso que una disposición legal se remita expresa y especialmente a la costumbre. Independencia restringida por la subordinación a la ley, que le marca límites, y a los principios generales, que determinan sus requisitos. Podríamos añadir que el artículo 1.º, 1 de la vigente Compilación establece que «constituyen el derecho civil de Aragón, como expresión de su régimen especial, las disposiciones de esta Compilación, integradas con la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico». De aquí se desprende el gran valor reconocido a la costumbre, y nada nos impide afirmar que a su amparo pueden surgir auténticos derechos subjetivos, si bien, como dice Sancho Rebullida, constituya la costumbre a la vez el medio y forma de ejercicio de los mismos.

Por otra parte, es frecuente que la posesión inmemorial, recogida explícitamente en el artículo 146 de la Compilación, haya carecido de título escrito desde sus inicios, o bien con posterioridad, por carecer de un texto en que apoyarse, y es precisamente la costumbre, repetida durante varias generaciones, la que ha hecho posible tal posesión inmemorial.

El profesor Castán (266) recoge el punto de vista crítico de esta institución; crítica que ha tomado distintos derroteros, y así existen autores, tales como Franco y López (267), que ven en esta institución una gran prueba del espíritu de fraternidad que informan los fueros aragoneses, puesto que por ella se vino a remediar la desigualdad que hay entre los pueblos en cuanto a

---

(265) DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España,* Parte general, tomo I, Madrid, 1949, pág. 385.

(266) CASTÁN, *Derecho Civil Español Común y Foral,* tomo II, vol. II, 11.ª ed., Madrid, 1973, pág. 172, en las que cita a Franco López, Sánchez Román y Gil Gil, autores a los que aludimos seguidamente.

(267) FRANCO LÓPEZ, «Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes» en el *Derecho Civil aragonés y reformas que es conveniente establecer,* Zaragoza, 1886, pág. 29.

pastos, ya que al lado de poblaciones cuyo término jurisdiccional alcanza una considerable extensión, muy superior a las necesidades de sus vecinos, se encuentran otras que no tienen bastante con el suyo para el mantenimiento de sus ganados.

Contrariamente, algún sector doctrinal (268) se pronuncia enemigo de tales aprovechamientos al estimar a esta institución como inadecuada en los tiempos modernos por hallarse casi todos los terrenos roturados, y por haber decrecido extraordinariamente la importancia de la ganadería. Análogamente se muestran hostiles a tales aprovechamientos quienes aducen como razones fundamentales la enajenación casi total de los montes propios de municipios y el decrecimiento ganadero (269). Estas tesis son plenamente compartidas por autores de gran prestigio (270).

Estimamos que, lejos de ir en contra del espíritu moderno, tales instituciones comunitarias están en perfecta armonía con él, pues, de un lado, cabe afirmar que la ganadería, si bien hoy no significa la fuente única de ingresos dentro de nuestra economía, tiene un lugar preponderante dentro de ella —que nunca debe aminorarse—, y de otro lado, las regiones en que se estableció son esencialmente ganaderas, y tratar de suplantar esta industria pecuaria por otra distinta, equivaldría a desnaturalizar las idoneidades del propio terreno. De ahí, pues, que si tuvo como causa de su nacimiento el móvil de fomentar la ganadería, no hay razón alguna para retirar esta ayuda, y así, en los poblados donde escasean los pastos, la necesidad de la alera ha sido, es y siempre será acuciante.

Una prueba evidente de cuanto afirmamos está en el hecho de que la nueva Compilación de 8 de abril de 1967 recoja expresamente la figura central de que ahora nos ocupamos, y a su lado las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios», siendo estas últimas instituciones silenciadas en el Apéndice de 7 de diciembre de 1925.

Este derecho de pastos que la alera representa está consignado en las leyes de Aragón, al igual que el de abrevar, como el de

---

(268) SÁNCHEZ ROMÁN, *Derecho Civil*, tomo III, pág. 1056.
(269) GIL GIL, *Precedentes inmediatos y ligera crítica*, pág. 37.
(270) CASTÁN, ob. y *loc.* cit. en nota 263.

una servidumbre rústica (271), a cuya equiparación se oponen respetables opiniones estimando que no puede considerarse a la alera foral como una servidumbre, ya que aquélla puede concederse en perjuicio de ésta, pero no ésta en perjuicio de aquélla.

La existencia de una servidumbre es defendida por numerosos autores. Fairen (272), al plantearse el problema de su naturaleza jurídica, se pronuncia decididamente por la consideración de una servidumbre y no de una comunidad. Destaca Fairen la idea de gravamen que el derecho de alera representa, y basándose en esta estimación concluye que la alera foral constituye un caso de servidumbre siempre, sin que influya para nada, en su opinión, el hecho de que la alera foral pueda ser recíproca. En efecto, afirma (273) que la alera foral no es una comunidad de pastos, quedando excluida de antemano tal figura, en el supuestode que aquélla sea unilateral y no recíproca. Pero incluso en el supuesto de que la alera sea de esta última especie, niega que pueda tratarse de una comunidad. En este caso, sigue afirmando, se tratará de dos servidumbres que pueden extinguirse sin que la extinción de ninguna de ellas acarree la de la otra, y desde el momento en que casi siempre resulta un término gravado por aportar más cantidad de terreno al aprovechamiento común, resultará como una limitación. Y si cabe hablar de gravamen, no puede afirmarse la existencia de una comunidad.

Para él, se trata de una servidumbre discontinua, que puede ser o no aparente, y dentro de aquéllas, la encuadra en el grupo de las prediales, por existir un predio dominante y otro sirviente, pues los titulares lo son por virtud de determinadas relaciones que los liga a aquél.

Asimismo, se pronuncian en favor de la tesis de la servidumbre, entre otros, Castán (274), Sánchez Román (275), Mouton y

---

(271) BIBLIOTECA JUDICIAL «Derecho vigente en Aragón». Legislación Foral II, 1888, pág. 89.

(272) FAIREN. «La alera foral», Zaragoza, 1951, págs. 207 y sigs.

(273) FAIREN. «El Régimen de Pastos de Alera Foral en la actualidad», artículo recogido en la *Memoria del D. Juan Moneva y Puyol*, Zaragoza, 1953, págs. 303 y sigs.

(274) CASTÁN en su obra: *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo II, vol. II, 11.ª ed., Madrid, 1973, pág. 172, se adscribe a la tesis de ISABAL que la

Ocampo (276), Isabal (277) y Moneva (278), e incluso alguna decisión jurisprudencial (279).

Recientemente el profesor Sancho Rebullida (280) mantiene categóricamente esta misma tesis al afirmar que la servidumbre de alera —que uniforme en su esencia comprende un sinnúmero de derechos de pastos de diversas modalidades— fue legal con anterioridad al Apéndice, al estar regulada —acaso con minuciosidad excesiva— en los fueros, observancias y aun concordias de los lugares afectados; el Apéndice, atendido el remoto origen de muchas de ellas, tuvo la habilidad no sólo de hacerla voluntaria, sino de seguir admitiendo, al mismo tiempo, como era tradicional en Aragón, la prescripción inmemorial.

Reservando el análisis detenido de este problema para cuando nos ocupemos con amplitud de la naturaleza jurídica de los aprovechamientos colectivos en general, creemos firmemente que la alera aragonesa no puede ser calificada de una manera apriorística como una servidumbre. Conviene que hagamos algunas matizaciones.

En efecto, el terreno sobre el que se ejercita el derecho de alera resulta gravado con el aprovechamiento que la alera representa. Cuando se habla de gravamen, es consecuencia obligada hablar de servidumbre y no de comunidad, aunque el gravamen se ejercite comunitariamente. La realidad demuestra que, como norma general, los propietarios de los terrenos sobre los que los aprovechamientos de la alera se ejercita, sin dejar de aprovechar con sus ganados tales terrenos, tienen que soportar la entrada de otros ganados de ajena pertenencia y esto es lo que constituye el gravamen y, por tanto, la servidumbre.

---

configura como servidumbre sin perjuicio de reconocer, como este último, su frecuente carácter recíproco.

(275) SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil*. Madrid, 1899-1910, III, págs. 644 y 1056.

(276) MOUTON Y OCAMPO, *Diccionario del Derecho Civil Compilado y Consuetudinario»*. Madrid, 1904, I, pág. 53.

(277) ISABAL, ob. cit., pág. 211 y sigs.

(278) MONEVA, *Introducción al Derecho Hispánico*. Barcelona, Edit. Labor. (s.a), pág. 308.

(279) *Vid.* sentencia de 6 de octubre de 1888.

(280) SANCHO REBULLIDA; ob. y *loc.* cit. pág. y *loc.* cit. en la nota 264.

Esto, que aparece claro cuando la alera es unilateral, podría plantear algún problema cuando la alera es recíproca; esto es, cuando los que tienen que soportar cierta alera ostentan simultáneamente la cualidad de beneficiarios en otra alera distinta que, a su vez, tienen que soportar los beneficiarios de la primera. Pues bien, en este supuesto creemos que es necesario distinguir dos hipótesis: a) que cada una de las aleras tenga existencia autónoma, y b) que la existencia de una alera exista precisamente porque existe la otra.

En el primer supuesto, podemos continuar afirmando la existencia de servidumbre porque cada una de las aleras constituye un gravamen independiente con vida propia. En el segundo supuesto, al existir una interdependencia entre las aleras existentes, creemos que los gravámenes se compensan entre sí, lo que desvirtuaría la figura de la servidumbre, hallándonos en tal supuesto en presencia de una comunidad.

Discrepamos de Fairen en que la servidumbre sea predial, pues, en nuestro entender, no cabe hablar de predio dominante: el derecho se concede a favor de unas personas, nunca en favor de un término municipal. Los beneficiarios son las personas, si bien han de pertenecer al municipio. Afirmar, por esta razón, que el término que integra la municipalidad es predio dominante, nos parece excesivo. En efecto, la doctrina sostiene de forma casi unánime, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo (281), que los aprovechamientos de pastos, cuando integran la figura de la servidumbre, constituyen una servidumbre personal al amparo del artículo 531 del Código Civil; nunca una servidumbre predial. Ahora bien, los aprovechamientos en común de pastos que integran la servidumbre personal también se estipulan normalmente en favor de unos beneficiarios en tanto en cuanto están perteneciendo a un municipio, y ésta y no otra es la exigencia de los beneficiarios de la alera. De ahí que, en nuestra opinión, la servidumbre constituida por la alera foral sea personal y no predial. Se constituye en favor de los que viven en un término municipal y no en favor de dicho término.

---

(281) *Vid.* más adelante la postura de la doctrina y jurisprudencia patrias cuando nos ocupemos con detenimiento de estos aprovechamientos comunitarios en el Derecho Común.

Por el hecho de que el artículo 146 de la Compilación de 8 de abril de 1967, regulador de la alera, esté encuadrado dentro de la rúbrica «de las servidumbres» no lo creemos decisivo para deducir, sin más, que la alera sea siempre esta figura jurídica. También los artículos 600 al 604 del Código Civil están encuadrados dentro de la rúbrica de «las servidumbres voluntarias», y, como tendremos ocasión de comprobar más adelante, estos artículos domicilian, al lado de la servidumbre de pastos, supuestos de comunidad de tales aprovechamientos.

Por otra parte, no deja de ser significativo que el derogado artículo 16 del Apéndice de 1925 estableciera «in fine», por lo que respecta a su regulación, que «en los demás regirán las disposiciones del Código Civil referentes a la comunidad de pastos en terrenos públicos». Y de otra parte, la observación que hace Sancho Rebullida (282) de que no es del todo correcto haber incluido las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios», que evidentemente no son servidumbres, refuerza nuestra tesis. En efecto, si como tal autor reconoce, estos últimos aprovechamientos no son servidumbres a pesar de su inclusión en el título de la Compilación relativo a las mismas, este razonamiento puede prolongarse a la propia alera, que no siempre ha de ser servidumbre. Por el hecho de estar encuadrada la alera en el título de las servidumbres no debemos concluir de forma categórica que siempre constituya esta figura jurídica. A la alera deberán aplicarse para su calificación los criterios que veremos más adelante. Por ahora nos limitamos a señalar que puede, según los casos, dar lugar, ya a una servidumbre ejercitada comunitariamente, ya a una auténtica comunidad de pastos en la hipótesis excepcional, pero posible, de que se ejerciten conjuntamente los aprovechamientos de las aleras recíprocas, dependiendo a la existencia de unas aleras de la existencia de las otras.

En el caso de que la figura que estos aprovechamientos representan constituyan una servidumbre —supuesto más frecuente—, no dudamos en calificarla de personal y no de predial, como lo hace Fairen (283) según vimos anteriormente. Es inne-

(282) SANCHO REBULLIDA: ob. y *loc.* cit. anteriormente.
(283) FAIREN: ob. y *loc.* cit. en nota 272.

gable que —y así lo reconoce el artículo 1.º, 1 de la Compilación— el Código Civil rige como supletorio, por lo que creemos totalmente justificado el invocar el artículo 531 del Código Civil (284) y deducir que la servidumbre será personaly no predial al no estar constituida en provecho de un predio, sino de una comunidad integrada por los vecinos de la localidad beneficiaria.

La alera, como pone de relieve Bergua Camón (285), es una institución que rebasa nuestra frontera al ser común con algunos pueblos del sur de Francia, constituyendo en el decir de Martín-Ballestero (286) una manifestación del carácter social de la propiedad, nota típica en Aragón, ya que la propiedad en esta región no ha seguido jamás el criterio egoísta e individualista de nuestro régimen de propiedad del Código Civil.

Finalmente, y como ya quedó consignado con anterioridad, el artículo 146 de la Compilación de 8 de abril de 1967 recoge en su texto, junto a la figura de la alera, las mancomunidades de pastos, leñas y demás «ademprios» (287). Estas figuras jurídicas son acotados y lugares de pastos comunes en beneficio o provecho de los vecinos en los términos que documentalmente o la costumbre haya establecido, y por regla general tienen diferentes matices en cada localidad, tal y como expresa Bergua Camón (288). Añade que para bien de nuestra ganadería y agricultura, el espíritu de colaboración que en estas instituciones se observa entre ambas dedicaciones rurales debería servir de ejemplo para el futuro. Aboga asimismo por la creación de nuevas formas de explotación en las que debe cuidarse el aunar voluntades, y ya no sólo dentro de cada explotación, sino colectivamente y —preservando los derechos individuales— tender a un

---

(284) El artículo 531 del Código Civil establece que «también pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada».

(285) BERGUA CAMON: ob. y *loc.* cit.

(286) MARTÍN BALLESTERO: «Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *Anuario de Derecho Civil*, 1967, pág. 669, nota 68.

(287) La Real Academia Española define «adempribio» como terreno de pastos común a dos o más pueblos; y «ademprio» o «ademprío» como terreno comunal de pastos (*Diccionario de la Lengua Española*, 19.ª ed. Madrid, 1970, pág. 25).

(288) BERGUA CAMÓN, ob. y *loc.* cit.

aprovechamiento máximo de recursos que, complementándose, harían más productivas ambas. La legislación civil aragonesa, concluye, no impide hacer realidad tal aspiración.

## Boalar

Constituye el «boalar» un trozo de terreno, monte o dehesa, cuyos pastos son reservados para el aprovechamiento del ganado de labor de los vecinos del pueblo (289).

Goza de absoluto privilegio con respecto a la «alera», de forma que está exento por completo del alcance de ésta. Viene a constituir un trozo de privilegio, puesto que solamente el ganado de labor tiene acceso al mismo.

Bergua Camón (290), a propósito de la alera, afirma que hay que respetar el «boalar» o acotado de pastos del pueblo vecino, en tanto éstos no entren a pastar con sus ganados, ya que una vez que el «boalar» es empezado a pastar, se considera dentro de derecho de alera para la misma especie de ganado que los del pueblo habían introducido.

A este carácter privilegiado se refería el Fuero II «De Pascuis», conforme al cual, una vez constituido el «boalar», no podía tener un fin distinto de aquel a que se destinaba y, en consecuencia, ni los vecinos del pueblo ni los de los inmediatos podían introducir en él los ganados.

No obstante, también es frecuente el caso de que en el «boalar» propio puedan pacer ganados de vecinos de otros términos, pero esto solamente ocurrirá cuando exista reciprocidad, esto es, cuando los ganados de labor del término del «boalar» afectado puedan también aprovechar los productos de los «boalares» pertenecientes a los vecinos que, siendo ajenos a aquél, se aprovechen de sus productos.

---

(289) En este sentido se pronunció CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Foral*, Madrid, 1932, pág. 56. Sin embargo, el propio autor en su obra «Derecho Civil Español Común y Foral», tomo II, vol, I, 10.ª ed., Madrid, 1971, pág. 389, matiza más el concepto de «boalar» al decir que: «llámase «boalar» el vedado reservado que solía haber en los pueblos y que regularmente se destinaba para pasto de las caballerías de labor de sus vecinos».

(290) BERGUA CAMON: ob. y *loc.* cit.

La denominación «boalar» tiene una justificación histórica, pues es indudable que está derivada de la palabra «buey», y es que en la época de los Fueros el trabajo agrícola se hacía preferentemente con estos animales (291).

Las parcelas reservadas y que formaban el «boalar» estaban reservadas para los animales de labor del común de vecinos, aunque aquéllos no podían constituirse sin permiso del Rey si sobrepasaban la medida de un tiro de ballesta (292). Mas si no excedía de tal medida, bastaba la determinación del pueblo para, sin más requisitos, constituir el «boalar».

Con posterioridad a la Ley de Desamortización de 1855 se publicó la Ley de 11 de julio de 1856 que confería la facultad de determinar la extensión de las dehesas boyales tan sólo al Gobierno. Esta misma ley declara exceptuados de la desamortización a terrenos de esta naturaleza y condición y, por lo tanto, los «boalares» fueron respetados.

El Apéndice de 7 de diciembre de 1925 se ocupaba en su artículo 16, como quedó señalado anteriormente, de la «alera foral», silenciando, en cambio, todo lo relativo al «boalar». A este respecto, Fairen (293) entiende que, cuando el título escrito o costumbre por la que se rija el derecho de alera determine alguna peculiaridad con respecto a los «boalares», deberá observarse.

La actual Compilación tampoco menciona al «boalar», pero es evidente que si tampoco lo mencionaba el Apéndice y su existencia era evidente, según opinión de Fairen, que compartimos plenamente, no hay razón para negar hoy su pervivencia.

## NAVARRA

### Particularidades de sus montes

Antes de adentrarnos en un análisis particularizado de las principales formas de aprovechamientos comunitarios que exis-

---

(291) CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Foral*, Madrid, 1932, pág. 56.

(292) BIBLIOTECA JUDICIAL, *Derecho Vigente en Aragón*. Legislación Foral II, 1888, págs. 89 y sigs.

(293) FAIREN, *Consideraciones jurídicas sobre los «boalares» de Aragón*. Zaragoza, 1944, pág. 25.

ten en esta región —que gozan de más arraigo y ofrecen más matices que en ninguna otra—, conviene que hagamos una breve referencia a las particularidades de sus montes, que conllevan especiales características en sus bienes comunales, por la incidencia que tales especialidades tienen en las formas comunitarias que analizaremos seguidamente. Sólo así podremos percatarnos del verdadero alcance de estas formas de aprovechamientos.

Guaita (294) —a quien fundamentalmente seguimos en esta materia—, de forma magistral, nos expone las pecualiaridades de los montes de esta región, que se separan en gran medida de la LMt de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 22 de febrero de 1962 y disposiciones concordantes.

La principal característica estriba en el reconocimiento de amplias facultades a la Diputación de Navarra y, en algunos casos, a los Ayuntamientos, facultades que en la normativa general corresponden a los órganos estatales de la Administración Forestal. Estas facultades que ostentan la Diputación y los Ayuntamientos derivan del Consejo de Navarra y de la Diputación de dicho Reino, que funcionaron hasta los albores del pasado siglo, y es en esta época cuando se formulan la mayor parte de las disposiciones vigentes.

Siguiendo al citado autor, podemos distinguir en Navarra las siguientes clases de montes: a) del Estado; b) de la Provincia; c) de los pueblos, y d) de los particulares.

*a) Montes del Estado.*

Son diez los montes ubicados en Navarra cuya titularidad dominical corresponde al Estado. Cinco de ellos no ofrecen particularidad alguna; se les aplica la legislación general de montes. En cambio, los otros cinco (Urbasa, Andía, La Planilla, Aralar y Aézcoa, a los que debe agregarse Las Bardenas Reales) tienen peculiaridades muy destacadas que los separan de la legislación general. De ello nos ocuparemos seguidamente.

Estos montes, que originariamente pertenecieron a la Corona de Navarra y que atribuían diversos aprovechamientos a los

(294) GUAITA, A., *Derecho Administrativo Especial*, V, Zaragoza, 1970 págs. 364 y sigs.

vecinos de la Corona otorgados por los Reyes hace varios siglos, actualmente pertenecen al Estado. La situación a que aludimos fue respetada en su integridad por la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841, en cuyo artículo 14 se establece: «No se hará novedad alguna en el goce y disfrute de montes y pastos de Andía, Urbasa, Bardenas ni otros comunes, con arreglo a lo establecido en las leyes de Navarra y privilegios de los pueblos».

Pues bien, el derecho de aprovechamiento de pastos, leñas y maderas de estos montes se ejercita del siguiente modo:

1. Los de Urbasa, Andía y La Planilla corresponden a los vecinos de toda Navarra. Se trata, pues, de montes propiedad del Estado que son aprovechados por todos los vecinos de una provincia, lo cual pone de manifiesto que en Navarra existen bienes comunales que son aprovechados por todos los navarros, a diferencia de lo que ocurre con los bienes comunales de la LRL, que son de propiedad municipal y cuyo aprovechamiento está limitado a los vecinos de un Municipio.

2. En el monte Aralar y en el de Aézcoa, el aprovechamiento de los pastos, maderas y leñas corresponde a los pueblos que constituyen la Unión de Aralar o el Valle de Aézcoa, respectivamente (295).

3. En las Bardenas Reales —extenso monte, yermo en gran extensión— tienen derecho al aprovechamiento los pueblos que integran los Valles de Roncal y Salazar (296), otros diecinueve Municipios y el Monasterio de La Oliva.

En estos montes aludidos, la Diputación ostenta la administración, así como la gestión, abonando al Estado un canon anual, reservándose asimismo el Estado la aprobación de los proyectos y planes de acuerdo con el Real Decreto de 30 de junio de 1930.

---

(295) En el Monte de Aézcoa tienen también derecho de pastos de sol a sol, los valles franceses de Cisa y San Juan de Pie de Puerto, y recíprocamente, el Valle de Aézcoa en la vertiente francesa, igualmente en una anchura de cinco kilómetros a lo largo de la frontera. Esta facería internacional (después nos ocuparemos de esta figura jurídica) se confirmó en el Tratado de límites de 2 de diciembre de 1856. *Vid.* AURELIO GUAITA, ob. cit., pág. 367, cit. número 75.

(296) En el epígrafe «Dominio Concellar» nos ocuparemos del tema con cierto detenimiento. Respecto a las Bardenas Reales, *vid.* extenso dictamen elaborado por el profesor LACRUZ BERDEJO, dictamen del que nos ocuparemos con algún detalle más adelante.

En los otros cinco, por estar sometidos a la legislación general de montes, no existe ninguna especialidad.

*b) Montes de la Provincia*

No ofrecen ninguna particularidad, ya que se rigen por normas análogas a los del resto del territorio, si bien bajo la dependencia de la Diputación, que es quien los administra.

*c) Montes de los Pueblos*

Se rigen por costumbres y disposiciones ancestrales. Característica muy destacada es que el aprovechamiento recae en favor de «hogares o familias» y no de «vecinos», y son administrados por las Juntas Administrativas de Montes.

Hay supuestos en los que el monte —o bienes comunales en general— no pertenecen a un solo Municipio, sino a varios; así en el citado Valle de Salazar, en el que son nueve los Municipios afectados, y contrariamente, los catorce lugares del Valle del Baztán integran un solo Municipio.

*d) Montes de los particulares.*

Al igual que los montes de la Provincia, no ofrecen ninguna peculiaridad respecto a los de esta naturaleza, sometidos a la legislación forestal común. En ellos ostenta la Diputación de Navarra las facultades que en las provincias sujetas a la legislación común corresponde a los Servicios Forestales del Ministerio de Agricultura.

**Corralizas**

Las corralizas navarras representan, frecuentemente, supuestos en que los productos de ciertos terrenos no pertenecen a un solo titular, sino que convergen diversas personas a la percepción de los dimanantes de una finca o de un coto de fincas. En tales casos, un sujeto plúrimo o plural incide sobre los productos de los predios afectados, y es evidente que en tal hipótesis podemos hablar de aprovechamientos ejercitados en común.

La casi totalidad de los autores coinciden en el origen relati-

vamente reciente de las corralizas navarras. En este sentido, Lacarra (297) sitúa su nacimiento en la primera guerra carlista y en la guerra de la Independencia; De Arín y Dorronsoro (298) —en su acepción de coto más o menos extenso destinado a yerbas con corral, cuyo arrendamiento daba derecho al disfrute de las yerbas de dicho coto o término— lo sitúa a finales del siglo XVIII. En parecidos términos Aizpún Tuero (299) afirma que en el siglo XIX se emplea ya esta palabra con su actual sentido y con generalidad, lo que hace pensar que llevaba algún tiempo, quizá desde mediados del siglo XVIII, con este significado. En esta misma línea Salinas Quijada (300) afirma que la palabra corraliza no aparece empleada en el Fuero ni en las diversas Leyes de Navarra. Es a fines del siglo XVIII cuando aparece la corraliza en la acepción de coto destinado a yerbas con su correspondiente corral.

Parece fuera de toda duda que, con la primera guerra carlista, con la guerra de la Independencia, y a raíz de las leyes desamortizadoras, muchos Ayuntamientos constituyeron corralizas sobre sus bienes comunales; y es que, como expresa Sancho Rebullida (301), los citados Ayuntamientos, para resarcirse de los gastos ocasionados con tales guerras o, después, como consecuencia de las leyes desamortizadoras, venden el derecho de hierbas directamente o mediante subasta. Nacen, pues, las corralizas en múltiples ocasiones de un negocio jurídico de Derecho Privado, aunque el enajenante sea una Corporación de Derecho Público (Ayuntamiento) y su objeto sea comunal.

---

(297) LACARRA, V., *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, Ed. 1965, revisada por LACARRA DE MIGUEL e integrada en la «Biblioteca de Derecho Foral», VI, pág. 279.

(298) DE ARIN Y DORRONSORO. *Estudio jurídico-social de las corralizas montes y comunidades de Navarra*, Segovia, 1930, págs. 8 y 9.

(299) AIZPUN TUERO, J., Comunidades de Bienes, Facerias, Vecindades Foranas, Servidumbres» en *Curso de Derecho Foral Navarro*. Pamplona, 1958, pág. 80.

(300) SALINAS QUIJADA, F., *Derecho Civil de Navarra*. II, Pamplona 1972, pág. 530. Este autor hace un detallado y minucioso estudio de las corralizas navarras recogiendo las opiniones de los más estudiosos de la materia.

(301) SANCHO REBULLIDA, F., en Dictamen solicitado por el Ayuntamiento de Ribaforada en 1970, en el que alude a los autores que últimamente hemos citado y que hoy recoge en su obra «Derechos Reales en el Fuero Nuevo de Navarra» en *Estudios de Derecho Civil. II*, Pamplona, 1978, págs. 258 y 259.

Ahora bien, pese a su modernidad, el concepto de corraliza no es pacífico en la doctrina, y la propia legalidad vigente se hace eco de su pluralidad de significados; de ahí que el primer problema que las corralizas nos ofrecen es el relativo a su propio concepto. En este sentido, forzoso es reconocer que no puede darse un concepto válido para las múltiples manifestaciones que las corralizas ofrecen. Bajo la genérica denominación de corralizas se encuadran supuestos totalmente dispares, en los que lo único en común tal vez sea la propia denominación aludida.

La «corraliza» —locución derivada del vocablo «corral»— es, ante todo, un trozo de terreno, generalmente de gran extensión, dedicado de manera primordial a pastos, y en la mayor parte de las ocasiones, con un corral destinado al alojamiento del ganado.

Este concepto ha evolucionado, y así sucede con frecuencia que con la denominación «corraliza» en ocasiones se indica no ya el terreno en sí, que fue su acepción inicial, sino el derecho al disfrute de ciertos productos, fundamentalmente pastos del terreno al que originariamente estaba referido su significado.

Según Salinas Quijada, los pueblos utilizaban las hierbas de su término, tanto de los terrenos particulares como de los comunales, en un principio para la comunidad, o sea, para la ganadería concejil. Después, a medida que la personalidad de los municipios adquirió más relieve y fueron mayores los servicios y necesidades de su cargo, se ideó el sistema de arrendar las hierbas sobrantes tanto de los comunales como de los particulares, especialmente de las enclavadas en los comunales. A este fin se dividía toda la jurisdicción de los pueblos en lotes o cotos de gran extensión, dándoseles nombres propios, ordinariamente los del término en que radicaban (302).

El arrendatario obtenía el disfrute referido no sólo a los bienes comunales, sino también a los terrenos de propiedad particular ubicados en el coto al que el arrendamiento se extendía, si bien con ciertos límites y, fundamentalmente, con la obligación de respetar las «sobreaguas» y el «terreno riciado»,

---

(302) Señala el propio SALINAS QUIJADA, en ob. y *loc.* cit., que esta división se verificaba en forma muy parecida al modo que hoy se sigue observando, y que se halla prevista normativamente en el artículo 307 y Apéndice I, Cap. V, Tit. IV del Reglamento para la Administración Municipal de Navarra.

límites que, como después veremos, siguen vigentes en la actual Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra de 1 de marzo de 1973.

La penuria económica de los erarios municipales en el pasado siglo motivó la enajenación de la casi totalidad de las «corralizas» por los Ayuntamientos. Y precisamente con las distintas modalidades de estas enajenaciones se agudiza la ya antigua dificultad de dar un concepto unitario de la «corraliza». En unas ocasiones lo que se enajena por los Ayuntamientos son las hierbas, aguas, etcétera; en otras lo que es objeto de transmisión es el suelo en pleno dominio; en otras, finalmente, se realizan las ventas del suelo con ciertas servidumbres de carácter vecinal, en cuya virtud las ganaderías concejiles podrían seguir pastando determinados días en las fincas o cotos de fincas enajenadas.

De cuanto antecede se desprende con absoluta claridad que es imposible dar un concepto de «corraliza» de carácter general, pues, como destaca Aizpún (303), este término se emplea con muy diferente alcance y contenido en los distintos casos, y tratar de reducirlo a una definición es vano intento, condenado indefectiblemente al fracaso. En esta misma línea, Salinas Quijada (304) afirma que el error fundamental que se padece en el estudio de este problema es el pretender tipificar, dentro de un molde determinado, una serie de situaciones jurídicas y una variedad de formas de propiedad.

A la vista de lo que acabamos de exponer es evidente que la «corraliza» significó originariamente una finca o coto de fincas con las características señaladas anteriormente: corral para la guardería del ganado y terrenos circundantes destinados al pasto de este ganado. Pero con motivo de las enajenaciones a que se hizo anteriormente alusión, el vocablo «corraliza» puede expresar, de una parte, el propio terreno, y de otra, el derecho al disfrute de las hierbas, agua, etc., de dicho terreno del cual ha tomado el nombre.

De Arín y Dorronsoro (305), analizando la etimología de la locución «corraliza», afirma que, cualquiera que sea la compo-

---

(303) AIZPUN TUERO, J., ob. cit., pág. 87.
(304) SALINAS QUIJADA, ob. cit., pág. 536.
(305) DE ARIN Y DORRONSORO, ob. cit., págs. 7, 8 y 23.

sición de esa palabra, es lo cierto que el subfijo denota en ella relación de origen, contenido, uso, destino o proximidad al corral; algo ligado íntimamente y subordinado con uno de los antedichos nexos o relaciones al corral de ganados; y ese algo, tratándose de los cotos o terrenos llamados «corralizas», no puede ser otra cosa que las hierbas o los pastos. Concluye este autor que la «corraliza», según su noción etimológica, al referirse a un terreno, significa el «derecho al goce de los pastos del mismo con el ganado». Para De Arín y Dorronsoro (306), la «corraliza», objetivamente considerada, son las hierbas y aguas de un coto o término; subjetivamente, «corraliza» es el derecho al disfrute a las hierbas y aguas de un coto o término con el ganado.

Lacarra (307) se halla situado en la misma línea de concebir la «corraliza» como disfrute de pastos, añadiendo que con el nombre de corraliza se designa a un terreno, generalmente muy extenso, con pastos y corral dedicado al sustento y cría de ganado, que se compone de terrenos yermos y cultivados, formando estos últimos fincas pertenecientes a distintos propietarios; en tal caso, el dueño o arrendatario de la corraliza puede disfrutar de las hierbas y aguas del terreno erial en todo tiempo y las hierbas de las fincas en cultivo después de levantadas las cosechas, respetando las «sobreaguas» y el terreno «riciado» (308).

Observemos que ambos autores coinciden en destacar el disfrute de pastos y aguas como nota esencial de la corraliza, hasta el punto de dar a este disfrute la categoría de concepto de nuestra institución. Los dos reconocen (309) que el derecho de hierbas es el contenido institucional en la normativa consuetudinaria; las excepciones a este contenido normal deben estar

(306) DE ARIN Y DORRONSORO, ob. cit., pág. 20.

(307) LACARRA, V., ob. cit., págs. 278 y 279.

(308) La Ley 381 de la vigente Compilación de Navarra, de 1 de marzo de 1973, recoge fielmente esta última limitación, al expresar que el derecho de pastos en la «corraliza» se entenderá limitado, a no haber pacto, uso o costumbre en contrario, al tiempo en que estuvieren levandas las cosechas, y deberá ejercitarse respetándose las «sobreaguas» y los «terrenos riciados».

(309) *Vid.* DE ARIN Y DORRONSORO, ob. cit., pág. 23, y LACARRA, ob. cit., pág. 280.

consignadas en los títulos; de ahí que su verdadero contenido, de no expresarse claramente otra cosa, es el de las hierbas y aguas.

Alejandro Ororbia y Serafín Mata (310) se sitúan en esta última acepción al decirnos el primero que la «corraliza» no es el suelo en toda su amplitud; «corraliza», a su juicio, es el derecho al disfrute y aprovechamiento de las hierbas del terreno; de ahí que al venderse la «corraliza», afirma Serafín Mata, lo vendido por el pueblo fueron las hierbas con exclusiva aplicación al ganado.

Frente a esta tesis restringida del concepto de «corraliza», entendiendo por tal el derecho al disfrute de hierbas y aguas, formulada por Ororbia y Mata (defendiendo los intereses del Ayuntamiento de Lerín frente a los corraliceros en dictamen solicitado por aquél), y que coincide en su esencia con el concepto formulado por Lacarra y De Arín y Dorronsoro, existe otra tesis más amplia, entendiendo por corraliza no sólo el derecho al disfrute de pastos y aguas de ciertos terrenos, sino la titularidad dominical de los mismos.

Es indudable la absoluta imposibilidad de formular un concepto unitario de la «corraliza», ya que aparece como una figura multiforme; no queda más solución que acudir a cada título en concreto; de él se desprenderá en qué consiste y qué derechos comprende la «corraliza» de que se trate. Como dice Sancho Rebullida (311), las corralizas ofrecen gran diversidad de contenido. Así, las corralizas son, algunas veces, un dominio gravado con derecho de aprovechamientos comunales; otra, un condominio especial indivisible, resultante de la concurrencia de derechos de distinta naturaleza: principalmente el derecho de hierbas y el de siembra; otras, en fin, se trata sólo de un derecho de pastos.

Si, como vimos anteriormente, en múltiples ocasiones en el seno de la «corraliza» existen fincas particulares dentro de las de naturaleza comunal, es evidente que los Ayuntamientos, en las frecuentes enajenaciones que de las «corralizas» han hecho, no

---

(310) ORORBIA, en el Dictamen solicitado por el Ayuntamiento de Lerín en 1890 juntamente con SERAFÍN MATA (ambos autores citados por DE ARIN Y DORRONSORO en su ob. cit., pág. 22).

(311) SANCHO REBULLIDA, «Los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra», *Estudios de Derecho Civil, II*, Pamplona, 1978, pág. 259.

han podido transmitir la propiedad de estas últimas. En este caso, la «corraliza» significará no la propiedad del terreno, sino el derecho al disfrute de hierbas y otros productos del coto comprendido en la enajenación después de levantadas las cosechas de los terrenos de propiedad particular. Pero si las parcelas de propiedad privada son ajenas a la finca o coto de fincas enajenadas, la gravedad del problema cobra todo su esplendor, ya que pueden darse diversas hipótesis y sólo acudiendo a cada título en concreto sabremos qué significado tiene la corraliza en cada supuesto.

En el plano legislativo, el Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra redactado por la Comisión Compiladora del Derecho Civil de Navarra, y publicado en 1959, en su Ley 50 formula el siguiente concepto de «corraliza»: «Salvo los casos en que la denominación de "corraliza" aparezca empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas, o una mera servidumbre, se entiende por "corraliza" la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución, a uno o varios de los aprovechamientos especiales de pastos, aguas o demás propios para el apacentamiento del ganado, y a otro u otros los aprovechamientos restantes».

El profesor Sancho Rebullida (312) deduce, del citado texto legal, las siguientes conclusiones:

a) El término «corraliza» puede tener una significación puramente fáctica: «naturaleza o destino de una finca».

b) La «corraliza» puede consistir en una «mera servidumbre».

c) Cuando consista en una titularidad dominical, al corralicero compete sólo un aprovechamiento especial, inampliable, determinado por su adecuación al apacentamiento de ganados.

d) La otra titularidad dominical es general y «restante»: comprende todos los demás aprovechamientos de que sea susceptible la finca (313).

---

(312) SANCHO REBULLIDA, en Dictamen, referido en la nota 301.

(313) A juicio de SANCHO REBULLIDA, las sucesivas Leyes 51, 52 y 53 del citado Proyecto responden también a esta conceptuación.

La dicción de la Ley 50 del Proyecto a que acabamos de hacer referencia pone de relieve una presunción de «comunidad indivisible» en los casos en que los derechos especiales consistan en pastos, aguas, etc. Este criterio ha sido impugnado por Sancho Rebullida (314) al preconizar una presunción «iuris tantum» no a favor de la «comunidad», sino de la «servidumbre de pastos».

Nos interesa destacar que Sancho Rebullida (315) no niega la hipótesis de la «comunidad»; la admite, pero no con el carácter generalizado de una presunción, sino como un supuesto concreto que puede darse. A su juicio, la presunción —a falta de supuestos concretos que la impidan— debe ceder en favor de la «servidumbre de pastos» y no en favor de la «comunidad», como expresa el texto legal aludido.

La vigente Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra aborda el tema de que nos ocupamos en las Leyes 379 y siguientes. En el primer párrafo la citada Ley nos da el concepto de «corraliza» con variación sustancial respecto a la Ley 50 de Proyecto de Fuero Recopilado de 1959. Dice así: «Salvo los casos en que la denominación de "corraliza" aparezca empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas, se entiende por corraliza, bien un derecho de aprovechamiento parcial sobre finca ajena, bien la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución a uno o varios de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares. Estos derechos especiales son transmisibles inter vivos o mortis causa».

Si comparamos este texto con la Ley 50 del Proyecto, observaremos que hay una diferencia notable entre ambos: en el Proyecto la regla general era la «comunidad», ya que la «servidumbre» como supuesto fáctico constituiría una excepción; en la Compilación, la «servidumbre» se alinea como regla general en la misma medida y con el mismo alcance que la «comunidad».

---

(314) SANCHO REBULLIDA, en la Enmienda presentada al Anteproyecto de Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra de 14 de octubre de 1971.

(315) SANCHO REBULLIDA, en ob. cit. en nota anterior.

El concepto de «corraliza» formulado por la Ley 379 de la Compilación nos sugiere las siguientes consideraciones:

a) La «corraliza» es un término equívoco dentro del cual pueden domiciliarse las más variadas hipótesis en las que lo único en común quizá sea tan sólo la propia locución «corraliza».

b) Parte de posibles supuestos fácticos en los que la expresión «corraliza» signifique la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas (aquí el concepto se refiere a su acepción inicial de terreno dedicado a pastos para el ganado). Pero estos supuestos son excepciones a la regla general que, con carácter de presunción, expresa en su inciso final.

c) Formula una presunción «iuris tantum» con carácter alternativo y de igual intensidad, ya a favor de un aprovechamiento parcial sobre finca ajena (servidumbre), ya a favor de una comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales de determinados aprovechamientos (comunidad).

Como fácilmente se desprende, el legislador ha sido generoso al formular concepto tan amplio del discutido y multiforme término «corraliza». Ha sabido englobar bajo una genérica denominación los más diversos supuestos que se califican con un término tan ambiguo como amplio.

Particularmente importante es la novedad de su fórmula en relación con las Leyes 50 y 382 del Fuero Recopilado y de la Recopilación Privada, respectivamente. En estas Leyes había una clara presunción a favor de la comunidad; en la Compilación la presunción es alternativa entre la comunidad y el aprovechamiento particular sobre finca ajena, siendo así que, en las Leyes 50 y 382 de los cuerpos legales citados, esta última presunción estaba enmarcada como posible supuesto concreto que impediría la presunción a favor de la comunidad, única que tomaban en consideración.

Si el concepto de «corraliza» es sumamente discutible, no lo es menos el relativo a su naturaleza jurídica, problema que, lógicamente, está en estrecha dependencia del propio concepto. A este respecto sólo haremos una formulación general, ya que hemos de tener en cuenta que de este tema nos ocuparemos con amplitud en el capítulo correspondiente al tratar de los aprovechamientos comunitarios en general. Allí haremos unas construc-

ciones que, en principio, serán aplicables a todos los aprovechamientos ejercitados en forma plural. Sin embargo, y dadas las particularidades que la «corraliza» comporta, conviene que le dediquemos alguna atención a su propia configuración jurídica, que ofrece peculiaridades especiales.

La equivocidad del término «corraliza» conlleva la falta de un criterio único en su propia naturaleza, por lo que no puede formularse de forma única cuál sea su propia configuración jurídica. De ahí que tiene razón Lacarra (316) cuando afirma que no se puede determinar «a priori» el derecho o la suma de derechos que al dueño de una corraliza corresponde en los terrenos que ella comprende, dependiendo tales derechos del título de adquisición en concurrencia con los que otros puedan tener sobre tales terrenos o parte de ellos.

De Arín y Dorronsoro (317) reconoce también que la «corraliza» no tiene un contenido único, señalando la siguiente clasificación de las mismas: a) aquellas en que se transmite el pleno dominio del terreno y todos los disfrutes dominicales del mismo; b) aquellas en las que la transmisión sólo afecta a las hierbas y aguas del término; c) finalmente, aquellas en las que se transmite la plenitud de los derechos dominicales del terreno comunal y sólo las hierbas y aguas de los terrenos particulares.

Desde el punto de vista legal, es innegable que tanto el Fuero Recopilado como la Recopilación Privada, en sus respectivas leyes 50 y 382, consideran a la «corraliza» como una auténtica comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales sobre determinados aprovechamientos especiales. En estos textos legales priva la tesis de la «comunidad», si bien admite que la figura jurídica sea distinta a la comunidad, puesto que la expresión «salvo» con que se inician los respectivos preceptos pone de relieve que, si bien la tesis prevalente es la de la «comunidad» —que figura como presunción «iuris tantum»—, puede no prosperar en ciertos supuestos. Estos supuestos que se sustraen a la configuración genérica de la «comunidad» lo constituyen la «servidumbre» y todas aquellas

(316) LACARRA, ob. cit., págs. 279 y 280.
(317) DE ARIN Y DORRONSORO, ob. cit., págs. 64-76.

hipótesis en las que con la expresión «corraliza» se signifique el destino de una finca o de un coto de fincas.

La Compilación vigente, sin desechar la hipótesis de la «comunidad» con el carácter de presunción «iuris tantum», considera también como figura jurídica posible la «servidumbre» con el mismo carácter de presunción.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que las corralizas tienen distinto significado, por expresar primordialmente en unos casos el derecho al disfrute de los pastos de fincas ajenas, y en otros a la propiedad de ciertos terrenos, pero sin el disfrute de pastos o al menos sin el disfrute exclusivo de la totalidad de los mismos, el problema de la naturaleza jurídica debe plantearse del siguiente modo:

1. En el caso de que la «corraliza» esté referida no al derecho a los pastos de un terreno, sino al mismo terreno, no se plantea de ningún modo problema relativo a su naturaleza jurídica. El titular de la misma será el propietario de una finca o coto de fincas que integren dicha «corraliza».

A este supuesto creemos que se refiere el inciso inicial de la Ley 379 de la vigente Compilación, esto es, «cuando la corraliza aparece empleada exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca o de un coto de fincas».

2. Cuando con la expresión «corraliza» se signifique el derecho al disfrute de ciertos productos —fundamentalmente pastos— de una finca o coto de fincas cuya titularidad dominical pertenece a personas distintas, hemos de distinguir dos hipótesis:

a) Que los productos reseñados de dichos terrenos sean aprovechados exclusivamente por los corraliceros. En este caso es innegable que nos hallamos en presencia de un gravamen que la propia «corraliza» representa con respecto a los terrenos sobre los que incide. La «corraliza» significa, pues, una auténtica «servidumbre» en relación con la finca sobre la que se ejercita. Esta «servidumbre» será disfrutada comunitariamente si son varios los corraliceros.

b) Que los productos a cuyo disfrute se refiere la «corraliza» no sean aprovechados de forma exclusiva por los corraliceros por tener acceso a los mismos los ganados de los titulares del terreno, aunque sea de forma esporádica. Esta concurrencia de titulares en el disfrute puede impedirnos hablar de «servidumbre». Evidente-

mente, con respecto a los terrenos, el gravamen de la «corraliza» que en sí misma supone podría llevarnos en principio a estimar la existencia de una «servidumbre»; pero el hecho de que a estos disfrutes puedan acceder los ganados de los dueños de los terrenos nos impide tal configuración por la regla «nemini res sua servit». En tal caso nos hallamos en presencia de una «comunidad» referida tan sólo a los pastos. A esta comunidad concurren, de un lado, los que son propietarios y, de otro, los que no lo son. No obstante, puede hablarse de «servidumbre» a la vez para expresar la relación existente entre los propietarios de la finca y los que sin ser propietarios acuden también a los aprovechamientos.

3. Conviene precisar finalmente que, de acuerdo con la Ley 379 de la Compilación, es indudable que un mismo supuesto de hecho puede originar ya una «servidumbre», ya una «comunidad indivisible». En efecto, cuando con los titulares dominicales de unos terrenos concurren otras personas que son titulares de aprovechamientos de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares, de acuerdo con el texto legal, habría que hablar, en principio, de «comunidad indivisible» entre unos y otros titulares. Pero ¿acaso no puede dar lugar a una «servidumbre» esta misma hipótesis? ¿Acaso no están gravando los terrenos los aprovechamientos indicados? Evidentemente, sí. Por lo tanto, habrá que acudir al título constitutivo legitimador de tal situación para esclarecer si la expresión «corraliza» se refiere tan sólo a los aprovechamientos de pastos, hierbas, aguas, leñas, etc. (en cuyo caso estaríamos ante una servidumbre), o se refiere a la pluralidad de titularidades concurrentes sobre unos mismos terrenos: titularidades dominicales por un lado y titularidades de los aprovechamientos especiales de otro (en cuyo caso estamos en presencia de una «comunidad indivisible»).

De cuanto acabamos de exponer resulta claramente que será el título de constitución o el modo como se haya desarrollado a través del tiempo la «corraliza», los criterios determinantes de su propia naturaleza en cada uno de los supuestos. No pueden darse soluciones apriorísticas ya que este camino entraña una extraordinaria e insalvable dificultad. Si a la mera concurrencia de varias personas con titularidades de distintos productos sobre un mismo terreno, la denominamos «comunidad», ¿cuándo puede

hablarse de «servidumbre»? Sin embargo, la Ley 379 contempla ambos supuestos como posibles y con idéntico alcance dentro del concepto «corraliza». Habrá que deducir en cada caso concreto si nos hallamos en presencia de una «servidumbre» o de una «comunidad indivisible» de acuerdo con las circunstancias que hayan motivado la aparición de la corraliza de que se trate.

De otra parte, si nos atenemos al concepto técnico de «comunidad», y por tal entendemos la concurrencia de varios sujetos a un mismo derecho con titularidades cualitativamente iguales (318), tal figura jurídica no existe en la «corraliza». Calificar de «comunidad» el supuesto contemplado por la Ley 379 de la Compilación, de concurrencia de diversos titulares dominicales con atribución a uno o a varios de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras, etc., es ir derechamente en contra del verdadero concepto de comunidad, como veremos con detenimiento en el capítulo V.

En tan interesante problema, ciertos autores, tales como Aizpún Tuero (319), se pronuncian por la tesis de una «propiedad con características especiales» no constitutiva de una comunidad en el sentido del artículo 392 del Código Civil, pero sí de una relación análoga. Salinas Quijada (320) nos habla de una «comunidad singular» y, por lo mismo, «sui generis». Sancho

---

(318) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., en su trabajo *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, 1954, pág. 29, señala como requisitos fundamentales de la comunidad, entendida en sentido específico, los siguientes:

1. 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. Indudablemente esta indivisibilidad del objeto ha de entenderse en sentido jurídico en el momento del nacimiento de la comunidad; no de otra forma, porque el fin de la comunidad está precisamente haciendo relación al momento divisional.

2. Que exista una pluralidad de sujetos que habrán de ser llamados de un modo simultáneo, no sucesivo, porque si lo son de esta forma, no podrá decirse que se plantee el verdadero problema de la comunidad.

3. Que se trate de titularidades de idéntico contenido cualitativamente, es decir, que sean de la misma naturaleza, aunque puedan diferenciarse después en cuanto a su proporción cuantitativa.

4. Que habrá de tratarse de una sola relación jurídica.

(319) AIZPUN TUERO, ob. cit., págs. 89 y

(320) SALINAS QUIJADA, Enmienda..., págs. 543 y 544.

Rebullida (321) —partidario, como vimos, de la presunción a favor de la servidumbre—, en el texto que propuso para definir la «corraliza», no se atrevió a utilizar el vocablo «comunidad», al hablar tan sólo de «concurrencia de diversos titulares dominicales» como supuesto posible. Hoy el propio autor reconoce que las corralizas pueden consistir en un derecho real de goce semejante a la que en el Código Civil se denomina servidumbre de pastos (tesis que siempre se aplica a las «vecindades foranas») o bien tener naturaleza diversa (322).

