

4. DERECHO CIVIL

LOS APROVECHAMIENTOS CONCURRENTES SOBRE UNA MISMA FINCA RÚSTICA EN EXTREMADURA: UNA MANIFESTACIÓN DE LA SUPERVIVENCIA ACTUAL DEL DENOMINADO EN LA EDAD MEDIA DOMINIO DIVIDIDO

Por la Dra. MARGARITA FERNÁNDEZ ARROYO
Profesora Titular de Derecho civil.
Universidad de Extremadura

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL DOMINIO ÚTIL COMO PUNTO DE PARTIDA EN LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DIVIDIDO
- III. INCIDENCIA EN EXTREMADURA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DIVIDIDO
- IV. FORMAS DE DISFRUTE: SUS DIVERSAS MODALIDADES
 - A) DISFRUTE SIMULTÁNEO DE LOS APROVECHAMIENTOS DE VUELO Y SUELO
 - B) DISFRUTE SUCESIVO
- V. CALIFICACIÓN JURÍDICA: SU DISTINCIÓN DE FIGURAS AFINES
- VI. MODALIDADES DE DISFRUTE QUE NO RESPONDEN A LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DOMINIO DIVIDIDO: LOS APROVECHAMIENTOS CONFERIDOS A TERCERO SOBRE FINCA AJENA. PERFILES DIFERENCIALES ENTRE LA SERVIDUMBRE Y LA COMUNIDAD DE PASTOS

I. INTRODUCCIÓN

El estudio que acometemos a lo largo de las próximas páginas tiene como primordial objetivo esclarecer los perfiles de una figura caracterizada desde sus más remotos orígenes por su creciente ambigüedad. De hecho, estamos en presencia de una institución, de carácter esencialmente local y regional, muy arraigada en nuestras costumbres rurales, que forma parte de una organización ancestral que no ha cesado tras el triunfo del individualismo del pasado siglo, aunque huérfana de regulación en el Derecho común¹, vive al amparo del principio de la autonomía de la voluntad y del Derecho consuetudinario, siendo, por ende, un viejo residuo de épocas pasadas y etapas sociales actualmente superadas.

Buena prueba de ello es que las titularidades de aprovechamientos concurrentes sobre una misma finca rústica constituyen una manifestación de la supervivencia actual de lo que se dio en denominar en la Edad Media dominio dividido, entendiéndose por tal la desintegración del derecho de propiedad producida como consecuencia de la atribución separada de los distintos aprovechamientos de que son susceptibles de producir las fincas, tales como el arbolado, la siembra o los pastos; razón por la cual se dice que en ellas nunca puede faltar la idea de parcialidad en relación a la cosa física sobre la que mediatamente recae el derecho, ni la de dependencia recíproca con relación a los restantes aprovechamientos².

II. EL DOMINIO ÚTIL COMO PUNTO DE PARTIDA EN LA FORMULACIÓN DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DIVIDIDO

La noción de dominio útil, en la que encuentra sus raíces más profundas la teoría del dominio dividido, surge formalmente como una invención de la ciencia jurídica de los glosadores, desenvolviéndose, consiguientemente, en la práctica altomedieval. Con dicho término se evoca, como ha hecho notar Grossi, un modelo agrario en el que se genera una fuerte dialéctica entre el depositario de

¹ Las Leyes 379 a 383 del Fuero Nuevo de Navarra se ocupan de las denominadas corralizas, entendiéndose por tales, según el tenor literal de la primera de las leyes citadas, «bien un derecho parcial sobre la finca ajena, bien la comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales, con atribución, a uno o a varios, de los aprovechamientos especiales de pastos, hierbas, aguas, leñas, siembras u otros similares».

Sobre las corralizas *vid.* J. A. Torres Lana, «Reflexiones en torno al concepto de corraliza», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, vol. II, págs. 835 y ss.

² Así J. Poveda Murcia, «Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas», *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pág. 164.

la titularidad dominical y el cultivador de la tierra³. Por esta vía se posibilita la coexistencia de una dualidad de regímenes propietarios, habida cuenta de que junto a una forma de propiedad-poseción plena, entendida en el más riguroso sentido del término, dotada de protección frente a terceros, coexisten otras formas de tenencia de la tierra, entre las que destacan las comunidades derivadas del aprovechamiento de baldíos, montes o pastizales, que daban lugar a una propiedad de disfrute, compatible con la propiedad superior, cuando dichos aprovechamientos se atribuían a un solo titular. Así surge una de las múltiples manifestaciones de la colectivización de la propiedad, cuyo fenómeno tiene su expresión más elocuente, en el decir del profesor De los Mozos, en la enfiteusis, por cuanto se erige en el punto de partida de la formulación de la teoría del dominio dividido en directo, representativo de la sustancia, y útil, al que se concibe como la suma de los aprovechamientos de que son susceptibles los bienes, cuya construcción se elabora desde la perspectiva de los bienes y de sus innumerables y diversos aprovechamientos, siendo su principal mérito el haber resuelto en términos de dominio la situación del concesionario cultivador de la tierra⁴.