A nuestro entender —y sin perjuicio de analizar posteriormente en este trabajo y en forma detenida estas situaciones en territorios sometidos al Derecho común— no podemos calificar de «comunidad» estos supuestos, a no ser que desvirtuemos el propio término de «comunidad». Habrá, como señala Sancho Rebullida, una «concurrencia» de titulares; nada más. Hay una concurrencia de derechos dominicales cualitativamente distintos, de naturaleza dispar, y esto impide hablar de la «comunidad» en sentido estricto. Lo que sí puede afirmarse es la existencia de un condominio tal y como lo concibieron las Partidas (323) y la Novísima Recopilación (324), textos invocados por la Sentencia

---

(321) SANCHO REBULLIDA, ob. últimamente cit.

(322) SANCHO REBULLIDA, «Los Derechos Reales...», *Estudios de Derecho Civil, II*, pág. 261. Con la mira puesta en el Derecho Común, algunos autores se van ocupando del tema; entre ellos, hemos de destacar a POVEDA MURCIA, «Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas», *ADC*, 1949, págs. 149 y sigs. También GARCÍA AMIGO, M., «Condominio pro diviso o propiedad separada», *RDP*, 1974, págs. 175 y sigs. Este último autor aborda, de pasada, el tema de las «corralizas» navarras, afirmando en la página 179 que constituyen una manifestación peculiar de la propiedad separada.

De este tema nos ocuparemos extensamente al estudiar el problema de la naturaleza jurídica referido a los aprovechamientos comunitarios en el Derecho Común.

(323) La Partida 5.ª, Tit. V, Ley 15, establecía: «Dos o mas omes, aviendo alguna cosa comunalmente de so uno, dezimos que cualquier de ellos puede vender la su parte, maguer la cosa non sea partida. E puedela vender a cualquier de los que an en ella parte o a otro estraño. Pero si alguno de los que an parte en la cosa, quisiera dar tanto por ello, como el extraño, esse la deve aver ante que el extraño».

(324) La *Novísima Recopilación*, Libro X, Tit. 13, Ley 8.ª, determinaba «preferencia del señor del directo dominio, y del que tenga parte en la cosa, al pariente más propinquo para retraerla». Sigue diciendo que: «Quando concurren

de 12 de julio de 1881 para sentar la posibilidad del ejercicio de retracto, en caso de enajenación de algún derecho, por parte de los titulares no enajenantes.

Para saber si la «corraliza» constituye una «servidumbre» o una «concurrencia de diversos titulares a disfrutes diversos sobre la misma finca» —a cuya situación la Ley 379 califica de «comunidad indivisible»—, habrá que estar al origen de cada corraliza en concreto, y de ahí deducir, ya la existencia del gravamen, ya la concurrencia anteriormente aludida. De esta forma, a nuestro juicio, debe ser interpretada la Ley 379 de la Compilación.

Las «corralizas», cuya regulación positiva la constituyen las Leyes 379 a 383 de la Compilación, se rigen, ya por el título constitutivo o el uso, ya por la costumbre local o general en defecto de aquéllos. De no haber pacto, uso o costumbre contraria, se limitarán al tiempo en que estuvieren levantadas las cosechas, respetándose las «sobreaguas» y los «terrenos riciados».

Con la expresión «sobreguas» se significa la prohibición de entrar los ganados en las fincas después de haber llovido con intensidad y, como consecuencia, haber corrido el agua por los canales del término durante media hora como mínimo. La duración de la prohibición —tal como señala Salinas Quijada (325)— solía ser de dos o tres días después de la lluvia, según fuera en verano o en invierno.

El «terreno riciado» es aquel que, como consecuencia de la escasez de frutos, conserva las plantas cereales después de la época de la recolección. Si como hemos visto antes, después de levantadas las cosechas los ganados entraban en los terrenos para aprovechar los pastos y los residuos de la recolección, el «terreno riciado» suele sembrarse seguidamente sin estar un año sin cultivar, que es lo habitual en caso de una cosecha dentro de la normalidad. Significa, pues, una alteración en el cultivo del terreno afectado con el consiguiente detrimento de disfrute normal de los corraliceros.

---

en sacar la cosa vendida por el tanto el pariente más propinquo con el señor del directo dominio, o con el superficiario, o con el que tiene parte en ella, porque era común, prefiérase en el dicho retracto el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente más propinquo».

(325) SALINAS QUIJADA, ob. cit., págs. 546 y 547.

Como quiera que las «corralizas» pueden suponer, en ciertos casos, una rémora para el progreso agrario, la Compilación, de una manera plausible a nuestro entender, arbitra dos procedimientos para que puedan dejar de existir: de una parte, acude a la redención y, de otra, consecuente con su configuración como comunidad, acude al retracto.

La redención —que lógicamente tiene lugar cuando la corraliza constituye una «servidumbre»— puede verificarse según establece la Ley 382:

1. Por voluntad unánime de los partícipes.
2. Cuando graven fincas comunales a instancia del Municipio (326). A este respecto es de tener en cuenta lo prescrito en el párrafo final de la Ley 379, a cuyo tenor «en las corralizas constituidas sobre fincas de origen comunal se presume, a no ser que resulte lo contrario, que la propiedad del suelo corresponde al Municipio».
3. En las demás fincas, cuando el juez estime en juicio contencioso que la subsistencia de estos derechos dificulta notablemente el cultivo o la explotación racional de las fincas según su naturaleza.
4. Cuando los corraliceros se opongan a las modificaciones que se introduzcan en las fincas para su mejora y que total o parcialmente resulten incompatibles con el ejercicio del derecho de «corraliza».

Nuestra opinión no puede ser más favorable a estos dos últimos modos de redención de la corraliza. En efecto, nos da la Compilación una admirable lección de modernidad en consonancia con lo que postula la LRYDA de 12 de enero de 1973, ya que estos dos últimos procedimientos de redención hacen posible los postulados de la Ley Agraria de que las tierras sean explotadas con criterios técnicos-económicos apropiados según

---

(326) Hemos de tener en cuenta que, conforme establece el artículo 15, 3 del Derecho de 29 de abril de 1959 sobre Arrendamientos Rústicos, la ordenación y disfrute de los bienes comunales de los Municipios de Navarra seguirán atribuidos a la excelentísima Diputación Foral y Provincial con arreglo a la Ley Paccionada de 1841 y concordantes, protección de montes de 24 de julio de 1918 y 9 de septiembre, de 1931, sin perjuicio de mantener los principios básicos de esta ordenación legal en cuanto sean aplicables.

su destino agrario más idóneo. De otra parte, posibilitan de hecho el que en las fincas de aprovechamiento agrario se realicen las transformaciones y mejoras necesarias para conseguir la más adecuada explotación (327).

Es innegable que las «corralizas» pueden, en la actualidad, significar un gran beneficio desde el punto de vista de la economía rural, pero es evidente que también pueden suponer un notable obstáculo. Acudir a la vía del juez y tratar de impedir los obstáculos para mejorar las fincas es garantía que se nos antoja suficiente para contrastar los intereses en juego y decidirse en favor de los que deban ser más protegidos. También nos merece juicio favorable la forma de indemnización arbitrada por el párrafo final de la Ley 382, ya que tiene en cuenta no sólo el valor de los aprovechamientos, sino también el beneficio que reporta al dueño del terreno. Incluso, poner en manos del juez la posibilidad de indemnizar mediante adjudicaciones de tierra en propiedad al que va a ser privado de la corraliza nos merece una medida digna de elogio.

Finalmente, en la Ley 383 se recoge la posibilidad de retracto en el caso de enajenación por parte de algún titular de su correspondiente derecho. Dice textualmente la citada Ley: «Si alguno de los titulares enajenare su derecho, los otros partícipes podrán ejercitar el retracto de comuneros, prefiriéndose, en caso de concurrencia, al retrayente titular de aprovechamiento de la misma naturaleza que el enajenado. Cuando se enajenare el derecho de cultivo sobre una parcela determinada de la finca, se dará preferencia en el retracto al que tenga derecho a cultivar la parcela de mayor extensión».

Es curioso observar que pese a la dicción de esta Ley 383 en la que se habla de «retracto de comuneros», la Ley 446 al establecer la relación entre los distintos retractos legales en Navarra dice textualmente: «Los retractos legales graciosos, de «vecindad forana», «corralizas» o «helechales» y el gentilicio, por este orden, tienen prioridad respecto a los de comuneros, colindantes, arrendatarios, enfiteutas y cualesquiera otros dere-

---

(327) *Vid.* fundamentalmente los artículos 1 y 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973.

chos de adquisición preferente de carácter civil o administrativo. Los retractos legales prevalecen sobre los derechos convencionales de opción, tanteo y retracto».

Si la Ley 446 contrapone el retracto de «corralizas» al de «comuneros» para dar preferencia al primero sobre el segundo, es evidente que no puede existir una completa asimilación entre ellos y, por lo mismo, no es afortunada la redacción de la Ley 383 hablando de retracto de comuneros. A nuestro juicio, si en la Ley 379 habla de «comunidad» es lógico que la 383 hable de retracto de comuneros. Pero nos parece excesivo afirmar la existencia de una comunidad —como anticipamos— y nos parece equivocada la expresión «retracto de comuneros» de la Ley 383 (como se deduce de la Ley 446). Si, como es cierto, existe un retracto de corralizas en Navarra, sobra la palabra «comuneros» utilizada por Ley en que entroniza tal facultad.

Finalmente, queremos insistir que, si como anticipamos en otro lugar de este trabajo, en múltiples ocasiones los aprovechamientos ejercitados en forma plural pueden satisfacer necesidades vitales dentro de la economía rural, es indudable que también pueden significar una enorme traba para este tipo de economía.

Acudir a la redención con la delicadeza que lo hace la Compilación de Navarra es un evidente acierto dada las garantías que para tal fin se arbitran. Acudir al retracto es una medida siempre aconsejable. El que enajena su derecho lo hace de forma voluntaria, lo que nos evita el plantearnos la posibilidad de ser despojado de un derecho vital para su existencia.

El ejercicio de la redención o del retracto presupone una configuración previa de la «corraliza». Si constituye una «servidumbre» entra en juego la posibilidad de la redención; si hay «concurrencia de titulares a disfrutes distintos», aparecerá como posible el ejercicio de retracto.

No se nos oculta la enorme dificultad existente para calificar a la «corraliza» en gran número de ocasiones (328). Sin lugar a

---

(328) Nosotros preferimos hablar de «concurrrencia sobre una misma finca o coto de finca de titulares de distintos disfrutes» y no de «comunidad». La expresión «concurrencia» fue también patrocinada por el Dictamen del Proyecto de Fuero Recopilado, aunque no tuviera el éxito que, a nuestro juicio, merecía.

dudas, y según se ha expresado reiteradamente, habrá que acudir al origen de cada corraliza en concreto y calificar su propia naturaleza, tema de innegable dificultad, pero de gran trascendencia. Este puede esclarecer todo tipo de dificultad que pueda encontrarse en la búsqueda y logro de la verdadera configuración jurídica.

Si nos atenemos a la construcción antes señalada, y por «servidumbre» entendemos todas aquellas hipótesis en las que los corraliceros ostentan unos disfrutes sobre fincas de ajena pertenencia, y por «comunidad de difrute» aquellos casos en que a los mismos aprovechamientos concurran los titulares de las fincas y juntamente con ellos personas ajenas, es evidente que tal formulación es simplista, pero a nuestro juicio, en rigurosa técnica jurídica puede dejar sin resolver el problema. Así sucederá cuando sobre unos términos inciden personas que no ostentan titularidades dominicales y sí titularidades especiales de pastos, leñas, hierbas, etc., supuesto en el que cabe hablar tanto de «servidumbre» como de «comunidad indivisible».

Por otro lado y llevando a sus últimas consecuencias la definición legal de la corraliza, es evidente que existe una concurrencia de titulares en la «servidumbre», ya que sobre una misma finca existen, de un lado, el titular gravado, y de otro, el titular que grava. Pero si con la expresión «corraliza» es posible la «servidumbre» —y es algo que la propia Ley 379 admite—, sólo acudiendo a cada título en concreto podremos saber si la «corraliza» de que se trate constituye una «servidumbre» (con evidente concurrencia de titulares) o una mera «concurrencia de titulares» sin constituir servidumbre.

## Facerías

Las «facerías», también denominadas «pacerías» o «passerías», son convenios de mutuo auxilio en los que se destaca fundamentalmente un espíritu de solidaridad humana. Este espíritu hace posible el traspasar, no sólo las fronteras municipales, sino, incluso, las fronteras nacionales. Son ejemplo de las primeras, los comúnmente denominados «pastos faceros»; de las segundas, las «facerías internacionales pirenaicas».

Las «facerías» suponen una manifestación evidente de los aprovechamientos comunitarios. Pero estos aprovechamientos no han de estar referidos necesariamente a los pastos, ya que pueden comprender otros productos distintos. Por lo tanto, no es correcta la opinión, bastante generalizada, de hacer sinónimas las expresiones «facerías» y «pastos faceros»; las «facerías» —que siempre comprenden a los «pastos faceros»— tienen un contenido más amplio.

También ha sido frecuente limitar las «facerías» no sólo a la hipótesis de los pastos aprovechados en común («pastos faceros»), sino al hecho de estar siempre referida a una relación entre pueblos. Tampoco esto es rigurosamente cierto, porque, en ocasiones, en alguno de los polos de la relación que el aprovechamiento comunitario significa, está situado, no un pueblo, sino uno o varios particulares.

Por todo ello, hacemos nuestra la definición que de las «facerías» formula con un criterio de extraordinaria amplitud Aizpun Tuero (329) según el cual, la esencia de la «facería» es el constituir una mancomunidad existente entre dos o más pueblos, o entre éstos y particulares, referida a la propiedad o determinado aprovechamiento de unos terrenos. Incluso, a nuestro juicio podríamos plantearnos el problema de la subsistencia de la «facería» si la relación se da entre particulares solamente, cuando por diversos avatares —desgraciadamente frecuentes en el éxodo actual del campo a la ciudad— a un pueblo que desaparece, le sustituye un particular.

Después de estas precisiones, y pensando en el tema de nuestro trabajo, lo que verdaderamente nos importa es el promiscuo aprovechamiento de pastos que las «facerías» comprenden y, que sin dejar de ser «facerías», podríamos calificar de forma más específica de «pastos faceros». De ahí que en adelante refiramos la expresión «facería» tan sólo a los aprovechamientos de los pastos y leñas, dada la importancia que estos últimos aprovechamientos tienen en Navarra, como después veremos.

Por lo que se refiere a los «pastos de facería» de Navarra, algunos han querido equipararlos a la «alera foral» aragonesa.

---

(329) AIZPUN TUERO, ob. cit., pág. 94.

Esta equiparación es equivocada ya que, según indica el Fuero General de Navarra (330) de forma terminante, en los pastos de facerías se trata de un privilegio y no de un aprovechamiento de carácter general como ocurre en el supuesto de la «alera». Sin embargo, después de publicado el derogado Apéndice aragonés de 1925 y más recientemente, después de la Compilación de Aragón de 1967, las diferencias han quedado reducidas en el sentido de que la «alera» ha dejado de tener carácter general y forzoso, como vimos al ocuparnos de esta institución aragonesa. Pero a pesar de este giro dado en la «alera», la equiparación no es posible por tener peculiaridades características cada una de estas instituciones.

Constituyen los «pastos de facería» un reflejo inequívoco de los aprovechamientos colectivos, consistentes en el derecho que de forma comunitaria ostentan dos o más pueblos inmediatos (o bien algún pueblo particular) para aprovechar con sus ganados los productos, consistentes fundamentalmente en las hierbas, que sus términos producen.

El origen de las «facerías» es ancestral. En sus albores constituyeron frecuentemente una práctica consuetudinaria derivada de la falta de precisión de límites entre los distintos términos municipales, con las inevitables intromisiones, y en cuya evitación se hacen comunes, en gran número de ocasiones, ciertos aprovechamientos de los términos colindantes. Después, esta práctica inmemorial se recoge con cierta frecuencia en documentos, aparte del respaldo legal que para las mismas supuso el artículo 68 de la Ley 26 de las Cortes de Navarra de los años 1828 y 1829, a cuyo tenor «los terrenos o montes donde haya facería o goce promiscuo entre dos o más pueblos o vecinos particulares, hayan de continuar como hasta aquí las convenciones, concordias y demás pactos que tengan entre sí».

El Fuero General de Navarra reguló ampliamente las «facerías» (331), y de esta normativa destacamos, como aspectos más importantes, los siguientes:

a) Las villas faceras pueden pastar los rastrojos hasta las eras

---

(330) *Fuero General de Navarra.* Cap. II, Tit. 1.º, Lib. VI y Cap. III y XXII.
(331) *Fuero General de Navarra,* Lib. VI, Tit. I, Cap. VI, VII y VIII.

de sol a sol no haciendo daño en los frutos ni en el prado de caballos ni de bueyes.

b) En las villas faceras los ganados de una villa no deben pasar a la otra «transfumo» por razón de pastos, ni deben entrar en la parte en que están sembradas las mieses ni acercarse a las legumbres a una distancia inferior a una «pértiga» (332). Pero si los términos están confundidos pueden pastar los ganados «transfumo».

En cuanto a la limitación de «eras» y «de sol a sol», evidentemente ha llevado a contemplar la enorme similitud con la «alera aragonesa» en la que, como quedó consignado, existía idéntica limitación.

Por lo que respecta a la prohibición de pastar los ganados de una villa al término de la otra villa «transfumo», nos plantea el problema de determinar qué significado hemos de dar a esta expresión. Son muchas las interpretaciones que al vocablo «transfumo» se han dado y que están magníficamente recogidas por Aizpun Tuero (333) para quien con tal expresión se significa un goce permanente del pasto y no sólo de sol a sol.

Prescindiendo de posteriores normativas tales como la Novísima Recopilación de Navarra y de la Ley 26 de las Cortes de 1828 y 1829 ya aludidas, conviene que nos detengamos con algún detalle en la vigente regulación constituida por la Compilación de Navarra de 1 de marzo de 1973 que dedica sus Leyes 384 a 387 a esta materia.

Distingue la Compilación dos figuras jurídicas: la «facería» y la «comunidad facera». La «facería» —según la Ley 384— consiste en una servidumbre recíproca entre varias fincas de propiedad colectiva o privada. La «comunidad facera» —a tenor de la Ley 386— consiste en la concurrencia de varios titulares dominicales, que constituyen una comunidad para un determinado aprovechamiento solidario.

---

(332) LACARRA, a quien cita CASTÁN TOBEÑAS en *Derecho Civil Español Común y Foral*, tomo II, vol. 2.º, Madrid, 1973, en su nota número 1 de la pág. 193, estima que la «pértiga» es una medida agraria antigua que equivalía a 3,53 metros lineales.

(333) AIZPUN TUERO, ob. cit., págs. 96 y sigs., se adhiere al concepto que de «transfumo» formula URANGA ESNAOLA a quien cita. En este mismo sentido se pronuncia SALINAS QUIJADA en su ob. cit., pág. 574.

La «facería», consistente en un aprovechamiento promiscuo, es calificada de «servidumbre recíproca» y, consecuentemente con esta catalogación, la Ley 385 establece que en las «facerías los ganados podrían pastar de sol a sol en el término facero» sin poder acercarse a los terrenos sembrados o con frutos pendientes.

Como puede observarse, con la expresión «término facero», se está indicando «terreno gravado» con la servidumbre de pastos. Y como quiera que hay más de un «término facero», habrá lógicamente una «servidumbre recíproca». Además, es evidente que la limitación de pastar los ganados de sol a sol se refiere a los ganados ajenos a los propietarios de dicho «término facero»; los ganados de su propiedad podrán pastar de día y de noche («transfumo»); de donde se desprende con toda claridad que el aprovechamiento de los pastos es desigual en cuanto al tiempo: para los ganados de los propietarios del terreno no hay límite temporal; para los ganados de los no titulares de los terrenos, hay un límite en cuanto al tiempo, constituido por la regla de «sol a sol», además, naturalmente, de no poder acercarse a los terrenos sembrados en tanto no estén levantadas las cosechas.

Las «facerías» propiamente dichas, a tenor de lo dispuesto en el segundo párrafo de la Ley 384, se rigen por el título, pactos o concordias que hubiese establecidos, por las disposiciones de esta Compilación a ellas referentes y, en lo no previsto, por lo dispuesto para las servidumbres o las comunidades en su caso.

Tal vez pudiera replantearse el problema de la naturaleza jurídica dada la redacción de este párrafo. En efecto, involucrar en esta normativa aplicable a la «comunidad» pudiera conducirnos a tal replanteamiento. Sin embargo no creemos de trascendencia tal esta invocación ya que a nuestro juicio no tiene otro alcance que poner de manifiesto el evidente parentesco que le une con las «comunidades faceras» y, consecuentemente, invocar «in extremis» las normas de éstas, pero sin que ello tenga la virtud taumatúrgica de cambiar su propia naturaleza.

Las «comunidades faceras», por el contrario, no constituyen «servidumbres», sino auténticas «comunidades» dados los términos en que se pronuncia la Ley 386. Al hablar de concurrencia de varios titulares dominicales y de la constitución de una comunidad, hace ociosa cualquier duda que acerca de su naturaleza

jurídica pudiera plantearse. No obstante conviene precisar que la comunidad a que da lugar no es una comunidad por cuotas o romana, sino una «comunidad solidaria» o una «comunidad en mancomún». En efecto, la propia Ley 386 nos habla de aprovechamiento solidario, y de otra parte, la remisión a las Leyes 377 y 378 que tal precepto hace, lo ponen de manifiesto.

La aludida remisión a las Leyes 377 y 378 que formula la Ley 386, sin embargo, no es incondicionada y absoluta, ya que tales leyes tendrán aplicación sólo en el caso de que no se opongan a lo establecido en el capítulo V, dentro del cual se halla la Ley 387, que no podemos silenciar. Dice la citada Ley que la «comunidad facera» es divisible, salvo que se hubiere constituido por un tiempo determinado o como indivisible a perpetuidad, en cuyo caso podrá dividirse sólo excepcionalmente cuando el juez considere gravemente lesiva la permanencia en la indivisión. Añade su segundo y último párrafo que cuando se trate de «comunidades faceras» entre villas o pueblos y no consten las cuotas o aportaciones respectivas, en defecto de otra regla aplicable, se estará al número de vecinos de cada villa o pueblo al tiempo de pedirse la división.

Pues bien, sólo en cuanto no se oponga a lo anterior, entrarán en juego las Leyes 377 y 378. Establece la 377 que la comunidad en mancomún que exista por costumbre o establecida por la voluntad de los constituyentes será indivisible, salvo pacto unánime. Añade, finalmente, que ningún comunero podrá disponer de su parte sin consentimiento de todos los demás titulares.

A la vista de lo preceptuado por esta Ley 377 y lo que determina la Ley 387, vemos que el criterio de la «divisibilidad» está concebido en forma distinta. Para la Ley 387 —que prevalece sobre la 377—, la comunidad es en principio divisible; sin embargo, para la Ley 377 tal comunidad en mancomún es indivisible como norma general. Pero como ambas leyes permiten excepciones a su dispar regla general, hay posibilidad de compatibilizarlas por la vía del pacto. Para la Ley 387, la indivisibilidad puede tener un doble origen: haberse constituido por un tiempo determinado, o como indivisible a perpetuidad; en ambos supuestos entramos de lleno en la divisibilidad preconizada por la Ley 377 como característica de la comunidad en mancomún. Pero

aun en el supuesto de que la «comunidad facera» sea divisible, también puede domiciliarse tal situación en la comunidad en mancomún de la Ley 377, ya que admite que deje de ser tal comunidad indivisible por pacto unánime.

Menores problemas plantea la aplicación de la Ley 378, que trata de la comunidad solidaria, porque la propia Ley 386 —de preferente aplicación— nos habla de aprovechamiento solidario. Lo único destacable es que, conforme determina la citada Ley 378, en la comunidad solidaria, cada comunero puede por sí sólo ejercitar plenamente el derecho y disponer de la totalidad del mismo sin perjuicio de su responsabilidad frente a los demás titulares.

A nuestro juicio, la Compilación ha resuelto el debatido problema de la naturaleza jurídica de las «facerías». Cuando para los aprovechamientos promiscuos que comportan tales figuras utiliza la expresión simple de «facería», estamos ante un supuesto de servidumbre recíproca generalmente utilizada por una comunidad de titulares y con la limitación temporal antes aludida; cuando a tales aprovechamientos los califica de «comunidad facera», nos hallamos en presencia de una comunidad solidaria o en mancomún (334).

Sin embargo, de manera tan simplista no podemos resolver el problema de la naturaleza jurídica. Decir que si la figura es una «facería» constituye una servidumbre recíproca y que si es una «comunidad facera» es una comunidad solidaria o en mancomún, es resolver con excesiva facilidad tan trascendental configuración, ya que previamente hemos de saber si el aprovechamiento promiscuo merece una u otra denominación y, por lo mismo, una u otra configuración jurídica.

---

(334) SALINAS QUIJADA, ob. cit., pág. 572, recoge el texto de la Ley 387 de la Recopilación Privada. Dice esta Ley: «La facería propiamente dicha, consiste en una servidumbre recíproca entre varias fincas de propiedad colectiva o privada, y la "comunidad facera" es la concurrencia de varios titulares dominicales que constituyen una comunidad para un determinado aprovechamiento solidario, que se regirá por lo dispuesto en las Leyes 380 y 381». Tomando como base cuanto antecede, afirma que «de la misma redacción de la ley mencionada, se colige que a la "facería" propiamente dicha se la considera como servidumbre, reservando el otro carácter a la "comunidad facera", a la cual se le aplican las disposiciones que regulan la comunidad solidaria y la comunidad en mancomún».

Las Leyes 384 y 386 nos dan unos criterios que hemos de tener en cuenta, pero con frecuencia no habrá una situación fáctica lo suficientemente diáfana para que no se nos planteen dudas. A nuestro modo de ver, habrá que acudir al origen de cada uno de estos aprovechamientos comunitarios; el origen nos parece elemento del que nunca podremos prescindir para calificar el aprovechamiento prosmicuo de que se trate, ya como servidumbre recíproca («facería propiamente dicha»), ya como una comunidad solidaria o en mancomún («comunidad facera») (335).

Como ya anticipamos con anterioridad, puede también ocurrir que el aprovechamiento colectivo que la «facería» implica se dé entre pueblos situados en la frontera hispano-francesa, surgiendo entonces las denominadas «facerías internacionales pirenaicas». En virtud de las mismas, algunos de nuestros pueblos fronterizos mantienen relaciones de aprovechamientos comunitarios con pueblos franceses situados junto a la frontera.

En contra de lo que en un principio pudiera pensarse, no es necesario para la existencia de tal «facería» el que la parte capital del municipio afectado sea fronteriza, pues muy bien puede ocurrir que el municipio tan sólo posea terrenos contiguos a la frontera y que concierte convenios con los pueblos franceses sobre la base de un aprovechamiento facero. Este supuesto se da en la facería existente entre la ciudad de Jaca y el Valle de Aspe sobre las montañas de Astún, La Raca, la Raqueta y las fronteras

---

(335) AIZPUN TUERO, ob. cit., pág. 102, se muestra partidario de dar al origen el carácter de determinante para la configuración de la «facería», puesto que nos dice que en el origen de la facería es donde debe buscarse, en cada caso, la naturaleza de la misma. Porque —sigue diciendo— en facerías como la de Montes de Cierzo que nacen como una concesión del rey a determinados pueblos, para que gocen en común esos montes, no puede dudarse de que ha nacido una comunidad. Y una comunidad más fácilmente asimilable a la de tipo germano «en mano común» que a la romana, ya que no existen cuotas. En las facerías típicamente contractuales y entre villas cuyos términos son conocidos, habrá que atender en cada caso a las características del pacto.

Por su parte, SALINAS QUIJADA, ob. cit., pág. 571, también en esta misma línea, afirmaba con anterioridad que no es posible sentar de antemano la naturaleza jurídica de las facerías con carácter general, pues su origen y títulos pueden configurar instituciones diferentes.

limítrofes de Quitsoule (Aguachola), Benou, Arnousse y Peyranere.

Tratar de reflejar en nuestro trabajo todas y cada una de las modalidades faceras en la zona fronteriza con Francia, y que afectan por igual a pueblos de una y otra nacionalidad, nos llevaría demasiado lejos.

Fairen (336) hace un detenido análisis en obra documentadísima, poniendo de relieve la regulación histórica y actual de estas facerías internacionales. Se ocupa asimismo de las limitaciones que tales disfrutes comunitarios representan, limitaciones que a su entender responden a tres factores primordiales: 1) ganados (qué clase y cuántas cabezas de cada clase se permiten); 2) tiempo (generalmente se sigue la norma de «sol a sol»); 3) espacio (qué terreno es el afectado por el aprovechamiento facero). Naturalmente, todos estos factores varían de unos lugares a otros, no pudiendo, consiguientemente, darse una norma de carácter general.

Lo que sí nos interesa destacar es la pervivencia actual de las facerías internacionales. Es una demostración evidente que supieron enfrentarse, de un lado, al movimiento individualizador latente no sólo en España sino también en Francia, y de otro lado, a los avatares bélicos de una y otra nación, que en no pocas ocasiones las llevó a enfrentarse entre sí. Si después de todas estas dificultades que hemos señalado las facerías continúan, es una demostración evidente e inequívoca que los aprovechamientos comunitarios en que aquellas consisten no sólo no dificultan el progreso económico, sino que lo alientan en esas zonas de montaña.

## Helechales

La Ley 388 de la vigente Compilación nos da el siguiente concepto: «Bajo la denominación de "helechales", cuando este término no aparezca empleado exclusivamente para expresar la naturaleza o destino de una finca, se entienden los dere-

(336) FAIREN GUILLÉN, V., *Facerías Internacionales Pirenaicas*. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

chos de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho de montes comunales».

Guardan una evidente analogía con las «corralizas», analogía de la que, indudablemente, nuestra propia Compilación se hace eco al tratar de su retracto y redención como enseguida veremos. Sin embargo, hay una diferencia esencial: así como las «corralizas» podían incidir tanto en terrenos comunales como de los particulares, los «helechales» sólo pueden tener lugar sobre montes comunales y nunca en los particulares.

Por otra parte, los «helechales» constituyen una figura de mayor simplicidad que las «corralizas», aunque se haya dicho en la Nota a las Leyes 391 y 393 de la Recopilación privada —que constituyen el antecedente inmediato a la Compilación vigente— que los «helechales» son a la montaña lo que las «corralizas» a la ribera. Estas leyes recogían problemas prácticos y presentaban soluciones similares a los de las «corralizas».

Los «helechales» plantean una destacada peculiaridad: su doble regulación, civil y administrativa. Administrativamente fueron regulados con cierta amplitud en el Reglamento para la Administración Municipal de Navarra de 3 de febrero de 1928 (texto refundido de 1950); civilmente su regulación es más tardía.

Desde el punto de vista civil, la primera normativa aparece en la citada Recopilación Privada, cuyos preceptos han pasado a la vigente Compilación que dedica a los «helechales» las Leyes 388 a 390, ambas inclusive.

Partiendo del concepto que de los «helechales» formula la Ley 388 transcrita más arriba, se desprende:

a) Que la expresión «helechales» no es unívoca, ya que con la misma puede expresarse la naturaleza o destino de una finca, o bien un derecho a determinados aprovechamientos.

b) Que aparte el anterior significado general, el verdadero concepto va referido a un derecho de aprovechamiento de productos espontáneos de helechos en montes comunales, que es el que verdaderamente es objeto de nuestra consideración.

c) Que el hecho de que el aprovechamiento vaya referido solamente a los montes comunales justifica que junto a la normativa meramente civil hayan de tenerse en cuenta disposiciones de carácter administrativo.

La Ley 389, siguiendo a la Ley 392 de la Recopilación Priva-

da, establece una serie de limitaciones usuales al decir que ni el dueño del aprovechamiento puede hacer cierres, plantaciones, ni siembras en el helechal, ni el dueño del terreno puede realizar acto alguno que perjudique el aprovechamiento.

Estas limitaciones son totalmente claras y justificadas, ya que de su formulación se desprende una motivación evidente, que consiste en la armónica coexistencia de dos derechos sobre unos mismos bienes: de un lado, el derecho al aprovechamiento en que el «helechal» consiste, y de otro, el derecho del propietario del terreno sobre el que aquel aprovechamiento se ejercita.

Finalmente, la Ley 390 regula el retracto y la redención de los «helechales». No da una normativa específica, ya que se remite a las normas de las «corralizas» y, concretamente, a las Leyes 382 y 383, que ya analizamos al ocuparnos de su redención y retracto.

El hecho de invocar la Ley 390 las normas de redención y retracto de las «corralizas», aparte de poner de relieve el parentesco de esta figura con los «helechales», puede plantearnos ciertas dudas. En efecto, si para las «corralizas» son perfectamente aplicables tanto la redención como el retracto, ya que pueden recaer sobre bienes de los particulares, para los «helechales» puede ser discutible al recaer sobre bienes comunales.

La redención regulada por la Ley 382 para las «corralizas», pero de igual aplicación para los «helechales», está plenamente justificada, máxime si tenemos en cuenta el número 2 de dicha norma al contemplar el supuesto de que en el caso de gravar fincas comunales se verifique la redención a instancia del municipio.

El retracto, lógicamente, presupone una venta previa, y si tenemos en cuenta el artículo 188 de la LRL de 1955, los bienes comunales son inalienables. Esto nos llevaría a negar la posibilidad de venta de los terrenos sobre los que recaen los «helechales» y, por tanto, a negar la hipótesis del retracto. Pero anticipamos, hay que tener en cuenta el Reglamento para la Administración Municipal de Navarra, ya citado, cuyo artículo 319 no debemos silenciar.

Dice el artículo 319 —que constituye la normativa de carácter administrativo— que:

«En los pueblos donde los vecinos vienen disfrutando de

parcelas para el disfrute de helechos, así como las que en los sucesivo se aprovechen, llevarán los ayuntamientos o concejos una relación en la que conste la extensión, término y vecinos que las disfrutan, estableciendo un canon prudencial por unidad de superficie, que deberá ingresarse anualmente en las arcas municipales o concejiles.

Se podrá proceder a la roturación y cultivo agrario de los helechales por los mismos vecinos que los vienen disfrutando para los aprovechamientos vecinales de helecho y castaña, según las prácticas seguidas en la comarca, previo informe de la Dirección de Montes y con arreglo a las condiciones siguientes:

1.ª Se procederá por la Dirección de Montes, en presencia de las Comisiones de los Ayuntamientos, Concejos y Juntas de Montes, a la designación de los trozos de terreno objeto de estos aprovechamientos, solicitados por los vecinos que actualmente los disfrutan para su transformación en prados o cultivo agrario, debiendo quedar amojonados y levantar acta descriptiva de la operación.

2.ª Igualmente los Ayuntamientos, Concejos y Juntas de Montes concederán en aprovechamiento y designarán trozos de terrenos comunales que sean solicitados por los caseros o inquilinos que no posean o disfruten actualmente en terrenos helechales o castañales para el aprovechamiento en prados, en cultivo agrario o en helechal.

3.ª Igualmente concederán en la forma anteriormente indicada a todos cuantos vecinos se encontrasen en análogas circunstancias que los de la primera condición, siempre que así lo solicitasen.

4.ª Estos disfrutes serán inherentes a la vecindad; tendrán carácter indefinido, manteniéndose el mismo vecino sobre los mismos terrenos, renovándose la concesión cada veinte años, solamente a los efectos del canon reglamentario.

5.ª Los Ayuntamientos y Concejos impondrán sobre estos terrenos un canon anual, según lo determina el apartado a) del artículo 318 del Reglamento de Administración Municipal, canon que nunca será mayor del impuesto a parcelas comunales de aprovechamiento similar.

6.ª Los Ayuntamientos o Concejos llevarán una declaración en la que conste la superficie que cada vecino aprovecha, bien

sea en cultivo agrario, en prados o en helechos, términos donde radican, linderos y canon que satisfacen.

7.ª Los terrenos objeto de estos aprovechamientos figurarán siempre en la hoja catrastral de los Ayuntamientos o Concejos y no en la de los vecinos, quedando prohibida la venta, así como el arriendo, a personas no avecindadas en los respectivos Ayuntamientos o Concejos.

8.ª Los Ayuntamientos o Concejos no exigirán cantidad alguna en concepto de contribución ni de guardería, pudiendo agregar a estas condiciones y en forma reglamentaria las disposiciones que crean convenientes, siempre que no se opongan a éstas ni a las generales dictadas por la Diputación.

9.ª Los Ayuntamientos o Concejos darán cuenta a la Diputación de las concesiones autorizadas y del canon y condiciones impuestas».

Particularmente importante es la regla 7.ª, en la que determina que queda prohibida la venta de los terrenos objeto de estos aprovechamientos, así como el arriendo a personas no avecindadas en los respectivos Ayuntamientos o Concejos. De ahí se desprende que la venta es posible a personas avecindadas, en cuyo supuesto, la figura del retracto adquiere plena vigencia.

Ha sido muy frecuente que el derecho al aprovechamiento de los helechales se vinculen a las familias, transmitiéndose de padres a hijos en capitulaciones matrimoniales, llegando a consignarse estos aprovechamientos en escritura pública, que incluso tenían en ocasiones acceso al Registro de la Propiedad. Pero esta continuidad en el disfrute no privaba a los terrenos de su carácter comunal.

Por otra parte, y siempre que con la palabra helechal no se designe una finca concreta, sino un aprovechamiento en montes comunales, tal y como expresa la importante sentencia de 16 de febrero de 1979, tal aprovechamiento es una limitación del dominio compatible con el hecho de que éste se halle inscrito registralmente en favor de la Corporación Municipal. De ahí que, como señala la sentencia de 24 de abril de 1978, el titular de un simple aprovechamiento de helechal, por esta sola circunstancia no es reputado dueño del terreno ni de las demás entidades que éste comprenda.

## Dominio concellar

De nuevo nos hallamos en presencia de una figura jurídica típicamente navarra, que hasta tiempos relativamente recientes se ha desarrollado en auténtica orfandad legislativa pese a ser objeto de intenso estudio por la doctrina, e incluso por la jurisprudencia.

Al igual que los «helechales», la primera normativa del «dominio concellar» la constituye la Recopilación Privada. La Ley 394 de la citada Recopilación se pronunció en los siguientes términos: «Los bienes destinados a satisfacer necesidades colectivas de los vecinos de los Valles de Salazar y Roncal, así como el patrimonio forestal propiedad de sus Juntas generales, integradas por los Ayuntamientos y Concejos, son de «dominio concellar", que se regulará por las ordenanzas legítimas aprobadas, convenios y costumbres locales».

Como claramente se desprende, hay una diferenciación evidente entre el «patrimonio forestal propiedad de las Juntas generales del Valle», de un lado, y «los bienes destinados a satisfacer las necesidades colectivas de los vecinos del Valle», de otro. De ahí que, como certeramente señala Salinas Quijada (337), esto implica una distinción entre el patrimonio forestal y los restantes bienes componentes del patrimonio de la Junta que, por una parte, no está basada en ninguna diferencia jurídica existente entre estos dos grupos de bienes, ni recoge las diferencias jurídicas, de otra.

De otro lado, tampoco es correcto —y así se puso de manifiesto en una enmienda presentada por la Junta General del Valle del Roncal al texto anteriormente transcrito— que las Juntas generales estén integradas por los Ayuntamientos y Concejos; las Juntas están integradas por las personas designadas conforme a las Ordenanzas de los Valles y no por los Ayuntamientos.

Con el antecedente constituido por la Ley 394 de la Recopilación Privada, y con las críticas que a dicho precepto se han formulado, la vigente Compilación Navarra, en su Ley 391, regula el «dominio concellar» estableciendo: «El patrimonio forestal y cualesquiera otras propiedades, aprovechamientos o de-

(337) SALINAS QUIJADA, ob. cit., pág. 589 y sigs.

rechos pertenecientes a las Juntas generales de los Valles del Roncal y Salazar, y que estén destinados a satisfacer necesidades colectivas de sus vecinos, son de "dominio concellar", que se regulará por las ordenanzas, acuerdos legítimamente adoptados, convenios y costumbres locales. El "dominio concellar" es indivisible.

Corresponden a la Junta General todas las facultades de administración y disposición que deberá ejercitar atendiendo a las necesidades y conveniencias directas o indirectas del Valle o de sus vecinos».

De esta Ley 391 destacamos:

1. Los Valles del Roncal y Salazar ostentan un carácter administrativo especial, que les permite agrupar villas y pueblos de una comarca para fines o aprovechamientos comunes. Todo ello se entronca con la Disposición Transitoria Segunda del varias veces citado Reglamento para la Administración Municipal de Navarra, a cuyo tenor, «Los Valles de Salazar y Roncal continuarán constituidos y regidos por sus respectivas ordenanzas, en la misma forma que hasta el presente, sin que pueda efectuarse ninguna novedad en su organización, propiedades y régimen, mientras otra cosa no se disponga.

2. Las Juntas Generales de tales Valles están dotadas de auténtica personalidad jurídica, como se desprende inequívocamente del hecho de que a dichas Juntas corresponden todas las facultades de administración y disposición de los bienes que integran el «dominio concellar».

3. El «dominio concellar» significa un conjunto de bienes que, perteneciendo a las Juntas Generales de los Valles del Roncal y Salazar, están destinados a satisfacer necesidades colectivas. Constituyen, pues, la más acusada forma en que los aprovechamientos comunitarios pueden presentarse.

4. Se omite deliberadamente —dadas las críticas que se formularon a la Recopilación Privada— toda referencia a los Ayuntamientos y Concejos, ya que el sustratum personal lo constituyen los vecinos de los Valles por su mera cualidad de tales, y con absoluta independencia de los Ayuntamientos en que están integrados.

5. El poder público, sin perjuicio de prestar la tutela necesaria, deja la regulación a la entera libertad de los afectados por

el «dominio concellar». En efecto, las ordenanzas, acuerdos y costumbres constituyen la normativa por la que se ha de regir; normas todas ellas de carácter local, como local es el aprovechamiento comunitario que tal dominio comporta.

6. Finalmente, y saliendo al paso de pleitos seculares, se establece de una manera clara y terminante la indivisibilidad del «dominio concellar». Creemos que la indivisibilidad se refiere a la imposibilidad de que los disfrutes que el «dominio concellar» lleva inherentes puedan disgregarse, lo cual no obsta para que la Junta General, atendiendo a las necesidades y conveniencias, tanto directas como indirectas, del Valle o sus vecinos, pueda «corregir» de algún modo tal prohibición, como, por ejemplo, detraer del aprovechamiento que secularmente se disfruta parte de los terrenos afectados para destinarlos a otra finalidad que favorezca más acusadamente los intereses de las personas que integran los Valles.

## Vecindades foranas

A diferencia de las «corralizas», cuyo origen, según vimos más atrás, es relativamente reciente, las «vecindades foranas» son antiquísimas. Sus comienzos —según ha hecho notar Sancho Rebullida (338)— se hallan vinculados con los privilegios de la hidalguía y con su acepción normal de residencia. De otra parte, así como las «corralizas» normalmente ostentan título que las legitima, las «vecindades foranas» generalmente carecen de título.

No vamos a detenernos en un estudio histórico de la institución (339); tan sólo destacaremos algunas consideraciones en su larga historia, que legislativamente se inicia en el Fuero General de Navarra.

Lacarra (340) sitúa el concepto de «vecindad forana» den-

---

(338) SANCHO REBULLIDA, «Derechos reales en el Fuero de Navarra» hoy publicado en *Estudios de Derecho Civil*, II, Pamplona, 1978, págs. 256 y sigs.

(339) *Vid.* en este sentido LACARRA, en ob. cit. en la que hace un estudio histórico acabado de las vecindades foranas.

(340) LACARRA (ob. cit., pág. 77) invocado por SANCHO REBULLIDA en «Derechos Reales en el Fuero de Navarra», *Estudios de Derecho Civil*, II, pág. 258.

tro del género próximo «de la vecindad y del domicilio». Habla de «vecindad» en sentido administrativo y de «vecindad civil» en el sentido del antiguo artículo 15 del Código Civil. Finalmente, describe la que pudiéramos llamar «vecindad privilegiada»: era la residencia personal que, para los hidalgos, llevaba aneja «la facultad de hacer dehesas vedadas y disfrutar de los pastos bajo ciertas condiciones; tenían doble porción en leña y rotura que los labradores, pero no podían cortar árboles ni roturas sin permiso de los mismos». Esta «vecindad privilegiada» alargó su virtualidad hasta la que pudiéramos llamar «privilegiada y simbólica», en cuya virtud, aunque el hidalgo no residiese en el pueblo, si éste era realengo o abadengo y tenía en él casa o casal cercado de seto, mantenía el derecho a concurrir en los aprovechamientos comunales. Precisamente de esta «vecindad privilegiada y simbólica», en opinión de Lacarra, proceden las denominadas posteriormente «vecindades foranas».

Según el profesor Sancho Rebullida, la aplicación de este beneficio de la hidalguía debió relajarse en varios sentidos: manteniéndolo quien ya no sólo no residía en el pueblo, sino que ni siquiera mantenía en él casa o casal cercado, situación que quedó después legalizada si el interesado tenía a su favor sentencia, costumbre o posesión prescrita de cuarenta años; convirtiendo la concurrencia, con los residentes, al goce de los aprovechamientos comunales en una especie de monopolio o, al menos, preeminencia en el goce de alguna o todas las porciones comunales de pastos. Por otra parte, algunos pueblos debieron conceder títulos de vecinos foranos a quienes no reunían todos los requisitos forales y sí, únicamente, la condición de hidalgos.

De lo expuesto anteriormente, Sancho Rebullida concluye que la «vecindad forana» es la situación privilegiada y honorífica correspondiente a los hidalgos —por residencia en lugar de realengo o abadengo, por propiedad en él de casa o casal, o por simple concesión graciosa—, consistente en concurrir con los vecinos residentes en los aprovechamientos comunales, e incluso más tarde, en gozar con cierta exclusividad de los pastos comunales.

Las «vecindades foranas» constituyen, en la formulación que acabamos de consignar, auténticos privilegios en favor de los hidalgos navarros, carácter que se destaca fundamentalmente en

la Novísima Recopilación (341). Es lógico que los pueblos atacaran dicha institución hasta lograr que el importante Decreto de las Cortes de 24 de mayo de 1921 declarara la abolición para siempre de las prerrogativas que habían disfrutado los hidalgos de Navarra conocidas con el nombre de «vecindades foranas» y porciones dobles, salvándose el derecho al reintegro del capital a los que las hayan adquirido por compra u otro título oneroso.

Sin embargo, esta disposición legal no fue sino un precepto de carácter programático, ya que el Real Decreto de 1 de octubre de 1823 derogó todas las normas dictadas en el período constitucional y, por tanto, las «vecindades foranas» quedaron subsistentes. Pese a la tesis sostenida por algunos autores de que al ser establecido el régimen representativo cobró su antigua vigencia la disposición de 24 de mayo de 1821, la realidad fue que no se dio ninguna disposición que expresamente restableciera su vigencia, por lo que tales «vecindades foranas», en contra de los deseos de los pueblos, siguieron vigentes, realidad, por otra parte, reconocida por nuestro Tribunal Supremo.

Particularmente importante es la sentencia de 30 de junio de 1898 que, de una parte, destaca la pervivencia de la institución, y de otra, la extinción de su antiguo carácter privilegiado —preconizado, como vimos, desde la Novísima Recopilación—, ya que estima que las «vecindades foranas» no sólo pueden ostentarlas los hidalgos, sino cualquier persona, física o jurídica, que hubiere adquirido tal derecho por cualquier título. Por tanto, si las vecindades foranas tuvieron en sus orígenes y en su desarrollo inmediato posterior indudable carácter de privilegio, posteriormente pierden este carácter, se privatizaron y patrimonializaron, convirtiéndose de este modo en puras servidumbres de pastos.

En efecto, la esencia de la «vecindad forana» consiste en una auténtica servidumbre que grava determinados términos municipales con un derecho de disfrute en favor de determinadas personas (inicialmente sin necesidad de la condición de vecinos).

---

(341) *Novísima Recopilación*, Tit. XX, Lib. I.

Constituye un derecho real sobre propiedad comunal (342).

Modernamente, los señores D. Juan Santamaría Ansa, D. José María de Lecea y Ledesma y D. José Arregui Gil, magistrados de la Audiencia Territorial de Pamplona, constituidos en Comisión Arbitral, afirman en el Laudo suscrito el 18 de junio de 1970, a propósito de la villa de Ribaforada, que la vecindad forana propiamente dicha consiste en el derecho a participar como vecinos en los aprovechamientos comunales de un pueblo, a pesar de no tener en él la residencia propia de los vecinos, en igualdad de goce con ellos, y a veces con mayor participación que los mismos, pero siempre en concurrencia con ellos, y exclusivamente con ganado propio.

Las «vecindades foranas», por tanto, consisten en un aprovechamiento comunal de pastos, y este goce, al pertenecer a personas que no tienen la condición de vecinos, constituye un verdadero gravamen de los terrenos comunales sobre los que incide. Y por lo mismo, dan lugar a una servidumbre.

El Fuero Recopilado, así como el Proyecto de Apéndice, constituyen un hito histórico de extraordinaria importancia en las «vecindades foranas». El Proyecto de Apéndice contiene dos normas del mayor relieve, que condicionará toda la regulación posterior: De una parte, prohíbe el establecimiento de nuevas «vecindades foranas» en lo sucesivo; de otra, arbitra como medios de extinguirse la redención, el tanteo, el retracto y la expropiación forzosa. Este mismo criterio lo encontramos en el Fuero Recopilado (343).

---

(342) De servidumbre la denomina expresamente el Proyecto de Apéndice de 1930. El Proyecto de Fuero Recopilado de Navarra las regula en el Libro III («De los Derechos Reales»), dedicándole el Tit. VII a continuación de las servidumbres y de las facerías, hablando este Proyecto de los pueblos *gravados* con ellas (Ley 80) y de los pueblos *gravados* con vecindades foranas (Ley 81).

(343) *El Fuero Recopilado* establece en su Ley 80: «En lo sucesivo no podrán establecerse por título civil las llamadas vecindades foranas. Las existentes en la actualidad se redimirán a petición de los pueblos gravados con ellas, mediante el abono del valor de la capitalización calculada al tres por ciento». Por otra parte, según la Ley 81, «los pueblos gravados con vecindades foranas tendrán, en caso de enajenación de las mismas, los derechos de tanteo y retracto. El tanteo podrá ejercitarse en cualquier tiempo hasta que quede consumada la enajenación, y el retracto dentro de los treinta días siguientes al en que aquélla se hubiere notificado al Ayuntamiento respectivo, poniendo en su conocimiento las condiciones pactadas».

La Recopilación Privada se nos muestra más respetuosa con la «vecindad forana». Sólo recoge como medio de extinción el retracto, prescindiendo de los otros medios arbitrados por el Proyecto de Apéndice y por el Fuero Recopilado. Tampoco contiene —dentro de su criterio respetuoso aludido— ninguna prohibición para la existencia de futuras «vecindades foranas» a diferencia de los textos anteriores. Pero sólo los prevé como consecuencia de un título administrativo por el que se concede el disfrute de bienes comunales (344).

La vigente Compilación de 1 de marzo de 1973 regula esta materia en su ley 392. Dice textualmente dicho precepto, bajo la rúbrica de «Vecindad forana», lo siguiente:

«La participación en el disfrute de los bienes comunales concedida por los municipios como «vecindad forana», aun constituida por título administrativo, tiene naturaleza civil y carácter de derecho real.

Los pueblos cuyos terrenos comunales se hallan gravados con «vecindades foranas» podrán redimirlas mediante el pago de su valor a los que tengan derecho a ellas. A falta de convenio, el capital para la redención se determinará en consideración al valor de los aprovechamientos y al beneficio que la redención reporte.

Si se enajenare la «vecindad forana», el Municipio tendrá derecho de retracto a favor de la comunidad de vecinos. Este derecho se regirá en cuanto a los plazos por lo establecido en la ley 458 para el retracto gentilicio, y será preferente a éste. En caso de permuta, se determinará el valor de la vecindad por tasación de dos peritos nombrados uno por cada parte y, si hay discordancias, de un tercero por acuerdo de aquéllos o, en defecto de acuerdo, por el juez.

---

(344) La Ley 396 de la Recopilación Privada dispone: «La participación o disfrute de bienes comunales que con el nombre de «vecindad forana» pueden conceder los municipios, aunque sólo pueda ser constituida por título administrativo, tiene, sin embargo, el carácter de un derecho real de naturaleza civil.

Si se enajenare la «vecindad forana» el municipio tendrá derecho de retracto a favor de la comunidad de vecinos. Este derecho se regirá, en cuanto a los plazos, por lo establecido en la Ley 471 para el retracto gentilicio, y será preferente a éste. En caso de permuta, se determinará el valor de la vecindad por tasación de los peritos nombrados uno por cada parte, y si hay discordia, de un tercero por acuerdo de aquéllos o, en defecto de acuerdo, por el juez.»

En lo sucesivo no podrán constituirse «vecindades foranas».

De esta Ley transcrita deducimos:

1. La vecindad forana constituye un derecho real de goce sobre bienes de naturaleza comunal y, por lo mismo, significa un gravamen sobre los bienes que recaen. Se muestra como una auténtica servidumbre constituyendo un derecho real de naturaleza civil.

2. La concesión del disfrute en que consiste es otorgada por los municipios, pero no necesariamente por títulos administrativos, como lo prueba la expresión «aun constituida por este título» que utiliza la Ley 392. Esto pone de manifiesto que puede haber sido constituida por título distinto (345).

3. Recoge la redención —en contra de la Recopilación Privada— como medio de extinción de la «vecindad forana» otorgando dicha facultad, lógicamente, a los pueblos cuyos terrenos comunales estén gravados, criterio que nos parece correcto, ya que en algunos casos la existencia de «vecindad forana» puede significar más inconvenientes que ventajas. También nos parece digno de elogio el criterio de determinación de la cuantía del capital para llevar a cabo la redención, ya que no sólo contempla el valor del aprovechamiento en sí, sino también los beneficios que conlleve la redención para el pueblo que redime, a no ser que haya un acuerdo previo en dicha cuantía.

4. Consecuentemente con el criterio netamente restrictivo de la existencia de tales «vecindades foranas», la Compilación, de una parte, prohíbe su constitución para el futuro, y de otra, recoge la figura del retracto en caso de enajenación o permuta de dichas «vecindades foranas». Este retracto, que antepone al gentilicio, como quiera que los ostenta el Municipio, pero a favor de «la comunidad de vecinos», supone en realidad la extinción de la «vecindad forana», dado el destinatario de tal

---

(345) En esta materia, la Compilación recoge la tesis preconizada por SANCHO REBULLIDA en su Enmienda presentada el 14 de octubre de 1971 y que con antelación había sentado el Real Decreto de 20 de junio de 1906, según el cual la «vecindad forana» constituye un derecho real sobre la propiedad comunal, que puede adquirirse por cualquier título de Derecho Civil, añadiendo, por otra parte, que los Tribunales Ordinarios eran los únicos competentes para hacer la declaración del derecho fundado en uno de esos títulos, estando limitadas las facultades de la Administración en la materia a regular las vecindades ya existentes.

disfrute como consecuencia del ejercicio del derecho de retracto.

Respecto a la posible enajenación o permuta de las «vecindades foranas» que hoy admite la Compilación, es de consignar que, en un principio, no cabía tal posibilidad. La «vecindad forana» originariamente, por ser un bien personalísimo, constituía un derecho inalienable (346).

Posteriormente, en las Cortes de Pamplona de 1642 se permitió ya conceder las vecindades foranas, pero únicamente a hijodalgo, y donarla o cederla en lote a hija, sobrino o sobrina, dentro del segundo grado, «para que casando la hija con hijodalgo o siéndolo el sobrino a quien la diere, o donare, la pueda gozar» (347).

Cuando, finalmente, se privatizó este derecho y la costumbre lo hizo alienable, la Ley 44 de las Cortes de Tudela de 1743-44 y la Ley 32 de las Cortes de Pamplona de 1780-81, concedieron a los pueblos los derechos de tanteo y de retracto, regulando la fijación pericial del precio (348).

Hoy está fuera de toda duda su posible enajenación y permuta, dado los términos en que se expresa la Ley 392 de la vigente Compilación de 1973.

## GALICIA

### Montes vecinales en mano común

*1. Origen*

Constituyen en Galicia los montes vecinales en mano común una figura jurídica poco pacífica en su origen, naturaleza, régimen jurídico, e incluso en su propia denominación.

Algunos autores defienden un origen unitario; otros, por el contrario, sostienen un origen plural. Dentro de los primeros

(346) *Novísima Recopilación,* Libro I, Tit. XX, Ley 7.ª

(347) *Novísima Recopilación,* Libro I, Tit. XX, Ley 17.

(348) *Vid.* SANCHO REBULLIDA, en «Los derechos reales en el Fuero de Navarra», *Estudios de Derecho Civil,* II, pág. 260.

destaca fundamentalmente González López (349), para quien los montes entraron en el dominio del labrador gallego mediante el foro, institución típica del país. En parecidos términos se pronuncia Paz Ares (350). Según este autor, el supuesto típico es el de la cesión hecha por el dueño, ente eclesiástico o señor de todas las tierras comprendidas en el coto redondo, término o lugar, a favor, generalmente, de los entonces moradores del núcleo rural respectivo. Las cartas forales especificaban claramente las tierras destinadas a labranza, pero no acostumbraron a determinar de manera concreta el terreno destinado a monte, al que, sin embargo, se extendía el foro.

Contrariamente, otro sector doctrinal se muestra partidario de un origen plural en los hoy denominados montes vecinales en mano común de Galicia. En esta línea García Caridad (351) —a cuya tesis se adscribe Castro Somoza (352)— distingue tres grupos, distintos en su origen, que han dado lugar a los montes vecinales objeto de nuestra consideración:

a) Montes que desde tiempos inmemoriales se adjudicaron en régimen de comunidad germánica y que han sido poseídos secularmente con tal carácter.

b) Montes que han sido adquiridos al Estado como consecuencia de la legislación desamortizadora por determinadas personas, y que de hecho vienen siendo poseídos en régimen de comunidad germánica por los vecinos del lugar o parroquia que los compraron.

c) Montes de procedencia foral, que vienen siendo poseídos a título de dueño por los vecinos de una parroquia o lugar.

---

(349) González López, P., «Notas sobre el Proyecto de Ley de Montes en Galicia», *Foro Gallego*, n.º 137 (1968), pág. 13.

(350) Paz Ares, «Examen del ámbito objetivo de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre montes vecinales en mano común». *RGLJ*. 1969, pág. 77. *Vid.* también, del mismo autor, *El régimen de los llamados Montes de Vecinos en Galicia*, Vigo, 1966.

(351) García Caridad, «Los montes de propiedad comunal», conclusiones del Consejo Económico Sindical Interprovincial del Noroeste, 1964. *Vid.* también, del mismo autor, «Notas críticas al proyecto de ley regulador de los montes pertenecientes en mano común a los núcleos vecinales de Galicia», *Foro Gallego*, núms. 135-136 (1967).

(352) Castro Somoza, «Los montes en mano común de vecinos en Galicia», *RGLJ*. 1966, pág. 458.

La tesis de García Caridad nos parece sugestiva. Incluso creemos que no agota todas las posibilidades de nacimiento de los actuales montes vecinales en mano común, si bien recoge las principales manifestaciones que en otros tiempos tuvo la figura de que nos estamos ocupando. Hay un supuesto que es silenciado y que consideramos de la mayor importancia: nos referimos al hecho de que los vecinos de una parroquia, aldea, caserío, etc., hayan adquirido por medio de la prescripción el dominio de unos montes en régimen de comunidad germánica, hipótesis posible aun en el caso de ser los montes públicos, si éstos dejan de serlo, tal y como vimos en otro lugar.

Tan sólo el origen foral podemos considerarlo privativo de Galicia por ser el foro una institución típicamente gallega. Los demás, nada tienen de especial para esta región como no sea el que en ella no se han convertido en bienes comunales, denominándose montes vecinales en mano común. Este hecho nos lleva a plantear con toda crudeza el siguiente problema: ¿Por qué en Galicia, en supuestos exactamente iguales que en el resto de España, pervive la figura tal y como fue secularmente concebida, y en cambio en las regiones no gallegas se han transformado en bienes comunales? Somos conscientes de que estamos muy lejos de plantearnos una mera elucubración teórica, ya que en tal interrogante está en juego nada más y nada menos que la titularidad dominical de unos bienes, que en Galicia siguen siendo de los vecinos —como lo fueron en su origen— y en el resto de España han pasado a ser del Municipio en el que están radicados dichos bienes.

Volviendo a las formas que históricamente adoptaron los actuales montes vecinales en mano común, siguiendo fundamentalmente a Castro Somoza y García Caridad —añadiendo un cuarto epígrafe— distinguimos:

a') Montes de vecinos en régimen de comunidad germánica, poseídos con tal carácter desde tiempo inmemorial (Gómez Pedreira (353) para referirse a este grupo nos habla de montes pertenecientes a la «comunio iuris germanici» propiamente dicha).

(353) GÓMEZ PEDREIRA, F., «Notas sobre el proyecto de Ley reguladora de los montes pertenecientes al común de los vecinos en los núcleos rurales gallegos», *Foro Gallego*, n.º 137 (1968), pág. 64.

El origen de estos montes es, sin lugar a dudas, de imposible concreción. Tal vez hay que conectarlo —esta es la tesis de Blanco-Rajoy y Reino Caamaño (354)— con las invasiones de suevos y godos y con diversas disposiciones contenidas en el Fuero Juzgo. Es, evidentemente, una forma de propiedad comunal, forma que si tuvo extraordinaria importancia en épocas pretéritas —y cuyo origen se pierde en la noche de los tiempos, como destaca la sentencia de la Audiencia Territorial de La Coruña de 3 de junio de 1963—, hoy sólo nos quedan vestigios de la misma.

Sin lugar a dudas, esta forma de propiedad no fue privativa de Galicia; se extendió prácticamente a toda la Península; pero si en el resto de España, con el transcurso del tiempo, ha pasado a conformar los actuales bienes comunales, en aquella región no se ha producido tal fenómeno y, con ligeras variantes, sigue adoptando la forma y estructura que tuvo en sus primeros tiempos.

El profesor Nieto (355) da una explicación bastante racional, y que puede aceptarse, de esta «falta de evolución» en la propiedad gallega. Parte el citado autor de que todos, o casi todos, los montes considerados hoy como comunales han tenido también en el resto de España, en un tiempo primitivo, una consideración vecinal, y sólo en el transcurso de los siglos, y en especial con el nacimiento del Municipio, adquirieron esa naturaleza municipal comunal. Lo que ha sucedido, pues, es que los bienes comunales, idénticos en su origen, han sufrido en España dos evoluciones diferentes y paralelas: por un lado —la solución que podríamos llamar castellana— fueron absorbidos en el patrimonio municipal desde el momento en que el Municipio sustituyó a su antiguo titular, que era el común de vecinos; y, por otro lado, aparece la solución gallega, en que se mantiene el vínculo vecinal sin dejarse dominar por los fenómenos administrativos municipales. Así, mientras en el resto de España los bienes comunales son bienes patrimoniales de los pueblos y pertenecen al Municipio, como dice la LRL, buena parte de los montes gallegos «no pertenecen al Municipio, sino —como dice la Sentencia de 28 de diciembre

(354) BLANCO-RAJOY y REINO CAAMAÑO, «Diversas formas de condominio en la región gallega», *Foro Gallego*, núms. 47-48 (1948), págs. 187 y sigs.

(355) NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 448 y 449.

de 1957— a los vecinos reclamantes como núcleo social y no como entidad administrativa».

La diferencia es tanto más llamativa por cuanto en Castilla se han dado supuestos exactamente iguales a los de los montes gallegos y, sin embargo, la jurisprudencia les ha dado el carácter de comunales típicos, sin entrar en disquisiciones sobre el carácter de la «mano común germánica» y despojando de la propiedad a los vecinos.

Ahora bien, ¿por qué en Galicia el Municipio no ha «suplantado» —como norma general— al común de vecinos en la titularidad dominical de ciertos montes y sí ha sucedido este fenómeno en el resto de España? No es fácil encontrar una solución única, pero, sin lugar a dudas, la pluralidad de caseríos, parroquias, barrios, etc., es decir, demarcaciones territoriales distintas a las clásicas demarcaciones municipales, explican en gran medida este fenómeno típicamente gallego. En esta línea nos dice Castro Somoza (356) que mientras en otras regiones españolas los nuevos municipios venían a coincidir sensiblemente con los grupos sociológicos que ostentaban la titularidad de los bienes comunales y, por consiguiente, el cambio en la atribución de la titularidad de tales bienes no tenía mayores consecuencias de orden práctico, la disgregación geográfica impidió la absorción de la titularidad de tales bienes por la nueva entidad municipal. La entidad administrativa Municipio ha tenido en Galicia escasa penetración en orden a los grupos vecinales y, al no llegar a constituirse en un verdadero ente sociológico, no ha podido absorber a esos otros entes sociales menores ni desplazarlos en la titularidad de sus bienes comunales.

De todo cuanto antecede, creemos firmemente que el conservadurismo que en Galicia se ha sustentado respecto a los bienes de que estamos ocupándonos, ha permitido que los bienes hayan mantenido su originario carácter y no hayan pasado a pertenecer a los municipios. A nuestro juicio la solución gallega —por cierto muy controvertida en la legislación a que luego haremos referencia— es un ejemplo que debieron seguir las restantes regiones españolas.

---

(356) CASTRO SOMOZA, ob. cit., págs. 461 y 462.

Estamos de acuerdo con el intervencionismo administrativo en materia tan impregnada de interés público como son los montes; es más, justificamos que ese intervencionismo se prolongue a los montes de los particulares, pero estamos muy lejos de entender que esa protección de tan altos intereses —de otro modo no se justificaría tal intervención— lleve inherente el despojo de la titularidad dominical a favor de los municipios a costa de los vecinos a quienes legítimamente pertenecían en sus orígenes tales bienes.

Sin embargo, no creemos que los montes vecinales en mano común gallegos sean, como dice Nieto (357), una creación jurisprudencial. El hecho de que el criterio jurisprudencial haya sido dispar cuando se hayan sometido a la decisión de nuestro Tribunal Supremo supuestos fácticos idénticos con desigual solución (en Galicia, manteniendo el antiguo carácter, y en el resto de España, atribuyendo la propiedad al Municipio), no puede llevarnos a tal aserto. Muy al contrario, creemos que la jurisprudencia lo que ha hecho ha sido respetar para Galicia situaciones existentes desde tiempos ancestrales, y en el resto de España, desnaturalizar unos bienes que, siendo propiedad de los vecinos, han pasado, gracias a su criterio, a ser propiedad del Municipio sin ninguna contraprestación en favor de sus antiguos titulares. Y como quiera que este criterio jurisprudencial se ha mantenido, la moderna legislación, haciéndose eco del mismo, lo ha ratificado en sus preceptos. De esa forma una propiedad que se mantenía de lleno en la esfera del Derecho Civil, por obra y gracia de nuestro Tribunal Supremo y de la LRL y disposiciones concordantes, ha pasado a pertenecer a la órbita del Derecho Administrativo en gran medida.

b') Montes adquiridos del Estado como consecuencia de la legislación desamortizadora por determinadas personas, pero poseídos en régimen de comunidad germánica por los vecinos de una demarcación territorial distinta a la municipal.

En múltiples supuestos, y pese a lo preceptuado por la legislación desamortizadora, que excluía de la venta a bienes aprovechados comunalmente —como ya quedó reflejado en otro lugar

(357) NIETO, ob. cit., pág. 455.

de este trabajo—, el hecho cierto es que en múltiples ocasiones se procedió a la venta de bienes que lógicamente debían estar exceptuados. Las razones de tal enajenación fueron debidas, de un lado, a la negligente postura de los Ayuntamientos, al no solicitar la excepción de venta, y de otro, a intereses de personas que se interponían en múltiples ocasiones en connivencia con el propio Ayuntamiento, procediéndose a un auténtico despojo de los derechos de los vecinos a costa de pingües beneficios para el adquirente y para el propio Ayuntamiento, sin que faltaran, finalmente, supuestos en los que fue desatendida la petición de excepción de venta debidamente formulada. En evitación de este despojo aludido, los vecinos acuden a través de una o más personas a la compra de unos bienes que ya le pertenecían —tal vez pensaran que era un medio de garantizar una propiedad contradicha— y posteriormente se hacía una atribución al resto de los vecinos de una determinada demarcación territorial.

Destacados juristas gallegos, conocedores de la realidad de la región, ponen de relieve las frecuentes adjudicaciones de los bienes, así adquiridos, no a favor de personas determinadas, sino a favor del núcleo social que ostentaba de hecho, en forma mancomunada, el disfrute de tales bienes. De esta forma continuaban el disfrute de unos bienes que en forma mancomunada se habían disfrutado desde tiempos ancestrales y en esa misma forma se disfrutarán en lo sucesivo. Y si bien el aprovechamiento continuaba igual, se le «confirmaba» en su titularidad dominical, ya que a nuestro juicio la compra de tales bienes era totalmente innecesaria porque nadie debe comprar lo que ya le pertenece.

Cuando estos bienes, indebidamente enajenados e innecesariamente comprados, se adjudicaron a personas en forma nominal, el despojo fue evidente e irremediable. A los vecinos de la demarcación territorial enajenada se les despojaba de forma injusta de algo que les pertenecía. Mas cuando la indebida e injustificada enajenación tenía como adquirente el grupo de vecinos adscritos a la demarcación territorial afectada, los bienes continuaban en su poder con una titularidad más sólida que la ostentada anteriormente, pero a costa de pagar por la misma el valor de dichos bienes.

Al lado de estas absurdas enajenaciones existieron otras justificadas plenamente desde el punto de vista legislativo (358), que siguieron idéntico derrotero por lo que al adquirente respecta. Las adquiridas por personas determinadas fueron ajenas a la modalidad que nos ocupa; las adquiridas por la colectividad de los vecinos de una parroquia, caserío, barrio, etc., entraron de lleno a integrar esta propiedad en mano común.

c') Montes de procedencia foral.

Como ya anticipamos, para cierto sector doctrinal es la única forma que ha dado lugar a los actuales montes vecinales en mano común. Evidentemente, el foro constituye si no la única, sí la más importante fuente de la figura que nos ocupa.

A través del foro, el forero-llevador adquiría el dominio útil de una o varias fincas dedicadas a labor y como complemento de ella una participación «en común» en una zona de montes, para pastoreo de sus ganados. Los foreros-llevadores satisfacían un canon en proporción a las tierras de cultivo que recibían (359).

Posteriormente, cuando los foreros redimen los foros, consolidan los dominios útil y directo; antes sólo le correspondía el

---

(358) *Vid.* Ley de 1 de mayo de 1855 y disposiciones concordantes analizadas en otro lugar de esta obra.

(359) SALGADO NOVOA, en su tesis doctoral «El foro y la evolución de la propiedad en Galicia», leída en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, enero de 1973, afirma que ha habido y todavía existen restos de propiedad comunal, como son los montes y pastizales de aprovechamiento común por parte de los vecinos (que están afincados en un lugar, tantos vecinos como fuegos u hogares) de uno o varios pueblos de una misma parroquia. Es difícil —sigue diciendo— conocer el origen de estos restos de propiedad comunal, y es posible tenga razón, en parte, Murguía, cuando ve en ello una última supervivencia de la propiedad colectiva céltica. Sin embargo, SALGADO se muestra partidario, más que de una propiedad colectiva, de un tipo de comunidad en mano común, cuyo titular es el conjunto de vecinos, que pueden variar pero que son determinables en cada momento, quienes se reparten proporcionalmente los frutos.

Como es sabido, las cartas forales determinaban exactamente las tierras dedicadas a cultivo; no las dedicadas a montes. Este silencio con respecto a los montes lo justifica PAZ ARES, «Examen objetivo de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre montes vecinales en mano común» ya citada, pág. 78, del siguiente modo: A su juicio, tales montes, que consideran accesorios a la explotación agraria, quedaban indivisos entre los foratarios y aduce como razones para su no inclusión en las cartas forales el escaso valor del monte en aquella época, su abundancia en el sentido de cumplir sobradamente la exigencia del pastoreo y

útil. Pero la consolidación reviste dos formas: una, referida a las tierras de cultivo, que se hace de forma individual; otra, referida a los montes aprovechados en común, de forma comunitaria. De este modo, los montes que tuvieron un origen foral, en su aprovechamiento son ejercitados en forma mancomunada entre todos los vecinos de la demarcación territorial respectiva, y por virtud de la redención operada en los mismos, tal carácter mancomunado, antes sólo referido al disfrute, se prolonga a la propia titularidad dominical.

Salgado Novoa, en su inédita tesis doctoral «El foro y la evolución de la propiedad en Galicia», al referirse a esta materia, afirma que (los montes comunales de origen foral) tradicionalmente han venido considerándose como complementarios o residuales de ciertos forales anejos a los mismos y siguiendo la suerte de éstos. En un primer momento, al aforar una extensión de tierra ya cultivada, v. g. de labradío (para la producción de frutos verdes o secos), se añadía, quizá sólo en usufructo, la cesión de otras tierras de difícil cultivo, como montes, pastizales, montes bajos, tojales, etc., de donde pudiese el forero-llevador extraer la materia prima y el abono con que poder abonar la tierra cultivada (de labradío) que se aforaba.

Con posterioridad, y pese a la indivisibilidad consignada en las escrituras acerca de las tierras aforadas y de los respectivos forales, de hecho se dividieron y subdividieron los primitivos foros, resultando dentro de cada uno un número grande de parcelas de pequeña extensión, cuyos foreros o subforeros titulares continuaron utilizando y aprovechando en común aquellas tierras baldías, montes, tojales, etc., extrayéndoles un mísero producto complementario, pero útil y necesario para el abonado de la principal. Estas tierras, llamémoslas residuales (situadas en las laderas escarpadas de las montañas, o en éstas y, en general, de difícil aprovechamiento y no susceptibles de cultivo o mejora en una época de economía agraria atrasada), no se dividieron al igual que las tierras principales de las que podríamos considerar

---

esquilmos; la comodidad y economía que suponía de cierres. Evidentemente, al ser montes apertales su inclusión en la carta foral hubiera significado su individualización, y llevaría prácticamente su cierre con el consiguiente desembolso; de ahí que se considerase más económico no incluirlos y aprovecharlos conjuntamente todos los foratarios de la demarcación territorial.

como accesorias. Por el contrario, permanecieron —y así llegaron a nuestros días— indivisas y, por consiguiente, en régimen de comunidad para su aprovechamiento por los vecinos de las aldeas donde están sitas.

Paz Ares (360) afirma que, en el régimen consuetudinario de estos montes, la vecindad no constituyó requisito integrante del derecho a participar en su dominio y aprovechamiento, como lo demuestra el hecho de existir copartícipes no vecinos, pero sí dueños de fincas enclavadas en el lugar. Añade el mismo autor que los derechos de los partícipes sobre los montes fueron siempre objeto de transmisiones por actos «inter vivos» y «mortis causa», no faltando inscripciones registrales que constatan cuotas de participación en tales bienes.

Sin embargo, Castro Somoza (361) discrepa totalmente de esta opinión al consignar que no conoce ni un solo caso de determinación de tales cuotas, y de otra parte, a su juicio sólo parcialmente puede admitirse el supuesto de división de montes vecinales.

De todo cuanto antecede, es posible que tenga razón Paz Ares en el sentido de que en sus orígenes los aprovechamientos de los montes estuvieron en proporción de las tierras labradas y no en función de la vecindad. Mas con el transcurso del tiempo, cada forero-cultivador que se asentó en unas tierras que le cedieron en foro dio lugar a la aparición de nuevas familias, y éstas, a su vez, constituyeron nuevos poblados cuyos vecinos serían los verdaderos titulares del aprovechamiento de estos montes y, posteriormente, por la vía de la redención, se transformaron en verdaderos titulares dominicales de los susodichos montes.

Más aún, el propio Paz Ares (362) reconoce que el disfrute y aprovechamiento de dichos montes se lleva a cabo de forma indiscriminada, es decir, haciendo abstracción de las cuotas de propiedad (tesis que compartimos totalmente), en la que, como se ve, se hace caso omiso de la proporción de tierras de cultivo que corresponde a cada uno de los que ostentan el disfrute. De

---

(360) PAZ ARES, ob. cit., págs. 80 y 81.

(361) CASTRO SOMOZA, ob. cit., pág. 499.

(362) PAZ ARES, ob. y *loc.* citados anteriormente.

donde se desprende que, con el transcurso del tiempo y en base a una práctica consuetudinaria, estos montes —que siguiendo a Salgado Novoa calificamos como propiedad residual y complementaria de las tierras de labor— se transforman en propiedad principal y comunalmente disfrutada por todos los vecinos de la correspondiente demarcación territorial. Y si en un principio perteneció el disfrute a los titulares de las tierras de cultivo, posteriormente perteneció a todos los vecinos de la demarcación con independencia de que tuvieran o no parcelas de labor en dicha demarcación.

d') Montes ganados por prescripción, en favor de los vecinos de una demarcación territorial con carácter mancomunado.

Como señalamos anteriormente, por el transcurso de un plazo determinado pueden también adquirise montes en mano común. Las reales órdenes de 4 de abril de 1883, 14 de enero de 1893 y 20 de febrero de 1930, admiten tal modo de adquisición, siempre que la posesión fuera superior a treinta años, no contradicha y realizada a ciencia y paciencia de las entidades propietarias de los pueblos. Este criterio es seguido por el Real Decreto de 17 de noviembre de 1925 y finalmente por el artículo 64 del Reglamento de 1962. Evidentemente, no es privativo de Galicia este sistema de adquisición, pero lo que está fuera de toda duda es que el fenómeno de la prescripción es perfectamente aplicable a esta región. Tampoco creemos que los montes vecinales en mano común sean privativos de Galicia, según veremos más adelante; pero lo que sí queremos destacar es que este régimen de adquisición, a través del mecanismo de la prescripción, es de vigencia indudable en Galicia. Reiteradas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de La Coruña lo han reconocido (363).

### 2. *Pertenencia*

Por lo que respecta a la pertenencia de los montes vecinales en mano común, y prescindiendo de tesis intermedias, se dibujan claramente dos direcciones:

(363) NIETO, en su ob. cit., *Bienes Comunales*, Madrid, 1964, págs. 417 y 418, recoge los preceptos aludidos así como las sentencias citadas de la Audiencia Territorial de La Coruña.

a) Los llamados montes vecinales en mano común son auténticos bienes comunales.

b) Los llamados montes vecinales en mano común pertenecen al grupo de vecinos como núcleo social.

Cierto sector doctrinal atribuye a las entidades locales respectivas la titularidad de dichos montes. En esta dirección destacan fundamentalmente González Pérez (364) y Nieto (365). El primero de los autores citados —tomando como base la legislación común de montes y más concretamente su Reglamento de 1962— afirma que si estos montes están regulados en la Sección Primera «Montes Públicos» y lo son por las personas a que pertenecen (art. 8 del Reglamento), hay que concluir que ello es bastante para afirmar que estamos en presencia de montes cuya propiedad pertenece a la Entidad Local; que estamos en presencia de montes públicos, solución, por otro lado, análoga a la de los montes comunales.

El precepto en que se apoya González Pérez es el hoy derogado artículo 23 del citado Reglamento de Montes de 1962 (366), que pese a decir «Los montes pertenecientes en mano común a los vecinos», él lo interpreta en el sentido de que

---

(364) GONZÁLEZ PÉREZ, «Una sentencia sobre montes en mano común», en *Certamen*. n.º 251, 1962, págs. 501 y sigs.

(365) NIETO, *Bienes Comunales*. págs. 458 y 459.

(366) El artículo 23 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962 establecía:

1. En las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra, los montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales serán vinculados a los efectos que se indican seguidamente, dentro del municipio respectivo, a su Ayuntamiento o a las entidades locales menores constituidas o que se constituyan en el futuro.

2. Sin perjuicio de la función técnica que incumbe a la Administración forestal en la fijación de los aprovechamientos, los Ayuntamientos o, en su caso, las Juntas Vecinales en las Entidades locales menores, reglamentarán su disfrute intervecinal de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada municipio, reciban una justa participación los vecinos con derecho a los mismos.

3. Cuando se trate de montes objeto de consorcio para su repoblación, entre el Estado, las diputaciones provinciales y las entidades titulares de los comprendidos en este artículo, deberá quedar precisada en las bases del consorcio la proporción en que se distribuirá la participación de la entidad titular, especificando la parte que corresponda de ella a dicha entidad y a los vecinos con derecho al disfrute.

esa «pertenencia» está referida a los aprovechamientos y no a la titularidad. A su juicio, está contemplando el citado precepto reglamentario una figura jurídica análoga, tanto en su origen como en su desarrollo, a los montes comunales; y si así no fuera —concluye— no sería este artículo (el 23 del Reglamento) congruente con el 21 y 22 del mismo cuerpo legal, ni siquiera con el nombre de la sección que le sirve de denominación (367).

El profesor Nieto muestra su simpatía por la tesis de González Pérez, cuyos razonamientos, a pesar de no considerarlos «decisivos», los estima de «gran peso», y tomando como punto de referencia el apartado tres del citado artículo 23 del RMt, que habla de «entidades titulares» a propósito de montes objeto de consorcio para su repoblación, llega al mismo resultado que González Pérez afirmando de una manera indubitada (368) que «los llamados montes en mano común de vecinos se considerarán montes comunales». Y dentro del terreno crítico, considera plausible esta medida del legislador, a la que califica de «muy acertada», y que, de otro lado «apenas ha perjudicado los intereses de los vecinos».

Contrariamente a la tesis a que acabamos de referirnos, y que considera a los denominados montes vecinales en mano común como auténticos bienes comunales, se alza la autorizada opinión de Castro Somoza (369), quien defiende de una manera brillante que estos montes objeto de nuestro estudio pertenecen a los vecinos no sólo en su aprovechamiento, sino también en su titularidad dominical.

Los argumentos que utiliza Castro Somoza no pueden ser más concluyentes. En efecto, por un simple encuadramiento sistemático de un precepto legal, concretamente el artículo 23 del RMt, no podemos derivar solución tan importante. Además, no se puede olvidar que el hoy también derogado artículo 4.º, 3,

---

(367) Los artículos 21 y 22 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962 tienen como epígrafe común: «Montes del común de vecinos». Ambos preceptos reglamentarios —así como el hoy derogado artículo 23— están comprendidos en la Sección 1.ª del Capítulo II. La rúbrica del capítulo citado es «Clasificación de los Montes por razón de su pertenencia»; la de la Sección a que se alude, «Montes Públicos».

(368) NIETO, *Bienes Comunales*. pág. 461.

(369) CASTRO SOMOZA, ob. cit., págs. 486 y sigs.

de la LMt de 1957, hablaba claramente de «montes pertenecientes en mano común a los vecinos», afirmación que por sí bastaría para solucionar el problema en el sentido que lo hace este autor, ya que, dentro del rango jerárquico de las normas, jamás un Reglamento puede ir en contra de la Ley a la que desarrolla (370). A mayor abundamiento, el propio legislador —dice Castro Somoza—, en la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia, al referirse a esta materia (371), separaba a los denomi-

---

(370) La sentencia de 29 de mayo de 1965 —recogida por CASTRO SOMOZA— dice de una forma inequívoca que «es obligado, en exacta hermenéutica, no desconectar en su interpretación los preceptos reglamentarios de la normativa legal que deselvuelven, a fin de evitar el que se pueda llegar a criterios por los cuales el Reglamento resulta modificativo de la ley, pues sería infringir el principio general del orden jerárquico de las normas que recoge la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado en sus artículos 23 y 26».

(371) Regulaban esta materia los artículos 88 y 89 de la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia de 2 de diciembre de 1963, artículos que han sido derogados —al igual que el 4.º 3 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 y 23 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962— por la Ley de 27 de julio de 1968 sobre «Montes Vecinales en Mano Común» a la que nos referiremos más adelante.

El artículo 88 de la Compilación establecía:

«Con independencia de los montes de propios, comunales y de los particulares, regulados aquéllos por las leyes administrativas y éstos por los preceptos del Código Civil, son montes de vecinos los que pertenezcan en mano común a los vecinos de la parroquia, pueblo o núcleo de población que tradicionalmente los viene disfrutando, y se regirán por lo dispuesto en el artículo siguiente.»

Por su parte, el artículo 89 del mismo cuerpo legal señalaba:

«Los montes vecinales están vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán su disfrute y aprovechamiento de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada municipio, reciban una justa participación los vecinos y sin que bajo ningún pretexto puedan verificarse alteraciones en cuanto a los destinatarios del disfrute de esos montes.

Los montes vecinales son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Tendrán derecho a su disfrute todos los que tengan el carácter de vecinos cabezas de familia de la parroquia o núcleo de población que tradicionalmente los hayan poseído.

El aprovechamiento será preferentemente en común. No obstante, los Ayuntamientos, si estimasen conveniente el cultivo agrícola, podrán distribuirlos temporalmente en lotes o parcelas que se adjudicarán a los cabezas de familia por períodos de cinco años de duración máxima, haciendo la distribución en proporción directa al número de familiares e inversa a la riqueza de los respectivos adjudicatarios.»

nados «montes vecinales en mano común» de los montes públicos y de los montes de los particulares, atribuyéndoles una naturaleza «sui generis» y, en cierto modo, mixta. Aduce, finalmente, en pro de su aserto, tanto opiniones doctrinales (372) como jurisprudenciales (373) que se pronuncian, asimismo, partidarias de que la titularidad dominical pertenece a los vecinos.

En tan interesante problema es innegable que hasta la aparición de la normativa legal antes aludida nadie discutió a los vecinos de las demarcaciones territoriales el dominio de los montes objeto de nuestra consideración. A partir de la legislación común de montes (art. 4.º, 3 de la Ley y 23 del Reglamento), de la Compilación de Galicia (arts. 88 y 89), de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 27 de julio de 1968 y de su Reglamento de 26 de febrero de 1970, las discusiones comienzan y, como hemos visto, cierto sector doctrinal afirma que la titularidad dominical ha pasado a ser de las entidades, con lo cual —de seguir esta tesis— los bienes que secularmente habían pertenecido al Derecho Privado han sido trasvasados al Derecho Público.

Prescindiendo de la enorme etapa en que estaban carentes de regulación positiva, en la que cobraron todo su esplendor y en la que nadie discutía su titularidad —el aprovechamiento nunca se ha discutido—, al estar atribuida en forma indubitada a los vecinos de la respectiva demarcación territorial en que estaban ubicados, debemos plantearnos el problema a la luz de su regulación positiva.

A este respecto es evidente que el hoy derogado artículo 4.º, 3 de la LMt de 8 de junio de 1957 (374) no significó un cambio

---

(372) *Vid.* GARRIDO FALLA, «Sobre los bienes comunales», *Revista de Estudios de la Vida Local*, n.º 125, 1962; GARCÍA CARIDAD, ob. cit.; ARTIME PRIETO, «La Ley de Montes y la doctrina jurisprudencial», *Foro Gallego*, n.º 123 (1961); MASA ORTIZ, *Legislación de montes*. Barcelona, 1964, y GRAU, *Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes*. Madrid, 1966.

(373) *Vid.* sentencias: 28 de diciembre de 1957, 30 de septiembre de 1958, 22 de enero de 1963, 27 de abril de 1963 y 5 de junio de 1965.

(374) El artículo 4.º 3 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 establecía: «La presente Ley reconoce y reglamentará la existencia en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra de montes pertenecientes en mano común a los vecinos de las consuetudinarias demarcaciones parroquiales, que

en la titularidad dominical de dichos montes vecinales en mano común. El indicado precepto legal se limitó a reconocer la existencia de tales montes y, lo que es muy importante, reconocía que pertenecían en mano común a los vecinos de consuetudinarias demarcaciones parroquiales. Sin embargo —justo es reconocerlo—, ya preconiza que tales montes «serán vinculados» a los Ayuntamientos respectivos a quienes, consecuentemente, faculta para regular el disfrute de sus aprovechamientos. Esta futura «vinculación» se repite en el también derogado artículo 23 del RMt, vinculación que ya da como hecho consumado la Compilación Gallega de 2 de diciembre de 1963.

A propósito de la «vinculación» aludida, agudamente observa el profesor Nieto (375) que tal vinculación no es al Municipio, como sería lo lógico, sino a un órgano: el Ayuntamiento. Si se pudiese leer —sigue diciendo— «vinculación al Municipio» donde dice «vinculación al Ayuntamiento», podría afirmarse con bastantes posibilidades la titularidad dominical de aquél.

Compartimos totalmente el razonamiento de Nieto, ya que si la vinculación es al Ayuntamiento y no al Municipio, las posibilidades a que alude se desvanecen. Los montes no están vinculados al Municipio y, por lo tanto, siguen siendo propiedad de los vecinos. Y a pesar de que Nieto, según se vio, sustenta la tesis contraria, parece no estar muy convencido de la misma después del irreprochable razonamiento a que acabamos de referirnos.

El hecho de que la propiedad siga perteneciendo a los vecinos no obsta para que los Ayuntamientos, en ejercicio de una potestad reglamentaria de carácter extraordinario, como señala certeramente Castro Somoza (376), puedan regular el disfrute de los montes vecinales. Pero esta circunstancia, naturalmente, no puede jamás poner en tela de juicio la titularidad domini-

---

serán vinculados a los Ayuntamientos respectivos, los cuales regularán el disfrute de sus aprovechamientos de manera que, sin perjuicio de los intereses generales de cada municipio, reciban una justa participación los vecinos con derecho a los mismos.»

(375) NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 459 y 460.

(376) CASTRO SOMOZA, ob. cit., pág. 493.

cal de los susodichos montes, que continuará perteneciendo a los vecinos.

Como ya hemos consignado reiteradamente, los artículos 4.º, 3 de la LMt, el 23 del Reglamento, y los artículos 88 y 89 de la Compilación, han sido derogados por la Ley de 27 de julio de 1968 sobre montes vecinales en mano común, ley que juntamente con su Reglamento de 26 de febrero de 1970 constituye la legalidad vigente.

Pues bien, si los únicos argumentos sólidos —ya vistos con anterioridad— para defender la tesis de que la titularidad de dichos montes había pasado a las entidades (y que nosotros no compartíamos), han sido derogados, pierden su posible fuerza en el tema que estamos analizando; hoy habrá que estar a la nueva normativa.

Particularmente importante es la declaración que formula el artículo 1.º de la Ley de 1968 cuando expresa terminantemente que los montes sometidos a su regulación son los «pertenecientes a los vecinos agrupados en parroquias, aldeas, caseríos, barrios y otros similares no constituidos formalmente en entidades municipales». Consecuentemente, el artículo 2.º señala en su apartado a) que «su titularidad y aprovechamiento corresponde, sin asignación de cuotas específicas, a los vecinos integrantes en cada momento del grupo comunitario de que se trate».

Este criterio es lógicamente compartido por el Reglamento de 26 de febrero de 1970. Así, el artículo 1.º de este cuerpo legal define correctamente, de acuerdo con la Ley, los montes vecinales en mano común, repitiendo lo establecido en el artículo 1.º de la ley; y el artículo 2.º del mismo Reglamento nos dice que «pertenece el monte al conjunto de los miembros del grupo comunitario, sin asignación de cuotas específicas para cada uno».

A nuestro juicio, de estos textos se desprende de forma indubitada que los montes vecinales en mano común pertenecen no sólo en su aprovechamiento, sino también en cuanto a su titularidad dominical, al conjunto de vecinos de la demarcación territorial en que estén situados, esto es, a la comunidad de vecinos.

### 3. *Naturaleza*

Otro tema que es objeto de fuerte discusión es el relativo a si los montes vecinales en mano común constituyen una comunidad de tipo «romano» o de tipo «germánico». El encuadramiento en un tipo u otro de comunidad conlleva una serie de consecuencias que afectan no sólo a su régimen actual, sino también a la propia pervivencia de tales montes.

Varios autores defienden la existencia de la comunidad de tipo «romano» o «comunidad por cuotas». Tal vez el más firme defensor de esta tesis sea Paz Ares (377), para quien los denominados montes vecinales en mano común —únicamente originados, según su criterio, desde el punto de vista histórico a través de la figura del foro— constituyen una comunidad ordinaria o romana, siquiera, como el propio autor reconoce, esté matizada por peculiaridades propias del Derecho foral gallego. Invoca en apoyo de su postura una serie de argumentos que podríamos resumir en tres: la vecindad no constituye requisito integrante del derecho a participar en el dominio y aprovechamiento del monte (existen copartícipes no vecinos, pero sí dueños de fincas enclavadas en el lugar); existencia de inscripciones registrales que constatan cuotas de participación en tales montes; y, finalmente, los frecuentes casos de divisiones de montes comunales entre los partícipes con cesación de la comunidad (378).

Sin embargo, la tesis prevalente es la opuesta. Para la mayor parte de la doctrina, los montes vecinales en mano común constituyen una auténtica comunidad de tipo germánico. Destacamos dentro de esta línea las atinadas observaciones de García Cari-

---

(377) PAZ ARES, ob. cit., págs. 81 y sigs.

(378) *Vid.* también en el sentido a PAZ ARES y ciertos autores que él recoge en su obra. Fundamentalmente, GÓMEZ PEDREIRA, «Notas sobre el proyecto de ley reguladora de los montes pertenecientes al común de los vecinos en los núcleos rurales gallegos», *Foro Gallego*, n.º 137 (1968) y CARBALLAL PERNAS, «Pasado y presente del Derecho Civil Gallego», *Foro Gallego*, números 135-136 (1967). También en este sentido, la sentencia de 12 de julio de 1967 de la Audiencia de La Coruña afirma que es un hecho notorio en Galicia la existencia de montes de propiedad privada de los vecinos en forma de comunidad romana;

dad (379) al admitir que gran número de los montes, que en su origen y aún en el pasado siglo, tenían carácter diferente, sólo devinieron en comunidad germánica por una mera situación de hecho; añadiendo el citado autor que para que adquirieran la naturaleza de montes en mano común hubo de transcurrir un plazo no inferior a treinta años.

Nos parece de un rigor científico evidente tal argumentación, ya que si algunos montes fueron adquiridos como consecuencia de la legislación desamortizadora por alguna o algunas personas y en otros —procedentes del foro— en un principio respondió su titularidad y disfrute a una posible comunidad de tipo romano, como quiera que con el transcurso del tiempo se aprovecharon promiscuamente por todos los vecinos de la demarcación territorial correspondiente, este hecho, continuado en forma ininterrumpida, deja fuera de toda duda su transformación en montes en mano común. Pero, además, este fenómeno sólo es predicable de ciertos montes, ya que la mayoría de los hoy denominados montes vecinales en mano común tuvieron en sus orígenes, y también en forma ininterrumpida, tal carácter inicial que continúa en la actualidad.

Sin lugar a dudas, la doctrina de forma mayoritaria (380) se adscribe a la tesis de la comunidad de tipo germánico, criterio que compartimos totalmente, ya que los montes vecinales en mano común responden estructuralmente al esquema de este tipo de comunidad (381).

En los montes vecinales en mano común, el dominio y el disfrute pertenece a la colectividad, no a los individuos particularmente. Hay una ausencia total de cuotas, ya que tanto el

---

(379) GARCÍA CARIDAD, «Notas críticas al proyecto de ley reguladora de los montes pertenecientes en mano común a los núcleos vecinales de Galicia», *Foro Gallego*, n.º 137 (1968), págs. 294 y 295.

(380) ABRAIRA LÓPEZ, C., *El Derecho Foral Gallego* (Estudio crítico de la Compilación del Derecho Civil Especial de Galicia), Santiago de Compostela, 1970, págs. 83 y sigs.; GARCÍA CARIDAD, ob. y *loc.* cit. últimamente; CASTRO SOMOZA, ob. cit., págs. 466 y sigs., y NIETO, ob. cit., págs. 442 y sigs.

(381) Las principales características de la «comunidad en mano común» son destacadas por BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO en su obra *La comunidad de bienes en el derecho español*. Madrid, 1954, págs. 69 y sigs. Estas características las analizaremos con cierto detenimiento en otro lugar de este trabajo.

dominio como el aprovechamiento pertenecen indiferenciada e igualitariamente a todos los que ostentan, en un momento dado, la cualidad de vecinos de la respectiva demarcación territorial. Esta cualidad personal (tantos vecinos como fuegos u hogares) es determinante de una misma cotitularidad (382). Estas afirmaciones o criterios tienen su apoyo en decisiones judiciales, tales como las sentencias de la Audiencia Territorial de La Coruña de 12 de abril de 1962 y 3 de junio de 1963, entre otras, sin que falten, no obstante, soluciones intermedias como la preconizada por la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de diciembre de 1957 que nos habla de «comunidad de utilización», terminología impugnada por Nieto (383) y por Castro Somoza (384).

Por último, y de acuerdo con la legalidad vigente, estos montes vecinales en mano común son: indivisibles, inalienables, imprescriptibles, inembargables y están exentos de tributación salvo la que pudiera derivar de la circulación de sus productos (385).

### 4. *Denominación*

Como también señalamos al comienzo, la propia denominación de los montes vecinales en mano común es objeto de discusión. Paz Ares (386), partiendo de su conocida tesis de que sólo el foro ha dado lugar a estos montes, afirma que la denominación de montes vecinales no es exacta; más correcto —dice— sería hablar de montes forales. Sin embargo, la expresión «montes vecinales en mano común» ha triunfado de forma definitiva tanto en la terminología utilizada por el legislador

---

(382) *Vid.* en este sentido a VALLET DE GOYTISOLO, *Panorama de Derecho Civil.* Barcelona, 1963, pág. 157.

(383) NIETO, *Bienes comunales.* pág. 447.

(384) CASTRO SOMOZA, ob. cit., págs. 472 y sigs.

(385) El Tribunal Supremo, en sentencia de 17 de febrero de 1971 a propósito de los «montes en mano común», afirma que estos bienes son indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, añadiendo que, tanto en la legislación actual como en la precedente, la titularidad por ministerio de la ley va inherente a la condición de vecino integrante en cada momento del grupo comunitario de que se trate, y que este carácter de vecino es constitutivo de un «status» complejo de Derecho Administrativo y Civil.

(386) PAZ ARES, ob. cit., pág. 79.

como por la propia jurisprudencia. En este sentido, la misma rúbrica de la legislación vigente —Ley de 27 de julio de 1968 y Reglamento de 22 de febrero de 1970— coincide con esta expresión utilizada y sus respectivos artículos primeros abarcan dentro de tal locución entendida en sentido amplio, de «montes vecinales en mano común», las expresiones: montes del común de los vecinos, montes vecinales, en mano común, forales y otros semejantes. También el Proyecto de Ley de 17 de octubre de 1979 por el que se propone una modificación parcial de la ley de 1968 utiliza la denominación de «montes vecinales en mano común».

### 5. *Ambito territorial*

Por lo que respecta al ámbito objetivo de la novísima legislación de los montes vecinales en mano común, hay opiniones de un rigor extremo. Así, el tantas veces citado Paz Ares (387), después de criticar duramente el artículo 23 del Reglamento de Montes de 1962 y los artículos 88 y 89 de la Compilación de Derecho Civil de Galicia (388), llega a la conclusión de que los verdaderos montes vecinales siguen carentes de regulación positiva. Y pasando a un análisis somero de la ley vigente, sigue en la misma línea al decir en forma lapidaria que la Ley de 27 de julio de 1968 no es de aplicación a los montes de aprovechamiento comunitario de Galicia que tengan la naturaleza de comunidad ordinaria o romana. Y como para este autor —recordemos su conocida posición acerca de la naturaleza jurídica de los mismos— todos los montes pertenecen a la comunidad romana, lógicamente la exclusión del imperio de la Ley de 1968 se extiende a todos los montes que puedan considerarse típicos del Derecho foral gallego. Como para los no típicos ya existe una legislación común, la legislación especial para Galicia en esta materia es auténtica «letra muerta», puesto que, como el mismo tratadista afirma, para él, los montes en mano común son de dudosa existencia.

Ciertamente no es Paz Ares el único que critica la legislación de los montes de Galicia (no sólo la derogada, sino también

(387) PAZ ARES, ob. cit., págs. 88 y sigs.

(388) Artículos que, como ya ha quedado consignado en reiteradas ocasiones, están derogados por la Ley de 27 de julio de 1968.

la vigente). Así Abraira López (389), tras juzgar negativamente la vinculación de los montes de que nos ocupamos a los Ayuntamientos, con referencia a la Ley de 1968 dice que «tras repetidas lecturas no consigue entenderla y mal puede comentar lo incomprendido»; de ahí que se abstenga de todo comentario de la misma.

Las aseveraciones de Paz Ares son una secuela obligada de su postura en torno a la naturaleza jurídica de los montes objeto de nuestra consideración. Pero si, como vimos anteriormente, los denominados montes vecinales en mano común no constituyen una comunidad ordinaria o romana, sino una comunidad germánica, es negar la evidencia tratar de sustraer de la Ley de 1968 y su Reglamento de 1970 los montes de que nos estamos ocupando.

El legislador, tratando de englobar dentro de esta normativa el mayor número de casos posibles, en forma intencionada a nuestro juicio, incluye en los artículos citados de la Ley y del Reglamento, como acabamos de ver, montes cuya inclusión podría ser discutida, pero que hoy no cabe discutir ni, menos aún, negar.

Particularmente importante es el artículo 10 de la Ley de 1968 al preceptuar que se crea en las provincias de La Coruña, Lugo, Orense y Pontevedra, «así como en aquellas otras en que por haber montes de los comprendidos en esta Ley lo acuerde el Ministerio de Agricultura, un Jurado de Montes Vecinales en Mano Común». Este criterio se reitera en el artículo 10 del Reglamento. Pues bien, la dicción de ambos preceptos es clara y terminante: Los montes vecinales en mano común pueden no ser privativos de Galicia.

En este sentido, creemos que son bastantes los montes que ostentan este carácter fuera de la región gallega. El Tribunal Supremo en alguna ocasión supo admitir su existencia, pero como dice certeramente Nieto (390), con carácter excepcional. Así, en el supuesto contemplado por la Sentencia de 10 de julio de 1872 a propósito de unas dehesas extremeñas en los pueblos

(389) ABRAIRA LÓPEZ, ob. cit., págs. 83 y sigs. y fundamentalmente en la nota de la pág. 86.

(390) NIETO, *Bienes comunales*, pág. 453.

de Bohonal de Ivor y Talavera la Vieja en la provincia de Cáceres, declara el carácter civil y privado de los derechos de los vecinos.

Aplaudimos este criterio de nuestro primer tribunal al basarse en una antigua escritura de concesión en favor de «todos los que estaban avecindados en la villa y a los que después se avecindasen»; del mismo modo que criticamos que el Tribunal Supremo, en supuestos idénticos, haya dado distinta solución.

Un paso importante en este sentido, como ya consignamos en otro lugar, lo constituye la Orden de 6 de marzo de 1975 al crear «Jurados de montes vecinales en mano común» en las provincias de León, Oviedo, Santander y Zamora.

### 6. *Régimen Jurídico*

En cuanto al régimen jurídico, vamos a limitarnos a destacar los aspectos de mayor interés, sin descender a detalles, ya que esto requeriría un trabajo monográfico dedicado a tan sugestiva e interesante materia. No obstante, reflejaremos los temas más destacados desde nuestro punto de vista.

La Exposición de Motivos de la Ley de 1968 postula, como justificación de su texto, una serie de premisas y que en apretada síntesis podríamos concretar del siguiente modo:

— Poner fin a las vías de anormalidad por las que discurre la situación legal de montes de distintos núcleos vecinales sin que éstos tengan la personalidad jurídica necesaria que le permita compatibilizar su aprovechamiento con las facultades reconocidas a la Administración (vinculación a los Ayuntamientos y atribuciones a la Administración Forestal del Estado encaminadas a garantizar su adecuada explotación).

— Asegurar la titularidad de tales montes en favor de los grupos que tradicionalmente los vienen utilizando y las facultades ejercidas dentro del régimen de comunidad de tipo germánico, mediante su inscripción en el Registro de la Propiedad.

— La normativa, lejos de constituir merma alguna para los derechos de los titulares, será cauce para su ejercicio, defensa y conservación de ese patrimonio, admitiendo la posibilidad de aplicarse a ciertas obras o servicios de aquellos lugares en que

estén radicados los grupos de vecinos con derecho al disfrute, destacando la facultad de los Ayuntamientos para el ejercicio de una cierta tutela sobre tales bienes.

— Posibilitar, finalmente, que en ciertos casos se operen las modificaciones en los aprovechamientos bajo los imperativos de una mejor explotación técnica y económica, rodeando tales transformaciones de las mayores garantías.

De acuerdo con estos principios generales, veamos cómo ha discurrido la normativa en su articulado, solamente en sus líneas más generales.

Tras definir los montes vecinales en mano común de la forma en que se consignó con anterioridad, de acuerdo con el artículo uno de la Ley y el mismo artículo del Reglamento, destacamos:

a) Titularidad

Su titularidad y aprovechamiento (artículo 2.º de la Ley a) y el artículo 2.º y 38, reglas 1.ª y 2.ª del Reglamento) corresponde, sin asignación alguna de cuotas, a los vecinos integrantes del grupo comunitario en cada momento.

De este precepto se desprende claramente que la condición de vecino de la demarcación territorial de que se trate es por sí título suficiente para ostentar la cualidad de titular, tanto en el aspecto dominical como en el de aprovechamiento. Y esta carencia de cuotas disipa toda duda que pudiera suscitarse en torno a la configuración jurídica de la comunidad que tal situación representa; nos hallamos ante una auténtica comunidad en mano común de tipo germánico, como formula la propia Exposición de Motivos de la Ley y desarrolla su articulado.

b) Caracteres de estos bienes

Son bienes indivisibles, inalienables, imprescriptibles e inembargables, no estando sujetos a tributación alguna, excepción hecha de la derivada de la circulación de sus productos (art. 2.º b) de la Ley y 38, regla 3.ª del Reglamento). Sin embargo, al amparo de la regla 4.ª del citado precepto reglamentario, podrán excepcionalmente ser objeto de cesión, total o parcial, temporal o definitiva, al Estado o sus Organismos Autónomos, Provincia, Municipio, etc.

Sigue el propio artículo 38 dictando reglas para la cesión y, lo que es más importante, el artículo 39 admite la posibilidad de una cesión definitiva cuando, entre otros requisitos, lo acuerden los dos tercios de los vecinos comuneros que lo constituyan. Pues bien, a nuestro entender, y de manera solapada, el legislador en tales reglas está atentando contra la naturaleza de estos bienes. Pues ¿cómo es posible compaginar la firme declaración de que constituyen una comunidad de tipo germánico para, seguidamente, posibilitar que dos tercios de los comuneros puedan decidir sobre el destino de tales bienes en contra del parecer de otros? ¿Acaso no está acudiendo por esta vía a un «quorum» que conlleva a un reconocimiento tácito de cuotas? Nuestra opinión, en este sentido, no puede ser más desfavorable: cremos que sólo la voluntad unánime de los interesados podría conducir a tal cesión, de la que, por otra parte, no nos declaramos partidarios.

c) Personalidad jurídica del grupo comunitario

La comunidad tendrá personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines, incluso el ejercicio en la vía judicial o administrativa de cuantas acciones sean precisas para la defensa de sus respectivos intereses (art. 4, 3 de la Ley y 67 del Reglamento).

Creemos totalmente acertado este criterio legal que ya tuvo un incipiente origen en alguna decisión jurisprudencial, como por ejemplo en la de 23 de abril de 1943 que reconoce a estos núcleos sociales cierta personalidad jurídica, pues al hablar de estos entes inferiores dice que «tienen menor personalidad, pero que indudablemente la tienen».

d) Administración

La administración correrá a cargo de las comunidades propietarias a través de los órganos que estuvieran ya establecidos y las vinieran representando de acuerdo con las normas por las que se rijan o por la ordenanza que tengan aprobada. Caso de no tenerlos, la Ley exige la existencia de un órgano colegiado formado por un presidente y dos vocales elegidos por los vecinos

comuneros y por un período determinado (art. 4, 1 y 2 de la Ley y art. 62 del Reglamento).

El presidente será miembro nato del Cabildo de la correspondiente Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos (hoy Cámara Agraria Local), según el artículo 66 del Reglamento.

e) Aprovechamiento

Sólo tienen derecho a él los vecinos comuneros. El artículo 63 del Reglamento, al referirse a los mismos, dice textualmente que «se entiende por vecinos comuneros con derecho exclusivo al aprovechamiento y disfrute del monte o montes vecinales en mano común, a las personas que vengan realizando consuetudinariamente los aprovechamientos de aquéllos, como integrantes del grupo comunitario o adquieran esta condición en lo sucesivo». Como fácilmente se desprende en tan contravertida materia, se respeta el imperio de la costumbre, con lo cual las normas consuetudinarias propias de cada demarcación solucionarán quiénes son los que ostentan la titularidad de los montes vecinales en mano común tanto en su dominio como en su aprovechamiento.

Los aprovechamientos, a tenor del artículo 70 del Reglamento, pueden revestir dos modalidades:

a) Directos y gratuitos.
b) Con rendimientos pecuniarios.

Los aprovechamientos directos y gratuitos son aquellos que realizan los vecinos de modo que los productos aprovechados redunden íntegramente en su beneficio particular o familiar sin proporcionar rendimientos pecuniarios inmediatos. En el disfrute de los mismos, en defecto de costumbre o norma que lo señale, el principio que imperará deberá ser, de acuerdo con el artículo 6, 1 de la Ley y 95 párrafo primero del Reglamento, el de la justa distribución entre los vecinos comuneros.

Los aprovechamientos con rendimientos pecuniarios son los que se producen mediante la enajenación del objeto del aprovechamiento. La distribución del producto de tales enajenaciones, en conformidad con los artículos 6, 2 y 8 de la Ley y de acuerdo también con el 95 párrafo segundo del Reglamento, se llevará a cabo del siguiente modo:

— Un 50 por 100 se repartirá en metálico entre todos los comuneros atendiendo a normas ya establecidas tradicionalmente o, en su defecto, por partes iguales. Ahora bien, por acuerdo de los dos tercios se podrían utilizar temporalmente tales fondos para incremento del porcentaje dado al Ayuntamiento o para otros fines de interés general de la comunidad.

— Un 30 por 100 se entrega al Ayuntamiento para que lo invierta en obras y servicios que afecten principal y directamente al lugar de residencia de los vecinos comuneros.

— El 20 por 100 restante se ingresa también en el Ayuntamiento en concepto de gastos de gestión y participación en las obras municipales.

Creemos que el régimen del aprovechamiento directo y gratuito es totalmente correcto y el único viable de acuerdo con la naturaleza de los montes. Sus beneficiarios son todos los que ostentan la cualidad de comuneros de forma exclusiva; a ellos van a parar los productos, lo que, lógicamente, sucede cuando de aprovechamiento de pastos y esquilmos se trata. Consecuentemente, consideramos recusable el criterio del aprovechamiento con rendimientos pecuniarios. En efecto, el hecho de que el Ayuntamiento reciba un 30 por 100 para la realización de obras plantea la posible situación de que tales obras no sean necesarias o, caso de serlo, sean de superior importe a la cuota que se asigna. ¿No es aventurado el fijar de antemano una cuota de los beneficios para realizar obras? ¿No sería más lógico que las obras se financien al margen de los montes vecinales? ¿Por qué acudir al producto de unos bienes y entregarlo a un Ayuntamiento al que no pertenecen aquéllos? Si el Ayuntamiento necesita recabar ciertas sumas de dinero, debe hacerlo al margen de los montes; debe acudir, en caso de que los vecinos hayan de hacer aportaciones, a dichos vecinos, pero por su simple cualidad de vecinos, sin involucrar para nada los productos de los montes.

Finalmente, nos parece totalmente recusable el hecho de que se reserve una cuota (el 20 por 100) en concepto de «gastos de gestión» —que lógicamente no ha sido solicitada por los vecinos— y por «cargas municipales». Estas últimas deben discurrir por derroteros distintos y los gastos de gestión deben abonarse a aquel a quien han sido solicitados.

¿Podría pensarse, por lo que a la «gestión» aludida respecta, que nos hallamos en presencia de un «cuasi contrato» (391)? Si así fuera, el gestor voluntario —en este caso el Ayuntamiento— respondería de su mala gestión (cosa que aquí no se contempla) y sólo la ratificación del dueño de los bienes, o el aprovecharse de las ventajas de aquella gestión voluntaria, podría justificar la indemnización. Pero estamos muy lejos de que estas hipótesis se den en nuestro caso, por lo que estimamos que desde el punto de vista jurídico no hay razón alguna para defender esta participación del 20 por 100 a favor del Ayuntamiento del producto de unos bienes que en modo alguno le pertenecen.

A pesar de estas injerencias administrativas en una propiedad legalmente reconocida como privada y a pesar de esta vinculación a los Ayuntamientos, creemos firmemente que esta propiedad sigue perteneciendo de lleno a la órbita del Derecho Civil, pese a que algún autor como Guaita (392) diga que «hasta hace pocos años los montes vecinales en mano común eran Derecho Civil, pero hoy lo son en escasa medida», llegando a la afirmación de que «es una institución de Derecho Administrativo». Esta opinión de Guaita, como hemos tenido ocasión de ver anteriormente, es compartida por cierto sector doctrinal, del que discrepamos. Como certeramente ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1965, la relación jurídico privada no se desnaturaliza por la existencia de un intervencionismo administrativo; y está fuera de toda duda que este fenómeno es el que se da en los montes vecinales en mano común de Galicia (393).

Queremos poner de relieve algunas de las características más importantes del aludido *Proyecto de Ley de Montes Vecinales en mano común* publicado en el «Boletín Oficial de las Cortes» el 17 de octubre de 1979, que sólo contempla una reforma parcial en espera de una regulación general que modifique en profundidad y extensión la ley de 27 de julio de 1968.

---

(391) *Vid.* artículos 1.887 y sigs. del Código Civil.

(392) GUAITA, «La autonomía en la regulación de los montes vecinales en mano común», *Foro Gallego*, n.º 137 (1968), pág. 21.

(393) ABRAIRA LÓPEZ, ob. cit., en la referida nota de la pág. 86, califica a la injerencia administrativa en los montes vecinales en mano común de bárbara intromisión del fuero administrativo en algo tan entrañablemente civil y privado.

— Destaca, acertadamente, que los beneficios netos de los montes corresponden exclusivamente a la comunidad de vecinos a que pertenezcan aquéllos, señalando que la participación en los aprovechamientos de pastoreo y esquilmo y demás de percepción directa, se regulará por las Ordenanzas de la Comunidad bajo el principio de la justa distribución entre los miembros comunitarios.

— Si se ha iniciado el correspondiente expediente de investigación para la clasificación de un monte como vecinal en mano común, los beneficios netos que resulten de su aprovechamiento se depositarán en la Caja General de Depósitos a resultas de dicha clasificación o declaración judicial de titularidad, salvo acuerdo expreso en otro sentido entre la Comunidad de Vecinos resultante titular del monte y el Ayuntamiento en cuyo término radique.

— Desde que se inicien los correspondientes expedientes de investigación, los Ayuntamientos, a petición de los vecinos, podrán suspender la exacción de todo tipo de canon o precio municipal en los aprovechamientos.

— Las Comunidades de Vecinos podrán concertar directamente el aprovechamiento de sus montes con los diversos Organismos especializados de la Administración del Estado, con la Comunidad Autónoma o Ente Preautonómico, Diputación, Ayuntamiento o particulares, sin perjuicio de las competencias que la Ley atribuye a la Administración del Estado, que se ejercerá a través del Ministerio de Agricultura.

— Como consecuencia, prevé la derogación de los apartados 6 y 7 del artículo 3.º, así como los artículos 6.º y 8.º de la Ley de 27 de julio de 1968 y concordantes de su Reglamento, así como cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo establecido anteriormente.

Junto a los «montes vecinales en mano común» existen en Galicia los «montes comunales». Los primeros se rigen por la normativa a que acabamos de referirnos, constituida por la Ley de 27 de julio de 1968 y su Reglamento de 26 de febrero de 1970, en tanto que los segundos se rigen por la legislación común.

Los «montes vecinales» corresponden —según hemos tenido ocasión de poner de manifiesto—, tanto en propiedad como en disfrute, a los que en un momento dado tengan residencia en la

parroquia, aldea, lugar, caserío o barrio en cuya demarcación territorial estén situados los montes, esto es, a los que tengan vinculación fáctica con tales núcleos de población; en cambio, los «montes comunales» pertenecen en propiedad al Municipio y su aprovechamiento corresponde a los que ostenten una vinculación jurídica vecinal en el Municipio de su situación.

Finalmente, es muy de tener en cuenta que con extraordinaria coincidencia se ha puesto de manifiesto en las Jornadas de Derecho Agrario celebradas en Galicia en 1977 por parte de los diversos letrados del IRYDA —grandes conocedores de la realidad del agro gallego— en sus distintas comunicaciones:

a) La necesidad de una legislación, reivindicando para los vecinos de los núcleos de población en que están situados «los montes vecinales en mano común», su autonomía en el destino económico de tales bienes sin injerencias de la Administración, lo que se consigue plenamente en el artículo 1 del Proyecto ya referido.

b) Articular procedimientos sencillos y rápidos para su calificación —según opinión mayoritaria a cargo de órganos judiciales—, y una determinación clara de los derechos y obligaciones de los condóminos.

c) La adopción de formas cooperativas para su racional explotación y adecuado desarrollo con la tutela de ICONA e IRYDA como órganos asesores en materia de repoblación y obtención de créditos, respectivamente, con lo cual se evitará la desertización que se cierne sobre los mismos, y como consecuencia mayor rentabilidad, consiguiéndose a la vez una adecuada protección ecológica.

# 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 MACÍA, «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 BRETONE 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 "pseudo-usufructo" 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 propietates», como dicen los textos romanos, «semper abscendente 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 afinca 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 semblanza, 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 enfitéutico 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 enfitéutica. 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 enfitéutica, 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 enfitéutico, 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. Iguales 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.

Mas, 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 patrimonale», 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 communuaté d'heritiers 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, *Lehsbuch 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) GARCIA 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 «pro diviso» 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 suficente 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 diviso», 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 concurran 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. Cierto que no todos los derechos crediticios se dividen entre sus titulares, activos o pasivos, mediante la regla «concursu 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) Cosakc, en su obra «Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts», Jena, 1924, II, libro V, pág. 1, estima que los derechos comunes puden 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 «concursu 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, no 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, «Personalitá e autonomia patrimoniales nella societá 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 recogi-

## 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 aquélla y que se denominó «consortium» para, como tercer eslabón, pasar a la comunidad artificiosa y correspondiente al interés individual de quienes celebraban el contrato consesual 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» (CELSO, 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 vindicatio» 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 aprovéchamientos 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 «concurso o yuxtaposiición» 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 prodiviso», *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 enfitéutico 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 LMt, 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 germana 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 nuevo 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 «concurso 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 «pecoris 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, recogiéndose 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.

abarcar 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.

tículos 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 definirlas, 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 justinianeo, 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 puridad (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 disminutio» 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 Habitation», 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 Códico 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 *Drecho 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, SANCHO 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 temporali-

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 podía 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 «comunilas 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 setencia 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 pro diviso», 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 disfrutan 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 disfrutan 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; esto 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 cuál «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 Diez 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 Codigo 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 adquirise 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 razonamiento 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 DÍEZ-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.

Corrobora 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 communione*, 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 concurrente 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 concurran 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 Lauriére —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 cífivos», 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 Philipe, *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 de usi civici», *Giur, it.*, 1974, I, 1909; CERVATII, G., «Osservazioni sulla attualitá 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 publico 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 certeramente 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, abrevar 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 utilizacion 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», *Novissimo 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 concurran 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 concurran 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 «concurrencia» de aprovechamientos sobre un mismo bien y no ante una «servidumbre», es de destacar, siguiendo el acertado criterio de Ossorio Morales (602), que tal concurrencia 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 regirán 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) FRAGALI, 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 aprovechaiento 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 disfrutan, 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 resultandos 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.

# Capítulo sexto

## *Régimen jurídico*

Dentro del presente capítulo, vamos a proceder al análisis del proceso vital de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas distinguiendo su nacimiento, ejercicio y extinción.

## I. NACIMIENTO

A lo largo de nuestro estudio hemos destacado la tendencia netamente restrictiva de nuestro Código Civil en cuanto a la creación de los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas. En este sentido, el primer párrafo del artículo 600 de dicho cuerpo legal afirma 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».

Este precepto es un fiel reflejo del sentimiento individualista que caracterizó la época de publicación de nuestro Código, estimándose que los aprovechamientos en común eran antieconómicos y contrarios al progreso que toda propiedad debe llevar inherente, ya que, al ser la cosa de todos, el progreso se diluye, lo que explica sobradamente el criterio rigorista que el Código Civil adopta para la creación de aprovechamientos comunitarios.

En el artículo 600 el legislador pone obstáculos y cortapisas para que los aprovechamientos en común surjan, enumerando una serie de condiciones que inexorablemente han de cumplirse, como lo prueba el hecho de que a dichas condiciones anteponga el adverbio «sólo», lo que equivale a cercenar por completo el establecimiento de estos aprovechamientos en común por otros medios.

Ahora bien, por propia definición, el aprovechamiento en

común de los pastos y leñas genera una comunidad entre los que ostentan el disfrute por ser éste plural; esto es, los perceptores están ligados entre sí por un vínculo comunitario. Mas conviene advertir que esta «comunidad de disfrute» no debe ser contemplada en forma aislada, sino que es preciso ahondar sobre la causa generadora de la «comunidad» y que, como señalamos en otro lugar, puede obedecer a relaciones subyacentes distintas. En efecto, tal «comunidad de goce» puede ser el resultado de una «servidumbre personal» o de una «comunidad» como realidades más profundas y legitimadoras del aprovechamiento comunitario (612).

El aprovechamiento en común de los pastos y leñas puede surgir como consecuencia de una «servidumbre» siempre que ésta se ejercite por un sujeto plúrimo o plural; pero también puede surgir directamente, o bien como consecuencia de una comunidad en la titularidad dominical de los predios sobre los que se ejerce el aprovechamiento. De ahí que debamos distinguir fundamentalmente dos hipótesis: a) comunidad y b) servidumbre, prescindiendo de otras causas generadoras de menor entidad y que ya han sido puestas de manifiesto en otro lugar.

### a) Comunidad

El artículo 600 del Código Civil hace referencia a la comunidad de pastos que se ejercita sobre terrenos privados y entre propietarios determinados; el artículo 601 alude a la comunidad de pastos en terrenos públicos.

La comunidad de pastos en terrenos públicos ya ha sido estudiada con cierto detenimiento en el capítulo anterior, por lo que nos remitimos a cuanto allí se dijo. No obstante, y aunque sea brevemente, hemos de consignar por lo que respecta a los bienes comunales que, a nuestro juicio, nunca puede calificarse de servidumbre el aprovechamiento comunitario que sobre los mismos se ejercita por los vecinos, tal y como señalamos en el capítulo precedente. Creemos que tal aprovechamiento es fiel

(612) Prescindimos deliberadamente del usufructo y superficie rústica como medios generadores de los aprovechamientos en común por una doble razón: por su escasa frecuencia y por su simplicidad, tal y como hemos tenido ocasión de destacar en el capítulo anterior.

reflejo de una auténtica comunidad cuyo origen se pierde en el tiempo, si bien es conveniente que señalemos, una vez más, que con la aparición del municipio desapareció el antiguo «común de vecinos» y que el aprovechamiento comunitario de tales bienes, disociado de la titularidad dominical, no va más allá de tal momento histórico, ya que hasta fecha relativamente reciente —concretamente en las disposiciones administrativas hoy en vigor— no ha tenido respaldo legislativo.

Por lo que hace referencia a los aprovechamientos de los bienes comunales, los beneficiarios no pueden prescindir de tal cualidad, pudiendo tan sólo no ejercitar el derecho que les corresponde, pero nunca podrán renunciar a su investidura de beneficiarios de tales aprovechamientos.

Como quiera que en los momentos actuales pueden originarse bienes comunales, tal y como se vio extensamente al ocuparnos de los mismos en el capítulo correspondiente, es indudable que en tales supuestos —muy escasos en la práctica—, el origen de tales bienes comunales generará asimismo el aprovechamiento en común de sus productos en favor de los que pertenezcan al municipio o entidad local en que se hallen ubicados tales bienes.

En cuanto al origen de las Comunidades de Tierra —ya analizadas asimismo en el capítulo anterior y que pueden comprender a pueblos pertenecientes a distintas provincias—, podemos señalar con Nieto (613) que su origen es exactamente igual al de los municipios. De ahí que el aprovechamiento en común que llevan implícito, puedan ser generalizadas las consideraciones que acabamos de señalar respecto de los que tienen su origen en los bienes comunales. No obstante, así como existe la posibilidad de que surjan bienes comunales «ex novo», no es posible el nacimiento de nuevas comunidades de Tierra, tal como se desprende claramente del artículo 40 de la LRL que se limita a respetar las ya existentes (614).

La comunidad de pastos en terrenos de los particulares ha de

---

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

(614) El artículo 40 de la LRL establece: «Se respetan las antiguas Comunidades de Tierra. Si se produjeran reclamaciones sobre su administración compete resolverlas en única instancia al Ministro de la Gobernación (hoy Ministro del

reunir en su nacimiento las condiciones que señala el artículo 600 del Código Civil. Sólo pueden surgir por concesión expresa de los propietarios, quienes ponen en común los aprovechamientos de tales productos para disfrutarlos conjuntamente con los ganados de su pertenencia. Aquí nos hallamos ante una simple «comunidad de goce» referida a los pastos, sin que ningún propietario comparta con los demás la titularidad dominical de sus fincas.

Esta «comunidad de goce» es la única que contempla el citado artículo 600. Pero el aprovechamiento comunitario puede tener también su origen como consecuencia de una comunidad de mayor intensidad; esto es, cuando no sólo son compartidos los pastos por varios sujetos, sino que es también compartida la titularidad dominical. Así, cuando una o varias fincas pertenecen proindiviso a varios propietarios, es indudable que comparten todas las facultades dimanantes del dominio, entre las que, naturalmente, se encuentran las referentes a los aprovechamientos de los pastos.

Volviendo al análisis del artículo 600, la «concesión expresa» aludida, puede tener lugar por contrato o por acto de última voluntad de los propietarios afectados. Esto significa que, dentro del ámbito restrictivo en que tal precepto se pronuncia, la comunidad puede surgir por acto «inter vivos» o por acto «mortis causa», sin que actos de mera tolerancia puedan originar el estado comunitario, ni éste tampoco podrá nacer por presunciones, ya que su creación ha de surgir de una manera expresa.

Otra de las características del nacimiento de la comunidad de pastos es la «determinación». Esta determinación opera en una doble vertiente: determinación de los predios sobre los que se constituye, y determinación de los individuos a favor de los que se constituye.

De otro lado, la locución «en lo sucesivo» que emplea el artículo 600, evidencia que sólo a partir de la publicación del Código Civil existen las condiciones que acabamos de enunciar como necesarias para que la comunidad de pastos surja, no siendo exigibles respecto de las comunidades existentes a la

---

Interior) pudiendo ordenarse por el Consejo de Ministros que los respectivos municipios se constituyan en agrupación forzosa». *Vid.* también en este sentido los artículos 69 a 72 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial.

publicación del Código, cuyo origen, lógicamente, estaba sometido a la normativa entonces en vigor. Por tanto, la frase de Ossorio (615) de que únicamente pueden originarse las citadas comunidades atemperándose a los dictados del artículo 600 del Código Civil hemos de aplicarla a las surgidas con posterioridad a la publicación de nuestro primer texto legal. Este criterio es compartido asimismo por el propio Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 5 de noviembre de 1956, según la cual «la comunidad de pastos sólo puede establecerse a partir del Código Civil, por concesión de los propietarios que resulte de contrato o de última voluntad, recayendo en favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados».

Cuando el aprovechamiento comunitario de pastos surja por contrato entre los propietarios interesados, creemos que puede obedecer a una auténticva «comunidad de pastos» o a una «servidumbre de pastos» (616). Será una «comunidad» cuando los propietarios expresan su voluntad en el sentido de que sus ganados aprovechen conjuntamente los pastos de las fincas de todos ellos; pero será «servidumbre» si los propietarios expresan su voluntad de que otras personas aprovechen los pastos de sus fincas.

De otro lado, si el acto originador del aprovechamiento comunitario de pastos y leñas tiene su origen por acto «mortis causa», difícilmente puede pensarse en el supuesto de la «comunidad» como realidad subyacente del aprovechamiento comunitario, ya que si ha de tener efectividad el aprovechamiento en común después de la muerte del titular de las fincas, es imposible que sus ganados acudan a tal aprovechamiento; si surge una comunidad, podrá afectar a los herederos del testador, pero nunca a éste. Lógicamente habrá que pensar que por la vía de disposición de última voluntad, lo que normalmente puede justificar el aprovechamiento en común de los pastos, es la «servidumbre» que tendrá lugar, cuando a través del testamento el titular de fincas determinadas concede el aprovechamiento de los pastos de las mismas en favor de personas también determinadas.

---

(615) OSSORIO MORALES. *Servidumbres personales*. págs. 98 y 99.

(616) A nuestro modo de ver, tal y como ya quedó reflejado en el capítulo anterior, el artículo 600 puede albergar no sólo el supuesto de «comunidad» —tesis mayoritaria—, sino también el de «servidumbre de pastos».

Por último, y después de haber destacado que los postulados del artículo 600 del Código Civil sólo son predicables respecto a los aprovechamientos comunitarios de pastos que tengan lugar después de su publicación, conviene subrayar que el Código respeta los aprovechamientos surgidos con anterioridad a su publicación, siempre que tuvieran vigencia reconocida de acuerdo con la legislación anterior. Tal respeto está sancionado por la Disposición Transitoria Primera, a cuyo tenor «se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca». A mayor abundamiento, este criterio de respeto está avalado por el propio Código en la regla general que precede a las trece Disposiciones Transitorias, al afirmar que «las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación anterior, no tendrán efecto retroactivo», por lo cual, el respeto de tales aprovechamientos en común es evidente.

De otra parte, y según tendremos ocasión de examinar con detenimiento en el epígrafe siguiente del presente capítulo, existen al amparo del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, de 6 de junio de 1969, tres modalidades de aprovechamiento ganadero en común que constituyen auténticas «comunidades de goce»: «Dula o Piara Concejil», «Cooperativas de Explotación ganadera y otras ganaderías de grupos» y finalmente «Agrupaciones de fincas».

**b) Servidumbre.**

Según hemos señalado, la «servidumbre» puede ser el molde jurídico adecuado de los aprovechamientos en común de pastos y leñas. Lo será siempre que tal servidumbre se ejercite por una pluralidad de beneficiarios. A nuestro juicio, tal y como hemos argumentado, el artículo 600 del Código Civil puede albergar tanto la «comunidad» como la «servidumbre de pastos y leñas».

Por lo que respecta al nacimiento de tales «servidumbres de pastos» y partiendo de su naturaleza discontinua, carácter destacado por la doctrina y jurisprudencia (617), hemos de acudir al

(617) *Vid.* entre otras la sentencia de 5 de noviembre de 1956 y 22 de marzo de 1973. *Vid:* asimismo DE LOS MOZOS en «Dictamen sobre servidumbre personal de pastos», *ADC.* 1964, pág. 138.

artículo 539 del Código Civil, a cuyo tenor «las servidumbres continuas no aparentes y las discontinuas, sean o no aparentes, sólo podrán adquirirse en virtud de título». Este precepto no se contrapone, a nuestro juicio, al artículo 594 del mismo cuerpo legal, ya que si éste confiere plenas facultades a los propietarios «para establecer las servidumbres que tengan por conveniente y en el modo o forma que bien le pareciere», añade, «siempre que no contravenga a las leyes ni al orden público». De ahí que cuando se trate de establecer «servidumbres de pastos», haya de respetarse el contenido del artículo 539, que supone una limitación de índole legal a las facultades otorgadas a los propietarios por el artículo 594.

Análoga afirmación podríamos hacer con el artículo 600, tal y como expresamos en el capítulo anterior, en el sentido de que las condiciones exigidas por este precepto no se oponen a lo estipulado en el artículo 539, pues es evidente que la palabra «título», aludida por éste, tiene perfecto encaje con lo expresado por el artículo 600. Por tanto, a nuestro juicio, los artículos 539 y 600 entran dentro de los límites legales a que alude el artículo 594, que deben ser respetados por todos los propietarios que voluntariamente constituyan servidumbres sobre sus fundos.

Ahora bien, ¿puede adquirirse las servidumbres de pastos mediante prescripción?

Partiendo de lo dispuesto en el artículo 539, es indudable que, en principio, su contenido imposibilita que puedan adquirirse servidumbres discontinuas —y las de pastos lo son— mediante el mecanismo de la prescripción. Sin embargo, con anterioridad a la publicación del Código Civil, la legislación entonces en vigor admitía la posibilidad de que las servidumbres de pastos y leñas pudieran ser adquiridas mediante tal mecanismo que operaba de dos formas: prescripción ordinaria y prescripción inmemorial. Por ser esta última la que más importancia tuvo en la legislación antigua, vamos a referirnos a ella seguidamente.

Para la existencia de la prescripción inmemorial, había de tratarse necesariamente de una posesión de tal carácter. Así las Leyes VI y VII del Título VIII del Libro XII de la Novísima Recopilación dicen que la «posesión inmemorial, probándose

según y con las calidades que las Leyes de Toro y demás de estos Reynos requieren, baste para adquirir».

De otra parte, interesa destacar que la Ley IX del mismo Título y Libro dice que «las alcabalas no pueden ser adquiridas por quien las tenga sin título válido o por tolerancia», añadiendo que «los que se encuentren en esta situación no se pueden ayudar de uso ni costumbre que aleguen en contrario, aunque sea inmemorial, por ser cosa injusta y sin razón, y dañosa al bien pro común de mis súbditos...», afirmando poco más adelante que «contra título no pueden adquirir, ni adquieren posesión, ni título ni derecho, ni pueden alegar uso ni costumbre ni prescripción, aunque sea inmemorial».

No basta, pues, con decir que era inmemorial, sino que es necesario que se dieran otros requisitos para complementar la inmemorialidad, debiendo destacarse, en este sentido, que lo «inmemorial» es un concepto técnico-jurídico, cuya formación y actuación sintética corresponde al juez y nunca a los testigos, los cuales, en cambio, podrán aportar los elementos de hecho que servirán a aquél para formar el verdadero concepto. Añadamos que los requisitos, que de acuerdo con el derecho anterior al Código Civil, debía reunir la prescripción inmemorial eran, en síntesis, los siguientes:

1. El origen debía ser desconocido; no debía tenerse memoria de él. Así lo dicen expresamente las Partidas (618) afirmando que «... no se pueden acordar los omes de cuando empezó, los testigos tienen que no haber oído y visto lo contrario, y nadie tiene que haberlo visto empezar ni oído que otros lo vieran u oyeran decir». Asimismo, las Leyes de Toro (619), a las que directamente se remite la Novísima Recopilación, afirman que se necesitan testigos de buena fama que digan que «ansí lo vieron pasar por tiempo de quarenta años y ansí lo oyeron y nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que de ello es pública voz y fama, y común opinión entre los vecinos y moradores de la tierra». Así lo entendió también la doctrina anterior al Código

(618) Ley 15, Titulo XXXI de la Partida 3.ª
(619) Ley 41 de Toro.

Civil especialmente Molina (620), Gregorio López (621) y Llamas (622) quienes afirman que en la prescripción inmemorial, a diferencia de lo que ocurre con la usucapión y prescripción extintiva, es preciso probar no sólo un hecho positivo, sino también un hecho negativo y absoluto, o sea, que no se sepa cuando empezó.

Este mismo fue el sentir interpretativo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo anterior al Código Civil, como puede verse, entre otras, en las siguientes sentencias: 24 de junio de 1864, según la cual: «El requisito más esencial de la prescripción inmemorial es una larguísima y pacífica posesión de origen remoto a que no alcance la memoria de los hombres y sin que haya noticia de hecho alguno contrario a ella» y 9 de noviembre de 1865, según la cual, «la prescripción inmemorial no se justifica suficientemente con testigos por más que digan que así lo han visto durante el tiempo de que puedan dar razón, puesto que ese testimonio no alcanza a demostrar el suceso que se trata de probar y excede de la memoria de los hombres más ancianos y que no hay ninguno que tenga conocimiento de su origen». Finalmente, a tenor de las sentencias de 15 de octubre de 1866 y 21 de junio de 1867, «la prescripción inmemorial no tiene lugar cuando se sabe la procedencia de las fincas y las personas que las han poseído».

2. En segundo término, para integrar el concepto de la prescripción inmemorial, se requiere una posesión apta para prescribir, no sirviendo cualquier clase de posesión. Lo dice expresamente la Novísima Recopilación (623) al establecer, en la forma antes reseñada, que no se puede prescribir cuando se posea sin título o por acto de mera tolerancia, no pudiendo alegar en contra ni uso ni costumbre ni prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas, entre las que, por cierto, se limita a mencionar «las de senda, carrera, o vía et otras semejantes», pero sin mencionar expresamente a la servidumbre de aprovechamientos de pastos, afirmando que «tendrán que conservar el signo aparente por el que se usa, pues sin ese signo es

(620) MOLINA, *Tratado* II, disposición 75, n.º 5.
(621) GREGORIO LÓPEZ, *Glosa a la Ley 15, Título XXXI de la Partida 3.ª*.
(622) LLAMAS, *Comentarios a las 83 Leyes de Toro, II, pág. 75.*
(623) NOVISIMA, Recopilación: Ley IX, Título VIII del Libro XII.

tolerancia». Añade a continuación que estos actos de tolerancia que no llaman la atención del vecino, no son bastantes para adquirir por prescripción. En igual sentido se pronunció la doctrina científica en la interpretación, especialmente los ya citados Molina, Gregorio López y Llamas.

3. El tercer requisito para la existencia de la prescripción inmemorial, según la legislación anterior al Código Civil, es el de que no exista contrariedad u oposición al ejercicio pacífico de la posesión, tal como se ve establecido en las Partidas (624), Novísima Recopilación (625) y las Leyes de Toro (626), porque como es lógico suponer, esta oposición o contrariedad interrumpe la posesión, y con ello se impide la prescripción.

De cuanto acabamos de exponer, se deduce claramente que, para la legislación anterior al Código Civil, todas las servidumbres, tanto las continuas como las discontinuas, podían ser adquiridas por prescripción a diferencia de lo establecido por el Código Civil, que limita tal medio adquisitivo solamente para las continuas que sean aparentes. De ahí que una servidumbre de pastos, como discontinua que es, haya podido adquirirse por prescripción solamente al amparo de la legislación anterior.

El profesor Lacruz, Berdejo (627), en un interesante estudio, se plantea la posibilidad de que las servidumbres discontinuas puedan ser adquiridas mediante la técnica de la prescripción después de publicado el Código Civil. Afirma que las servidumbres discontinuas son perfectamente capaces de una posesión continua en el sentido que se da a esta palabra en la teoría de la usucapión (628). Una posesión continua —dice— supone simplemente actos de ejercicio lo suficientemente próximos para que los intervalos que los separan correspondan a los que median entre los actos de ejercicio normal de un derecho y no puedan ser tomados como interrupción de la posesión. La continuidad de la posesión no implica que no haya en ella una solución de

---

(624) Partida 3.ª, Ley 15, Título XXXI.

(625) *Novísima Recopilación:* Ley IX, Título VIII del Libro XI.

(626) Ley 41 de Toro.

(627) LACRUZ, «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», *RGLJ*, 1954, págs. 521 y sigs.

(628) LACRUZ, ob. cit. anteriormente, pág. 560.

continuidad material, sino sólo el goce normal de un derecho, según su naturaleza y las circunstancias que lo acompañan.

Partiendo de lo expuesto anteriormente, añade Lacruz (629) que cuando exista una suficiente exteriorización del derecho de servidumbre, una posesión continua del mismo según su clase, y una inactividad prolongada del propietario, no se ve por qué no haya de permitirse la prescripción adquisitiva. La propiedad quedaría suficientemente protegida poniendo a cargo del usucapiente, en ciertos casos, la prueba de que los actos que realizó no eran meramente tolerados.

Después de las consideraciones precedentes, e invocando una poderosa corriente doctrinal italiana, representada fundamentalmente por Butera (630), se muestra radicalmente partidario de la posibilidad de usucapión de las servidumbres discontinuas, siempre que a la «posesión» se añade el «título» y la «buena fe». Para Lacruz es posible la usucapión decenal de las servidumbres.

Las razones que aduce para defender tal usucapión decenal no pueden ser más sugestivas, ya que además de las ya señaladas, destaca otra de gran importancia, derivada de la dicción de los artículos 1.957 y 1.959 del Código Civil. En efecto, así como el artículo 1.959, al tratar de la prescripción extraordinaria de treinta años, excluye su aplicación a las servidumbres a que se refiere el artículo 539 al que invoca, en cambio nada dice el artículo 1.957 sobre el particular, por lo que cabría concluir la posibilidad de usucapir las servidumbres en forma ordinaria esto es, con justo título y buena fe por el transcurso de diez años. Será inaplicable el artículo 1.959, es decir, la prescripción extraordinaria; pero es aplicable el artículo 1.957 regulador de la prescipción ordinaria.

Sin embargo, hemos de reconocer que en los momentos actuales la casi totalidad de los autores, así como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, interpretan rígidamente el artículo 539 del Código Civil en el sentido de no admitir la usucapibilidad de la servidumbre de pastos, por ser discontinua, una vez que el Código Civil ha sido publicado. Esta tendencia, con ligeras varian-

---

(629) LACRUZ, ob. cit. anteriormente, pág. 564.

(630) BUTERA, *Delle servitu stabilite per fatto dell'uomo.* Nápoles, 1926.

tes y escasas excepciones, es la que predomina asimismo dentro del ámbito del Derecho Comparado (631).

Dentro del presente epígrafe podríamos, finalmente, plantearnos si es posible que surja una servidumbre de pastos por transformación de una comunidad recíproca de aquellos productos, cuando el aprovechamiento en común que implica esta última ha dejado de ejercitarse por parte de algunos comuneros. ¿Cabe hablar de servidumbre de pastos en favor de los que continúan en el goce en contra de los que lo abandonan?

A nuestro modo de ver, tanto en el supuesto de que aquella falta de ejercicio tuviera lugar antes o después de la promulgación del Código Civil, no cabe hablar de servidumbre de pastos, sino de ejercicio de una comunidad aunque solamente se lleve a cabo el aprovechamiento por parte de los comuneros. En efecto, si inicialmente el aprovechamiento comunitario de pastos ofrecía

---

(631) Los artículos 690 y 691 del Código Civil francés se pronuncian en forma similar a los artículos 537 y 539 del Código Civil español, con la diferencia de que el plazo de veinte años de nuestro artículo 537, es de treinta en el artículo 690 del Código Civil francés. Igualmente el Código Civil italiano de 1865, en su artículo 629, sigue el mismo plazo que el Código Civil francés de treinta años, si bien el Código Civil de 1942 prescinde de las servidumbres discontinuas, señalando la prescriptibilidad de las aparentes, negándola para las no aparentes.

Dentro del Derecho germánico, en el que la usucapión tienen un ámbito de actuación muy limitado, el § 900 del BGB rechaza la posibilidad de adquirir por prescripción adquisitiva las servidumbres no inscritas, admitiendo, en cambio, la adquisición según Registro de las servidumbres prediales que durante treinta años han estado indebidamente inscritas, si el titular, además, ha poseído realmente por ese tiempo las servidumbre. Por su parte, el artículo 731 del Código Civil suizo establece que la prescripción adquisitiva de las servidumbres no es posible más que con respecto a los inmuebles en los que la propiedad misma puede se adquirida de este modo, señalando el artículo 662 como tales aquellos que no están inmatriculados.

Una excepción es la constituida por el Código Civil austriaco, ya que, de acuerdo con los artículos 480, 481, 1.469 y 1.470, pueden adquirirse por usucapión todas las servidumbres, sean continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes, por la posesión de tres años, siempre que se hallen inscritas en el Registro; y cuando los derechos no se hallen inscritos, pueden adquirirse por el transcurso de treinta años, si el poseedor es de buena fe.

El Código Civil portugués aprobado por Decreto-Ley de 25 de noviembre de 1966 establece en su artículo 1.548: 1.º Las servidumbres no aparentes no pueden ser constituidas por usucapión. 2.º Considéranse no aparentes las servidumbres que no se revelan por señales, visibles y permanentes.

la estructura de una comunidad recíproca, recíproco sería también el aprovechamiento; esto es, concurrirían los ganados de todos los comuneros en forma simultánea en la totalidad de los predios integrantes de la comunidad. Si parte de los comuneros dejaron de ejercitar su derecho al aprovechamiento y, en cambio, los restantes no se privaron de tal derecho, es evidente que el disfrute comunitario continuado seguirá siendo simultáneo.

No obstante, justo es reconocer que se ha operado una mutación ya que si, en principio, todos los comuneros realizaban el aprovechamiento, al dejar de percibir los productos algunos de ellos, existe sobre sus predios un aprovechamiento sin que reciban ninguna contraprestación a cambio. Es indudable que los que no abandonaron el aprovechamiento ven aumentada su cuantía al haber disminuido los perceptores.

Sin embargo, y como antes apuntamos, a nuestro modo de ver no cabe hablar de transformación de comunidad recíproca en servidumbre, ya que desde el momento en que participan en el disfrute los propios titulares de algunas de las fincas afectadas, la idea de servidumbre no es posible puesto que, conforme a la regla «nemini res sua servit» (a nadie sirve su misma cosa en concepto de servidumbre), no puede defenderse la existencia de ésta. Así lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo en la sentencia de 10 de octubre de 1956, al establecer que para las servidumbres personales es preciso que el gravamen recaiga en predio ajeno, cuya propiedad no corresponda a la persona que recibe el provecho; señala asimismo que no pueden existir servidumbres en favor del dueño de la cosa que la presta, y que es evidente que en el supuesto que la sentencia contempla, los pastos constituyen un provecho no sólo para aquellos que persistieron en el aprovechamiento de la comunidad recíproca en su integridad, sino también para los propios titulares de las fincas sobre las que los aprovechamientos comunitarios se ejercitan (632).

De todo lo expuesto se deduce claramente que no puede hablarse de conversión de una comunidad recíproca de pastos en una servidumbre de este tipo. Lo que sucederá, en definitiva, es

---

(632) De este problema ya nos ocupamos tangencialmente en el capítulo anterior.

que aquella comunidad, en principio «recíproca» por ejercitarse por todos los propietarios de las fincas, se ha convertido en una comunidad limitada a los que continúan en el aprovechamiento; nunca en una servidumbre.

## II. EJERCICIO

Una vez analizadas las más destacadas formas constitutivas de los aprovechamientos en común de pastos y leñas, pasaremos a tratar la regulación de los mismos en nuestro ordenamiento jurídico, poniendo de relieve la enorme complejidad de esta materia, ya que al lado de normas de naturaleza civil, existen normas de carácter administrativo que han de tenerse en cuenta conjugadamente para una visión completa de la forma en que los aprovechamientos comunitarios se ejercitan.

La normativa que es preciso tener en cuenta en esta regulación está constituida fundamentalmente por:

a) El Código Civil, que dedica escasos preceptos a esta materia tal y como ya ha quedado consignado en diversos lugares de este trabajo, siendo de destacar fundamentalmente, los artículos 600 al 604, así como las disposiciones relativas a la comunidad y a las servidumbres en cuanto le sean aplicables.

b) La frondosa legislación en materia de Arrendamientos Rústicos, por su indudable incidencia en los aprovechamientos comunitarios en múltiples ocasiones.

c) La LRL que regula el aprovechamiento de los bienes municipales en el Capítulo VI, Título IV del Libro I, concretamente a partir del artículo 182 y, de manera especial, en los artículos 192 y siguientes, que se dedican a la regulación del aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales.

d) El RBEL, que a partir del artículo 77 desarrolla los preceptos de la LRL en cuanto al citado disfrute y aprovechamiento de tales bienes comunales.

e) La LMt que trata de los aprovechamientos, conservación y mejora de los montes públicos y de particulares en los artículos 29 y siguientes, así como del régimen jurídico de sus aprovechamientos a partir del artículo 37.

f) El RMt de 22 de febrero de 1962, que dedica íntegramen-

te el Libro II (arts. 202 a 283) a la regulación de los aprovechamientos e industrias forestales.

g) La Ley de 7 de octubre de 1938 sobre Aprovechamiento de Hierbas, Pastos y Rastrojeras, desarrollada por el Reglamento de 8 de enero de 1954 que ha sido derogado por el Reglamento, actualmente en vigor, aprobado por Decreto de 6 de junio de 1969.

h) Finalmente, en alguna medida ha de tenerse en cuenta la LRYDA de 12 de enero de 1973.

Después de haber hecho referencia a los principales cuerpos legales que hemos de tener en cuenta en el presente epígrafe, podemos, de acuerdo con la Ley y el Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, distinguir, en principio, dos grandes tipos de aprovechamiento: a) no sujetos a ordenación, y b) sujetos a ordenación.

### A) Aprovechamientos de pastos no sujetos a ordenación:

Se ejercitan, sin tener en cuenta las complejas disposiciones del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, múltiples aprovechamientos en común de pastos y leñas, destacando como principales manifestaciones las siguientes:

#### *1. Comunidad de pastos y leñas regulada por el Código Civil*

Esta comunidad, al nacer por la pura y simple voluntad de los propietarios de las fincas afectas al aprovechamiento, se rige por tal voluntad, sin que la Administración detente «a priori» ningún tipo de intervención. Al tratarse de «comunidades de pastos», de acuerdo con lo establecido en el artículo 392 del Código Civil habrá que estar, en primer lugar, a los contratos o disposiciones especiales y a falta de éstos, a las prescripciones del Título III del Libro II del Código Civil. Dentro de este epígrafe hay que encajar a las mancomunidades de pastos sobre terrenos de los particulares a las que más tarde nos referiremos.

No obstante, la autonomía de los que tienen derecho al aprovechamiento colectivo de los pastos de sus propias fincas, no es tan omnímoda como pudiera, en un principio, pensarse. Pueden existir evidentes limitaciones a tan amplias facultades, como sucede en el supuesto de que existan montes en dichas fincas,

pues como señala el artículo 242 del RMt, el pastoreo en los mismos se realizará de forma que sea compatible con la conservación y mejora de los mismos, procurando la ordenación y perfeccionamiento de los aprovechamientos ganaderos sin menoscabo de las masas forestales. Más aún, habrá de darse una preferencia absoluta a las exigencias selvícolas, pudiéndose limitar, e incluso prohibir, el pastoreo del monte si resultare incompatible con su conservación. De igual modo se procederá en el caso de terrenos erosionables. De ahí que la sentencia de 5 de junio de 1973, tras afirmar que el concepto «dasocrático» de un monte se refiere o ha de referirse lógicamente a la totalidad de aprovechamientos de un bosque como conjunto de campo poblado de árboles o matas, y no sólo por su posibilidad maderable, añade que como quiera que el artículo 202 del Reglamento de Montes previene que el aprovechamiento de los productos forestales (y aprovechamientos forestales son todos), en los montes públicos y en los de propiedad privada, se realizarán dentro de los límites que permitan los intereses de su conservación y mejora. En esta misma línea la sentencia de 20 de noviembre de 1975 señala que debe respetarse la intervención de la Administración Forestal para determinar la forma de aprovechamiento compatible con la naturaleza jurídica del monte y de los derechos recayentes sobre el mismo.

### 2. *Servidumbres de pastos y leñas ejercidas por una pluralidad de personas y regidas por el Código Civil*

Podríamos aplicar a las mismas cuanto acabamos de señalar para las comunidades de pastos. Será el título de su constitución el que determine su funcionamiento sin que la Administración, como norma general, pueda tener injerencia en su ejercicio. El artículo 598 del Código Civil establece claramente que el título, y en su caso la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción, determinan el ejercicio de las mismas y, en su defecto, se regirá la servidumbre por las reglas del título (relativa a las servidumbres) en cuanto le sean aplicables.

Este precepto nos sugiere las siguientes consideraciones: de una parte, está refiriéndose a las servidumbres prediales y no a las personales que son las que nos interesan por ser de esta

naturaleza las que tiene por objeto los pastos. Sin embargo, no vemos inconveniente en hacer extensivo este artículo a las personales por no ir en contra de su propia naturaleza (633). De otra parte, hemos de observar que este artículo, en cuanto alude a la posesión como medio de adquirir por prescripción las servidumbres, no es de aplicación a las servidumbres de pastos —dada su naturaleza discontinua— por impedirlo el artículo 539 del Código Civil. No obstante, tal posesión deberá ser valorada en el supuesto de tratarse de una servidumbre de pastos nacida con anterioridad al Código Civil puesto que, como ya expresamos en otro lugar, antes de la publicación de nuestro primer texto legal sí era posible adquirir servidumbres de pastos mediante la técnica de la prescripción (634).

Según tuvimos ocasión de manifestar en el epígrafe anterior, en el antiguo Derecho era posible la adquisición de estas servidumbres por prescripción, generalmente inmemorial, conforme a la ley 15.ª título XXXI, Partida 3.ª en contra de lo que sucede en el Derecho vigente, conforme a lo dispuesto en los artículos 539 y 540 del Código Civil que niegan la posibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres continuas no aparentes, y las discontinuas, a cuya doble caracterización —discontinua y no aparente— pertenece la de pastos, a no ser que le supla el título por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente (635).

Al igual que en la hipótesis de la comunidad de pastos, pueden existir limitaciones de índole forestal, o de otro tipo, en los términos que allí expresamos.

---

(633) La casi totalidad de los preceptos relativos a las servidumbres prediales son de perfecta aplicación a las servidumbres personales, siempre que no desvirtúe tal aplicación la naturaleza propia de estas últimas; así verbigracia no son de aplicación a las servidumbres personales aquellos preceptos en los que se habla de predio dominante porque tal predio no existe en las servidumbres de esta naturaleza.

(634) La adquisición de servidumbres de pastos por prescripción, antes de la publicación del Código Civil, es reconocida por múltiples sentencias, tales como las de 22 de marzo de 1973 y 25 de mayo de 1974.

(635) *Vid.* DE LOS MOZOS, J. L., en «Dictamen sobre servidumbre personal de pastos», *ADC*, 1964, pág. 138.

### 3. *Aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas regidos por normas consuetudinarias*

El artículo 2 del vigente Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras respeta las normas consuetudinarias basadas en características comarcales, con la única exigencia de que tales normas sean recogidas en las Ordenanzas de Pastos del término municipal respectivo.

Las Ordenanzas de Pastos habrán de reunir una serie de requisitos que están consignados en el artículo 16 del citado Reglamento y que veremos más adelante al tratar de los pastos sujetos a ordenación. Aquí bástenos con destacar lo establecido en el artículo 21, a cuyo tenor «cuando existan normas consuetudinarias y costumbres tradicionales basadas en características comarcales respecto al aprovechamiento de pastos en algún término municipal que impliquen importantes particularidades con relación a las normas de este Reglamento, se podrán recoger en las Ordenanzas, instruyéndose el oportuno expediente, que será informado por la Junta Provincial de Fomento Pecuario (636) en el plazo de un mes y remitido seguidamente a la Junta Central de Fomento Pecuario (637) para su resolución.

Al ejercitarse estos aprovechamientos mediante unas normas consuetudinarias, resultaría inútil tratar de recogerlas en el presente estudio dada su innegable casuística con la consiguiente necesidad de plasmar la enorme variedad existente. De ahí que, en cada caso concreto, haya de analizarse la forma en que tradicionalmente se ejercitan tales aprovechamientos en los municipios o comarcas que ostentan una forma peculiar de los mismos. Sin embargo, sí podemos consignar que, generalmente, las peculiaridades consisten en dividir el término municipal en varios polígonos con una rotación derivada de las clases de cultivo que en los mismos se ejercitan, y en acotar en determinadas épocas del año alguno de ellos para ser aprovechado por el ganado que se estime más conveniente una vez que se pone en condiciones

---

(636) El Decreto de 17 de agosto de 1973 regula la composición y funcionamiento de las Juntas Provinciales de Fomento Pecuario.

(637) La Junta Central de Fomento Pecuario ha sido suprimida por Decreto 2499/1971, de 13 de agosto, y sus funciones están encomendadas a la Comisión Central de Selección y Reproducción Ganadera.

de ser aprovechado. De otra parte, es bastante frecuente que cada especie de ganado se adscriba a polígono distinto, e incluso, dentro de cada especie de ganado, como hemos podido observar «de visu» normalmente se constituyen diversos hatajos según el destino inmediato de cada especie pecuaria (638).

El Reglamento se limita a reconocer, con criterio plausible a nuestro juicio, la existencia de estas normas consuetudinarias con la sola exigencia de que se recojan en las Ordenanzas de Pastos. Esta exigencia no siempre se cumple, pues, en ocasiones, los que se hallan inmersos en esta forma consuetudinaria de aprovechamiento se inclinan —probablemente ignorándolo— más por el artículo 21 del Reglamento que expresa «podrán» ser recogidas en las Ordenanzas tales normas consuetudinarias, que por el artículo 2 del mismo cuerpo legal, según el cual, tales normas «serán» recogidas en las citadas Ordenanzas de Pastos.

Refiriéndose a estos aprovechamientos que viven con independencia de las disposiciones legales, siquiera ellas mismas estén reconociendo su existencia, afirma Gómez González (639), que en muchas comarcas de la península subsisten antiguas y curiosas formas de aprovechamiento comunal de los pastos y leñas, que superan en sentido práctico a las establecidas por la legislación positiva y que pueden considerarse como residuos muy estimables de nuestras gloriosas tradiciones municipales.

Pese a que en todas las normas positivas se trata del arraigo de la justicia, es indudable que las disposiciones legales a veces significan un excesivo rigor que no se atempera con las necesidades existentes de acuerdo con las características de un determi-

---

(638) El ganado bovino normalmente aprovecha polígonos distintos de los que aprovecha el ganado ovino. Dentro de cada uno de ellos, generalmente se distingue el ganado que se dedica a la reproducción y el que se dedica al crecimiento, así como el que se dedica a su inmediato sacrificio, adscribiéndose lugares distintos de pastoreo. Las suertes de terreno de cada especie van rotando para de ese modo mejorar la productividad de los lotes, puesto que las diversas clases de ganado tienen preferencia por tipos distintos de productos, siendo aconsejable que todas las clases se alimenten en todos los lotes, en distintas épocas del año. De esta forma se favorece la productividad de las distintas parcelas.

(639) GÓMEZ GONZÁLEZ, «Pastos comunales», en *Enciclopedia Jurídica Seix*, tomo XXIV, pág. 453.

nado lugar o comarca. De ahí que, como señala Gilarranz de Frutos (640), el respeto de múltiples formas consuetudinarias por parte de la legislación actual está basado en estas características comarcales.

*4. Exclusiones de pueblos o comarcas y de fincas agrupadas*

Aquellos pueblos o comarcas en los que las características especiales de las clases de cultivo, o en los que la carencia o poca importancia de los pastos de disfrute común en relación con el peculiar aprovechamiento agrícola o forestal lo hagan aconsejable, pueden ser excluidos del régimen de ordenación de pastos por la Dirección General de Producción Agraria previa instrucción del oportuno expediente.

La exclusión, cuando se trate de un pueblo, será solicitada por la Cámara Agraria Local correspondiente; cuando se trate de una comarca, lo será por las Cámaras interesadas en ello. En ambos casos, el expediente tramitado al efecto, será preceptivamente informado por la Delegación Provincial del Ministerio de Agricultura y por las Cámaras Agrarias (641).

Por lo que a las fincas agrupadas respecta, establece el artículo 53 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras que, «cuando los titulares de fincas rústicas colindantes que, por su extensión y características no reúnan por sí sólas las condiciones necesarias para ser excluidas del régimen común de ordenación de pastos, puedan agruparlas con tal finalidad, de acuerdo con lo establecido en el artículo 47, la exclusión habrá de ser autorizada por la Junta provincial de Fomento Pecuario, previa la formación del oportuno expediente, en el que podrán recabar los informes que estime conveniente. A la instancia en que se solicite la exclusión, habrá de acompañarse por duplicado el documento privado de constitución, extendido por el Secretario de la Cámara Agraria Local».

---

(640) GILARRANZ DE FRUTOS, *Nueva ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*. Madrid, 1954, pág. 11.

(641) El Decreto de 2 de junio de 1977, creador de las Cámaras Agrarias, en su disposición final 2.ª, establece la subrogación de éstas en las antiguas Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias.

### 5. *Mancomunidades de pastos*

El Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras dedica a los artículos 54 a 57 a las mancomunidades de pastos, como una de las formas de aprovechamiento no sujetas a ordenación, limitándose el citado texto legal a reconocer su subsistencia en la forma en que se hallen establecidas.

Pueden adoptar dos modalidades, según que incidan sobre terrenos de dominio particular o sobre terrenos públicos. Cuando recaen sobre bienes de dominio particular, es preciso tener en cuenta lo dispuesto en los artículos 600 y 602 del Código Civil; cuando recaen sobre terrenos públicos, entra en juego el artículo 601 del mismo cuerpo legal y, por remisión de éste, los artículos 192 y siguientes de la LRL y concordantes del RBEl.

La mancomunidad, ya recaiga sobre terrenos públicos, ya sobre terrenos privados, no implica que las fincas hayan de estar cerradas, ni tampoco el hecho de que lo estén obstaculiza en ningún modo su existencia. Más aún, ni en el supuesto de que el cerramiento afecte a alguna de las fincas existe impedimento para la mancomunidad siempre que tenga acceso a las mismas el ganado.

Importa destacar que la Administración se limita a mantener el estado de hecho en que hayan venido realizándose los aprovechamientos de pastos, reconociendo que todas las cuestiones que se susciten sobre la existencia, modificación o extinción de las mancomunidades, serán de la exclusiva competencia de la jurisdicción ordinaria, y que los aprovechamientos de pastos en los terrenos que integran una mancomunidad entre dos o más pueblos, se harán de acuerdo con las normas forales consuetudinarias que vengan observándose.

De la doctrina anterior claramente se desprende que las mancomunidades tienen un régimen autóctono que el Reglamento se limita a reconocer. No obstante, el artículo 57 atribuye a las Cámaras Agrarias Locales de las entidades o pueblos interesados, la administración de los pastos de las mancomunidades. Como observa Nieto (642) esta afirmación es gravemente perturbadora ya que estos inapreciables tesoros de la tradición

(642) NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, II, Valladolid, 1959, pág. 107.

multisecular no pueden resistir la invasión de unos organismos de la rigidez y uniformidad de los Cabildos Sindicales (643).

Finalmente, el último párrafo del artículo 57 establece que la Junta Provincial de Fomento Pecuario, cuando lo considere necesario, podrá constituir la Junta de Mancomunidad, que quedará formada por un miembro de cada una de las Cámaras Agrarias Locales que integran la mancomunidad de pastos y por el Veterinario titular del pueblo que se señale como residencia de la Junta. Se establecerá una rotación anual en la presidencia de la misma, que recaerá sucesivamente sobre todos y cada uno de los representantes de las Cámaras de los pueblos que formen la mancomunidad. Esta Junta de Mancomunidad se atendrá para su funcionamiento a los preceptos de este Reglamento.

Pueden darse pues dos situaciones: que exista Junta de Mancomunidad, o que no exista. Si existe, es claro que podríamos hacer la crítica anterior; existen interferencias de la misma en unos aprovechamientos aunque tal vez su actividad sea menos intensa que tratándose de una Cámara. Pero lo que no deja de sorprendernos es que el Reglamento guarde silencio en el caso de que no exista la Junta de Mancomunidad ¿Tendrán las mancomunidades plena libertad? o ¿cada Cámara sigue teniendo la administración de los pastos que correspondan a las personas encuadradas en su seno? Por lo absurdo de esta última hipótesis, nos inclinamos por la primera.

Afirmar que las mancomunidades de pastos que tienen como soporte terrenos de los particulares se rigen por los artículos 600 y 602 del Código Civil, no significa una posible negación de que se desenvuelvan tales comunidades por normas consuetudinarias; es evidente que si existen normas tradicionalmente observadas, se sigan manteniendo. Lo que queremos significar es que en cuanto a su constitución, es de imperativa aplicación el artículo 600 y que la posibilidad de separación de la comunidad de pastos que la mancomunidad significa, puede ejercitarse a través del mecanismo que contempla el artículo 602, que será analizado con algún detenimiento más adelante.

De otro lado, cuando la mancomunidad recae sobre terrenos

(643) Hoy Cámaras Agrarias, de acuerdo con el Decreto de 2 de junio de 1977.

públicos, tal y como señalamos con anterioridad, y según lo dispuesto en el artículo 601 del Código Civil, que se remite a las leyes administrativas, es preciso tener en cuenta los artículos 192 y siguientes de la LRL y los artículos 77 y siguientes del RBEL en cuyo análisis particularizado no entramos por ser objeto de estudio al tratar del aprovechamiento de los bienes comunales.

### 6. *Fincas segregadas*

Los artículos 58 al 61 del Reglamento de Pastos contemplan una serie de supuestos bajo la rúbrica de «fincas segregadas», que están excluidos del régimen común de ordenación de los pastos, hierbas y rastrojeras y que, de acuerdo con el primero de los artículos citados, son los siguientes:

1.º «Aquellas fincas que por su extensión o características, y hallándose bajo una misma linde, sean susceptibles de explotación independiente de sus aprovechamientos de pastos al permitir alimentar, como mínimo durante el año ganadero, al rebaño base que se señale en el término o comarca.»

Interesa destacar que la finca ha de ser única, ya que si se tratara de una pluralidad de fincas colindantes, nos hallaríamos en presencia de la «agrupación» a la que después nos referiremos. Por otra parte, se ha alterado sensiblemente la redacción del artículo 33 del Reglamento de 1954 ya que en él se establecía, «cualquiera que sea su extensión», mientras que en la redacción actual, la «extensión» es factor determinante siempre que se tengan en cuenta también las «características», puesto que por mucha que sea la extensión, si el terreno es totalmente improductivo, no podría alimentar durante el año ganadero el «rebaño base» que se señale en el término o comarca.

El criterio de este número nos parece totalmente plausible, ya que la ordenación de los pastos está justificada principalmente por la existencia de la excesiva parcelación, supuesto que no se da en el presente caso, ya que la extensión y características figuran como factor determinante de exclusión y esto nunca podrá darse en los supuestos de acusada parcelación.

Es innegable que ha de tratarse de un sólo titular. Esta exigencia ha de interpretarse correctamente en el sentido de incluir en su ámbito no sólo el caso de que sea el titular una

persona física, sino también una persona jurídica, e incluso puede ser el titular una comunidad o una pluralidad de personas que no tengan reconocida personalidad como grupo colectivo.

El requisito que más dificultades presenta, como ha hecho notar Nieto (644), es el de la exigencia de «una misma linde». El profesor citado, con referencia al artículo 33 del antiguo Reglamento de 1954 que exigía el mismo requisito, señala que en ocasiones una finca de la debida extensión está formada en realidad por la unión de otras varias o, en otros casos, que al lado de una finca grande se encuentra otra que se desea anexionar a estos efectos, estando separadas ambas por una pequeña distancia. A primera vista, interpretando literalmente la expresión que comentamos, parece imposible la exclusión de la finca que no está bajo la misma linde; pero, a pesar de ello, si el acceso de una parcela a otra está garantizado por una vía pecuaria o de alguna otra manera que no implique perjuicio alguno para los adjudicatarios del polígono, debe entenderse que pueden excluirse las fincas que reúnan esas condiciones.

La locución de que la finca sea «susceptible de explotación independiente» no debe interpretarse literalmente; esto es, debe ser compatible con la alimentación complementaria que en ciertas épocas del año se realiza mediante piensos, ya en régimen de estabulación, ya en régimen abierto. De no ser así, difícilmente tendrá posibilidad en la práctica este supuesto contemplado, ya que en épocas de rigor estacional, por muy extensas que sean las fincas, están carentes de productos con que alimentar adecuadamente el ganado, siendo necesario suministrar al mismo alimentos complementarios, ya en forma de piensos sólidos, ya mediante productos herbáceos o forestales procedentes de otras fincas, o adquiridos en el mercado. Más aún, estamos asistiendo en los momentos actuales a un fenómeno de gran significado económico y que, en gran medida, altera lo dispuesto en el número 1 del artículo que comentamos. Estamos refiriéndonos a la estabulación estacional del ganado en que se le suministra para aumentar su rendimiento, alimento extraño a la finca donde normalmente se halla el ganado. Este alimento que al ganado se le suministra, no ha de ser necesariamente sustitutivo del pasto —hipótesis de una

(644) NIETO, *Ordenación de pastos...*, II, Valladolid, 1959, pág. 218.

estabulación propiamente dicha—, ya que a veces actúa cómo complementario de los pastos que aprovecha en su pastoreo.

Cuanto afirmamos, es más acusado en el ganado bovino y de cerda que en el ovino. Sin embargo, en contra de lo que se ha considerado como principio inmutable de que el ganado ovino sólo es rentable si se alimenta directamente de productos del campo, hoy es un hecho incontrovertido el que al ganado ovino también se le suministran piensos de la más variada índole en determinadas épocas del año, con lo cual se logra una mayor producción y una mejora de raza.

Ante esta indiscutible realidad, el número 1 del artículo 58 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras hay que interpretarlo con cierta cautela y nunca de una manera literal. Han trascurrido diez años desde su publicación y el fenómeno de ganadería en cultivo intensivo —que también se extiende al ganado ovino— se ha desarrollado con posterioridad de forma muy acusada.

2.º «Los cercados de carácter permanente, entendiendo por tales las fincas totalmente limitadas por obras de fábrica, empalizadas, setos vivos o alambradas de altura superior a 75 centímetros u otros tipos de cercados, corrientes profundas y permanentes de agua y accidentes topográficos, capaces todos ellos de impedir el paso natural del ganado.»

El parentesco de este número con el artículo 388 del Código Civil es evidente, ya que, según éste, «todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos, o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas». Asimismo, es de destacar que la expresión «o de cualquier otro modo» que utiliza éste y la expresión «u otros cercados» utilizada por la regla segunda del artículo 58 del Reglamento de Pastos, significan que la enumeración que ambos preceptos utilizan es meramente «enunciativa» y no «exhaustiva».

En cuanto a la crítica que tal norma nos merece, la consideramos totalmente positiva, ya que nadie mejor que el titular de una finca sabrá ponderar los gastos que el cerramiento le supone y el resultado que con ello obtiene.

3.º «Las praderas temporales y las permanentes naturales o artificiales.»

Nos parece plenamente justificada esta norma. Las praderas, por su misma naturaleza, tienen un gran valor económico desde el punto de vista de los pastos, que haría injustificada la invasión de otros ganados. En efecto, las praderas, ya sean temporales o permanentes, permiten un aprovechamiento muy significativo por la abundancia de los pastos e incluso, en ocasiones, permiten obtener hierba para recolectarla, ya fresca —mediante modernos sistemas—, ya convertida en heno.

Todo esto sería imposible si estuvieran sometidas al régimen de ordenación, por lo que nos consideramos decididos defensores de la norma del Reglamento. De otra parte, la exclusión de la ordenación posibilita la intensificación de regadíos de pratenses que, lógicamente, no tendría lugar ante un aprovechamiento comunitario de las praderas. De ahí que la exclusión se nos antoje como un acicate para transformar terrenos que lo permitan, en praderas artificiales con un indiscutible aumento de productividad (645).

La exclusión de las praderas creemos que puede tener una justificación de gran alcance. En efecto, como señala certeramente el profesor Nieto (646), los auténticos «pastos» están excluidos ordinariamente de la mecánica legal. ¿No será ésta la razón más importante que ha llevado al legislador a la exclusión de las praderas cuyos productos son los auténticos «pastos» y no las hierbas y rastrojeras? (647).

4.º «Los olivares, viñedos, algarrobos y frutales, cuando algu-

(645) Sobre el fomento forrajero-pratense, *vid.* Resolución de 30 de junio de 1978 de la Dirección General de Producción Agraria y Orden de 25 de noviembre de 1978.

(646) NIETO, en *Ordenación...*, II, págs. 30 y 31, distingue las expresiones «pastos», «hierbas» y «rastrojeras» del siguiente modo: los «pastos hacen referencia a las hierbas de notoria significación económica en el alimento del ganado; las «hierbas» presentan un matiz raquítico, suponen un vegetal que indudablemente puede servir de alimento al ganado, pero cuya producción no es el fin primordial de la parcela en que brota; y, finalmente, concibe a las «rastrojeras» como el residuo que queda en un campo cultivado después de haberse procedido a la ordinaria recolección de sus frutos. En parecidos términos se pronuncia SERRANO GARCÍA en «Arrendamiento de pastos», *Rivista di Diritto Agrario,* Anno LIV, n.º 4-1975, Milán Dott, A. Giuffre Editore, págs. 1027 y 1028.

(647) El Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras en realidad deja fuera de su ámbito, tal como se desprende del número tercero que estamos analizando, todos los pastos que constituyen el aprovechamiento principal de las praderas, ya

no de estos cultivos sea predominante, así como las huertas y regadíos en razón de su intensidad, a cuyos efectos la Junta Provincial de Fomento Pecuario, previo informe de la Delegación Provincial del Ministerio, resolverá lo procedente.

No obstante este principio general, en aquellas comarcas en donde en determinadas épocas se vienen aprovechando los pastos existentes en terrenos de olivos, viñedos o algarrobos, se seguirá respetando tal costumbre; pero las Ordenanzas detallarán con toda precisión y claridad las fechas en que los ganados podrán entrar en las referidas fincas.»

Al igual que en la hipótesis anterior, consideramos plenamente justificada la exclusión de los supuestos enumerados en esta regla 4.ª, ya que sus características se atemperan mal a un régimen de ordenación de pastos por la peligrosidad que supondría para la subsistencia de tales cultivos. Nadie mejor que el dueño sopesará si son posibles los aprovechamientos de subproductos y, de serlo, cuándo deben realizarse. La bondad de la norma continúa en cuanto exige que aquellos cultivos «sean predominantes», ya que de este modo se evitan subterfugios en el sentido de poder obtener la exclusión con alguna plantación aislada, sin guardar relación con el destino y características de la finca o con las condiciones climatológicas del lugar.

El Reglamento se muestra respetuoso con estos cultivos, sancionándolo así el primer párrafo transcrito; este respeto se prolonga en el párrafo segundo, ya que si bien deja subsistente la costumbre de aprovechar en determinadas épocas los pastos existentes en los terrenos plantados de aquellas especies, exige que las Ordenanzas detallen con toda precisión las fechas en las que son posibles tales aprovechamientos. Es plausible esta función tutelar del Reglamento en beneficio de tales cultivos por la importancia económica que representan.

5.º «Los pastos memorales (terrenos poblados con especies forestales arbóreas).»

La «ratio legis» de esta exclusión no es otra que la de evitar la destrucción de las especies forestales, sobre todo en período

---

sean permanentes, con carácter natural o artificial —en cuyo caso la exclusión siempre procederá—, ya sean temporales, mientras existan las mismas.

de formación, lo que, evidentemente, pone de manifiesto lo acertado de la norma, ya que si no se excluyera del régimen normal de ordenación, sería ilusoria la población de especies arbóreas, con el enorme perjuicio económico y ecológico que esto representaría.

6.º «Los montes catalogados de utilidad pública.»

A propósito de esta exclusión —que también existía en el artículo 33 del hoy ya derogado Reglamento de 1954—, señalaba Nieto (648) que el 10 de mayo de 1939 se aclara la Ley de Pastos y Rastrojeras de la siguiente manera: «Las dudas surgidas en algunas provincias al interpretar la Ley de 7 de octubre de 1938 sobre el aprovechamiento de Hierbas, Pastos y Rastrojeras referentes a si las Ordenanzas formuladas por las Juntas Locales de Fomento Pecuario alcanzan también a los pastos de los montes catalogados como de utilidad pública, induce a esta Jefatura a declarar que se hallan exentos de toda reglamentación, ya que dichos pastos forman parte de los planes de aprovechamientos sometidos para ejecución, en todas sus modalidades de cuantía, tasación, acotados, época y forma de realizarse el disfrute, a la previa aprobación de este Ministerio que establece para cada monte la forma particular de llevarlo a cabo».

Esta es, pues, la explicación legal de lo que en su día fue la regla 6.ª del artículo 33 del Reglamento de Pastos de 1954 y hoy constituye también la regla 6.ª del artículo 58 del Reglamento de 1969.

Al igual que en el supuesto de «agrupación de fincas», puede darse en la hipótesis de «fincas segregadas» de que estamos ocupándonos, la situación de «fincas enclavadas» que —tal como expresa el artículo 59— serán absorbidas por aquéllas, excepto en el caso de que las enclavadas excedan en su extensión del 20 por 100 de la superficie total, o que concurran en las enclavadas algunas de las circunstancias recogidas en el artículo 58.

El párrafo segundo del artículo 59 determina claramente qué se entiende por finca «enclavada» a estos efectos, considerando como tal aquella parcela o terreno que solamente tenga acceso a través de la finca absorbente o que aun teniendo otro distinto, sea impracticable para el ganado. Sigue diciendo el párrafo que,

(648) NIETO, *Ordenación...*, II, págs. 227 y 228.

con independencia de su superficie, y cuando por su situación no pueda ser explotado en forma rentable por otros ganados que no sean los de la finca circundante, podrá ser también anexionado por la misma.

Finalmente, el último párrafo del artículo 59 establece que la absorción de los terrenos enclavados tendrá lugar mediante la correspondiente indemnización a los propietarios con carácter anual y en atención al precio que cada año ganadero alcancen dentro de la localidad pastos de análogas características a los de los existentes en dichos enclavados.

Si tenemos en cuenta que la absorción de los terrenos enclavados sigue el mismo criterio, en cuanto al aprovechamiento de sus pastos, que el terreno que le absorbe, hemos de concluir que a las seis reglas de exclusión que señala el artículo 58, habría que añadir una séptima que dijera aproximadamente: «Los terrenos enclavados entre las fincas a que se refieren las seis hipótesis anteriores», ya que por seguir el régimen de la finca que la circunda, también estarán tales fincas «enclavadas» excluidas del régimen normal de ordenación de pastos regulado por el Reglamento.

Señalan los artículos 60 y 61 el procedimiento para obtener la exclusión de tales fincas segregadas, destacando que el órgano competente para concederla es la Junta Provincial de Fomento Pecuario que resolverá, mediante el oportuno expediente en el que serán oídos además de los interesados, la Cámara Agraria Local correspondiente (si la finca estuviese situada en varios términos municipales se oirá el parecer de todas las Cámaras interesadas), la Delegación y aquellos otros organismos o entidades que se estimare oportuno.

Es de destacar, por último, que la exclusión originada por cualquiera de los motivos considerados en el artículo 58 que hemos analizado persistirá mientras dure la causa que la originó; de ahí que si alguna finca segregada perdiera la condición que motivó su exclusión, la Cámara Agraria Local deberá dar cuenta a la Junta Provincial de Fomento Pecuario en cuanto le sea conocido el hecho, solicitando sea reintegrada al régimen general de ordenación de pastos.

## B) Aprovechamientos de pastos y leñas sujetos a ordenación.

### 1. *Normas generales de aprovechamiento.*

El Reglamento da una serie de reglas a partir del artículo 22 acerca del régimen de los aprovechamientos de los terrenos sujetos a ordenación. De un análisis conjugado de estos preceptos, se deduce claramente el deseo del legislador de compatibilizar los intereses ganaderos con los intereses agrícolas (649), e incluso podríamos afirmar que los primeros son objeto de un trato más favorable que los segundos.

a) Disposiciones en favor de la ganadería.

En los terrenos sujetos a ordenación, los intereses pecuarios, si no existiera el Reglamento, sufrirían un grave quebranto, cuando no su extinción. La mecanización del campo mediante segadoras y, sobre todo, cosechadoras, suponen un deterioro importantísimo en los productos residuales de las cosechas con el consiguiente perjuicio para los ganados. Los tractores, asimismo, dificultan extraordinariamente la existencia de hierbas en los barbechos que quedan transformados, frecuentemente, en extensiones limpias de cualquier producto que pudiera ser aprovechado por los ganados.

Evidentemente, nada puede hacer el legislador por impedir estos medios en la agricultura, y no es deseable siquiera su intento. Lo que sí puede y debe hacer el legislador es partir de esta realidad y dictar unas normas que impidan la consunción de unos aprovechamientos de tan beneficiosos resultados en el campo pecuario. Eso es justamente lo que ha hecho en los artículos que, bajo la rúbrica que comentamos, dedica a esta materia.

En modo alguno suponen cortapisas a la siempre deseable mecanización del campo, pero sí dicta una serie de disposiciones encaminadas a que no desaparezca tan importante fuente de riqueza desde el punto de vista de las explotaciones pecuarias. Como principales normas encaminadas a tal fin, tenemos:

---

(649) De ahí que el artículo 28 establezca que las Hermandades —hoy Cámaras Agrarias Locales— procurarán ordenar el cultivo en el conjunto del término municipal en hojas que faciliten la concentración de aprovechamiento de los pastos, así como la realización de las operaciones agrícolas.

1.ª La prohibición que pesa sobre los agricultores de labrar los rastrojos antes de que transcurran quince días después de levantadas las cosechas, salvo que exista conformidad del ganadero o ganaderos adjudicatarios del polígono afectado, manifestada ante el Secretario de la Cámara Agraria Local, y siempre que previamente los aproveche el ganado del adjudicatario durante el plazo que se señale, o que éste haya renunciado a su aprovechamiento por haber mediado la oportuna indemnización.

En caso de contravención por los cultivadores, perderán éstos su derecho a percibir el valor de los aprovechamientos de los terrenos labrados, quedando, además, obligados a indemnizar al ganadero los daños y perjuicios causados.

2.ª Disminución del 50 por 100 de lo que deban percibir los cultivadores por el importe de los aprovechamientos si labran los rastrojos entre los dieciséis y treinta días, si han sido aprovechados con anterioridad dichos rastrojos por el ganadero; y si tal aprovechamiento previo no se hubiera realizado, el cultivador perderá la totalidad del importe de los aprovechamientos (650).

3.ª Prohibición de quemar las rastrojeras hasta la fecha determinada en las Ordenanzas de Pastos de cada término municipal, salvo autorización expresa del organismo competente. En este caso, el cultivador perderá su derecho al cobro de cantidad alguna por los pastos y quedará, además, obligado a indemnizar al ganadero o ganaderos perjudicados.

4.ª Exigencia de que las cosechas sean retiradas en un plazo prudencial para evitar que con el retraso se perjudiquen los intereses ganaderos. A tal fin se da, como norma indicativa, un plazo que no excederá de diez días después de realizada la siega de las tres cuartas partes de la parcela. En las parcelas segadas con cosechadora podrá pasar el ganado a pastar transcurridos tres

---

(650) No tendrán lugar estas normas en el caso de que el agricultor esté obligado a alzar los rastrojos como consecuencia de medidas fitosanitarias establecidas por los organismos competentes del Ministerio de Agricultura. Ahora bien, ¿quién ha de soportar en este caso la pérdida de los aprovechamientos? El Reglamento guarda silencio; nosotros nos inclinamos a que debe ser la Administración quien indemnice las pérdidas que se causan al cultivador y al ganadero por proceder de una medida fitosanitaria, que debe afrontar la propia Administración.

días desde el acopio del grano si la paja se empacó con la misma máquina o pasadas diez fechas en cualquier otro caso (651).

5.ª La germinación de simientes en los rastrojos quedará en beneficio del ganadero, y si las plantas fueran arrancadas y no cortadas o segadas, el ganadero tendrá derecho a una disminución en el precio.

6.ª El estiércol y redileo quedarán a favor del ganadero.

b) Disposiciones en favor de la agricultura.

1.ª Se prohíbe que el ganado acceda a los rastrojos hasta que no se haya levantado la cosecha en evitación del deterioro de la misma. Cuando se trate de parcelas de una extensión superior a diez hectáreas, podrán entrar siempre que se haya recogido más de la mitad de la mies de las mismas. En este supuesto la entrada se hará precisamente en la parte expedita de cosecha.

2.ª Tratando de evitar perjuicios en los terrenos que van a ser sembrados, se prohíbe la entrada del ganado en los barbechos preparados para su siembra inmediata (652); en todo caso, después de lluvias intensas y recientes, durante un plazo de tres días, salvo el caso de que las condiciones del suelo u otras circunstancias apreciadas por la Camara Agraria Local obliguen a plazo más largo.

3.ª Cuando se trate de cosechas deficientes no recolectadas, o de cosechas destruidas por tormentas, inundaciones o incendios, el cultivador tendrá derecho a un sobreprecio que satisfará el ganadero al aumentar la cuantía del aprovechamiento.

4.ª El estiércol y redileo se entenderán cedidos al cultivador de la finca cuando los ganados entrasen en los apriscos, parideras o edificaciones anejas a la finca en aquellas comarcas en que desde tiempo inmemorial existiera esta costumbre. Además, en caso de venta por el ganadero de estos productos de los animales, el cultivador de las fincas en que se realicen los aprovecha-

(651) Esta norma, en su último inciso, es indudable que también favorece al agricultor para que recoja la paja antes de su deterioro por el ganado.

(652) La expresión «siembra inmediata» es imprecisa. No obstante, entendemos que la costumbre de la localidad habrá de tenerse muy en cuenta para su determinación.

mientos, en igualdad de condiciones, tendrá preferencia sobre cualquier otro adquiriente.

*2. Modalidades de aprovechamiento ganadero en común*

De acuerdo con lo establecido en los artículos 36 al 50 del Reglamento, existen tres modalidades de aprovechamiento ganadero en común dentro de los pastos sujetos a ordenación: a) Dulas o Piaras Concejiles, b) Cooperativas de explotación ganadera y otras ganaderías de grupo, y c) Agrupación de fincas.

a) Dulas o Piaras Concejiles.

Según establece el artículo 36 del Reglamento, se entiende por dula o piara concejil la reunión de ganados de los vecinos cabezas de familia, de un pueblo o término municipal para el aprovechamiento en común de los pastos.

Constituye esta peculiar institución jurídica un aprovechamiento ganadero comunal que hace posible el que personas que no ostenten la cualidad de ganadero, satisfagan necesidades familiares de carácter perentorio, propiciando, además, la existencia de la ganadería en muy amplias zonas de España. De no existir la dula o piara concejil, es evidente que a nadie puede resultar rentable el poseer un escaso número de cabezas de ganado —que después veremos— por los gastos que su custodia aislada supondría.

Como ha hecho notar Toubes Herrero (653), la regulación de las dulas se remonta al pasado siglo, en el que ya constituían una costumbre extendida por todo el ámbito nacional, respondiendo a una necesidad económica. Constituyen, por ello, una de las figuras reguladas secularmente en forma consuetudinaria, de pastoreo en común, que desde muy antiguo ha estimulado la explotación de cooperativas de fracciones pequeñas de ganado, propiedad de los campesinos pobres y gente modesta, que no podían tener sus propios pastos, y que no ostentaban la cualidad de ganaderos (654).

(653) Toubes Herrero en una Comunicación presentada en las Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario, julio de 1976.

(654) La Resolución de la Dirección General de Ganadería de 28 de marzo de 1957 establece que «la dula está precisamente reservada no para los ganade-

Dos son los requisitos para ser dulero: Uno, de carácter positivo, que consiste en ser «cabeza de familia»; otro de carácter negativo, y que consiste en «no ser ganadero».

Con respecto a la exigencia de ser «cabeza de familia», hemos de acudir a la LRL en cuyo artículo 43 se formula el concepto de tal condición en los siguientes términos.

1. «A los efectos de esta Ley, serán cabezas de familia los mayores de edad o menores emancipados bajo cuya dependencia, por razón de parentesco, tutela, adopción, acogimiento, estado religioso o prestación de servicios domésticos, convivan otras personas en un mismo domicilio.

2. La convivencia de varias familias en una misma casa no privará al jefe de cada una de ellas de su condición legal de cabeza de familia.»

Analizando el precepto transcrito, opina Nieto (655) que, aunque al comienzo del artículo se hace la procedente observación de que esta definición sólo se refiere «a los efectos de la Ley», no obstante, su concepto es perfectamente aplicable a los efectos de la reglamentación de pastos. Sostiene que aunque la dula es una institución consuetudinaria, si la tradición ha ampliado, no ya el concepto de lo que sea un cabeza de familia, sino el de quiénes pueden disfrutar de sus beneficios, esta costumbre será perfectamente lícita y válida con tal de que se haga constar en Ordenanzas y sea sin perjuicio de derechos adquiridos. Por el contrario, si la costumbre fuese más restringida, deberá tenerse por nula y ampliada obligatoriamente por el precepto que comentamos.

En cuanto al requisito negativo aludido, hay que entenderlo en el sentido de que tiene cualidad de ganadero aquel que ejerza una industria pecuaria; es decir, que haga de la explotación ganadera su profesión y, como ha quedado consignado, el que ostente esta situación no podrá tener la condición de dulero. En

---

ros que, aunque sean modestos, tengan la ganadería por profesión, sino, por el contrario, para los cabezas de familia que no siendo profesionalmente ganaderos posean algún número de caballerías o de reses que no sobrepase de cuatro mayores o veinte menores». Este límite cuantitativo fue recogido por el Reglamento de Pastos de 1954 y asimismo, lo está por el artículo 39 del vigente Reglamento de 6 de junio de 1969.

(655) NIETO, *Ordenación de pastos...*, II, págs. 183 y 184.

cambio, en opinión de Nieto (656) esta incompatibilidad sólo se dará en el supuesto de que la industria pecuaria tenga por objeto la misma especie de ganado que la dula; no en el caso de que el ganado de ésta sea de distinta especie del que constituye la actividad ganadera de aquél (657).

De otro lado, si antes hemos hecho alusión a que mediante la dula pueden obtener unos recursos económicos las clases menos acomodadas, esta afirmación en algunos supuestos puede no ser cierta, ya que si sólo se exige además de ser cabeza de familia, no ser ganadero, obviamente pueden ser duleros cabezas de familia no ganaderos sin que ostenten una posición económica modesta y, al contrario, los ganaderos, por muy modestos que sean, nunca podrán tener la calidad de dulero. Sin embargo ésta es la servidumbre a que pueden dar lugar las normas, por muy justos que sean los objetivos que persigan; ahora bien, no es fácil concebir la existencia de duleros con pingües ingresos, con lo que la desviación de la finalidad de esta norma es más teórica que real.

Hay que tener en cuenta, además, lo establecido por el segundo párrafo del artículo 38 que, excepcionalmente, admite el que puedan acogerse al régimen colectivo de dulas o piaras concejiles los vecinos del término que sean abastecedores de carne de la localidad y que, como tales, vengan obligados al pago de la licencia fiscal, siempre que las reses sean destinadas únicamente para el abastecimiento inmediato.

En cuanto al número de cabezas de ganado que podrá tener en la dula cada beneficiario, no podrá exceder de cuatro mayores o veinte menores (658). También por vía de excepción, los

(656) NIETO, ob. y *loc.* cit. en nota anterior.

(657) La expresión «ganadero» no siempre aparece diáfana y clara. En muchas ocasiones se sabe con certeza si una persona ostenta o no tal cualidad; en otras, en cambio, es de una extraordinaria dificultad. A nuestro juicio, sólo acudiendo al término «profesionalidad» podemos dar la solución adecuada. Si una persona ejerce la industria pecuaria con profesionalidad, es decir, haciendo de ella su principal ocupación, es evidente que debe ser calificada como ganadero; si, por el contrario, la actividad ganadera es complementaria de otra principal y va destinada fundamentalmente al consumo familiar —aunque ciertos productos ocasionalmente sean vendidos—, no tendrá el que tal actividad ejercite el concepto de ganadero a los efectos de este Reglamento.

(658) Por reses mayores se entienden los bovinos y equinos; por reses menores, los ovinos, caprinos y porcinos.

abastecedores de carne de la localidad a que antes nos referíamos están sujetos, en cuanto al número de cabezas que puedan tener en las distintas épòcas del año, a lo determinado por la Junta Provincial de Fomento Pecuario.

La Comisión Mixta de la Cámara Agraria Local determinará, en cada término minicipal, el polígono o polígonos de pastos que se destinarán al sostenimiento de los rebaños concejiles, que en caso de proporcionar exceso de pastos durante tres años, serán reducidos; también es de su competencia el señalar la cuota que deberán satisfacer los beneficiarios. Existe una relación de los vecinos acogidos a la dula con el número de cabezas que cada uno posee y especies de las mismas.

Respecto a la posibilidad de que diferentes especies de ganados den lugar a diversas dulas, determina el Reglamento que se podrán constituir dulas o hatajos para cada una de las diferentes especies de ganados cuando su número, dentro del término municipal, lo haga aconsejable. También es posible que, por motivos justificados, en determinados términos municipales no se constituya la dula, para lo cual, la Cámara Agraria Local elevará escrito motivado a la Junta Provincial de Fomento Pecuario, que resolverá.

La administración de la dula, en lo que se refiere a la designación de pastores o guardas, formación de hatajos, pagos de seguros sociales, prevención o individuilización de daños, así como la representación de la misma en cuantas medidas se tomen en favor de los comunes intereses, corresponderá a los beneficiarios, quienes podrán asumir directamente su ejercicio o designar entre ellos sus representantes, o bien encomendar el ejercicio de tales facultades a la Comisión Mixta paritaria de la Cámara Local respectiva, la cual conservará en todo caso facultades de inspección.

Hemos de destacar el carácter personalísimo con que el Reglamento concibe al beneficio que la dula comporta para cada dulero, sancionando la prohibición del fraccionamiento entre varios de ellos del número de reses poseídas por uno solo, así como la venta o cesión simuladas a otro vecino que introduzca en la dula animales que no sean de su propiedad, penalizando tales actos con multa y privación de este derecho en el término

municipal durante uno o dos períodos ganaderos, según criterio de la Cámara.

Desde el punto de vista crítico, no cabe hacer un juicio apriorístico acerca de la conveniencia o inconveniencia de la dula. Todo dependerá de las circunstancias de cada caso concreto: si no la hacen aconsejable las condiciones del término municipal por sus características, nada resolvería la dula; tampoco, si aun permitiéndola y aconsejándola las características del terreno, no existe un número de duleros los suficientemente amplio para poder formar un rebaño que permita su viabilidad. Si, por el contrario, las condiciones del terreno la permiten y existe un número de duleros lo suficientemente amplio, para formar un rebaño de unas dimensiones rentables, deben las dulas mantenerse e incluso vigorizarse, al permitir que quienes no se dediquen a la actividad ganadera puedan obtener unos ingresos complementarios de incalculable valor para su modesta economía, que no sería posible sin la existencia de tales dulas o piaras concejiles.

b) Cooperativas de explotación ganadera y otras ganaderías de grupo.

La legalidad vigente propicia este tipo asociativo para el aprovechamiento de pastos, señalando en este sentido el artículo 44 que los ganaderos que con el fin de mejorar los aprovechamientos de los pastos, hierbas y rastrojeras sometidos a ordenación se asocien en cooperativas, grupos sindicales o cualquiera otra modalidad de agrupación reconocida por las leyes, gozarán de los beneficios que este Reglamento les conceda en orden a la obtención y aprovechamiento de los pastos sujetos a la ordenación de referencia.

Tales beneficios podemos concretarlos del siguiente modo:

— Obtener anticipos o subvenciones del Ministerio de Agricultura, de la Junta Central de Fomento Pecuario —hoy Comisión Central de Selección y Reproducción Ganadera (659)— y de los demás organismos competentes (art. 45).

— Derecho preferente para la adjudicación de pastos sobrantes a tenor de lo dispuesto en la letra b) del artículo 65 y número 4 del artículo 76 y derecho a que no sea, en principio,

(659) *Vid.* Decreto 2499/1971, de 13 de agosto.

reducido su cupo de ganado en el caso de que se vea disminuida la superficie sujeta a ordenación, según la letra a) del mismo artículo 65.

— Derecho a la adjudicación de los polígonos de pastos por períodos de tiempo comprendidos entre dos y diez años si se comprometen a cumplir una serie de condiciones que el artículo 75 establece y que son fundamentalmente: la realización de mejoras por su cuenta en los polígonos de pastos que le sean adjudicados, siempre que hayan de redundar en beneficio de los aprovechamientos y rendimientos de los pastizales, así como la construcción de albergues adecuados, caso de no existir o de ser insuficientes para el ganado lanar que disfrute de aquéllos.

— Los polígonos de pastos que se les adjudiquen serán los necesarios para el ganado que reúnan estas ganaderías de grupo, el cual estará integrado por los distintos cupos reconocidos con anterioridad a sus miembros, procurando la Cámara Agraria Local que los polígonos que se adjudiquen constituyan un coto redondo (art. 76, 1.º).

— La adjudicación se hará por el precio de tasación debidamente aprobado, que no se alterará en años sucesivos, a menos que los gastos sufran en dicha tasación para el resto de los polígonos del término una variación superior, en más o menos, al 20 por 100 (art. 76, 2.º).

— La cooperativa queda eximida de la obligación de acudir a subastas, aunque éstas fuesen obligatorias para los restantes ganaderos del término.

c) Agrupaciones de fincas.

La posibilidad de agrupación de fincas como una de las modalidades de aprovechamiento de pastos en común está reconocida en el artículo 46 del Reglamento, a cuyo tenor «los titulares de fincas rústicas colindantes podrán agruparlas siempre que el coto o polígono resultante reúna las condiciones exigidas en los dos artículos siguientes, y que el aprovechamiento de las fincas agrupadas se realice por los ganados que posean sus titulares o por los que adquieran a tal efecto, debidamente inscritos en las cartillas ganaderas».

Los requisitos que ha de reunir la agrupación de fincas de

acuerdo con los preceptos siguientes invocados por el artículo 46 son los siguientes:

1. Que las fincas agrupadas sean colindantes unas con otras, formando en conjunto un coto o polígono bien delimitado y que no perturbe el aprovechamiento normal del resto de los pastos sujetos a ordenación.

2.º Que permita acoger un número de reses no inferior al fijado como tipo o base para el término o comarca.

3.º Que, dentro del polígono o coto redondo obtenido como consecuencia de la agrupación, un 75 por 100 como mínimo de su extensión total sea propiedad de sus componentes, o éstos acrediten en debida forma que tendrán por más de cinco años, en virtud de cualquier otro título jurídico, la explotación de tales fincas y que cuentan con el permiso de sus propietarios.

4.º Para que las agrupaciones sean reconocidas a efectos legales, deberán constar por escrito, consignándose necesariamente estos datos:

a) Duración, que no podrá ser inferior a cinco años.

b) Título jurídico por el cual tienen el disfrute de la explotación de la finca y autorización que, en su caso y a estos efectos, hayan otorgado expresamente los propietarios.

c) Expresión de todos los predios que se agrupan, con determinación de sus linderos y superficie, así como el número y especie de los ganados que posean en la actualidad.

d) El plan de explotación ganadera, en el que constará expresamente el número y especie de los animales que habrán de aprovechar los pastos de la agrupación, indicando las reses o el porcentaje de éstas con que cada uno de los agrupados podrá concurrir.

Los pastos de los polígonos formados por la agrupación deberán ser exclusivamente aprovechados por ganados pertenecientes ya a los propietarios de las fincas agrupadas, ya a los que correspondan tales aprovechamientos en virtud de otro título jurídico distinto del dominio, quedando terminantemente prohibido el subarriendo o cesión de los aprovechamientos de pastos, hierbas y rastrojeras a personas extrañas.

La vigilancia del cumplimiento de estas obligaciones corre a cargo de la Cámara Agraria Local, que podrá imponer sanciones y, tratándose de infracciones graves, podrá revocarse, además, la

exclusión de las fincas agrupadas del régimen común de ordenación, previa incoación del oportuno expediente, por la Junta Provincial de Fomento Pecuario.

En el supuesto contemplado en el requisito número 3, los propietarios de las fincas enclavadas dentro de la agrupación han de ser debidamente indemnizados. En este sentido, y de acuerdo con lo establecido en el párrafo final del artículo 59 del Reglamento, la absorción de los enclavados tendrá lugar mediante la correspondiente indemnización a sus propietarios, con carácter anual y en atención al precio que cada año ganadero alcancen dentro de la localidad pastos de análogas características a las de los existentes en dichos enclavados. Nos hallamos, pues, ante una especie de expropiación forzosa de los pastos de tales fincas enclavadas, si bien sólo tendrá lugar cuando no excedan en su extensión del 25 por 100 de las fincas agrupadas.

Las agrupaciones constituyen, sin lugar a dudas, una solución privada, a cargo de los propietarios, de las dificultades inherentes a la excesiva parcelación que imposibilita un aprovechamiento racional y rentable de sus pastos. De ahí que la Administración procure alentarla para tornar económico un aprovechamiento que, sin la correspondiente agrupación, sería irrealizable por antieconómico.

*3. Adjudicación de los aprovechamientos.*

Cinco formas establece el vigente Reglamento para la obtención de los aprovehamientos de pastos, hierbas y rastrojeras de los terrenos sujetos a ordenación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 62:

1. Por pastoreo en régimen colectivo, tanto en los términos municipales en que desde antiguo no exista delimitación de polígonos, como en aquellos otros en que se estime conveniente por la Comisión Mixta paritaria de la Cámara Agraria Local, y así sea acordado.

2. Por pastoreo en la dula o piara concejil.

3. Mediante adjudicación directa, por el precio de tasación, entre los ganaderos del término con derecho reconocido e inscrito en la Cámara Agraria Local, siendo preciso para ello:

a) Que conste el compromiso de todos ellos o de su 80 por

100 al menos, de quedarse por el precio de tasación con el aprovechamiento de los polígonos de pastos del término necesarios para la totalidad de los rebaños que acrediten.

b) Que el número de cabezas de ganado que posean sea proporcionado a la extensión del terreno pastable que pretendan.

c) Que haya acuerdo entre los mismos en cuanto a su distribución. De darse la conformidad del 80 por 100 como mínimo de todos ellos, la Cámara Agraria Local adjudicará a los ganaderos disconformes los polígonos que en principio les hubiesen sido asignados en anteriores repartimientos. En caso de no existir aquéllos, se les asentará en los pastos adjudicados.

4. Por subasta de los pastos de los polígonos del término municipal cuando todos o alguno de ellos no hayan sido concedidos por el procedimiento anterior.

5. Mediante la utilización de la reserva de un cupo de pastos de temporada para las necesidades de las ganaderías trashumantes, en los términos en que tradicionalmente se admiten estas ganaderías, tomando como base para ello el promedio del ganado admitido en los últimos diez años.

Ha supuesto este precepto una importante modificación con respecto al artículo 45 del hoy derogado Reglamento de 1954 en el que se incluía el «arrendamiento directo de los pastos de las fincas excluidas»; esta modalidad ha desaparecido en el artículo 62, lo cual es lógico ya que este precepto se refiere a los aprovechamientos de pastos, hierbas y rastrojeras «sujetos a ordenación». De otro lado, también constituye una novedad el número 5 del citado artículo 62 al reconocer la utilización de reserva para ganados trashumantes.

Problema muy controvertido en relación con el artículo 54 del Reglamento de 1954 —que se corresponde con las salvedades apuntadas con el artículo 62 que comentamos del Reglamento vigente—, fue el de si existía una verdadera prelación entre las distintas formas de obtención de los aprovechamientos de acuerdo con el orden establecido por tal artículo. El Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de diciembre de 1969 determinó claramente que al decir en el primer párrafo (660) «se podrán

(660) La sentencia se refiere, naturalmente, al artículo 54 del Reglamento de Pastos de 1954, hoy derogado.

obtener los aprovechamientos de pastos, hierbas y rastrojeras», sienta un principio general para su adquisición sin preferencia alguna de los cinco procedimientos que en el mismo se enumeran, de forma que los ganaderos interesados, todos los años y con la antelación precisa, deben solicitar de la Hermandad de Labradores y Ganaderos —hoy Cámara Agraria Local— el sistema que prefieren. En parecidos términos se pronuncia la sentencia de 22 de abril de 1971 al señalar que no es principio interpretativo unánimemente admitido el que los cinco sistemas o modos de poder obtener los aprovechamientos tengan carácter de obligada prelación para su aplicación, en términos tales que sólo podrán ser aplicados uno de dichos sistemas en el caso de que no hayan podido ser aplicados por improcedentes el o los anteriores; es decir, que en el caso de autos sólo podía aplicarse el sistema del número cinco de dicho artículo, o sea el de la «subasta» en el supuesto de que no procediera aplicarse el establecido en el anterior número cuatro, esto es, el sistema de «adjudicación directa entre ganaderos», falta de unanimidad de tal principio de que es exponente la doctrina sentada en la sentencia de 1 de diciembre de 1969 (661).

El «aprovechamiento en régimen colectivo», tal y como está redactado el número 1 del artículo 62 del Reglamento, puede tener lugar o bien sobre terrenos en los que no existan polígonos delimitados, o bien sobre terrenos en los que sí exista tal delimitación. Por otra parte, creemos que debe ampliarse esta modalidad no sólo a los supuestos en los que la propiedad de los ganados se hace común a todos los ganaderos de forma que el rebaño común pertenece a todos por fracciones, sino también cuando cada ganadero del rebaño común conserva la propiedad de sus ganados debidamente señalados y marcados.

La primera de estas modalidades es poco frecuente en la práctica; no así la segunda. Conocemos «de visu» gran número de supuestos de aprovechamiento en régimen colectivo en el que cada partícipe del rebaño común sabe exactamente no sólo cuántas reses le pertenecen, sino qué reses le pertenecen. Hay promiscuidad en el aprovechamiento de los pastos, pero diferen-

(661) También se refiere al artículo 54 del Reglamento de 1969 la sentencia de 22 de abril de 1971.

ciación dominical de las cabezas de ganado que llevan a cabo tal aprovechamiento.

Dentro de este régimen colectivo de aprovechamiento, puede existir un solo rebaño para cada clase de ganado, o varios rebaños dentro de cada especie pecuaria. La cantidad de ganado de cada especie que los terrenos pueden alimentar será muy tenida en cuenta para la existencia de uno o varios rebaños de acuerdo con la extensión óptima de cada uno de ellos. Si existe un solo rebaño para cada especie de ganado, el aprovechamiento de los terrenos, con o sin delimitación de polígonos, se ejercita colectivamente en forma pura; pero tampoco vemos que el régimen colectivo sea alterado por el hecho de que existan varios rebaños que aprovechen simultáneamente los pastos en los mismos terrenos.

Generalmente se hacen rebaños de ganado bovino —con el que a veces se mezcla el equino—, distinguiendo diversos hatajos de acuerdo con las características del ganado: de cría, de engorde u holgón. También el ganado ovino en determinadas épocas del año se diversifica en varios hatajos: ovejas con sus crías de un lado, y el resto del ganado lanar de otro. Sobre todo en el ganado de esta última especie, es frecuente que dentro del mismo término municipal existan varios rebaños si el ganado ovino es de gran cuantía. Cada rebaño estará bajo la custodia de un pastor que será retribuido por todos los ganaderos en proporción de las cabezas que cada uno aporte al rebaño de que se trate, siendo frecuente el que establezcan los ganaderos integrantes del rebaño una especie de «asociación de seguros mutuos» en el sentido de que las reses siniestradas sean indemnizadas por todos ellos en proporción a las cabezas de ganado de que sean propietarios.

A fin de cuentas, hemos de convenir que el sistema de aprovechamiento en régimen colectivo no es sino un especie de dula ampliada en la que tienen su encaje los que ostentan la calidad de ganaderos y que está ampliada a la totalidad del término municipal, si no existe delimitación de polígonos o a los polígonos afectados si existe tal delimitación.

De la «dula o piara concejil» ya nos hemos ocupado con anterioridad, dando aquí por reproducido cuanto allí se dijo, si bien en esta analogía que apuntamos hay notables diferencias.

En cuanto a la «adjudicación directa por el precio de tasación» entre los ganaderos del término con derecho reconocido e inscrito a que se refiere el número 3 del artículo 62, además de los requisitos determinados en el propio artículo y que ya quedaron transcritos, es preciso tener en cuenta:

a) Sólo tendrán derecho a realizar tal aprovechamiento los ganaderos que tengan una explotación pecuaria permanente en el término, acreditando este extremo con la cartilla ganadera correspondiente.

b) La suma total de los cupos individuales de ganado no podrá exceder del número de cabezas que sean susceptibles de mantener los terrenos del término sujeto a ordenación.

c) El cupo de ganado con derecho al disfrute, permanecerá inalterable respecto del año anterior, a no ser que disminuya la superficie sujeta a ordenación o que haya sobrante de pastos, dictándose en estos supuestos unas reglas casuísticas en el artículo 65.

d) La adjudicación de los pastos se hará por polígonos completos, o por parte de los mismos, entre los ganaderos, siempre que su cupo de ganado sea igual o superior al rebaño base. De no serlo, podrán agruparse varios de ellos hasta alcanzar dicho número.

Como fácilmente se desprende del inciso final de la letra d), si se agrupan varios ganaderos y optan por aprovechar el polígono o poligonos adjudicados en forma directa de manera conjunta, es indudable que nos hallaríamos ante la modalidad de aprovechamiento en régimen colectivo. Evidentemente, tal aprovechamiento en régimen colectivo estará limitado, en forma exclusiva, a los ganaderos agrupados para alcanzar el cupo de ganado exigible del rebaño base.

Por lo que respecta a la cuarta modalidad de adjudicación —esto es, mediante «subasta»— dados los términos en que está redactado el Reglamento, sí cabe hablar de la prelación a que antes hicimos referencia y que va en contra de lo señalado por el Tribunal Supremo en las sentencias aludidas con anterioridad. En efecto, si la subasta de los pastos de los polígonos del término municipal tienen lugar cuando todos o algunos de ellos no hayan sido concedidos por adjudicación directa, es innegable la prioridad de tal «adjudicación directa» sobre la «subasta» ya que ésta

opera en defecto de aquélla. Este número, como acabamos de señalar, pone en entredicho la doctrina sentada por las sentencias de 1 de diciembre de 1969 y 22 de abril de 1971 que estaban referidas a la legalidad del Reglamento de 1954, cuyo artículo 45 no era tan explícito en esta materia como lo es el 62 del Reglamento vigente.

La subasta será pública mediante el procedimiento de pujas a la llana y deberá celebrarse con un mes de antelación a la fecha en que deban comenzar los aprovechamientos, requiriéndose para concurrir a la misma, que se acredite por los licitadores su condición de ganaderos con explotación pecuaria permanente en el término municipal, pudiéndose adjudicar los aprovechamientos por temporada, por anualidades o por bienios (662).

A la primera subasta sólo podrán concurrir los ganaderos del término municipal. Si ésta quedara desierta, se celebrará una segunda diez días más tarde, a la que podrán concurrir con los ganaderos del termino municipal, ganaderos de otros términos municipales, y si ésta, a su vez quedara desierta, sus pastos tendrán la consideración de «sobrantes temporales» para su utilización hasta el siguiente año ganadero, según proponga la Cámara Agraria Local respectiva y acuerde la Junta Provincial de Fomento Pecuario.

Cuando la subasta recaiga sobre pastos de montes catalogados como de utilidad pública, la Cámara Agraria Local podrá asistir por sí con personalidad jurídica a la misma, al efecto de distribuir después entre ganaderos de la localidad los pastos que le fueren adjudicados.

Interesa destacar en este régimen de adjudicación por subasta que, al igual que en el supuesto anterior, tienen la posibilidad de agruparse los ganaderos con cupos inferiores al rebaño base, para de esa forma poder pujar. En este supuesto nuevamente nos hallaríamos ante un aprovechamiento ejercitado en común a no ser que opten por subdividir entre sí el aprovechamiento del polígono que se adjudique mediante subasta.

La última modalidad a que se refiere el artículo 62, en su

(662) La posibilidad de obtener el aprovechamiento por temporada, por anualidades o bienios, es aplicable también al sistema de adjudicación directa de los pastos.

número cinco, es aquella en cuya virtud puede obtenerse el aprovechamiento de los pastos, hierbas y rastrojeras mediante la utilización de la reserva prevista en el caso de ganado trashumante que, como ya indicamos más atrás, sólo tendrá lugar en los términos municipales en que tradicionalmente se admiten estos tipos de ganadería, reservando el cupo de pastos de temporada para las necesidades de las mismas, tomándose como base el promedio de ganado admitido en los últimos diez años.

Finalmente, se prohíbe el subarriendo o cesión a terceros de los pastos adjudicados por el régimen común de ordenación, admitiéndose en cambio: a) el aprovechamiento en régimen de aparcería, siempre que el contrato en que se formalice sea aprobado previamente por la Cámara Agraria Local, y b) la cesión de condición de ganadero, si bien sólo en el supuesto de que por cualquier título traslativo de dominio se desprenda el titular a favor de otra persona, de la totalidad del ganado y de los pastos.

*4. Régimen económico*

Dedica el Reglamento los artículos 81 a 98 al «régimen económico» de los aprovechamientos de los pastos sujetos a ordenación distinguiendo: «fijación de precios»; «del cobro y pago de los pastos» y «de los presupuestos y liquidación». No vamos a realizar un estudio minucioso de esta materia por exceder del propósito de nuestro estudio (663); sin embargo sí queremos destacar algunos aspectos que consideramos de la mayor importancia.

En cuanto a la «fijación de precio», es la Junta Provincial de Fomento Pecuario el órgano soberano ya que ella señalará los topes mínimos y máximos que deben servir de base para la fijación de los mismos y, en último término, ellas son las encargadas de resolver las «propuestas de tasación» formuladas de acuerdo con los límites máximos y mínimos por las Cámaras Agrarias Locales y, en su caso, por la Comisión Mixta paritaria si

(663) Una vez más invocamos el excelente trabajo del profesor NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, en el que estudia con su agudeza habitual las principales cuestiones que en esta materia se planteaban en el Reglamento de 1954 y que hoy siguen siendo válidas, con las debidas adaptaciones, al vigente Reglamento de 1969.

hay reclamaciones a la propuesta elaborada por dicha Cámara Local. Se determinará el precio por hectárea y año dentro de cada polígono y, si no fuera posible dar un precio unitario anual, se especificarán las distintas épocas del año, concretándose las fechas de iniciación y término de las mismas.

Particularmente importante es el artículo 85, a cuyo tenor «cuando los pastos, hierbas y rastrojeras se adjudiquen por el procedimiento directo establecido en el número cuarto del artículo 62, lo serán al precio aprobado por la Junta Provincial, a reserva de lo que acuerde la Junta Central de Fomento Pecuario —hoy Comisión Central de Selección y Reproducción Ganadera— en el supuesto de que se hubieran interpuesto recursos. Cuando la adjudicación se efectúe por subasta, el precio de tasación servirá como base para la licitación, sin que en tal supuesto opere la limitación del precio máximo señalado por la Junta Provincial. Caso de que dicha primera subasta quedara desierta, en la segunda, que se verificará diez días más tarde con arreglo a lo establecido en el artículo 72 de este Reglamento, regirá como tipo mínimo el 80 por 100 del precio de tasación, y si ésta quedara desierta, se podrá llegar a la contratación libre, de acuerdo con las normas que para ello señalen las respectivas Juntas Provinciales».

Resulta sorprendente que el artículo 85 se limite a contemplar sólo dos supuestos de los cinco que regula el artículo 62. No obstante, el artículo 88 salva, en parte, esta omisión cuando establece que los beneficiarios del polígono de la dula satisfarán el valor de los pastos a prorrateo, según el número de reses de su propiedad que se acojan a ella». Sin embargo, no existe precepto semejante con relación al pastoreo en régimen colectivo y con relación a la reserva de pastos para ganado trashumante, que se corresponden con los números 1 y 5 del artículo 62.

En cuanto al pastoreo en régimen colectivo, creemos de perfecta aplicación lo dispuesto con respecto a la dula (664) por el artículo 88 en cuanto al reparto del pago del valor de los pastos; y en cuanto a la fijación de este valor, creemos de aplicación lo que el artículo 85 establece en cuanto a la adjudica-

(664) Ya vimos que el pastoreo en régimen colectivo es una especie de dula ampliada.

ción directa, criterio que también sería aplicable a la misma dula. Por lo que respecta a la reserva de pastos para ganados trashumantes, el valor de los mismos deberá ser fijado de igual modo en aquellos lugares en que tradicionalmente se admiten cupos de pastos para estos fines.

Por lo que respecta al cobro de los pastos, será la Cámara Local la recipiendiaria, reservándose un 10 por 100 de su importe en concepto de sostenimiento de servicios; el 90 por 100 restante corresponderá a los propietarios de los terrenos a tenor de los dispuesto en el artículo 89, según el cual, «los propietarios de fincas sometidas al régimen de ordenación de pastos tendrán derecho a percibir el importe que resulte de multiplicar el precio fijado a la hectárea de pastos en el acuerdo definitivo de tasación por el número de hectáreas que les pertenezcan dentro de cada polígono, deducido el descuento establecido en este Reglamento (665). Cuando la adjudicación se hiciera por subasta, el precio a tener en cuenta será el alcanzado en ella, previa deducción del referido descuento». Añade el artículo siguiente que los propietarios sólo perderán el derecho al percibo de las cantidades que le pertenezcan si renuncian a él o si dejan transcurrir cinco años sin cobrar lo que les corresponda, contados desde que la Cámara Local haya puesto al cobro las cantidades.

No estamos de acuerdo con lo que expresa el Reglamento, ya que no siempre habrá de ser el propietario quien perciba el importe de los aprovechamientos. En el caso de coincidir el propietario con el cultivador, la expresión «propietario» es exacta, pero estimamos que no lo es, o puede no serlo, cuando la persona del propietario no coincide con la del cultivador. En efecto, puede ser cultivador pero también puede no serlo; y partiendo de la disociación, cabe preguntarse si los derechos de pastos, hierbas y rastrojeras pertenecerán al propietario o si por el contrario, han de pertenecer al cultivador. Incluso habría que plantearse la posibilidad de existencia de usufructuario y en este caso sería éste el que ocupara el lugar del propietario en la percepción de los aprovechamientos.

---

(665) El descuento está fijado por el artículo 92 del Reglamento en el diez por ciento del importe.

Según los citados artículos 89 y 90 tales derechos pertenecerán, en todo caso, al propietario. A nuestro juicio esta afirmación constituye una vulneración legal. Basamos nuestro aserto en la vigente legislación de arrendamientos de fincas rústicas, concretamente en el artículo 2 apartado b) de la LAR de 15 de marzo de 1935, cuya doctrina repite el artículo 2, apartado b) del Reglamento de 29 de abril de 1959.

Dicen tales preceptos que no se considerarán incluidos en el arrendamiento de una finca rústica, salvo pacto expreso, «la caza, los productos no agrícolas destinados a la industria y, en general, todos los que de manera directa no sean utilizables para la agricultura y ganadería». Ahora bien, si los productos que de una manera directa no sean utilizables para la agricultura y ganadería no están incluidos en el contrato de arrendamiento, «a sensu contrario» se deduce que los productos directamente encaminados a los fines agrícolas y pecuarios estarán incluidos en el contrato de arrendamiento. Y como quiera que los pastos y rastrojeras son productos que de una manera inmediata están destinados a la ganadería, estarán incluidos en aquel contrato y, consiguientemente, corresponderán al arrendatario y no al propietario. Sólo pertenecerán a éste, en el caso de que en el contrato se haya reservado el derecho a los pastos, hierbas y rastrojeras, supuesto poco frecuente en la práctica.

Es interesante destacar que en otros preceptos del propio Reglamento de Pastos se reconoce que es el cultivador quien ostenta el derecho a percibir el importe de los pastos. Así, por ejemplo, el primer párrafo del artículo 22, en su inciso final, establece que si el cultivador labra los rastrojos antes de que transcurran quince días de haber levantado la cosecha sin conformidad del ganadero o ganaderos adjudicatarios del polígono afectado, perderá su derecho a percibir el valor de los aprovechamientos de los terrenos labrados viniendo, además, obligado a indemnizar al ganadero por los daños y perjuicios causados.

Por todo cuanto antecede, es preciso rectificar el Reglamento en el sentido de otorgar, como regla general, los pastos al cultivador señalando claramente cuáles son las excepciones a dicha regla.

*5. Jurisdicción competente*

En cuanto a la ordenación y administración en general de los aprovechamientos, las Hermandades de Labradores y Ganaderos (666) asumen «ex lege» —como dice la sentencia de 16 de junio de 1977— la representación de todos los ganaderos o asociados del término municipal y constituyen el órgano competente y habilitado para decidir en primera instancia en todas estas cuestiones. Jerárquicamente sus decisiones están sometidas a las Juntas Provinciales de Fomento Pecuario, a la Junta Central de Fomento Pecuario (667) a la Dirección General de Producción Agraria (668) y en último término al ministro de Agricultura.

En esta materia es particularmente importante la Resolución de 18 de mayo de 1974 de la Dirección General de Producción Agraria por la que se delega atribuciones en los delegados provinciales del Ministerio de Agricultura, en materias del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras en los siguientes términos:

1. La resolución de las cuestiones que en primera instancia establece el Reglamento de Pastos como de competencia de las Juntas Provinciales de Fomento Pecuario.

2. La tramitación y resolución, previo informe de las Juntas Provinciales de Fomento Pecuario, de los recursos de alzada que se interpogan contra los acuerdos de las Hermandades Sindicales —hoy Cámaras Agrarias Locales— en materias propias del Reglamento.

3. El director general, no obstante la delegación que se concede, podrá recabar en todo momento para su resolución cualquier asunto en el estado de tramitación en que se encuentre.

4. En las resoluciones que se adopten por delegación, se hará constar en forma explícita esta circunstancia en la antefirma.

No es nuestro propósito detenernos en el estudio de toda clase de recursos que existen y que analiza el Reglamento a partir del artículo 103; ello excedería los límites de nuestro trabajo.

---

(666) Hoy Cámaras Agrarias Locales, de acuerdo con el Decreto de 2 de junio de 1977.

(667) Hoy Comisión Central de Selección y Reproducción Ganadera, de conformidad con el Decreto 2499/1971, de 13 de agosto.

(668) Antes Dirección General de Ganadería.

Lo que sí queremos es significar que es de la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria:

a) El conocimiento de las denuncias por pastoreo abusivo (art. 101 del Reglamento).

b) Sancionar las infracciones del régimen de aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras, cometidas por personas que no se hallen sujetas a la ordenación vigente en cada término municipal (art. 101 del Reglamento).

c) Determinar la cuantía de la indemnización de perjuicios, si los hubiere, en caso de infracciones de las Ordenanzas de Pastos y de las disposiciones del Reglamento, sin perjuicio de las multas —más bien simbólicas— que pueda en tales supuestos imponer la Cámara Local y los Organismos de los que jerárquicamente dependen (art. 99 del Reglamento).

d) Decidir sobre quién tiene mejor derecho a los pastos (Sentencia de 22 de diciembre de 1970).

e) Discernir si un aprovechamiento de pastos constituye o no una auténtica servidumbre de estos productos a favor de los ganaderos del término (Sentencia de 16 de junio de 1977).

## C) Aprovechamiento de los bienes comunales

### *a) El artículo 35 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 6 de junio de 1969*

El artículo 35 del Reglamento de Pastos dice textualmente: «Los terrenos sin arbolado y los comunales o de propios y dehesas boyales (669) no catalogados como de utilidad pública, así como las fincas parceladas por el Instituto Nacional de Colonización, serán considerados a efectos de este Reglamento como de propiedad particular, aunque tan sólo a los fines de la ordenación y regulación de su aprovechamiento ganadero, incluyéndose, por tanto, como los de los demás propietarios de la localidad, en el polígono o polígonos respectivos, sin perjuicio en todo

(669) Las dehesas boyales no tienen hoy ninguna peculiaridad legal, ya que son sencillamente bienes comunales. Vid. en este sentido a GUAITA, «Montes y bienes comunales», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, enero-agosto 1970, números 25-26, pág. 25, nota 43.

Hoy debe tenerse en cuenta en esta mareria el R. D. de 16 de junio de 1979.

caso del aprovechamiento gratuito de los bienes comunales que tengan este carácter con arreglo a las costumbres de la localidad».

Este artículo nos sugiere varias consideraciones: en primer lugar, que los bienes comunales serán considerados como de propiedad particular a los solos efectos de la ordenación y regulación para el aprovechamiento ganadero, de donde se desprende que será tan sólo para la formación de polígonos o parcelas en el sentido de no entorpecer la constitución de cotos redondos; nunca la equiparación aludida puede significar que los bienes comunales dejen de ser tales, ya que si así fuera, equivaldría a su desnaturalización; de otra parte, y como reconoce el artículo citado del Reglamento, su aprovechamiento siempre será gratuito aunque no sea demasiado correcta la expresión que utiliza el Reglamento cuando afirma «sin perjuicio en todo caso del aprovechamiento gratuito de los bienes comunales que tengan este carácter con arreglo a las costumbres de la localidad».

¿A qué se refiere con esta expresión?: ¿a que el aprovechamiento sea gratuito con arreglo a tales costumbres? o, por el contrario, ¿a que los bienes comunales tiene este carácter de acuerdo con tales normas consuetudinarias? La expresión no goza de la claridad que fuera deseable; pero, además, creemos que es incorrecta: no es clara, porque nos deja ante el doble interrogante indicado; no es correcta, porque tanto el aprovechamiento gratuito, como la configuración de los bienes comunales, nunca lo son con arreglo a las costumbres de la localidad, ya que la configuración de comunales está sancionada por la ley (670). Por otra parte, el carácter gratuito de los mismos está reconocido por reiteradas sentencias entre las que podemos destacar, las de 26 de octubre de 1911, 13 de mayo de 1947 y 31 de diciembre de 1966, que determinan claramente que, para que los bienes de los pueblos sean considerados comunales, es indispensable que el aprovechamiento sea libre y gratuito, y si se arbitró alguna vez el pago de cuotas, éstas debieron ser extraordinarias y excepcionales. En este sentido los artículos 193 de la LRL y 82 del RBEL expresan que «en casos extraordinarios y previo acuerdo municipal adoptado por las dos terceras partes de los concejales, podrá fijarse una cuota anual que deberán abonar los vecinos y cabezas

(670) *Vid.* artículos 187 de la LRL y 5 del RBEL.

de familia por la utilización de los lotes que se le adjudiquen para compensar estrictamente los gastos que se originare por la custodia, conservación, administración e incremento de los bienes». La consecuencia de cuanto antecede no puede ser otra: nunca el aprovechamiento gratuito de los bienes comunales puede ser con arreglo a las costumbres de la localidad, porque tal gratuidad es algo consustancial a los mismos.

*b) Formas de aprovechamiento*

Si tenemos en cuenta que el artículo 35 del Reglamento de Pastos asimila los bienes comunales a los de propiedad particular exclusivamente a efectos de ordenación de los pastos en los términos antes expresados, es evidente que el Reglamento ha de respetar la regulación específica de tales bienes. Tal regulación la encontramos en la LRL y en el RBEL, cuya doctrina pasamos a exponer seguidamente. De acuerdo con tal normativa legal y teniendo en cuenta la LRYDA de 12 de enero de 1973, podemos distinguir las siguientes modalidades de aprovechamiento de bienes comunales:

1. Régimen de explotación común o cultivo colectivo.
2. Aprovechamiento peculiar según costumbre o reglamentación local.
3. Adjudicación por lotes o suertes.
4. Adjudicación mediante precio.
5. Bienes comunales integrados en el proceso de concentración parcelaria (671).

---

(671) En Francia, según AUBY, *Droit administratif spécial*, Deuxième edition, 2.º annee, SIREY, 1966, págs. 114 y 115 el aprovechamiento de los bienes comunales es: colectivo, fundado en la ley y en principio gratuito. Las formas de estos aprovechamientos en el país vecino revisten, según NIETO (Bienes Comunales, pág. 664) tres modalidades: A) «en común», que consiste en la percepción directa por los habitantes de los frutos y productos de los bienes comunales. Este sistema, según los redactores de DALLOZ, *Repertoire de Droit public et administratif*. I, 1958 (voz «commune», págs. 361 y 362), se utiliza generalmente para los pastos; esto es, cuando los vecinos sueltan sus ganados a pacer en los pastos comunales; B) «individual», que supone o bien el parcelamiento de los bienes comunales, o bien su arrendamiento. El parcelamiento puede ser gratuito o mediante renta. Es de destacar con NIETO que en ciertas regiones de Francia antiguos edictos, todavía en vigor, prevén un modo particular de goce individual: los

Antes de pasar al análisis particularizado de cada una de las modalidades señaladas y como cuestión previa de la mayor importancia, conviene que nos plateemos el problema de quién es el verdadero titular de los aprovechamientos de los bienes comunales, problema de gran trascendencia y en el que no existe un criterio diáfano, sino confuso y contradictorio.

La legislación, que es clara en determinar que los bienes comunales pertencen en propiedad al Municipio y en disfrute a los vecinos (672), es imprecisa y contradictoria en la especificación de estos últimos. ¿Son los titulares del disfrute los que ostentan la cualidad de vecinos simplemente? o, por el contrario, ¿se requiere, además, que tales vecinos sean cabezas de familia?

Limitándonos a la legalidad vigente para no hacer demasiado extensa nuestra exposición (673), hemos de convenir con Guaita (674) que las normas legales en esta materia son vacilantes, confusas e incluso contradictorias, ya que las disposiciones vigentes emplean nada menos que los siguientes terminos: «vecinos cabeza de familia»: artículo 192, 2 de la LRL y sentencia de 10 de marzo de 1962 que tacha de imperfecto en este punto al RBEL; «vecinos o cabezas de familia»: artículos 79, 81 y 101, 1 del RBEL; «vecinos y cabezas de familia: artículo 47 de la LRL y artículos 80, 82 y 86, 1 del citado Reglamento; «vecinos»: artículos 187, 192, 3 y 4 y 195 de la LRL y artículo 128, 4 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955; «cabezas de familia con las obligaciones y dere-

---

lotes son concedidos hereditariamente a los cabezas de familia. A la muerte de cada beneficiario el lote se transmite a su primogénito, ò al siguiente si el primogénito no habita en la comuna o no tiene lugar propio; C) «reparto» entre todos los vecinos de los frutos producidos, siendo los gastos y trabajos de cuenta de la comuna.

(672) El Tribunal Supremo, en reiteradas sentencias, se limita a señalar que el aprovechamiento de los bienes comunales pertenece a los vecinos, sin especificar si basta la simple cualidad de vecinos o si se necesita, además, ser cabeza de familia. *Vid.* en este sentido, entre otras, las sentencias de 5 de enero de 1968, 11 de mayo de 1968, 14 de junio de 1968, 28 de octubre de 1975 y 8 de noviembre de 1977.

(673) Con respecto a la legislación anterior, *vid.* NIETO, *Bienes comunales*, págs. 695 y sigs.

(674) GUAITA, *Montes y bienes comunales*, citado anteriormente, pág. 23 y, especialmente nota 36 de dicha página.

chos propios de los vecinos»: artículo 48 de la LRL (sobre los extranjeros).

Como fácilmente se desprende de lo expuesto, la confusión no puede ser mayor y, sin embargo, no nos hallamos ante una cuestión meramente terminológica, sino de gran alcance y trascendencia, ya que la participación en el aprovechamiento de los bienes comunales es completamente distinta si tienen acceso a los mismos los que ostenten simplemente la cualidad de «vecinos», o si se necesita la cualificación en éstos de ser, además, «cabezas de familia» (675).

De no existir el artículo 47 de la LRL, habríamos de pronunciarnos decididamente por la tesis de la necesidad de ser «cabeza de familia» por exigir esta cualidad el articulo 192, 2 de dicho texto legal en contra de lo dispuesto por los artículos 79, 81 y 101, 1 del RBEL, ya que este último es anterior a la LRL y de menor rango. Mas, como quiera que el citado artículo 47 de la LRL dice textualmente que «los cabezas de familia y los vecinos tendrán derecho a participar de los aprovechamientos comunales», la contradicción existe, sorprendentemente, entre dos preceptos del mismo cuerpo legal: artículo 47 y artículo 192, 2 de la LRL.

La doctrina lógicamente acusa esta contradicción. Así, Díaz de la Riva y Guerra Librero (676) se inclinan por estimar que todo vecino, sea o no cabeza de familia, tiene derecho al aprovechamiento de los bienes comunales, en tanto que otros, tales como Sieira Buste-

---

(675) El artículo 43 de la LRL define a los «cabezas de familia» en los siguientes términos:

1. A los efectos de esta Ley, serán cabezas de familia los mayores de edad o menores emancipados bajo cuya dependencia, por razón de parentesco, tutela, adopción, acogimiento, estado religioso o prestación de servicios domésticos, convivan otras personas en un mismo domicilio.

2. La convivencia de varias familias en una misma casa no privará al jefe de cada una de ellas de su condición legal de cabeza de familia.

El artículo 44 del mismo texto legal señala que serán vecinos los españoles mayores de edad o emancipados que residan habitualmente en un término y estén inscritos con este carácter en el padrón municipal.

(676) DIAZ DE LA RIVA y GUERRA-LIBRERO, en su obra *Montes municipales*. Madrid, 1963, pág. 452.

lo (677) y Abella (678) defienden la tesis de la exigencia de ser «cabeza de familia».

La jurisprudencia no ha abordado el tema de una manera clara y terminante. No obstante, también encontramos síntomas de contradicción; así en la sentencia de 17 de diciembre de 1904 se inclina por considerar al «vecino» como titular de tales disfrutes, mientras que la sentencia de 10 de marzo de 1962 se inclina decididamente por exigir la cualidad de «cabeza de familia»; incluso en evitación de equívocos, exige cumulativamente ambas cualidades: ser vecino y, además, ser cabeza de familia.

Sin lugar a dudas esta última sentencia es la que con más profundidad se ha planteado el tema de que estamos ocupándonos; por ello, y porque lógicamente se ha pronunciado tras la publicación de la legalidad vigente, creemos que su doctrina es la que debe prevalecer. Además, este criterio, como ha puesto de relieve Díaz Caneja (679), es el tradicional: el aprovechamiento de los bienes comunales generalmente no ha sido vecinal, sino familiar y, por lo mismo, ha correspondido a los vecinos que son cabezas de familia.

Por otra parte, es de significar que, de acuerdo con múltiples preceptos, ostentan el derecho inherente a la vecindad, por lo que al aprovechamiento de los bienes comunales se refiere, diversas personas naturales o jurídicas, en determinadas situaciones sin que realmente detenten la cualidad de vecinos. Concretamente, gozan del beneficio señalado en los pueblos donde ejecuten sus trabajos:

1. Los contratistas de obras del Estado, sus dependientes y operarios en cuanto al aprovechamiento de leñas, pastos y demás que disfruten los vecinos de los pueblos en cuyos términos se hallen comprendidas dichas obras (680).

2. Los dependientes y operarios de las empresas de canales de riego, en los pueblos en cuyos términos se hiciese la contrata, tendrán derecho a las leñas, pastos para los ganados de transpor-

(677) SIEIRA BUSTELO, «Distinta titularidad de los montes incluidos en el Catálogo de Montes de utilidad pública», *REVL.* n.º 87 (1956), págs. 387-388.

(678) ABELLA, *Reglamento de bienes*, 1957, pág. 154.

(679) DÍAZ CANEJA, «Bienes municipales», en *REVL.* n.º 81 (1955), pág. 433.

(680) *Vid.* artículo 32 de la Ley de Obras Públicas de 13 de abril de 1877.

te empleados en los trabajos y las demás ventajas que disfruten los vecinos (681).

3. Los mineros, a tenor de lo establecido por el artículo 192 del Reglamento de Minas de 9 de agosto de 1946.

4. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 95 de la LRYDA de 12 de enero de 1973, el IRYDA tendrá en las «zonas regables» los derechos atribuidos en el artículo 194 de la Ley de Aguas. Es decir, tendrá idénticos derechos que los que ostentan los dependientes y operarios de las empresas de canales de riego, vistas en el número 2.

5. Los concesionarios de teleféricos de servicio público, según el Reglamento de 10 de marzo de 1966.

6. A tenor de lo dispuesto en el artículo 31, 2 de la Ley de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, se conceden a todas las Empresas de ferrocarriles de interés general el beneficio de vecindad para el aprovechamiento de leñas, pastos y demás de que disfrutan los vecinos de los pueblos cuyos términos atraviese la línea para los dependientes y trabajadores de las Empresas y para la manutención de los ganados de transporte empleados en los trabajos.

7. Con carácter general, el artículo 128, 4, 1.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955, establece que la Corporación concedente podrá otorgar al concesionario reconocimiento de vecindad a su persona, dependientes y operarios en el municipio de la concesión, para el disfrute de los aprovechamientos comunales.

Por último, debemos observar que habrá que tener muy en cuenta las costumbres y reglamentaciones municipales tradicionalmente observadas a las que frecuentemente se remite la LRL y que, como observa Guaita (682), son tan variadas en sus formulaciones como, en ocasiones, peculiares y curiosas.

Después de las precedentes consideraciones, vamos a proceder al análisis de las distintas modalidades a que hicimos mención con anterioridad, si bien conviene precisar que, de acuerdo con la sentencia de 8 de marzo de 1962, las diferentes formas de

(681) *Vid.* artículo 194, 4.º de la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879.

(682) GUAITA, *Montes y bienes comunales*, citado anteriormente, pág. 24, nota 36.

aprovechamiento tienen carácter anual, y que, cuando afecta al aprovechamiento de bienes comunales que son montes, hay que observar las condiciones técnicas fijadas por la Administración Forestal, tal y como expresa el artículo 38, 1 de la LMt y el artículo 216 de su Reglamento y, asimismo, los artículos 42 y 84 del RBEL. En este caso, además, las Corporaciones Locales están obligadas a destinar cierta cantidad para la ordenación y mejora de dichos montes (683).

1. Régimen de explotación común o cultivo colectivo

La explotación común o cultivo colectivo —según expresa el artículo 79 del RBEL— consistirá en el disfrute general y simultáneo de los bienes por quienes ostenten en cada momento la cualidad de vecinos o cabezas de familia.

Este régimen constituye la regla general tal y como se desprende claramente tanto del artículo 192, 1 de la LRL como del 77,1 del RBEL, pues como dice terminantemente el primero, el aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se efectuará en régimen de explotación colectiva o comunal cuando tal disfrute sea practicable. A mayor abundamiento, el número 2 del mismo artículo 192 de la LRL enumera los otros procedimientos «cuando tal disfrute general y simultáneo fuera impracticable», expresión que repite el número 2 del artículo 77 del RBEL.

Si tenemos en cuenta que en nuestro estudio nos estamos limitando a los pastos y leñas, creemos que ambas modalidades encajan perfectamente en el régimen de explotación común o colectiva. En la práctica, podemos observar cómo los que ostentan derecho al aprovechamiento de los bienes comunales utilizan los pastos de los mismos con sus ganados en forma simultánea. Es frecuente que se unan varios titulares del disfrute para formar piaras comunes con sus ganados en aras de una mayor rentabilidad. Aquí el aprovechamiento común adquiere las máximas dimensiones.

Por lo que respecta a la obtención de leñas bajo este sistema. conocemos «de visu» muchos pueblos en los que se acude a una

(683) Esta obligación se extiende también a los montes propios y a los catalogados y no catalogados, tal como se desprende del artículo 38, 4.º de la Ley de Montes y de los artículos 333 y 336 de su Reglamento, así como del Decreto de 10 de septiembre de 1966.

forma que entendemos muy aconsejable y que consiste en que, en determinadas épocas del año, todos los vecinos se reúnen para cortar ramas de los árboles. Hacen cortas comunes y adjudican lotes de la leña extraída a cada uno de los que tienen el derecho a tales aprovechamientos, si bien con anterioridad al reparto de la leña extraída aprovecha el ganado el denominado «ramoneo» (684).

Ahora bien, al cortar ramas de los árboles no siempre tiene por finalidad la obtención de productos alimenticios para el ganado y la posterior obtención de leña. A veces tiene por objeto exclusivo el obtener madera prescindiendo, o al menos minusvalorando, los subproductos para el aprovechamiento del ganado. En este sentido y de acuerdo con el artículo 192, 4 de la LRL, los Ayuntamientos y Juntas Vecinales que viniesen ordenando el aprovechamiento y disfrute de montes comunales mediante concesiones periódicas a los vecinos, de suertes o cortas de madera, de acuerdo con normas consuetudinarias o reglamentaciones locales tradicionalmente observadas, podrán exigir a aquéllos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación, arraigo, permanencia o edad, según costumbre local, siempre que estas condiciones singulares y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en ordenanzas especiales, que necesitarán para su puesta en vigor la aprobación del Ministerio de Administración Territorial, el cual la otorgará o denegará, oído el Consejo de Estado (685).

Este aprovechamiento maderable al que alude el artículo 192, 4 de la LRL, no encaja en la forma de aprovechamiento o disfrute colectivo, sino en la de adjudicación de suertes o lotes. Sí encaja, en cambio, la corta de ramas de los árboles en los términos indicados para que el ganado aproveche las partes comestibles de las mismas.

---

(684) Esto tiene lugar preferentemente en momentos climatológicos adversos, en los que los pastos no existen o son de imposible aprovechamiento al estar cubiertos por nieve o por ser muy intensas las lluvias, acudiendo los ganaderos a suministrarle mediante cortas de ramas el subproducto de los árboles como alimento.

(685) Procede este apartado de la Ley de 23 de diciembre de 1948, exigiéndose, como señala GUAITA (*Montes y bienes comunales*, ya cit., pág. 28): a) que esta

Partiendo, pues, de que unos aprovechamientos son practicables en régimen colectivo y otros no lo son, ¿cuál es la línea divisoria de practicabilidad e impracticabilidad? Creemos que, de manera primordial, habrá de tenerse en cuenta la extensión, situación y calidad de los bienes comunales. Si la extensión es exigua, la situación es impropia para tal modalidad, o la calidad no aconseja tal aprovechamiento, debe considerarse impracticable el aprovechamiento colectivo. Además, hay ciertos productos, como el ya citado de la corta de madera, que si llevara a cabo a través de un régimen comunitario, supondría un grave peligro para la subsistencia de los árboles que correrían el riesgo de su desaparición por tales medidas.

2. Aprovechamiento peculiar según costumbre o reglamentación local

Del artículo 77 del RBEL en su número 2.º letra a) se desprende que, cuando el disfrute de los bienes comunales en régimen colectivo no fuera practicable, se adoptará una de las

---

modalidad no es general de los bienes comunales, sino propia de los montes; b) aun dentro de los montes no abarca a todos los aprovechamientos, sino al de madera tan sólo; c) en defensa de la subsistencia de los montes, el derechos a su aprovechamiento se reduce a ciertos vecinos; d) por ser ésta una discriminación privilegiada —quizá sea justa y conveniente, pero no por ello deja de ser discriminación— el Ayuntamiento puede consolidarla recogiendo costumbres o reglamentaciones; y e) para velar tanto por la observación de esos límites, como por la racionalidad y justicia de las costumbres de que se trata, la aprobación definitiva de las Ordenanzas se reserva al Ministerio de la Gobernación (hoy de Administración Territorial) quien, además, ha de oír previamente al Consejo de Estado.

En cuanto a la interpretación que haya de darse al artículo 192, 4 de la LRL existen dos criterios netamente contrapuestos:

a) Uno sostenido fundamentalmente por GARRIDO FALLA en su trabajo *Sobre los bienes comunales*, ya citado en otro lugar, según el cual debe admitirse sin reservas la potestad reglamentaria de los Ayuntamientos para señalar las condiciones que el precepto invocado aduce, como presupuestos precisos para tener derecho a los productos maderables, sin que haya limitación en tal facultad por las normas consuetudinarias. Este criterio ha sido seguido por la sentencia de 31 de enero de 1963.

b) Otro, sostenido preferentemente por la doctrina emanada del Consejo de Estado en reiterados dictámenes, en que establece categóricamente que las ordenanzas locales han de respetar en forma necesaria la tradición. A esta tesis se adhiere NIETO en *Bienes Comunales*, pág. 737.

formas siguientes: a) aprovechamiento peculiar, según costumbre o reglamentación local, o b) adjudicación por lotes o por suertes.

El aprovechamiento peculiar, según costumbre o reglamentación local, de que ahora nos estamos ocupando, a pesar de que a primera vista aparece como subsidiario del régimen colectivo al que nos referimos anteriormente, creemos que tiene un alcance muy superior. A nuestro juicio, esta subsidiariedad es muy discutible ya que, incluso en el aprovechamiento colectivo analizado en el epígrafe precedente, la costumbre puede constituir un obstáculo para que el aprovechamiento colectivo se ejercite. De ahí que, a nuestro juicio, la costumbre tenga un valor no meramente subsidiario del régimen de aprovechamiento colectivo, sino que, además, puede posibilitar o imposibilitar tal modalidad de aprovechamiento; esto es, una costumbre en contra del aprovechamiento colectivo puede hacer inviable esta última modalidad de percepción de los frutos de los bienes comunales. La falta de tradición de aprovechar colectivamente o comunalmente los bienes de naturaleza comunal, puede ser una de las causas que hagan impracticable esta forma de aprovechamiento (686).

No es posible adentrarnos lógicamente en el análisis de las distintas costumbres que existen para el aprovechamiento de los bienes comunales, en el que el principal problema tal vez sea el relativo a la determinación del número de cabezas de ganado que cada vecino puede introducir en los bienes comunales para su aprovechamiento. Bástenos con indicar que históricamente la cantidad de ganado que cada uno podía llevar al disfrute de los bienes comunales estaba en estrecha relación con las propiedades que cada uno ostentaba, basándose en que cuantas más propiedades se tenían, más contribuciones se pagan y lógicamente más ganado debe corresponder a éstos en el disfrute de los bienes comunales.

Sin embargo la debilidad de esta argumentación es patente; de ahí que autores como Gregorio López (687), al glosar la

(686) El profesor NIETO, en la página 714 de *Bienes Comunales*, enumera entre las posibles causas que hagan impracticable el aprovechamiento colectivo de los bienes comunales las circunstancias locales, entre las que cita concretamente la falta de tradición a la que nosotros nos referimos.

(687) Al que cita NIETO en *Bienes Comunales*, pág. 723.

Ley 9, Título XXIV, Partída 3.ª sostenga que «todos, tanto ricos como pobres, deben utilizar los prados, hierbas y términos, cada uno según lo que necesite y según el número de ovejas y ganados que tenga», alegando en su favor textos del autor italiano Alberico. Según esto, es admisible la introducción de un número ilimitado de ganado sin guardar proporción con la propiedad individual, mientras no se produzca una saturación en el aprovechamiento de los pastos comunales. En el momento en que alguien se sienta perjudicado por tener menos ganado que el resto de los vecinos, y pretendiendo introducir algunos más, ya no sean los bienes comunales susceptibles de admitirlos, puede acudir al juez para que tase el número de reses que a cada uno corresponde.

Sin embargo, no nos parece justo este sistema, como no nos parece tampoco justo el sistema consistente en que los propietarios aporten ganados a los bienes comunales en proporción a sus propiedades. Alegar en favor de este trato discriminatorio el que se paguen contribuciones por los propietarios y no se haga por los que no lo son, equivale a desconocer que la contribución la pagan por ser propietarios, no por ser titulares de las aprovechamientos de los bienes comunales; éstos, tal y como expresa el artículo 188 de la LRL, no están sujetos a tributación. De ahí que sea totalmente injusto el que el número de cabezas de ganado esté en proporción con las propiedades particulares.

Acudir al otro sistema de aportar cada vecino cuantas cabezas de ganado desee tampoco nos parece una solución justa. Y no nos lo parece por varias razones: habrá una falta total de planificación que incidirá negativamente en el aspecto económico pecuario dadas las fluctuaciones constantes en el número de cabezas de ganado; en unas ocasiones es posible un exceso de reses en los pastos; en otras ocasiones, el número puede resultar exiguo. Por otra parte, este criterio va derechamente en contra de los más débiles económicamente que aportarán menos cabezas de ganado que sus convecinos, con la circunstancia, además, que aquéllos difícilmente podrán complementar la alimentación de sus ganados al no tener, o tener en forma muy exigua, fincas de propiedad privada, cosa que no sucederá, obviamente, a los que ostenten la titularidad de fincas de esta naturaleza.

Por todo ello, nos mostramos respetuosos con aquellos crite-

rios consuetudinarios que hagan un reparto igualitario del número de reses de cada vecino con derecho al aprovechamiento de los bienes comunales, y que resultará de una simple operación consistente en dividir el número de cabezas de ganado que los bienes comunales en su conjunto puedan mantener por el número de personas que, dentro del municipio, estén legitimadas para acudir con sus ganados al aprovechamiento de los bienes comunales.

No obstante, conocemos ciertos pueblos en los que tradicionalmente no se sigue este criterio, adoptándose alguno de los señalados anteriormente. En estos casos la costumbre se ha fraguado bajo la preponderancia de las clases más acomodadas, generando una forma consuetudinaria que, por no obedecer a criterios de justicia, debe el legislador proscribir. Seamos respetuosos con las costumbres justas, que siempre obedecen a una estricta conciencia social, y no con los intereses de los que tradicionalmente han ostentado el poder decisorio en los medios rurales.

El número de cabezas que debe aportarse al aprovechamiento de los bienes comunales será determinado, lógicamente, por la propia colectividad vecinal. Esta señalará la cifra exacta y la cantidad que corresponde a cada uno de los que detenten la titularidad a su disfrute que, a nuestro juicio, debe ser igualitaria por las razones apuntadas. Así se evitaría el tener que acudir al juez.

Existen múltiples facetas de carácter consuetudinario en la forma de aprovechamiento, tales como la determinación de lotes distintos para aprovechamiento por ganados distintos y que, generalmente, están en estrecha relación con la naturaleza y destino inmediato del ganado, y también de acuerdo con las distintas épocas del año, existiendo una rica gama de modalidades troqueladas secularmente, cuyo respeto por parte del legislador es digno de aplauso.

Por otra parte, es muy frecuente en la práctica consuetudinaria que el aprovechamiento de los bienes comunales se realice juntamente con el aprovechamiento de los bienes de propiedad particular en forma promiscua, derivada tal situación del hecho de estar unos y otros bienes mezclados de forma tal, que el aprovechamiento por separado de sus pastos, por ser antieconómico, no sería realizable. En este supuesto, es preciso conciliar

los derechos de los propietarios de las fincas particulares —únicos titulares de los productos dimanantes de tales fincas— y los derechos de los vecinos en general, tanto propietarios como no propietarios, a quienes asiste el derecho de aprovechar en régimen de igualdad los bienes de naturaleza comunal. Esta conciliación de intereses no está en contradicción con el sistema de régimen colectivo en el aprovechamiento de los productos de unos y otros bienes; al contrario, estimamos que tal compatibilidad puede llevarse mejor si los aprovechamientos se realizan en forma comunitaria. En efecto, cuando los bienes comunales están mezclados con los de propiedad de los particulares formando todos ellos cotos redondos, solamente esta forma conjunta de aprovechamiento de los unos y los otros pueden hacer rentable la explotación pecuaria.

A nuestro modo de ver, es preciso determinar previamente la cantidad global de ganado de las diversas especies que el término municipal puede mantener (688), haciendo con posterioridad la determinación del número de cabezas de ganado, y las clases de éste, que los bienes de propiedad particular no sustraídos al aprovechamiento en común pueden sustentar, y a la vez, hacer lo propio con los bienes comunales. La suma de dichas cantidades dará, lógicamente, el número total que el término municipal puede mantener (689).

---

(688) El artículo 11 de la LRL, establece que se entiende por término municipal el territorio a que extiende su jurisdicción un Ayuntamiento.

(689) Para dilucidar la cuantía de cabezas de ganado que tanto unos bienes como otros pueden mantener, es preciso tener en cuenta fundamentalmente tres factores: extensión, calidad y situación de las distintas fincas.

En relación a Francia, COLIN Y CAPITANT (*Curso Elemental de Derecho Civil*, ed. esp., Madrid, 1949, pág. 163) afirma con respecto al sur y al mediodía del país vecino —en el norte y oeste decayeron considerablemente los pastos comunes a raíz de la Revolución francesa— que el número de cabezas de ganado admitidas al pasto se fijaba de antemano en cada localidad, y sobre la base de este total, cada habitante tenía derecho a enviar un número de cabezas proporcional al terreno que le pertenecía. En parecidos términos se pronuncia el artículo 194 del Código Rural francés de 16 de abril de 1955, añadiendo el artículo siguiente de dicho cuerpo legal que cada cabeza de familia domiciliada en la «commune», aunque no sea ni propietario ni arrendatario de parcela alguna sometida al pasto común, puede introducir en estos terrenos, lo mismo en rebaños separados que en común, seis reses lanares y una vaca con su ternero, sin perjuicio de los derechos más amplios que le concedan los usos locales o el título.

Una vez realizadas estas operaciones, para señalar las reses que cada uno pueda aportar al conjunto de ganados, hay que distinguir tres hipótesis:

1. Los que ostenten meramente su cualidad vecinal y no aporten al aprovechamiento en común fincas de propiedad particular por carecer de ellas o por tenerlas sustraídas a tal aprovechamiento mediante cercados y otros medios, sólo tendrán derecho a llevar las cabezas de ganado que corresponda a cada uno de los vecinos. Lógicamente, esta cuota será el resultado de dividir el número de cabezas de ganado que corresponda a la totalidad de los bienes comunales, por el número de personas con derecho al aprovechamiento de tales bienes.

2. A los que además de ostentar su cualidad vecinal aporten al aprovechamiento común fincas de propiedad particular, le corresponden dos cuotas: una dimanante de su cualidad vecinal en los mismos términos examinados en el supuesto anterior; otra, derivada de las fincas de propiedad particular que aporta y en la cuantía que tales bienes representen.

3. Los que, sin ser vecinos, aporten al aprovechamiento común fincas de propiedad particular pueden aportar la cuota que corresponda a estas fincas, pero nunca la procedente de la cualidad de vecino por no ostentar tal cualidad. No obstante, es de tener en cuenta que nos hallamos ante una situación muy especial, ya que, a fin de cuentas, aprovechan bienes comunales contrariando la normativa vigente según la cual, como hemos tenido ocasión de ver en repetidas ocasiones, sólo pueden acceder al aprovechamiento de los mismos los que realmente sean vecinos.

Sin embargo, estimamos equitativo que tales propietarios puedan aportar a los rebaños comunes la cantidad de ganado que con arreglo a sus bienes le pertenezcan en el aprovechamiento, puesto que si ellos acuden a participar en el disfrute de los mismos, también ellos han de soportar que sus fincas sean aprovechadas por los que sólo tendrían derecho al disfrute de los bienes comunales. Se daría una especie de compensación en sus aprovechamientos mediante cesiones recíprocas, que consideramos muy aconsejable, ya que cada uno ve indemnizado lo que pierde por lo que toma de las fincas del otro (690).

---

(690) Estamos partiendo del supuesto de que los propietarios, tanto vecinos

Hemos de advertir, finalmente, que el aprovechamiento de los bienes comunales es de naturaleza personal, por lo que no cabe la enajenación de la cuota que a cada vecino corresponda; así lo ha entendido el Tribunal Supremo en la sentencia de 1 de febrero de 1947 en la que terminantemente afirma que «no es legalmente posible la transmisión de los derechos inherentes a la cualidad de vecinos». Ahora bien, la imposibilidad de transmitir tales derechos, debería ser compatible con su cesión temporal, generalmente mediante precio, ya que de no ser así, los vecinos que no posean ganados no pueden beneficiarse de unos bienes cuyo disfrute le corresponde.

### 3. Adjudicación de lotes o suertes

Juntamente con el aprovechamiento peculiar según costumbre o reglamento local, la adjudicación por lotes o suertes está reconocida como subsidiaria respecto del aprovechamiento colectivo. Así se desprende del artículo 192, 2 de la LRL y del artículo 77, 2 b) del RBEL.

El sistema de adjudicación de lotes o suertes no es muy frecuente en materia de pastos y leñas. Sí lo es, en cambio, en otros terrenos tales como el agrícola; también es corriente cuando el aprovechamiento se dirige principalmente a la obtención de maderas como producto exclusivo prescindiendo del ramoneo para el ganado.

En ocasiones la distribución y adjudicación de lotes o suertes comprenden todos los aprovechamientos que puedan derivarse de cada una de las parcelas resultantes. En otras, la distribución sólo se refiere a uno o varios de los aprovechamientos de los que es susceptible; y así, es bastante frecuente que si se distribuyen los lotes para fines agrícolas, mediante sorteo y generalmente por un número reducido de años, al levantamiento de las cose-

---

como no vecinos, sean los que cultiven las fincas de su propiedad. Mas puede también suceder que no sean los propietarios los cultivadores, y en este caso los derechos de pastos de las fincas de propiedad particular no pertenecen al propietario, sino al cultivador como norma general.

chas nuevamente los ganados se extienden por todas las parcelas (691).

Los lotes o suertes no atentan la esencia de los bienes comunales, ya que generalmente se limitan a ciertos productos, y aun en el supuesto de que abarquen la totalidad de los disfrutes de que fueran susceptibles, tal reparto se hace periódicamente, por sorteo y por muy escaso período de tiempo, lo que imposibilita la desnaturalización de los bienes sobre los que los lotes o suertes inciden.

Tanto el artículo 192, 2 de la LRL como el artículo 80, 1 del RBEL, determinan que la adjudicación por lotes o por suertes se hará a los vecinos cabezas de familia (692) en proporción directa al número de familiares que tengan a su cargo e inversa de su situación económica. Esta medida es tan bien intencionada en teoría como difícil de llevar a la práctica, no por el número de familiares que estén a cargo del adjudicatario, que es perfectamente constatable, sino por la situación económica. De ahí que tal vez fuera aconsejable prescindir de esta última circunstancia y sólo contemplar la primera.

Finalmente, y de acuerdo con el número 2 del artículo 80 del RBEL, las adjudicaciones por lotes se regularán por acuerdo municipal adoptado con el «quorum» señalado en el artículo 303 de la LRL, esto es, será preciso el voto favorable de las dos terceras partes del número de hecho y, en todo caso, de la mayoría absoluta legal de los miembros de la corporación.

4. Adjudicación mediante precio

Cuando las formas de aprovechamiento vistas con anterioridad no fueran viables, tanto la LRL en el artículo 192, 3 como el RBEL en su artículo 81 acuden al procedimiento de adjudicación en pública subasta mediante precio que podrá ser autorizado por el gobernador civil, prefiriéndose en igualdad de condiciones a

(691) Son varias las sentencias en las que se reconoce la viabilidad del reparto en lotes de los bienes comunales para su cultivo agrícola, quedando después de la recolección expedito todo el conjunto de lotes para el aprovechamiento en común de los espigaderos y demás productos secundarios (*vid.* en este sentido, entre otras, las sentencias de 5 de junio de 1873 y 29 de septiembre de 1875.

(692) El artículo 80 del RBEL habla de vecinos y cabezas de familia.

los postores vecinos sobre los forasteros, destinándose el producto a servicios en utilidad de los que tuvieren derecho al aprovechamiento, sin que pueda detraerse por la corporación más de un cinco por ciento del importe.

Las disposiciones del artículo 81 del RBEL a que hacemos referencia no deben confundirse con lo preceptuado en el artículo 91 del mismo cuerpo legal, a cuyo tenor «Las corporaciones municipales podrán ejercer el derecho de tanteo en las subastas de pastos sobrantes de dehesas boyales y montes de común aprovechamiento dentro de los cinco días siguientes al en que se hubiere celebrado la licitación, con estas condiciones: a) que acuerden la adjudicación de la máxima postura ofrecida por los concurrentes, y b) que sujeten a derrama o reparto vecinal la distribución del disfrute y el pago de remate» (693).

A juicio de Nieto este artículo 91 puede referirse a dos supuestos completamente distintos: pastos sobrantes de bienes comunales no sujetos a legislación forestal, y a pastos sobrantes de montes comunales.

Por lo que respecta a los primeros, esto es, a los pastos sobrantes de bienes comunales, hay que entender por tales los que sobran por ser más abundantes que las necesidades comunales. Si esto se hace esporádicamente, no existirá problema de desafectación de los bienes de su carácter comunal, pero si se constituye una práctica continuada, podríamos, fundadamente con Nieto, plantearnos la posibilidad de la desafectación aludida, ya que el arrendamiento es un hecho desafectador. Además, existe una incongruencia destacada certeramente por el propio autor, y es la siguiente: si por pastos sobrantes se entienden los que exceden de las necesidades de todos los ganados, ¿cómo se exige que se repartan vecinalmente por el artículo 91? Evidentemente es un contrasentido, ya que se parte de que no hay ganados suficientes.

En cuanto a los pastos sobrantes de montes comunales (catalogados) a los que, como vimos, abarca también el artículo 91 del RBEL, hay que tener en cuenta su regulación específica que está constituida por los artículos 243 y 244 del RMt de 1962 que no hacen sino desarrollar el artículo 25, 2 de la LMt, a cuyo tenor

(693) NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 726 y sigs.

«en los montes de utilidad pública se atenderá preferentemente al sostenimiento del ganado de uso propio de los vecinos de los pueblos y se procederá a la enajenación de los pastos sobrantes, si los hubiere, a menos que el estado forestal del monte aconseje la exclusión del ganado de granjería».

De una interpretación conjunta de los artículos 35 de la LMt y 243 y 244 de su Reglamento, se desprende que el pastoreo en los montes comunales está determinado por la Administración Forestal. El aprovechamiento gratuito de los mismos está limitado al ganado de uso propio de cada vecino, y que según el número 2 del artículo 243 citado, lo son el mular, caballar, boyal y asnal destinado a trabajos agrícolas e industriales, así como el lanar y de cerda, que cada uno destine el consumo propio de su casa, siempre que no exceda de cuatro cabezas de ganado mayor destinado a trabajos agrícolas e industriales, dos porcinas y tres de lanar, para familias constituidas con un número de hijos que no pase de tres, aumentándose una cabeza lanar por cada hijo que exceda de tal cifra.

Después de tan minuciosa reglamentación forestal, podríamos poner de manifiesto que los límites que se imponen para estos aprovechamientos en cuanto al cupo de ganado, de un lado, y de otro, el hecho de que la mecanización restringe, e incluso elimina, el ganado de uso propio, ¿no cabría pensar en la desnaturalización de estos bienes puesto que los pastos sobrantes se enajenan? ¿No desaparece la gratuidad de tales aprovechamientos preconizada por la LRL y el RBEL?

Sin lugar a dudas, existe una contradicción entre la legislación de montes —que es la que acabamos de exponer— y la legislación local, certeramente advertida por Nieto (694), quien, para salvarla, apunta un criterio, muy digno de tenerse en cuenta: que los artículos de la legislación forestal —y de manera muy especial el artículo 243 del RMt que en su número 2 formula la enumeración de ganado antes apuntado— se refieren solamente a los montes catalogados de «utilidad pública», pero no a los montes catalogados «comunales», que siguen su régimen propio sin otras limitaciones que las de policía forestal.

---

(694) NIETO, *Bienes Comunales*, págs. 731 y 732.

## 5. Aprovechamiento de los bienes comunales integrados en el proceso de concentración parcelaria

Como regla general, los bienes comunales están exceptuados del proceso de concentración parcelaria. No obstante, y de acuerdo con el artículo 185 de la LRYDA de 12 de enero de 1973, a solicitud de los organismos o entidades competentes, pueden ser incluidos en tal proceso.

Cuando esta situación se da, es evidente que los bienes comunales no desaparecen como tales bienes; lo que sucederá es que se opera en ellos una subrogación real, a través de la cual se cambian topográficamente al ser inmersos en el mecanismo concentrador. Si antes formaban unas parcelas determinadas, por el efecto concentrador tales parcelas, lógicamente, cambian de lugar; las parcelas de procedencia y de carácter comunal son sustituidas por otras parcelas de reemplazo, que adquirirán naturaleza comunal.

En tal hipótesis, la propia LRYDA opera una serie de cambios en el aprovechamiento de los «nuevos» comunales en sustitución de los «antiguos» comunales, dedicando a tal regulación los artículos 134, 135, 137, 138 y 139.

Lo más característico es la posible creación, por parte del Ayuntamiento, de una Entidad a la que podrá quedar adscrito el aprovechamiento de tales bienes. Esta Entidad podrá conseguir los estímulos y ayudas a que se refiere el Título IV de la LRYDA y de manera concreta las establecidas en los artículos 130 y 131 de dicho cuerpo legal.

De dicha Entidad, cuya presidencia corresponderá al alcalde o concejal en quien delegue, podrán formar parte las personas naturales o jurídicas que aporten servicios o bienes de cualquier clase, exigiéndose que los bienes de pertenencia municipal representen más de la mitad del patrimonio de la Entidad, dictándose reglamentariamente las demás normas relativas a la constitución y funcionamiento de las mismas.

El procedimiento a que ha de ajustarse la aportación de su aprovechamiento a la entidad será el siguiente:

a) Acuerdo inicial del Ayuntamiento con el voto favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de la corporación.

b) Exposición al público durante un mes para reclamaciones, quedando sin efecto dicho acuerdo si se presentase escrito de oposición firmado al menos por el veinte por ciento de los vecinos.

c) Aprobación por el Ministerio de la Gobernación (hoy de Administración Territorial) cuya resolución habrá de comunicarse en el plazo de dos meses, entendiéndose en otro caso concedida por silencio administrativo.

Los bienes comunales, cuyo aprovechamiento se adscriba a las referidas entidades al amparo de lo establecido en esta ley, quedarán en todo caso inscritos en el Registro de la Propiedad a nombre del municipio respectivo, precisándose en la inscripción su carácter comunal. Si se disolviera la Entidad, la corporación municipal deberá reintegrarlos al mismo aprovechamiento que venía realizándose anteriormente. Pero mientras la Entidad subsista, los rendimientos que produzcan los bienes comunales bajo esta forma especial de aprovechamiento se distribuirán de acuerdo con lo establecido en la legislación de régimen local.

De lo expuesto anteriormente se desprende una serie de cuestiones que conviene matizar para su debido esclarecimiento. Es preciso determinar qué organismo o entidad es el competente para solicitar que los bienes comunales se incluyan en el proceso de concentración parcelaria. Es ésta una cuestión que no queda resuelta directamente en la doctrina legal antes señalada, ya que el artículo 185 de la LRYDA sólo alude al organismo o entidad competente, pero no especifica cuál sea éste. Tampoco aborda directamente esta cuestión el artículo 137 del texto legal citado, puesto que se limita a señalar los requisitos a que ha de ajustarse la aportación del aprovechamiento de los bienes comunales a la entidad que se cree. Sin embargo, este artículo 137 puede darnos de forma indirecta la solución, por lo que creemos que el organismo competente no puede ser otro que el propio Ayuntamiento como representante del municipio que, a fin de cuentas, es el titular dominical de tales bienes. Para ello debe adoptar el acuerdo con el voto favorable de las dos terceras partes del número legal de miembros de la corporación, tal y como señala en su apartado a) el citado precepto que sigue fielmente lo dispuesto en el artículo 194, 1 de la LRL para la transformación de bienes comunales en bienes de propios (695).

No obstante, el acuerdo municipal con el «quorum» señalado, no es suficiente, ya que se exige, además, que tras la información pública de dicho acuerdo por espacio de un mes, no haya oposición al mismo, por escrito, de un número no inferior al veinte por ciento de los vecinos, exigencia muy lógica, ya que, como reiteradamente se ha dicho a lo largo de este trabajo, los vecinos también son titulares de los bienes comunales juntamente con el municipio. Y cuando la medida afecta al aprovechamiento —que es lo que a los vecinos corresponde—, nada más justo que su criterio sea totalmente necesario. De ahí que la competencia del organismo o entidad (Ayuntamiento), no sea absoluta, ya que la validez de sus acuerdos estará siempre sometida a una posible intervención de los vecinos en los términos antes señalados. Además, se exige la aprobación por el Ministerio de Gobernación (hoy de Administración Territorial) que debe ser interpretada como una garantía más en tema de tan gran trascendencia.

Conviene precisar que la concentración de los bienes comunales no lleva implícita en forma necesaria la creación de una Entidad para su aprovechamiento, ya que el artículo 134 de la LRYDA dice que el Ayuntamiento «podrá» acordar que su aprovechamiento quede adscrito a la referida Entidad. De ahí que ésta pueda no existir aún en el supuesto de que los bienes comunales queden afectados por el proceso concentrador.

Si se crea la Entidad, constituye una novedad no sólo la creación de la misma, sino el que puedan formar parte de ella tanto personas físicas como personas jurídicas, y el hecho de que además puedan aportar servicios o bienes de cualquier clase. De no existir la Entidad, el aprovechamiento de los bienes comunales sujetos a concentración parcelaria no experimentaría ninguna variación con respecto a su estado anterior a la concentración.

Desde el punto de vista crítico, consideramos que la creación de la Entidad puede ser uno de los posibles caminos para cambiar el rumbo de la forma secular de aprovechamiento de los

(695) En esta cuestión es asimismo de gran importancia el criterio del artículo 134 de la LRYDA que otorga precisamente al Ayuntamiento la facultad de decidir que el aprovechamiento de los bienes comunales quede adscrito a una Entidad.

bienes comunales que, en gran medida, ha quedado desfasado, dadas las mutaciones que en la economía rural se están dando recientemente. En efecto, si tenemos en cuenta que los rendimientos que produzcan los bienes comunales bajo esta forma especial de aprovechamiento siguen perteneciendo a los que la LRL se los atribuye, lo que verdaderamente importa es arbitrar nuevas fórmulas para que tal rendimiento se incremente. La creación de la Entidad que posibilita la LRYDA puede ser una importante vía en este sentido, ya que el modo tradicional de aprovechamiento de los bienes comunales está necesitado de reforma por obedecer a unos moldes netamente superados en estos momentos de profundas transformaciones.

A fin de cuentas, hemos de convenir en la imperiosa necesidad de que se opere un cambio en la regulación del aprovechamiento de los bienes comunales que permanecen atrincherados en un letargo secular, pues si tuvo su justificación en una economía rural de autoconsumo, está plenamente desfasada en una economía de mercado a la que estamos asistiendo. No es necesario para ello desnaturalizar los bienes comunales; éstos deben seguir teniendo como recipiendiarios de sus productos a los vecinos; lo que sí es necesario es cambiar su régimen de explotación. Hemos de romper la inercia legislativa en este sentido que a fuer de tradicional se ha convertido en irracional.

La Entidad, cuya creación propicia la LRYDA en los términos antes vistos, puede significar un innegable retorno a un auténtico sentido de explotación colectiva de los bienes comunales, haciendo realidad lo que señala Baz Izquierdo (696) cuando dice, con referencia en concreto a los bienes comunales, que el ejemplo de la asociación de agricultores en cooperativas, grupos sindicales y otras formas de explotación en común debe inducir a los Ayuntamientos a estudiar la ordenación de aquéllos siguiendo técnicas más acordes con nuestro tiempo (697).

---

(696) Baz Izquierdo, «Explotación colectiva de los bienes comunales de aprovechamiento agrícola», *Revista de Estudios Agro-sociales*, n.º 51 (1965), págs. 33 y sigs.

(697) Un paso importante en este sentido puede constituirlo la vigente Ley de Cooperativas de 19 de diciembre de 1974 y su Reglamento de aplicación de 16 de noviembre de 1978, siendo aconsejable la derogación del 4.º, 4 del artículo 6 de la ley en el sentido de posibilitar que, con las debidas garantías,

En parecidos términos Martín Mateo (698) afirma categóricamente que sólo mediante una gestión empresarial de los bienes comunales podrá obtenerse el rendimiento esperado de tales patrimonios, facilitándose la afluencia de los capitales que cada día con mayor intensidad exigen las explotaciones agrarias modernas, aconsejando dicho autor revitalizar la dimensión económica de los Ayuntamientos en las pequeñas colectividades donde los intereses son integramente profesionales agrícolas y donde no cabe, por tanto, una organización que no tenga como misión fundamental su atendimiento. Y coincide con Ballarín (699) para quien los aprovechamientos colectivos serán mucho más seguros si se saben apoyar sobre la infraestructura municipal.

Finalmente creemos que en los artículos de la LRYDA que hemos comentado puede estar el germen de ese rambio en la regulación de los bienes comunales que debe acompasarse a los tiempos actuales evitando el evidente desfase en que se encuentra. El artículo 135 de la citada LRYDA, al propiciar que pueden formar parte de las Entidades no sólo las personas naturales, sino también las jurídicas, y asimismo que pueden aportarse bienes o servicios de cualquier clase, lo consideramos de un extraordinario alcance, ya que se posibilita, de acuerdo con la dicción del texto legal, la creación de verdaderas empresas agrarias con aportación de capitales y, asimismo, creación de puestos de trabajo de que tan necesitado está el medio rural, transformando una explotación prácticamente periclitada en una explotación acorde con los tiempos que vivimos. Esto, lejos de suponer un peligro para los bienes comunales, constituye un revulsivo no sólo para su subsistencia, sino para su auténtica dimensión económica.

Tal medida no debe limitarse a los bienes comunales que se

---

puedan formar parte de las cooperativas los empresarios o capitalistas, ya que su inclusión puede ser muy beneficiosa.

(698) MARTÍN MATEO, «El futuro de los bienes comunales», *REVL*, n.º 155 (1967), págs. 675 y 676.

(699) BALLARÍN MARCIAL, «Nuevas fórmulas Asociativas para la Agricultura» en las Asociaciones Profesionales Agrarias y la Agricultura de grupo, etc. *Servicio Nacional de Concentración Parcelaria y Ordenación Rural*, Madrid, 1964, pág. 38.

incluyan en un proceso de concentración parcelaria, sino que debe generalizarse. En este sentido nos parece muy oportuna la declaración programática que el artículo 132, 1 de la Constitución Española establece al afirmar que «la Ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales», con lo cual reconoce explícitamente la necesidad de atemperar a la realidad vigente el régimen jurídico de unos bienes que ha quedado plenamente desfasado.

## III. EXTINCION

Los artículos 602, 603 y 604 del Código Civil regulan las formas de concluir los aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas, refiriéndose el primero de los artículos citados al supuesto de la «comunidad» en tanto que los dos últimos aluden a la figura de la «servidumbre» (700).

### a) El artículo 602 del Código Civil

El artículo 602 literalmente expresa: «Si entre los vecinos de uno o más pueblos existiere 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 la misma estuviesen establecidas.

El propietario que cercare su finca conservará su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas» (701).

(700) La sentencia de 12 de marzo de 1968 estableció, en un supuesto en el que se cercaron fincas sobre las que recaía un derecho real de servidumbre de pastos en favor de los vecinos de una localidad, que hasta que la redención de la servidumbre no tenga lugar, si se cercan las fincas, hay que pagar a los beneficiarios, ya que el cerramiento es un modo de liberarse de la «comunidad», pero no de la «servidumbre».

(701) En el capítulo referente a la Naturaleza Jurídica, expusimos nuestro punto de vista en el sentido de que el artículo 602 sólo contempla el supuesto de «comunidad de pastos» y no el supuesto de «servidumbre de pastos». Allí se hizo una crítica a la expresión «quedarán subsistentes las demás servidumbres», ya que puede llevar a la confusión que con el cerramiento se extinguen las servidumbres de pastos, quedando subsistentes las «demás servidumbres», siendo así que, como allí se dijo, sólo se refiere el citado precepto a la «comunidad», por lo que sobra el vocablo «demás» que utiliza.

Fácil es advertir la íntima correspondencia existente entre este artículo y el 388 del propio Código Civil, cuando afirma que «todo propietario podrá cerrar o cercar sus heredades por medio de paredes, zanjas, setos vivos o muertos o de cualquier otro modo, sin perjuicio de las servidumbres constituidas sobre las mismas».

Tanto en uno como en otro precepto, se admite la posibilidad de individualización de las propiedades privadas, si bien los medios conferidos al titular de los predios en el supuesto del artículo 388 son más numerosos que en el artículo 602, ya que la enumeración que de los mismos hace el 388 es simplemente enunciativa y no exhaustiva al utilizar la expresión «o de cualquier otro modo», expresión de la que carece el 602 puesto que éste limita la individualización a dos medios: «tapias» o «setos» (702), lo cual es explicable en principio, ya que en el artículo 602 lo que se persigue es que el ganado no tenga acceso natural a los predios, finalidad que puede no conseguirse si la delimitación de las fincas sobre sus colindantes se realiza «de cualquier otro modo».

Parece que el artículo 388 persigue como finalidad fundamental la mera individualización de las fincas y que puede, o no, impedir el acceso de ganado a la finca individualizada; en cambio, la «rario iuris» del artículo 602 aparece clara y terminante: se trata de impedir el acceso de ganados a la finca cercada.

Es posible que el legislador de 1889 no pudiera concebir otros medios de cerramiento que los aludidos en el artículo 602 (tapia o seto); pero, evidentemente, lo importante no son los medios que se utilizan para el cerramiento, sino la finalidad que se persigue con el mismo, y como tal finalidad no es otra que liberar de la comunidad de pastos a la finca cercada, impidiendo con el cerramiento el paso de los ganados, creemos que cualquier medio con el que se obtenga tal finalidad es válido. De ahí que, además de las tapias o setos a que alude el referido artículo 602,

---

(702) El artículo 602 del Código Civil —que reproduce los artículos 509 y 608 de los Proyectos de 1851 y 1882, respectivamente—, tiene como antecedente más remoto el Decreto de Cortes de 8 de junio de 1813, según el cual, «todas las dehesas y demás tierras de dominio particular se declaran desde ahora cerradas y acotadas, y sus dueños o poseedores podrán cercarlas sin perjuicio de las cañadas, caminos y demás servidumbres».

puedan utilizarse otros medios distintos, tales como los que enumera el artículo 58, 2 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras en el sentido de que se entienda que los cercados lo son con carácter permanente (703).

También está relacionado el artículo 602 del Código Civil con el 400 del mismo cuerpo legal, ya que según este último precepto «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».

Problema interesante es el determinar si tiene aplicación el párrafo segundo del artículo 400 del Código Civil que acabamos de transcribir, en el supuesto del artículo 602; esto es, si es válido el pacto de indivisión por tiempo determinado que no exceda de diez años. A nuestro modo de ver, es aplicable, pero sólo en parte; es decir, es posible que se pacte, al constituir la comunidad de pastos, que ninguno de los incluidos en la comunidad de disfrute de los mismos pueda abandonar la comunidad durante un plazo determinado. Sin embargo, creemos que no tiene por qué existir este límite temporal de diez años con posible renovación por el mismo período de tiempo. El artículo 400 está pensado en una situación de copropiedad, tal vez no querida por las partes; se trata de la división de la cosa común. En cambio, la facultad que otorga el artículo 602 no es, propiamente hablando, una posibilidad de división, sino el ejercicio de una facultad de separación de la comunidad de pastos, libremente contraída por lo general. De ahí, pues, que si los propietarios de varias fincas deciden poner en común los pastos de las mismas para aprovecharlos recíprocamente, es indudable que, con el fin de dar cierta duración al estado comunitario que generan, puedan establecer un plazo en el que libremente se comprometan a

(703) El artículo 58, regla 2.ª del vigente Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, considera «cercadas con carácter permenente» las fincas totalmente limitadas por obras de fábrica, empalizadas, setos vivos o alambradas de altura superior a 75 centímetros u otros tipos de cercados, corrientes profundas y permanentes de agua y accidentes topográficos, capaces todo ellos de impedir el paso natural del ganado.

no usar de la facultad de separación mediante el mecanismo del cerramiento que les otorga el artículo 602. Pero este plazo, que señalarán en ejercicio del principio de autonomía de la voluntad los interesados, no tiene por qué estar limitado, como señala el artículo 400, a la duración de diez años, ni tiene tampoco por qué limitarse la prórroga únicamente a una nueva convención, ya que, en el decir de J. Beltrán de Heredia (704), podrá ejercitarse una sola vez la prórroga del citado precepto.

Creemos que el primer párrafo del artículo 400 es una norma general de la que podemos ver manifestaciones en varios preceptos del Código Civil (705); pero en el resto de su contenido, habrá de ser limitado al supuesto concreto de la copropiedad que, sin dejar de ser comunidad, estará referida al mismo dominio y, lógicamente, es de contenido distinto, por ser de más amplio alcance que la simple comunidad de goce de pastos.

El artículo 602, dados los términos en que se expresa, tiene su campo de acción preferente en las comunidades de pastos que se generan libremente por voluntad de los propietarios de las fincas afectadas por el aprovechamiento comunitario; esto es, en el supuesto de que varios titulares de predios rústicos pongan en común los pastos de sus fincas para ser aprovechados conjuntamente con el ganado de todos ellos (706).

Cuando al aprovechamiento comunitario de pastos concurran con el ganado de los propietarios de las fincas, ganado de quienes no ostentan titularidad dominical de los predios sobre los que el aprovechamiento se ejercite, la aplicación del artículo 602 puede ser discutible. En efecto, desde el punto de vista del aprovechamiento en sí mismo considerado, se genera una comunidad de goce como en el supuesto anterior, pero la situación es totalmente distinta. En este caso cabría, lógicamente, hablar de «servidumbre» y no sólo de «comunidad», ya que existen personas

---

(704) J. BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho Español*, Madrid, 1954, págs. 341 y 342.

(705) El propio artículo 600 del Código Civil, al restringir considerablemente la constitución de comunidades de pastos en lo sucesivo, obedece a la misma línea individualizadora latente en el primer párrafo del artículo 400 del mismo cuerpo legal.

(706) En el capítulo referente a la Naturaleza Jurídica calificamos a esta situación de «comunidad recíproca».

que sin aportar fincas acuden con sus ganados al aprovechamiento, y correlativamente, hay propietarios que sufren en sus predios aprovechamientos de ganados de quienes no aportan ninguna finca al aprovechamiento comunitario. No es, pues, desacertado el criterio de concebir a esta situación como una auténtica servidumbre a favor de los nos propietarios de fincas y en contra de los que ostentan titularidad dominical de las mismas. Sin embargo, desde el momento en que en el aprovechamiento en común acuden también ganados de los que sí son propietarios de las fincas, es imposible calificar jurídicamente tal situación normalmente considerada de servidumbre, por imperativo del principio «nemini res sua servit», como ya señalamos en el capítulo anterior. De ahí que sea necesario distinguir dos aspectos netamente diferenciados: El aprovechamiento se ejercita conjuntamente por los ganados de todos —de los propietarios y de los no propietarios de fincas—, luego es evidente que existe una comunidad de goce; pero a la vez, no hay reciprocidad en las situaciones de los que confluyen al aprovechamiento, puesto que sus posturas son completamente distintas desde el momento en que si bien todos aportan ganados a la comunidad de goce de los pastos, no todos aportan predios para que el aprovechamiento se realice. Por esta razón, en el capítulo referente a la naturaleza judídica, calificamos a esta situación distinta a la «comunidad recíproca de pastos», que es aquella en la que todos los propietarios, pero sólo los propietarios de las fincas, son los titulares de los ganados del aprovechamiento en común.

Ahora bien, si está fuera de toda duda que en la «comunidad recíproca» la aplicación del artículo 602 es evidente, no puede afirmarse lo mismo en el caso que contemplamos. En este último supuesto, habrá que estar en cada caso concreto a la causa originadora del aprovechamiento comunitario: si el título que originó tal disfrute en común estableció la posibilidad de cerramiento de las fincas, es evidente que puede hacerse uso de la facultad contenida en el artículo 602. Sin embargo, si el título nada expresó en este sentido y tal situación de aprovechamiento comunitario no tiene otra causa legitimadora que el mero transcurso del tiempo, cabría plantearse el problema de si este estado de goce comunitario estaría indefectiblemente destinado a su perpetuidad. El tema reviste gran trascendencia y la legislación

no nos brinda ningún tipo de salida, pudiendo, a nuestro juicio, ser planteadas fundamentalmente dos hipótesis:

a) Si el estado comunitario aludido ha surgido con posterioridad a la publicación del Código Civil, dados los términos en que se expresa el artículo 600 de dicho cuerpo legal, en el sentido de que la comunidad de pastos sólo puede surgir «por concesión expresa de los propietarios», está fuera de toda duda la aplicación del artículo 602, ya que los no propietarios no pueden alegar ningún tipo de oposición al ejercicio de aquel precepto, porque su aprovechamiento es una mera situación de hecho que en modo alguno están obligados a soportar los propietarios de las fincas. Habrá un aprovechamiento comunitario de hecho, pero no una auténtica comunidad de pastos. Esta, como ya expresamos en otro lugar, sólo se da cuando varios propietarios ponen en común el aprovechamiento de los pastos de sus fincas con sus propios ganados.

A nuestro juicio, cuando al aprovechamiento concurren ganados de quienes no son propietarios de fincas, existe un aprovechamiento común de pastos pero no una auténtica comunidad de pastos. Si, además, partimos de la hipótesis de que los no propietarios acuden al aprovechamiento sin otro título legitimador que el mero transcurso del tiempo, en modo alguno puede generarse una auténtica comunidad de pastos —lo impide el artículo 600—, ni tampoco una servidumbre de pastos —lo impide el artículo 539— y de ahí que después de publicado el Código Civil, no pueda hallarse, en nuestra hipótesis, más que de un aprovechamiento en común de pastos «tolerado». Y si el artículo 602 es aplicable cuando existe verdadera comunidad de pastos como relación jurídica, con mayor motivo se aplicará cuando tal comunidad de pastos es una mera relación fáctica.

b) Si los no propietarios ejercitan el aprovechamiento con anterioridad a la publicación del Código Civil, ha podido generarse una auténtica comunidad de pastos que, de acuerdo con la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, debe ser respetada. ¿Cabe en esta hipótesis aplicar el artículo 602 del Código Civil? Ante la ausencia de una normativa que directamente resuelva el problema planteado, podemos adoptar una postura afirmativa por analogía con la redención de las servidumbres de pastos del artículo 603 y que veremos más adelante. En efecto,

el Tribunal Supremo, a partir de la sentencia de 11 de noviembre de 1892, mantiene reiteradamente aplicable el artículo 603 a las servidumbres de pastos surgidas con anterioridad a la publicación del Código Civil. Si a esto añadimos que si a pesar del principio antes aludido «nemini res sua servit», en el supuesto contemplado subyace la idea de «servidumbre» a favor de los no titulares de fincas y en contra de los que sí son titulares de las mismas, la invocación analógica cobra extraordinaria importancia. No obstante, y como contrapartida, tampoco debemos silenciar que si, con respecto a las servidumbres de pastos, la sentencia de 19 de noviembre de 1949 declara inaplicable el artículo 603 —como veremos con algún detenimiento más adelante— cuando entren en juego altas razones de interés general, por idénticas razones cabría afirmar la inaplicabilidad del artículo 602 en las comunidades de pastos que no tienen la condición de recíprocas. Sin embargo, la inaplicabilidad del artículo 602 debe ser excepcional, pronunciándonos, como regla general, en favor de la posibilidad del cerramiento.

En cuanto al aprovechamiento comunitario de los «bienes comunales», es impensable la aplicación del artículo 602 del Código Civil, ya que éste expresa: «el propietario que cercare», y, como se vio en el capítulo V, aquí no existe una propiedad unitaria, sino una propiedad compartida ya que, como señala la sentencia de 8 de noviembre de 1977 —y con anterioridad a ella la de 28 de octubre de 1975—, en los bienes comunales, ni los municipios ni los vecinos deben ser considerados como titulares exclusivos de las relaciones jurídicas que hacen referencia a estos tipos de bienes, sino como titulares concurrentes en una titularidad simultánea; de ahí que el municipio no pueda hacer uso del artículo 602 a pesar de ser el titular del dominio de tales bienes.

De otro lado, y también con respecto a los bienes comunales, es indudable que los vecinos, al ejercitar el aprovechamiento de los mismos, generan entre sí una auténtica comunidad que obedece al molde germánico o «en mano común» tal y como se expresó en el capítulo anterior. Ahora bien, ¿este aprovechamiento comunitario «en mano común» supone en su conjunto una servidumbre respecto a los bienes comunales? A nuestro juicio, evidentemente no, ya que históricamente los bienes eran en su totalidad del «común de vecinos»; y actualmente a los vecinos se

les ha despojado del dominio pero no del derecho al disfrute. De ahí que, como ya apuntamos en otro lugar, sea inconcebible el quedar reducido a una mera servidumbre un derecho que ostentaron en su plenitud los vecinos y que, sin causa legitimadora, se les ha despojado del dominio pero no del aprovechamiento.

Partiendo de que el aprovechamiento constituye una verdadera comunidad «en mano común» que no supone una servidumbre respecto del municipio —ya que a éste institucionalmente sólo le corresponde el dominio—, también es de imposible aplicación el artículo 602 a los vecinos ya que sólo ostentan la posibilidad de integrarse en esa comunidad de goce sin que le pertenezca parte alícuota determinada que puedan individualizar ni, menos aún, cercar.

La facultad de cerramiento de las fincas, y la consiguiente exclusión de la comunidad de pastos que sobre las mismas el cerramiento lleva implícito, está consagrada en la mayor parte de las legislaciones. No obstante, de una parte se admiten excepciones a tal facultad (que no encontramos en la legislación española) y de otra, el que cierra una o varias fincas experimenta una disminución en su derecho al aprovechamiento comunitario proporcional a las fincas que cierra (criterio que tampoco existe en el ordenamiento jurídico patrio).

En esta línea es de destacar cómo el artículo 682 del Código Civil italiano de 1865 establecía que «el que quiera liberarse de la comunidad, acudirá al Ayuntamiento formalizando denuncia con un año de anticipación, y perderá su derecho a los pastos en los otros fundos en proporción al terreno que sustraiga al uso común. Esta denuncia será notificada y hecha pública, y si surge controversia, intervendrán los Tribunales Civiles, los cuales sólo la rechazarán por un grave y evidente motivo de utilidad general del municipio en que estén situados los terrenos. Admitida, el Tribunal regulará el modo y los efectos, teniendo muy en cuenta la calidad y cantidad de terreno que se quiere sustraer al uso común».

De otro lado, el Código Civil francés, si bien es cierto que en el artículo 647 reconoce a todo propietario la facultad de cerrar sus fincas —con la obligación de constituir una servidumbre de paso en favor de las enclavadas, si éstas existen, según determina el artículo 682—, establece en su art. 648, que el propietario

que quiera cerrar sus fincas, pierde su derecho al paso y «vaine pâture» (707) en proporción al terreno que cierra y sustrae de la comunidad. Estos preceptos del Código Civil están ampliamente desarrollados por el Código Rural de 16 de abril de 1955 en sus artículos 189 a 199.

Tomando como base los citados artículos de uno y otro cuerpo legal, así como múltiples opiniones doctrinales y fallos jurisprudenciales del país vecino, los comentaristas de DALLOZ (708) señalan una serie de principios del mayor interés y que en forma resumida podemos concretar del siguiente modo:

a) El artículo 647 del Code afirma la abolición sancionada por la Ley de 28 de septiembre-6 de octubre de 1791 de la antigua servidumbre que según el derecho feudal o «coutumier» obligaba a los propietarios rurales a tener sus heredades no cerradas.

b) Las Leyes de 1791 y 1889 han hecho una enumeración de los medios de cerramiento. Pero, según opinión general, esta enumeración no es limitativa, de suerte que para que un fundo se libere de la «vaine pâture», es suficiente que sea cerrado por medio de obstáculos firmes que impidan la entrada de ganados, aunque tales medios no encajen exactamente en la enumeración legal. Incluso, el derecho de cerramiento se entiende ejercitado, sin necesidad de cerrar, cuando el propietario implanta un nuevo cultivo incompatible con la «vaine pâture», como por ejemplo, en el caso de praderas artificiales, no pudiéndose tampoco ejercitar el derecho de «vaine pâture» en los sembrados hasta que se haya verificado la recolección.

c) El propietario puede renunciar a su derecho de cerramiento. Pero esta renuncia no puede resultar sino a través de una estipulación formal o del establecimiento de una servidumbre incompatible con el derecho de cerramiento.

d) Cuando el derecho de «vaine pâture» exista sobre una heredad determinada, sea a favor de uno o de varios particulares, sea en favor de la generalidad de los habitantes de una «commune», si está basado en un título, se mantendrá y continuará

(707) Ya nos hemos ocupado en otro lugar sobre el significado y alcance de la «vaine pâture».

(708) *Répertoire de Droit Civil.* Publié sous la direction de PIERRE RAYNAUD en Encyclopédie Juridique de DALLOZ, 2.ª ed., 1978, CLOTURE, págs. 1 a 5.

ejerciéndose conforme a los derechos adquiridos. En este caso no puede ejercitarse el derecho de cerramiento, pero el propietario puede siempre librar su heredad mediante una indemnización fijada por expertos o por medio del «cantonnement».

e) Dados los términos del artículo 648 del Code, que ha reproducido una regla contenida en el artículo 16, sección 4, título 1.º de la Ley de 28 de septiembre de 1791, el propietario, en las localidades donde se ejerce el derecho de paso y de «vaine pâture», puede cerrar, pero perdiendo este mismo derecho en la proporción de terreno que él sustrae.

f) Finalmente, la Ley de 9 de julio de 1889 ha abolido el derecho de servidumbre de pastos que se ejercita entre dos o más «communes». También en principio ha abolido el derecho de «vaine pâture» perteneciente a la generalidad de los habitantes y aplicándose al mismo tiempo a la generalidad del territorio en una «commune» o de una sección de «commune» autorizándose, sin embargo, este derecho en las «communes» que lo soliciten. No obstante, ha mantenido la «vaine pâture» fundada sobre un título y establecida sobre una heredad determinada, sea en provecho de uno o de más particulares, sea en provecho de la generalidad de los habitantes de una «commune», quedando a salvo, para el propietario gravado, el derecho de liberarse mediante una indemnización o por medio del «cantonnement».

A nuestro juicio, debiera tenerse en cuenta dentro del ordenamiento jurídico español todo cuanto acabamos de exponer. Esto es, la fórmula sancionada por el artículo 602 debe ser considerada como una regla general susceptible de excepciones. Creemos muy aconsejable proceder al análisis previo de cada caso en particular y, con criterios objetivos —mediante la intervención del Ayuntamiento, verbigracia—, decidir sobre la conveniencia o inconveniencia del cerramiento, tal y como señala el artículo 682 del Código Civil italiano de 1865, ya que, a nuestro modo de ver, el cerramiento generalmente favorece los intereses agrícolas en detrimento de los intereses pecuarios.

Desde un punto de vista estrictamente agrícola, es indudable que en la mayor parte de las ocasiones la salida de la comunidad es útil y provechosa: quien cerca debidamente una finca, hará en ella los cultivos que tenga por conveniente sin las innegables restricciones que el régimen común de aprovechamiento de sus pastos

lleva inherentes. Mas, desde un punto de vista estrictamente pecuario, si bien es cierto que para el titular la exclusión de la finca cercada de la comunidad le favorece desde el momento en que hace suyos privativamente los productos secundarios, puede tener como contrapartida el lesionar gravemente los intereses pecuarios de los demás. Es posible que la finca de que se trate esté enclavada en un lugar que dificulte extraordinariamente el aprovechamiento que en común se ejercita. En estos casos, estimamos que, por ser el beneficio producido para el propietario inferior al quebranto causado a la colectividad, debe prohibirse razonadamente el cerramiento. De ahí que preconicemos una necesaria restricción a las amplias facultades de cerramiento sancionadas por el párrafo primero del artículo 602.

El párrafo segundo del citado artículo lo consideramos plenamente injustificado, ya que si el propietario que cercare su finca conserva su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas, constituye a nuestro modo de ver una situación de injustificado privilegio para quien cierra sus fincas en detrimento de los que no lo hacen. No encontramos razón alguna para que quien cerque sus fundos no vea menguada su participación en el aprovechamiento comunitario en la medida en que extrae de tal comunidad sus fincas. No pueden convencernos las razones que como justificación de tal criterio señala García Goyena (709) que «aunque parece justo que el que retira su parte no pueda aprovecharse de la de los otros, ha prevalecido el interés o favor de la agricultura cifrado en que se cerquen las heredades, y se ha dejado este premio o estímulo para conseguirlo».

El propio García Goyena reconoce que parece justo que el que retira su parte no pueda aprovecharse de la de los otros. En esto estamos totalmente de acuerdo, pero no lo estamos en las razones que invoca como criterio prevalente al hablar de premio o estímulo en los cerramientos en favor de la agricultura. En efecto, si generalmente los cerramientos conllevan un beneficio en la agricultura en los términos que acabamos de exponer, no es menos cierto que este beneficio puede obtenerse a costa

(709) GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español.* Reimpresión de la edic. de Madrid de 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Zaragoza, 1974, pág. 260.

de unos perjuicios ganaderos de mayor entidad que aquéllos. Pero además, esta forma de salir de la comunidad sólo puede beneficiar a los económicamente más fuertes con posibilidad de realizar los gastos que todo cerramiento supone. ¿No es un contrasentido hablar de premios o estímulos para cerrar sus fincas en favor de los que pueden hacerlo? ¿No estaremos más bien en presencia de un enriquecimiento injusto de los que cuentan con medios económicos a costa de los que carecen de tales medios? A nuestro juicio el enriquecimiento se da: los que cierran sus fincas ven aumentada su participación en los aprovechamientos ya que las fincas cerradas serán aprovechadas exclusivamente por ellos y continúan participando juntamente con los demás en el resto de las fincas no cercadas. Por el contrario, los que no cierran las fincas —generalmente por no poder hacerlo— siguen en unión de los que cercaron sus fincas en el aprovechamiento de las que no han sido objeto de cerramiento.

Discrepamos igualmente en este punto del criterio sustentado por Ossorio Morales (710), quien, tratando de defender la redacción del artículo que criticamos, observa que «este modo de salir de la comunidad corresponde por igual a todos los propietarios cuyos pastos estaban en comunidad, y todos ellos pueden, pues, librarse de la carga procediendo del mismo modo». Disentimos de tal opinión porque, a nuestro entender, la comunidad no supone siempre una carga como afirma Ossorio, pues sobradamente han quedado expuestos a lo largo de nuestro estudio los efectos beneficiosos que los aprovechamientos en común suponen en múltiples ocasiones. Pero, además, sólo en teoría puede predicarse la facultad de cerramiento como una posibilidad al alcance de todos, pues no podemos desconocer que en la práctica quedará limitada dicha facultad a los que estén en condiciones de hacer el desembolso preciso para el cerramiento. La afirmación de Ossorio sólo sería válida en el supuesto de que bastara el simple acotamiento —que sí está al alcance de todos—, o en la improbable hipótesis de que todos los afectados por la comunidad de pastos puedan realmente cercar sus fincas por permitírselo su situación económica.

Si comparamos el texto del artículo 602 de nuestro Código

---

(710) OSSORIO MORALES, *Servidumbres personales*, págs. 101 y 102.

Civil con el ya citado artículo 682 del Código Civil italiano de 1865 así como con el artículo 648 del Código Civil francés, vemos una separación neta entre el párrafo segundo del artículo 602 de nuestro primer texto legal con el contenido de estos dos preceptos del derecho extranjero (711). Conforme a los artículos 682 italiano y 648 francés, el comunero que cierra alguna de sus fincas ve menguada su participación en la comunidad en proporción a los fundos que, mediante tal procedimiento, libra de la misma. Este criterio, como ya anticipamos, es el justo y no el nuestro, pues sólo de esta forma se evitará lo que con toda justeza califica Flórez de Quiñones (712) de verdadero despojo, evitándose una anomalía jurídica en frase de Manresa (713), quien reconoce que el espíritu del legislador llega a su completa expansión, quizá abusiva, en el párrafo último del artículo 602, conforme al cual, el que se sale de la comunidad por el cerramiento de su finca, conserva su derecho a la comunidad de pastos en las otras fincas no cercadas. Estas palabras son recogidas literalmente por la sentencia de 7 de marzo de 1966, añadiendo que el aludido abuso sólo puede ser paliado con el ejercicio recíproco de cerramiento, en ocasiones irrealizable por antieconómico; reconociendo, por otra parte, la citada sentencia, que la jurisprudencia viene implícitamente a confirmar o a reconocer directamente —como la sentencia de 19 de noviembre de 1949— la aplicabilidad del artículo 602 del Código Civil a las comunidades vecinales de pastos de origen inmemorial.

Si bien es el artículo 602 el medio normal de extinción de la comunidad de pastos respecto de las fincas cercadas, tal comunidad puede desaparecer por otros cauces distintos al cerramiento contemplado en tal precepto; esto es, puede suceder que los comuneros dejen de ejercitar su derecho por un lapso de tiempo

---

(711) COLIN Y CAPITANT, *Curso elemental de Derecho Civil*, ed. española, 1949, pág. 163, señala con respecto a Francia que el propietario que usaba de la facultad de cerrar sus fincas perdía el derecho de paso de ganado y de pasto común en proporción al terreno que había sustraído al uso colectivo; norma que como hemos tenido ocasión de señalar, sigue en pleno vigor.

(712) FLÓREZ DE QUIÑONES, «Comunidad o servidumbre de pastos», *RDP*, 1933, pág. 171.

(713) MANRESA, *Comentarios al Código Civil español*, tomo IV, 6.ª ed., Madrid, 1951, pág. 905.

lo suficientemente amplio para que actúe la prescripción extintiva.

Cuando una comunidad, sea o no vecinal, ha adquirido por cualquier título —antes del C. C. incluso por prescripción—, el derecho a los pastos o leñas, cabe plantearse el problema de si su inercia prolongada puede dar lugar a la extinción de su derecho. Es cierto que los derechos de los comuneros no prescribirán mientras sea poseída la cosa en común por alguno de los interesados en beneficio de la comunidad, pero es indudable que cuando el objeto común no ha sido poseído por ninguno de los comuneros, o lo ha sido por alguno de ellos en nombre propio y no en favor de la comunidad, los copartícipes que no ejercitaron sus derechos sufrirán inexorablemente los efectos de la prescripción extintiva. Así lo entiende la sentencia de 21 de marzo de 1955, cuando establece que si bien es cierto que a tenor del artículo 1965 del Código Civil, en concordancia con la legislación histórica, singularmente con la Ley 7.ª, Título XXIX de la Partida 3.ª, y con la Ley 2.ª, Título VIII, libro II de la Novísima Recopilación, no prescribe la acción entre los comuneros mientras sea poseída la cosa común por alguno de los interesados, esta norma tiene señalada una relevante excepción por reiteradas declaraciones del Tribunal Supremo, en sentencias tales como las de 22 de junio de 1894 y 6 de julio de 1917, en el sentido de que la imprescriptibilidad de la acción exige que todos o alguno de los interesados en la cosa común la posean de cosuno en nombre de la comunidad, pues si la posesión la tiene uno de los interesados en nombre propio o singular con exclusión de los restantes comuneros por más de treinta años ininterrumpidamente, la prescripción se produce en sus dos vertientes correlativas: extintiva para el comunero que abandonó el ejercicio de su derecho, y adquisitiva para el que se mantuvo en la posesión como titular único.

### b) Los artículos 603 y 604 del Código Civil

Expresa el artículo 603 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.

A falta de convenio, se fijará el capital para la redención sobre la base del 4 por 100 del valor anual de los pastos regulados por tasación pericial».

Dados los términos en que el artículo se pronuncia, es innegable que sólo contempla el supuesto de la servidumbre de pastos, arbitrando su redención que, de forma unilateral, puede llevar a cabo el propietario de los terrenos con tal gravamen. Esta norma es acorde —como ha señalado la sentencia de 20 de octubre de 1955— con el espíritu de nuestra legislación, que tiende a liberar los gravámenes de todo género que pesan sobre la propiedad inmueble.

Si, como afirmamos, el artículo 603 está referido exclusivamente a la servidumbre de pastos como un medio de dar fin a la misma, hay que tener en cuenta que desde el momento en que tal servidumbre puede estar ejercitándose por una pluralidad de personas y éstas constituyen una «comunidad de goce», en tal caso la redención afecta evidentemente a esa comunidad. Sin embargo, a la comunidad de pastos propiamente dicha se aplica el artículo 602; el artículo 603 regula la redención de la servidumbre de pastos y sólo en el caso de que tal servidumbre se ejercite por una pluralidad de personas —servidumbre de pastos ejercida en común— puede afectar a una comunidad. Tal comunidad, al tener su causa legitimadora en una servidumbre, se extingue si se redime ésta, desapareciendo el aprovechamiento comunitario que de la servidumbre se ejercitaba. Por tanto, no es admisible la muy conocida tesis de Sánchez Román (714), según la cual la facultad de cerramiento reconocida en el artículo 602 y la facultad de redención del artículo 603 se han establecido «alternativamente» con el objeto de no hacer eterna la situación de indivisión. Los artículos 602 y 603 se refieren, respectivamente, a la «comunidad» y a la «servidumbre» tal y como expresamos en el capítulo relativo a la naturaleza jurídica, criterio mantenido por un gran sector doctrinal y que es también el sustentado por el Tribunal Supremo (715).

---

(714) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, 2.ª ed., III, págs. 650 y 651.

(715) *Vid.* entre otras las sentencias de 23 de octubre de 1964 y 12 de marzo de 1968.

Si comparamos el artículo 602 con el 603, fácil es advertir que desde el momento en que el segundo de ellos habla del pago del valor de la servidumbre a los que tenían derecho a la misma, no cabe hablar del despojo ni del enriquecimiento injusto a que dan lugar los términos del artículo 602 en su párrafo segundo.

El artículo 603 plantea varios problemas de los que como más importantes destacamos:

a) ¿Se refiere sólo a las servidumbres constituidas con posterioridad a la publicación del Código Civil?

Este punto, sin dejar de ser discutible, ha quedado resuelto desde la sentencia de 11 de noviembre de 1892 al establecer de manera categórica que el artículo 603 es aplicable a las servidumbres constituidas con anterioridad al Código Civil, criterio que se reitera posteriormente en otras sentencias tales como las de 9 de febrero de 1920, 11 de diciembre de 1923, 19 de noviembre de 1949 y 20 de octubre de 1955. La apoyatura legal de tal criterio jurisprudencial está constituida por la disposición transitoria primera de nuestro Código Civil que en su inciso final establece que si el derecho (en este caso el derecho a redimir) apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto, desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen. Se argumenta que desde el momento en que hay indemnización no existen derechos perjudicados.

Sin embargo, creemos que tan generoso criterio de aplicabilidad del artículo 603 a todas las servidumbres constituidas con anterioridad a la publicación del Código Civil, en determinados supuestos puede dar lugar a que se perjudiquen «derechos adquiridos de igual origen» por la indiscriminada redimibilidad de todas las servidumbres nacidas antes de que nuestro primer texto legal fuera publicado. Habría que analizar cada caso en concreto, porque, como señala certeramente Albadalejo (716), es una cuestión teóricamente discutible porque no se trata de que el perjuicio se compense con este pago, sino de si establecido antes

(716) ALBALADEJO, *Derecho Civil*, III, vol. II, Barcelona, 1977, pág. 155, nota 200.

del Código Civil el derecho de servidumbre como irredimible, es perjudicado tal derecho por la facultad (derecho) de redención que el Código establece.

b) ¿Puede aplicarse el artículo 603 en forma indiscriminada a todos los supuestos de servidumbres de pastos?

Nos hallamos ante un tema de extraordinaria importancia en el que el Tribunal Supremo ha marcado un hito importante a partir de la sentencia de 19 de noviembre de 1949. En efecto, hasta tal fallo jurisprudencial, se reconoció a todo propietario de fincas gravadas con la servidumbre de pastos la facultad de redimir dicha carga. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha entendido que la aplicación rigurosa de tal medida podría perjudicar, en ciertas hipótesis, notablemente los intereses de los beneficiarios de la servidumbre, negando como consecuencia tal facultad a cargo del propietario gravado, cuando la redención tiene gran repercusión pública.

La referida sentencia de 19 de noviembre de 1949 ante un supuesto de servidumbre de pastos constituida en favor de los vecinos de un pueblo sobre un monte perteneciente al Ayuntamiento de otro término municipal, deniega la facultad de redención del Ayuntamiento gravado en base a los siguientes considerandos:

— Que aunque el artículo 344 del Código Civil reputa bienes patrimoniales sujetos a las disposiciones del derecho privado los de los pueblos, que no sean de uso público, el mismo precepto deja a salvo lo que dispongan leyes especiales de aplicación preferente, y la legislación especial de montes asigna el concepto de públicos a los de los pueblos y corporaciones que dependan del Gobierno —artículos 1.º de la Ley de 24 de mayo de 1863 y Reglamento de 24 de mayo de 1865, entre otras muchas disposiciones posteriores— confiando su administración a los respectivos ayuntamientos y corporaciones —artículos 12 y 13 de la Ley y 80 y 85 del Reglamento—, lo que no quiere decir que el régimen jurídico de los montes de los pueblos entre de lleno y absolutamente en la esfera administrativa con exclusión de la civil, pero sí que, en términos generales, la materia reviste carácter predominantemente público por razones de interés ge-

neral y conveniencias sociales que restringen considerablemente la aplicación de las normas del derecho privado.

— Que este matiz restringido lo reconoce el propio Código Civil, no sólo en el artículo 344 ya citado, sino también en el 550 remitiendo a las leyes y Reglamentos especiales todo lo concerniente a servidumbres, como la de pastos, establecidas para utilidad comunal, y en el artículo 601, que con referencia a la comunidad de pastos, jurídicamente inconfundible con la servidumbre, por ausencia entre otros aspectos, del derecho sobre predio ajeno, declara aplicables las Leyes Administrativas a las que recaigan sobre terrenos públicos, ya pertenezcan al Estado, ya a los municipios, y es que en orden a los aprovechamientos forestales por los pueblos, en especial el de los pastos en localidades ganaderas, es frecuente el caso de que constituyan el medio de vida casi exclusivo del vecindario, al que por altas razones de interés general no se puede aplicar el régimen individualista y de liberación de cargas de la propiedad, que preside la sistemática del Código Civil.

— Que el artículo 603 de este Código, inspirado en dicho criterio individualista y de libertad de predios, decretó la redención forzosa de la servidumbre irregular de pastos frente a los beneficiarios de la misma, arbitrando para la extinción del gravamen una modalidad no prevista para las servidumbres prediales en el número sexto del artículo 546 —redención voluntaria o pactada entre los dueños de los predios dominante y sirviente—, modalidad distinta también de la establecida en el artículo 602 para la extinción de la comunidad —cerramiento de fincas—, pero cuando se trata de investigar el ámbito de aplicación del artículo 603, es preciso conjugarlo con el 604, a tenor del cual la redención forzosa de la servidumbre personal de pastos se aplicará a las establecidas para aprovechamientos de leñas y demás productos —pastos entre ellos— de los montes de propiedad particular, es decir, que en materia de montes el artículo 604 cercena la esfera de acción del 603, excluyendo de ella, «a sensu contrario», las servidumbres establecidas sobre montes públicos.

— Que esta conclusión no contradice las declaraciones hechas en las sentencias de esta Sala, porque en todas ellas se contemplaron situaciones jurídicas distintas, puesto que se referían a cuestiones de aprovechamiento en montes de propiedad

particular, y si no debe silenciarse que en la sentencia de 18 de febrero de 1932 se resolvió problema idéntico al presente en el sentido de dar aplicación al artículo 603, esta declaración por sí sola no constituye fuente de Derecho, y además no son uniformes las múltiples declaraciones hechas por el Tribunal Supremo sobre régimen jurídico aplicable en materia de aprovechamientos forestales por los vecinos de uno o más pueblos.

c) ¿Cómo se computa el valor anual de los pastos?

Para fijar el valor de la servidumbre, habrá que estar en primer lugar a lo convenido entre las partes, y sólo a falta de convenio se recurre a la fórmula de considerar la cuantía de la servidumbre sobre la base de estimar que el valor anual de los pastos significa un 4 por 100 del valor de aquélla. Se trata, como dice Scaevola (717), de una sencilla operación aritmética en la que el capital es la incógnita a base de considerar el rédito a razón del 4 por 100 anual. De aquí se desprenden varias consecuencias:

1.ª El convenio entre las partes se refiere, no a la redención de la servidumbre, ya que para esto no se necesita acuerdo entre las partes —en contra de lo dispuesto en el artículo 546, número sexto del Código Civil para las prediales (718)—, sino a la cuantía de lo que ha de entregarse por el dueño gravado con la servidumbre al titular o titulares de ésta. En la servidumbre de pastos, la facultad de redención se concede de forma unilateral al dueño del terreno gravado.

2.ª Sólo a falta de acuerdo en la cuantía del importe entre el que ejercita la redención y el titular o titulares del derecho de servidumbre se acude a la fórmula señalada de considerar el valor anual de los pastos como el 4 por 100 del total que deba indemnizar el que redima la servidumbre.

3.ª El valor anual de los pastos, siempre que no haya acuer-

---

(717) M. SCAEVOLA, *Código civil comentado y concordado,* tomo X, 5.ª ed., Madrid, 1947, pág. 806.

(718) El artículo 546 del Código Civil, en su número 6.º, establece que las servidumbres se extinguen por la redención convenida entre el dueño del predio dominante y el del serviente.

do, se fijará por tasación pericial (719), pero no se determina por el Código Civil el año o período de años a tener en cuenta para sacar una media, porque, como habla de fijación habida cuenta del «valor anual», permite, como señala Albaladejo (720), que tal valor se marque no realmente por el que en el año X o en los años tales o cuales hayan tenido efectivamente aquellos pastos en concreto, sino por el valor que, tomando en cuenta todas las circunstancias que se quieran, pueda calcularse que, en abstracto, tendrían un año unos pastos como los de la finca de que se trate.

d) ¿Quién puede ejercitar la facultad reconocida en el artículo 603?

Sólo el que tenga la cualidad de dueño de la finca gravada ostentará el derecho de redención de la servidumbre de pastos, según criterio del Tribunal Supremo sentado ya por la sentencia de 5 de junio de 1924 al establecer que, habiéndose declarado que el actor transmitió el dominio pleno de los terrenos, perdió el carácter de dueño de ellos, y no puede ejercitar el derecho consignado en el artículo 603 del Código Civil.

e) ¿Ha de interpretarse restrictivamente el artículo 603 en el sentido de que sólo pueden redimirse las servidumbres de pastos a través de tal precepto?

La sentencia de 12 de noviembre de 1949 con criterio, a nuestro juicio, acertado, declara también redimibles los gravámenes de barbecho y siembra, teniendo en cuenta que los preceptos invocados y que dieron lugar a tal fallo jurisprudencial hacen extensiva la redención no sólo a los pastos —expresamente reconocida en el artículo 603—, sino también a los demás productos de montes de propiedad particular. Y es que, como señaló la sentencia de 19 de noviembre de 1949, vista anteriormente, y ha confirmado después la sentencia de 20 de octubre de 1955, para investigar el ámbito de aplicación del artículo 603,

(719) SCAEVOLA, en ob. y *loc.* cit., señala que el valor de los pastos debe hacerse por personas técnicas o lo más entendidas que sea posible encontrar en el ramo agrícola.

(720) ALBALADEJO, ob. y *loc.* cit., anteriormente, nota 199.

es preciso conjugarlo con el artículo 604, a cuyo tenor: «Lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular».

De este precepto se deduce, sin ningún género de dudas, que la redención no sólo ha de abarcar al aprovechamiento de las leñas, sino en general a todos los productos de los montes de propiedad particular; y dada la conexión entre los artículos 603 y 604, hemos de deducir que la facultad de redención abarca no sólo a las leñas y a los pastos, sino a los demás productos que procedan de los predios gravados.

Para concluir, podemos señalar que la servidumbre de pastos puede desaparecer también por efecto de la prescripción extintiva. Así lo reconoce expresamente el Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 21 de marzo de 1955 en la que se establece que «es intrascendente la separación de los conceptos —comunidad y servidumbre—, cuando probado el hecho de que desde 1892 hasta 1934 uno de los pueblos se mantuvo al margen de su derecho y el otro aprovechó únicamente los pastos y leñas del monte en litigio, se había producido la prescripción».

Recientemente se han dictado una serie de disposiciones que en cierta medida afectan a puntos tratados a lo largo de nuestro estudio y de manera principal a la disposición de bienes de propios, a la aprobación de Ordenanzas especiales de disfrute y aprovechamiento de montes comunales, a la inclusión de bienes comunales en concentración parcelaria, a la desafectación de bienes comunales, a la aportación voluntaria de Fondo de Mejora de montes de las Entidades Locales, etc. En todas ellas se amplían las facultades de las Comunidades Autóctonas o Entes Preautonómicos. Son de destacar:

— R. D. 1.383/78, de 23 de junio, sobre traspaso de competencias a la Generalidad.

— R. D. 1.981/78, de 15 de julio, sobre transferencia de competencias al Consejo General Vasco.

— R. D. 694/79, de 13 de febrero, sobre traspaso de competencias a la Diputación Foral de Aragón.

— R. D. 695/79, de 13 de febrero, sobre traspaso de competencias al Consejo del País Valenciano.

— R. D. 698/79, de 13 de febrero, sobre traspaso de competencias a la Junta de Andalucía.

— R. D. 1.710/79, de 16 de junio, con carácter general deja sin efecto procedimientos de fiscalización, intervención y tutela del Ministerio de Administración Territorial sobre Entidades Locales en diversas materias.

— R. D. 2.245/79, de 7 de septiembre, sobre traspaso de competencias al Consejo General Interinsular de las Islas Baleares.

— R. D. 2.843/79, de 7 de diciembre, sobre traspaso de competencias a la Junta de Canarias.

— R. D. 2.874/79, de 17 de diciembre, sobre transferencia de competencias al Consejo General de Asturias.

— R. D. 2.912/79, de 21 de diciembre, sobre transferencia de competencias a la Junta Regional de Extremadura.

— R. D. 3.072/79, de 29 de diciembre, sobre traspaso de competencias a la Junta de Comunidades de la Región Castellano-Manchega.

## BIBLIOGRAFIA


ABELLA: *Reglamento de Bienes,* 1957.

ABRAIRA LÓPEZ: *El Derecho Foral Gallego (Estudio crítico de la Compilación de Derecho Civil Especial de Galicia).* Santiago de Compostela, 1970.

AIZPÚN TUERO: «Comunidades de bienes, facerías, vecindades foranas, servidumbres», en *Curso de Derecho Foral Navarro.* Pamplona, 1958.

ALBALADEJO: *Derecho Civil,* III, vol. 1.º (reimpresión). Barcelona, 1977.

ALONSO PÉREZ: «Actitud metodológica del Derecho Agrario», *ADC,* 1973. «La propiedad horizontal. Especialidades de su contenido como derecho», *RDP,* 1977.

ALTAMIRA: *Historia de la propiedad comunal.* Madrid, 1929.

AREITIO: «Derecho Civil de Vizcaya», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix,* tomo I.

ARÍN Y DORRONSORO: *Estudio jurídico-social de las corralizas, montes y comunidades de Navarra.* Segovia, 1930.

ARTIME PRIETO: «La Ley de montes y la doctrina jurisprudencial», *Foro Gallego,* n.º 123, 1961.

AUBY: *Droit administratif spécial.* París, 1966.

AZCÁRATE: *Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad.* Madrid, 1879-1880.

BALBI: *Il Diritto di Superficie.* Turín, 1947.

BALLARÍN MARCIAL: *Nuevas fórmulas asociativas para la agricultura.* Madrid, 1964.

BARASSI: *La proprietá.* Milán, 1939.

BARBERO: *L'usufrutto e i diritti affini.* Milán, 1952.

— *Sistema de Derecho Privado.* II, trad. esp. Buenos Aires, 1967.

BAZ IZQUIERDO: «Explotación colectiva de los bienes comunales de aprovechamiento agrícola». *Rev. de Estudios Agro-sociales,* n.º 51 (1965).

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO: «Usufructo sobre usufructo», *RDP,* 1941.

— *La comunidad de bienes en el Derecho Español.* Madrid, 1954.

BENEYTO PÉREZ: *Estudio sobre la Historia del Régimen Agrario.* Barcelona, 1941.

BERGUA CAMÓN: «Ganadería y Pastos», *ADA*, XIII (años 1965-1966-1967).
BERRI, M.: «Tradizionale principi di diritto sostanziale e processuale in materia di usi cívici», *Giurisprudenza Italiana*, 1974, I, 1909.
BIONDI: «Las servidumbres», trad. española anotada por GONZÁLEZ PORRAS, Madrid, 1978.
BLANCO-RAJOY y REINO CAAMAÑO: «Diversas formas de condominio en la Región Gallega», *Foro Gallego*, núms. 47-48, 1948.
BONFANTE: *Instituciones de Derecho Romano*. Trad. de L. Bacci y A. Larrosa, Madrid, 1929.
— *Historia del Derecho Romano*. Madrid, 1944.
BORREL Y MACIÁ: «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo», *RDP*, 1949.
BORREL Y SOLER: *Derecho civil vigente en Cataluña*. Barcelona, 1954.
BRÈTONE, Mario: *La nozione romana di usuffruto, I, Dalle origini a Diocleziano*. Nápoles, 1962.
— *La nozione romana di usuffruto, II, Da Diocleziano a Iustiniano*. Jovene, Nápoles, 1967.
DE BUEN: *Notas al Curso Elemental de Derecho Civil de Colin y Capitant*, II. Madrid, 1923.
— Voz «Servidumbre», en *Enciclopedia Jurídica Española Seix*. Tomo XXVIII.
BURÓN: *Derecho Civil Español*, II. Valladolid, 1898.
BUTERA: *Delle servitú stabilite per fatto dell'uomo*. Nápoles, 1926.
CAMPS Y ARBOIX: *La propiedad de la tierra y su función social*. Barcelona, 1953.
CARBALLAL PERNAS: «Pasado y presente del Derecho Civil Gallego», *Foro Gallego*, núms. 135-136, 1967.
CÁRDENAS: *Ensayo sobre la historia de la propiedad territorial en España*. Madrid, 1876.
CARIOTA-FERRARA: *L'enfiteusi* (En el tratado dirigido por VASALLI). Turín, 1950.
CARNELUTTI: «Patrimonialitá giuridica e autonomia patrimoniale», en *Riv. Dir. Commer*, 1913. I.
— «Personalitá e autonomia patrimoniale nella societá e nella comunione», *Riv. Dir. Commer*, 1913, I.
CASTÁN TOBEÑAS: *Derecho Civil Foral*. Madrid, 1932.
— «Hacia un nuevo Derecho Civil», *RGLJ*, 1933.
— *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, vol. 2.º, 11.ª ed. Madrid, 1973.
— *Derecho Civil Español Común y Foral*, I, vol. 1.º, 11.ª ed. Madrid, 1975.
— *Derecho Civil Español Común y Foral*, II, vol. 1.º. Madrid, 1978.

DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, Parte general I. Madrid, 1949.
CASTRO SOMOZA: «Los montes en mano común de vecinos en Galicia», *RGLJ*, 1966.
CERVATTI, G.: «Osservazioni sulla attualitá di una legge» (Terre civiche e diritti delle popolazioni), *Nuovo Diritto agrario*, 1974, 15.
CLEMENTE DE DIEGO: *Dictámenes jurídicos*. I. Barcelona, 1958.
— *Instituciones de Derecho Civil*. I. Madrid, 1959 (Edición puesta al día por Cossío y Gullón).
COCO: *Crisi ed evoluzione del diritto de propietá*. Milán, 1965.
COLIN Y CAPITANT: *Curso Elemental de Derecho Civil*. Edic. esp. Madrid, 1949.
COLMEIRO: *Derecho Administrativo Español*, 4.ª ed. Madrid, 1876.
COSACK Y MITTEIS: *Lehrbuch des bürgerlichen. Rechts*, tomo II, 8.ª ed., Jena, 1924.
COSSÍO: La nuda propiedad, *ADC*. 1955.
COSTA, J.: *Colectivismo Agrario*. Madrid, 1915.
CUADRADO IGLESIAS: *Naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunales de pastos y leñas*. Salamanca, 1961.
— «Configuración jurídica del llamado pseudo-usufructo testamentario», *RDP*. 1971.
DESIDERI, C.: «Potere pubblico e forme tradizionali di proprietá collettiva», en *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 1971.
DÍAZ CANEJA: «Bienes Municipales. Su clasificación en la Ley de Régimen Local», *REAL*. n.º 81, 1955.
DÍAZ CANSECO: «Sobre los Fueros del Valle de Fenar, Castrocalbón y Pajares (Notas para el estudio del Fuero de León), *AHDE*, I, 1924.
DÍAZ DE LA RIVA Y GUERRA-LIBRERO: *Montes Municipales*. Madrid, 1963.
DÍEZ-PICAZO: «Experiencias jurídicas y teoría del Derecho», Ariel quincenal, n.º 89. Madrid, 1973.
DÍEZ PICAZO Y GULLÓN: *Instituciones de Derecho Civil*, I. Madrid, 1974.
— *Sistema de Derecho Civil*. III. Madrid, 1977.
DONDERIS TATAY: *La copropiedad en el Derecho Español*. Madrid, 1933.
DUSI: *Instituzioni di diritto Civile*, I. Turín, 1930.
ESCRICHE: voz «Baldíos»: en *Diccionario de Jurisprudencia*, 2.ª ed. I, 1938.
ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil Español*, II. Madrid, 1977.
ESSER: *Schuldrecht*, 2 vols. 3.ª ed. Karlsruhe; 1969.
ESTAPÉ RODRÍGUEZ: *Diccionario de Historia de España*. Madrid, 1968.
FAIREN: *Consideraciones jurídicas sobre los «Boalares» de Aragón*. Zaragoza, 1944.
— *La alera foral*, Zaragoza, 1951.

— «El régimen de pastos de alera foral en la actualidad». Publicado en *Homenaje a la memoria de D. Juan Moneva.* Zaragoza, 1954.
— «Facerías internacionales pirenaicas, *IEP.* Madrid, 1956.
FALCÓN: *Exposición doctrinal del Derecho Civil Español Común y Foral,* II. Salamanca, 1882.
FERNÁNDEZ DE VELASCO: «Naturaleza jurídica de los Bienes Comunales», *RDP,* 1968.
FERRARA: *Trattato di Diritto Civile Italiano,* I. Roma, 1921.
— *Teoría de las personas jurídicas.* Trad. española, Madrid, 1929.
FLÓREZ DE QUIÑONES: «Comunidad o servidumbre de pastos», *RDP,* 1933.
FONT RÍUS: *Orígenes del Régimen Municipal de Cataluña.* Madrid, 1946.
FONTANA, Josep: «Hacienda y Estado», 1823-1833, *IEF,* 1973.
— «La Revolución Liberal (Política y Hacienda) 1833-1845», *IEF, 1977.*
FRAGALI, Michele: *La Communione.* Milán, 1973.
FRANCO Y LÓPEZ: *Memoria sobre las instituciones que deben continuar subsistentes en el Derecho Civil aragonés y reformas que es conveniente establecer.* Zaragoza, 1886.
FUSTEL DE COULANGES: *L'allen et le domaine rural pendant l'époque merovingienne.* 1889.
— *La cité antique.* Lib. Machette. París, 1931.
GAA: «Das Gestz zur Ablösung der Allmende», en el *Württ Gemeinde Zeitung,* 1966.
— «Die Allmendablösung in Baden-Württemberg», en la *Bad-Württ Verwaltungsblatt,* 1967.
GARCÍA AMIGO: «Condominio pro diviso o propiedad separada», *RDP,* 1974.
GARCÍA CANTERO: En la revisión y puesta al día de *Derecho Civil Español Común y Foral,* de Castán, II, vol. 1.º, 11.ª ed. Madrid, 1978.
GARCÍA CARIDAD: *Los Montes de Propiedad Comunal.* Conclusiones del Consejo Económico Sindical Interprovincial del Noroeste, 1964.
— «Notas críticas de proyecto de Ley regulador de los montes pertenecientes en mano común a los núcleos vecinales en Galicia», *Foro Gallego,* núms. 135-136, 1967.
GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Dos estudios sobre la Usucapión en Derecho Administrativo.* Madrid, 1955.
— *Código de las Leyes Administrativas.* Madrid, 1976.
— «Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura», *ADC.* 1976.
GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo,* tomo I. Madrid, 1974.

GARCÍA GOYENA: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español* (reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza). Zaragoza, 1974.

GARCÍA GRANERO: «Cotitularidad y comunidad «Gesammte Hand» o comunidad en mano común» *RCDI,* 1946.

GARCÍA ROYO: *Foralidad Civil en las provincias vascongadas.* Vitoria, 1952.

GARCÍA TREVIJANO: «Titularidad y afectación demanial en el ordenamiento jurídico español», *RAP,* n.º 29, 1959.

GARCÍA DE VALDEAVELLANO: *Curso de Historia de las instituciones españolas,* 3.ª ed., Madrid, 1973.

GARCÍA VALDECASAS, G.: «La idea de sustancia en el Código Civil», *RDP,* 1951.

GARRIDO DE FALLA: «Sobre los Bienes Comunales», *REVL,* n.º 125, 1962.

GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo,* I. Madrid, 1950.

GIANNINI, M. S.: «Sull'esistenza degli usi civici di caccia», en *Riv. di dir. sportivo,* 1950.

GIERKE: *Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs und Deutsche Recht.* Leipzig, 1889.

— *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (Berlín, 1889) y su nueva edición en Francfort, 1943.

— *Deutsches Privatrecht I (Allgemeiner Teil und Personenrecht).* Leipzig, 1895-1917.

GILARRANZ DE FRUTOS: *Nueva ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras.* Madrid, 1954.

GINER DE LOS RÍOS: «El Estado de la persona social», *RGLJ,* tomo 89.

GIRARD: *Droit romain,* 8.ª ed. París, 1929.

GÓMEZ GONZÁLEZ: «Pastos Comunales», en *Enciclopedia Jurídica Seix,* tomo XXIV.

GÓMEZ PEDREIRA: «Notas sobre el proyecto de Ley regulador de los montes pertenecientes al común de vecinos en los núcleos rurales gallegos», *Foro Gallego,* n.º 137, 1968.

GONZÁLEZ ALEGRE: *Manual de servidumbres.* Madrid, 1958.

GONZÁLEZ LÓPEZ: «Notas sobre el proyecto de Ley de Montes en Galicia», *Foro Gallego,* n.º 137, 1968.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ: «La copropiedad pro diviso», *RCDI,* 1941.

GONZÁLEZ PÉREZ: «Colonización interior», *Nueva Enciclop. Jurídica Seix,* Barcelona, 1952.

— «Una sentencia sobre montes en mano común», en *Certamen,* n.º 251, 1962.

GONZÁLEZ PORRAS: En sus anotaciones a *Las servidumbres,* de BIONDO BIONDI. Madrid, 1978.
GRAU: *Comentarios a la Ley Reglamento de Montes.* Madrid, 1966.
— *Derecho de Caza.* Madrid, 1973.
GUAITA«Derecho Foral de Navarra», *REVL,* n.º 94, 1957.
— «La autonomía en la regulación de los montes vecinales en mano común», *Foro Gallego,* n.º 137, 1968.
— «Montes y Bienes Comunales», *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal.* Enero-agosto de 1970, núms. 25-26.
— *Derecho Administrativo Especial,* V. Zaragoza, 1970.
GUILARTE: *El Derecho de superficie.* Pamplona, 1966.
HERNÁNDEZ GIL, A.: *La función social de la posesión.* Madrid, 1969.
HERNÁNDEZ ROS: «Naturaleza jurídica de la comunidad conyugal», *RDP,* 1943.
HERNÁNDEZ TEJERO: *Derecho Romano.* Madrid, 1959.
— *Lecciones de Derecho Romano.* Madrid, 1977.
HÜBNER, R.: *Grundzüge des deutschen Privatrechts.* 5.ª ed., Leipzig, 1930.
ISABAL: *Exposición y comentario del Cuerpo Legal denominado Fueros y Observaciones del Reino de Aragón derogado por el Apéndice Foral.* Zaragoza, 1926.
IGLESIAS SANTOS, J.: *Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado),* 6.ª ed. Barcelona, 1972.
JANSSEN, Lucien: *La Propriété (Le régime des biens dans civilisations occidentales).* París, 1953.
JORS-KUNKEL: *Derecho Privado Romano.* Barcelona, 1937 (traducido por L. P. Castro).
JOVELLANOS: *Informe sobre la Ley Agraria,* Biblioteca de Autores Españoles, T. L. II. Madrid, 1952.
LACARRA, V.: «Instituciones de Derecho Civil Navarro», ed. 1965, revisada por Lacarra de Miguel e integrada en la *Biblioteca de Derecho Foral,* VI.
LACRUZ BERDEJO: «Usucapión de las servidumbres discontinuas o no aparentes», *RGLJ,* 1954.
— *Dictamen sobre la naturaleza jurídica y titularidad de las Bardenas Reales de Navarra,* 1977.
— *Manual de Derecho Civil precedido de una introducción al Derecho.* Barcelona, 1979.
LALAGUNA: *La enfiteusis en el Derecho Civil de Baleares.* Pamplona, 1968.
LATOUR BROTONS: *Estudio del usufructo.* Madrid, 1956.
LEHR, Ernst: *Tratado de Derecho Civil Germánico o Alemán.* Trad. esp. por Alcalde Prieto. Madrid, 1878.
LEVY, Jean Philippe: *Histoire de la propiété.* París, 1972.

LÓPEZ, Gregorio: *Las Siete Partidas... con glosas del Licenciado...* Salamanca, 1565.

LAMAS Y MOLINA: *Comentario crítico-jurídico-literal a las ochenta y tres Leyes de Toro.* 2.ª ed. Madrid, 1852, nueva reimpresión. Barcelona, 1974.

MARAVALL, J. A.: *Estado moderno y mentalidad social.* Madrid, 1972.

MANRESA: *Comentarios al Código Civil Español,* III. Madrid, 1952, y IV, Madrid, 1951.

MARTÍN-BALLESTERO: «Introducción a la Compilación de Derecho Civil de Aragón», *ADC,* 1967.

MARTÍN MATEO: «El futuro de los Bienes Comunales», *REVL,* n.º 155, 1967.

MARTÍN PÉREZ, A.: *La posesión.* Zaragoza, 1950.

MARTÍN, Teodoro: *La Desamortización: Textos político-jurídicos.* Madrid, 1973.

MARTÍN RETORTILLO:

— «Deslinde y amojonamiento civil» *RJC,* 1946.

— «La nueva Ley de Montes y los Municipios», *REVL,* n.º 95 (1957).

MASA ORTIZ: *Legislación de Montes.* Barcelona, 1964.

MELLADO: *Tratado elemental de Derecho Administrativo,* 3.ª ed. Madrid, 1899.

MESSINEO: *Manuale di Diritto civile e commerciale,* II, Milán, 1965.

MONEVA: *Introducción al Derecho Hispánico.* Barcelona. Ed. Labor (s. a.).

MOMMSEN: *Historia de Roma,* I. Madrid, 1876.

MORELL Y TERRY: *Legislación Hipotecaria,* I. Madrid, 1916.

MOUTON Y OCAMPO: *Diccionario del Derecho Civil Compilado y Consuetudinario,* I. Madrid, 1904.

DE LOS MOZOS, J. L.: «Dictamen sobre servidumbre personal de pastos», *ACD,* 1964.

MUCIUS SCAEVOLA: *Código Civil comentado, concordado y totalmente revisado y puesto al día por Ortega Lorca,* X, 5.ª ed. Madrid, 1947.

MUNZEL: «Die Bestimmungen des Kleinen Kaiserrechtes über Allmende und Markwald», en el volumen *Rechtsgeschichte als Kulturgeschicte,* Aalen, 1976.

MUÑOZ Y ROMERO: *Colección de Fueros Municipales y Cartas Pueblas de Los Reinos de Castilla, León y Navarra,* 1847.

NAVARRO AMANDI: *Comentarios al Código Civil reformado.* Madrid, 1890.

NIETO, A.: *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras,* I y II. Valladolid, 1959.

— *Bienes Comunales.* Madrid, 1964.

NOYES: *The Institution of Property.* Nueva York, 1936.

ORORBIA, A.: «En Dictamen solicitado por el Ayuntamiento de Lerín» en 1890, juntamente con Serafín Mata.
D'ORS, A.: *Derecho Privado Romano.* 3.ª ed. Pamplona, 1977.
ORTOLAN, M.: *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano,* 5.ª ed. revisada y anotada I. Trad. esp. Madrid, 1884.
OSSORIO MORALES: *Las servidumbres personales.* Madrid, 1936.
PALERMO: Voz «usi civici», en *Novissimo Digesto Italiano.* Turín, 1975.
PALOMAR BARÓ: Voz «desamortización», en *Enciclopedia Jurídica Seix.* Barcelona, 1955.
PARAIN, Ch. y otros: *El Feudalismo.* Trad. española. Madrid, 1973.
PASHUKANIS: *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus.* Trad. alemana. Berlín, Wien, 1929.
PAZ ARES: *El régimen de los llamados Montes de vecinos en Galicia.* Vigo, 1966.
— «Examen del ámbito objetivo de la Ley de 27 de julio de 1968 sobre montes vecinales en mano común», *RGLJ.* 1969.
PERLINGIERI: «Introduzione alla problemática della propietá». Universidad di Camerino, Scuola di perfezionamento in diritto civile, 1971.
PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER: Traducción a la 32.ª ed. alemana de *Derecho de cosas».* de Wolff. Barcelona, 1952.
PÉREZ GONZÁLEZ: «Discurso de presentación a las Cortes de la Ley sobre Régimen Jurídico del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956».
PI Y MARGALL y PI ARSUAGA, F.: «Las grandes conmociones políticas del siglo XIX en España». Discurso de 13 de junio de 1873. Barcelona, Ed. Seguí II.
PIAZZA, Paolo: Voz «Compascolo», en *Novissimo Digesto Italiano.* Turín, 1959.
PINTO RUIZ: Voz «Amojonamiento», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix.* Barcelona, 1950.
PLANIOL Y RIPERT: *Traité pratique de Droit Civil Française,* 2.ª ed., tomo III. París, 1952.
PLANITZ: *Principios de Derecho Privado Germánico,* trad. esp., por C. Melón Infante. Barcelona, 1957.
POAL Y JOFRESA: *Estudios jurídicos y notariales.* Barcelona, 1899.
POVEDA MURCIA: «Concurrencia de Derechos sobre fincas rústicas», *ADC,* 1949.
PROUDHON: *¿Qué es la propiedad?* Investigaciones sobre el principio del Derecho y del gobierno. Trad. esp. por R. García Ormaechea. Madrid, 1903.
PUGLIATII: *La propietá nel nuovo diritto.* Milán, 1954.
PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil,* III, 2.ª ed., vol. 2.º Barcelona, 1973.

— *Fundamentos de Derecho Civil,* III, 2.ª ed., vol., 3.º Barcelona, 1974.
PUIG PEÑA: *Compendio de Derecho Civil Español,* II. Madrid, 1976.
RADBRUCH, G.: *Kilturlebre des Sozialismus.* Berlín, 1927.
REBES SOLE: «Desafectación de los Montes Comunales por no uso de sus aprovechamientos», *REVL.* n.º 151, 1967.
RICCA BARBERIS: *Enfiteusi.* Turín, 1952.
ROCA JUAN: *De las servidumbres.* Barcelona, 1961.
ROCA SASTRE: «La Comunidad de Gananciales», *RCDI,* VI, Madrid, 1930.
— *Derecho Hipotecario,* II. Barcelona, 1954.
— *Derecho Hipotecario,* II. Barcelona, 1968.
ROYO VILLANOVA: *Elementos de Derecho Administrativo,* 26.ª ed. I. Valladolid, 1964-65.
RUGGIERO: *Instituciones de Derecho Civil,* trad. esp. II.
SALINAS QUIJADA: *Derecho Civil de Navarra,* II. Pamplona, 1972.
SALGADO NOVOA: *El Foro y la evolución de la propiedad en Galicia* (Tesis doctoral inédita). Enero de 1973.
SÁNCHEZ ROMÁN: *Estudios de Derecho Civil,* III. Madrid, 1900.
SANCHO REBULLIDA: «Los Derechos Reales en la Compilación del Derecho Civil Aragonés», *RCDI,* 1968, hoy reproducido en *Estudios de Derecho Civil.* Pamplona, 1978.
— «Dictamen solicitado por el Ayuntamiento de Ribaforada». 1970.
— «Enmienda presentada al anteproyecto de Compilación de Derecho Privado Foral de Navarra», el 14 de octubre de 1971.
— «El sistema de los Derechos Reales en el Fuero Nuevo de Navarra», *ADC,* 1974, hoy reproducido en *Estudios de Derecho Civil.* II. Pamplona, 1978.
SERRANO GARCÍA: «Arrendamiento de Pastos», en *Rivista di Diritto Agrario.* Anno LIV, n.º 4, 1975.
SIEIRA BUSTELO: «Distinta titularidad de los montes incluidos en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública», *REVL.* n.º 87, 1956.
SIESSE: *Contribution a l'étude de la communauté d'heritiers en droit comparé.* París, 1923.
SIMÓN SEGURA: «La Desamortización española del siglo XIX», *IEF. 1973.*
SIMONINI, E.: «Oggetto degli usi civici», *Comuni Italia.* 1974.
STOBE: *Handbuch des deustschen Privatrechts.* Berlín, 1882-85.
STOLFI: *Corso di Diritto civile,* II, 1. Turín, 1926.
TAMAYO: *El Derecho real de servidumbre.* Barcelona, 1956.
TOMÁS VALIENTE, F.: *El marco político de la desamortización en España.* Madrid, 1971.
TOUBES HERRERO: Comunicación presentada en «Jornadas Iberoamericanas y Europeas de Derecho Agrario», julio de 1976.

TRIFONE: *Gli usi civici.* Milán, 1963.
VALDEÓN: Prólogo de la obra *El feudalismo,* de C. H. Parain y otros, trad. esp. Madrid, 1973.
VALLET DE GOYTISOLO: «Disminución y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta», *RJC,* 1951.
— *Panorama de Derecho Civil.* Barcelona, 1963.
VALVERDE: *Tratado de Derecho Civil Español,* II. Valladolid, 1925.
VENEZIAN: *Usufructo, uso y habitación,* trad. esp. Madrid, 1928.
VILLAVICENCIO: «Salva rerum substantia en el usufructo propio», *RDP,* 1951.
VIOLLET, P.: *Histoire du Droit civil française.* París, 1905.
DEL VISO: *Lecciones Elementales de Derecho Civil.* Valencia, 1885.
DE VITA: *La proprietà nell'esperienza giuridica contemporánea.* Milán, 1969.
WALINE: *Manuel élementaire de Droit Administratif,* 4.ª ed. 1946.
WESTERMANN: *Sachenrecht.* Muller. Karlsruhe, 1966.
WILHELM, Abel: *Agrarpolitik.* Göttingen, 1967.
WINDSCHEID: *Diritto delle pandette.* Trad. italiana II. Turín, 1902.
ZANOBINI: *Corso di Diritto Amministrativo.* Vol. IV. Milán, 1958.

## ABREVIATURAS

| | |
|---|---|
| ADA | Anuario de Derecho Aragonés. |
| ADC | Anuario de Derecho Civil. |
| AHD | Anuario de Historia del Derecho. |
| art., arts. | artículo, artículos. |
| C. c. | Código Civil. |
| DGR y N | Dirección General de los Registros y el Notariado. |
| IEF | Instituto de Estudios Fiscales. |
| LAR | Ley de Arrendamientos Rústicos. |
| LH | Ley Hipotecaria. |
| LMt | Ley de Montes. |
| LPE | Ley del Patrimonio del Estado. |
| LPFE | Ley del Patrimonio Forestal del Estado. |
| LRL | Ley de Régimen Local. |
| LRYDA | Ley de Reforma y Desarrollo Agrario. |
| pág. | página. |
| RBEL | Reglamento de Bienes de las Entidades Locales. |
| RCDI | Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. |
| RDP | Revista de Derecho Privado. |
| REVL | Revista de Estudios de la Vida Local. |
| RGLJ | Revista General de Legislación y Jurisprudencia. |
| RH | Reglamento Hipotecario. |
| RJC | Revista Jurídica de Cataluña. |
| s., ss. | sentencia, sentencias. |
| TS | Tribunal Supremo. |

# *Indice*


*Págs.*

**PROLOGO** ..... 10

**INTRODUCCION** ..... 17

**CAPITULO PRIMERO.—Manifestaciones históricas de los aprovechamientos comunitarios en pueblos que más directamente han influido en el Derecho español**

I. Pueblos primitivos ..... 43
II. Derecho romano ..... 47
III. Pueblos germánicos ..... 54

**CAPITULO SEGUNDO.—Origen y evolución de los aprovechamientos en común de pastos y leñas en el Derecho español**

I. Consideraciones generales ..... 73
II. Las comunidades de la Península en la época primitiva .. 74
III. Los aprovechamientos en común de pastos y leñas en la «Hispania» romana ..... 75
IV. Los pueblos germanos y los aprovechamientos en común . 80
V. La conquista musulmana y la crisis de los aprovechamientos en común ..... 83
VI. La España medieval: los bienes comunales y los aprovechamientos en común ..... 86
VII. La desamortización y sus efectos en los aprovechamientos en común ..... 98
VIII. Cerramiento de fincas de propiedad privada: Su incidencia en los aprovechamientos en común ..... 117

**CAPITULO TERCERO.—Los aprovechamientos en común de pastos y leñas en los territorios sujetos al Derecho común**

I. Consideraciones previas ..... 135

Págs.

II. Bienes de dominio público y bienes de dominio privado 137
A) Bienes de dominio público ..... 137
B) Bienes de dominio privado ..... 141
a) De los particulares ..... 142
b) Del Estado ..... 143
c) De las provincias y de los pueblos ..... 144
C) Especial referencia a los bienes comunales ..... 154
1. Concepto ..... 155
2. Extinción ..... 157
a) Expropiación ..... 157
b) Transformación en bienes «de propios» y en bienes de «dominio público» ..... 158
3. Creación de nuevos bienes comunales ..... 165
4. Caracteres ..... 166
a) Gratuidad ..... 166
b) Inalienabilidad ..... 168
c) Inembargabilidad ..... 169
d) Exención tributaria ..... 169
e) Imprescriptibilidad ..... 169
a') Prescripción extintiva ..... 171
b') Prescripción adquisitiva ..... 177
5. Titularidad ..... 181
III. Consideraciones acerca de los montes ..... 186
IV. Referencia a los baldíos ..... 197

**CAPITULO CUARTO.—Principales manifestaciones actuales de los aprovechamientos en común de pastos y leñas en territorios sujetos al Derecho Foral**

VIZCAYA
«Sel Común» ..... 207
ARAGON
«Alera Foral» ..... 210
«Boalar» ..... 222
NAVARRA
Particularidades de sus montes ..... 223
«Corralizas» ..... 226
«Facerías» ..... 244
«Helechales» ..... 252
«Dominio concellar» ..... 257
«Vecindades Foranas» ..... 259

Págs.

GALICIA

«Montes vecinales en mano común» ..... 265
1. Origen ..... 265
2. Pertenencia ..... 275
3. Naturaleza ..... 282
4. Denominación ..... 284
5. Ambito territorial ..... 285
6. Régimen jurídico ..... 287
a) Titularidad ..... 288
b) Caracteres de estos bienes ..... 288
c) Personalidad jurídica del grupo comunitario .... 289
d) Administración ..... 289
e) Aprovechamiento ..... 290

**CAPITULO QUINTO.—Naturaleza jurídica**

I. Planteamiento general ..... 297
A) Usufructo ..... 299
B) Enfiteusis ..... 307
C) Superficie ..... 315
D) Comunidad ..... 317
a) Comunidad «pro indiviso» ..... 320
1. Precisión de su concepto ..... 320
2. Requisitos ..... 323
3. Ambito ..... 326
4. Comunidad y sociedad ..... 329
5. Clases de comunidad ..... 332
b) Comunidad «pro diviso» ..... 336
E) Servidumbre ..... 353
II. Reflexiones críticas en torno a su configuración jurídica ..... 374
a) Relaciones internas entre los titulares de los aprovechamientos ..... 374
b) Relaciones entre los titulares de los aprovechamientos y los titulares dominicales de los fundos .. 376
Comunidad o servidumbre ..... 377
1. Posturas doctrinales ..... 377
2. Criterio jurisprudencial ..... 380
3. Conclusiones ..... 388
A) Aprovechamientos en común de pastos y leñas sobre terrenos de propiedad particular. 399

Págs.

B) Aprovechamientos en común de pastos y leñas sobre terrenos pertenecientes a los entes públicos ..... 416

**CAPITULO SEXTO.—Régimen jurídico**

I. Nacimiento ..... 427
a) Comunidad ..... 428
b) Servidumbre ..... 432
II. Ejercicio ..... 440
A) Aprovechamientos comunitarios de pastos y leñas regidos por normas consuetudinarias ..... 441
1. Comunidad de pastos y leñas regulada por el Código Civil ..... 441
2. Servidumbres de pastos y leñas ejercidas por una pluralidad de personas y regidas por el Código Civil ..... 442
3. Aprovechamientos comunitarios regidos por normas consuetudinarias ..... 444
4. Exclusiones de pueblos o comarcas y de fincas agrupadas ..... 446
5. Mancomunidades de pastos ..... 447
6. Fincas segregadas ..... 449
B) Aprovechamientos de pastos y leñas sujetos a ordenación ..... 456
1. Normas generales de aprovechamiento ..... 456
a) Disposiciones en favor de la ganadería .. 456
b) Disposiciones en favor de la agricultura. 458
2. Modalidades de aprovechamiento ganadero en común ..... 459
a) Dulas o piaras concejiles ..... 459
b) Cooperativas de explotación ganadera y otras ganaderías de grupo ..... 463
c) Agrupaciones de fincas ..... 464
3. Adjudicación de los aprovechamientos ..... 466
4. Régimen económico ..... 472
5. Jurisdicción competente ..... 476
C) Aprovechamientos de los bienes comunales .... 477
a) El artículo 35 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 6 de junio de 1969 477

Págs.

b) Formas de aprovechamiento ..... 479
1. Régimen de explotación común o cultivo colectivo ..... 484
2. Aprovechamiento peculiar según costumbre o reglamentación local ..... 486
3. Adjudicación de lotes o suertes ..... 492
4. Adjudicación mediante precio ..... 493
5. Aprovechamiento de los bienes comunales integrados en el proceso de concentración parcelaria ..... 496

III. Extinción ..... 501
a) El artículo 602 del Código Civil ..... 501
b) Los artículos 603 y 604 del Código Civil ..... 514

BIBLIOGRAFIA ..... 523
ABREVIATURAS ..... 533

## OTROS TITULOS PUBLICADOS

### *SERIE ESTUDIOS*

- *La innovación tecnológica y su difusión en la agricultura*, por MANUEL GARCÍA FERRANDO.
- *La explotación agraria familiar*. Varios autores.
- *La sucesión en el Derecho Agrario*, por JOSÉ LUIS DE LOS MOZOS.
- *El latifundio. Propiedad y explotación, SS. XVIII-XX*, por MIGUEL ARTOLA y otros.
- *La formación de la Agroindustria en España (1960-1970)*, por RAFAEL JUAN I FENOLLAR.
- *Antropología de la ferocidad cotidiana: Supervivencia y trabajo en una comunidad cántabra*, por JAVIER LÓPEZ LINAGE.
- *La conflictividad campesina en la provincia de Córdoba (1931-1936)*, por MANUEL PÉREZ YRUELA.
- *El sector oleícola y el olivar: Oligopolio y coste de recolección*, por AGUSTÍN LÓPEZ ONTIVEROS.
- *Propietarios muy pobres. Sobre la subordinación política del pequeño campesino (La Confederación Nacional Católico-Agraria (1917-1942)*, por JUAN JOSÉ CASTILLO.
- *La evolución del campesinado: La agricultura en el desarrollo capitalista*, por MIREN ETXEZARRETA.
- *La agricultura española a mediados del siglo XIX (1850-1870). Resultados de una encuesta agraria de la época*, por JOAQUÍN DEL MORAL RUIZ.
- *Crisis económica y empleo en Andalucía*, por ANTONIO TITOS MORENO y JOSÉ JAVIER RODRÍGUEZ ALCAIDE.

### *SERIE RECURSOS NATURALES*

- *Ecología de los hayedos meridionales ibéricos: el macizo de Ayllón*, por J. E. HERNÁNDEZ BERMEJO y M. SAINZ OLLERO.

## *SERIE LEGISLACION*

- *Recopilación de normas. Núm. 1. Ganadería.*

## *SERIE TECNICA*

- *La energía solar, el hombre y la agricultura,* por JOSÉ J. GARCÍA-BADELL.

P.V.P. 600 ptas.

El propósito fundamental de este libro es
poner de relieve la urgente necesidad de una
nueva regulación en materia de
aprovechamiento en común de pastos y leñas,
tanto en los bienes comunales
como en los bienes de propiedad de particulares.

Sólo por esta vía se logrará su revitalización,
evitándose el progresivo
empobrecimiento de nuestras comunidades rurales.

Es la de nuestros aprovechamientos en común
una larga y tortuosa historia
que culmina en una regulación
marcadamente individualista por nuestro Código Civil.
Es preciso,
de acuerdo con lo que preceptua la Constitución,
desarrollar un nuevo régimen jurídico
de los bienes comunales
que devuelva la titularidad dominical a
las comunidades vecinales,
permitiendo una reforma en profundidad de
nuestras estructuras agropecuarias.