Ahora bien, este fenómeno, íntimamente vinculado a la organización de las estructuras agrarias en la Edad Media, no deja de ser la expresión feudal de una mentalidad; más exactamente, del primado de lo objetivo y de lo efectivo que se afirma y consolida cada vez más, produciendo el triunfo de las situaciones jurídicas ligadas a la efectividad y el consiguiente envilecimiento y marginación de la titularidad abstracta. Así se dota de autonomía a todo ejercicio sobre la cosa siempre que exista una efectividad corporal a través de la apariencia, del uso, del goce o del ejercicio, habida cuenta de que estas manifestaciones se erigen en los siglos altomedievales, en palabras de Grossi, «en la fuente y la sustancia de un número amplísimo y abierto de órdenes jurídicos atípicos, arquitectónicamente poco definidos, constituyendo la expresión inmediata de fuerzas estructurales impregnadas de una intensa radicación en lo real, todas, en suma (...) *iura in re*, todas (...) dispuestas a dividirse el botín del viejo dominio»⁵.

Así comienzan a cobrar relieve desde el punto de vista técnico todas las situaciones de utilidad, no sólo el denominado dominio útil en la enfiteusis, sino también cuantas confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa que comprometa la sustancia de la misma, si no en su totalidad, sí al menos la porción económicamente más relevante, y a las cuales se las va a dotar de cuantos atributos venían siendo reconocidos al propietario por la antigua tradición. Por ello se dice que son dominios relativos a la *utilitas rei, dominia utilia* pero *dominia*⁶.

³ P. Grossi, «Proprieta», *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXVII, 1988, págs. 241-243.

⁴ Vid. J. L. De los Mozos, «La formación del concepto de propiedad que acoge el Código civil», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º monográfico del V Centenario, marzo-abril, 1992, págs. 581 y ss., esp. 598.

⁵ Grossi, «Proprieta», *op. cit.*, págs. 237-238.

⁶ Grossi, «Proprieta», *op. cit.*, pág. 243.

Consecuencia de lo anterior es que en el ambiguo concepto de la propiedad comienzan a incardinarse un haz de situaciones jurídicas que, lejos de responder a los viejos moldes individualistas, son fruto de una demanda de las estructuras agrarias de la experiencia medieval, la cual construye la relación de pertenencia partiendo de la cosa, condicionándola a sus exigencias y atendiendo al contenido mínimo de la relación propietaria, medida en parámetros de complejidad, por cuanto la unidad de la propiedad desde esta perspectiva es simplemente ocasional, de ahí que dominen las situaciones de desmembración dominical, en las que cada fracción encierra un contenido propietario⁷.

En el desarrollo de este fenómeno ha sido decisiva la generalización, señaladamente a partir del siglo XII en lo que a España se refiere, del régimen señorial formado por la sucesiva incorporación de pequeñas propiedades libres a un señorío, el cual estaba integrado, como ha puesto de manifiesto De los Mozos, por pequeñas explotaciones agrarias que, en estado de semilibertad cultivaban en su provecho los labriegos, a quienes el señor había cedido el disfrute de los predios en virtud de distintas formas jurídicas, entre las que destacan, a nuestros fines específicos, los denominados contratos *ad complantandum* y *ad laborandum*, en virtud de los cuales se establecía una especie de derecho sobre el suelo en favor del concesionario, o una especie de comunidad entre cedente y cesionario, que se manifestaba en el pago de un canon o en la división de los frutos⁸.

III. INCIDENCIA EN EXTREMADURA DE LA TEORÍA DEL DOMINIO DIVIDIDO

La concepción descrita momentos atrás dejará su impronta en algunas instituciones actualmente vigentes en nuestra realidad rural, las cuales han sobrevivido a pesar del cambio de mentalidad operado en el seno de la propiedad en la Edad moderna, en la que la dimensión de las cosas se verá desplazada por la de los sujetos, como consecuencia del proceso de purificación al que es sometido el dominio, al hacerse abstracción de las variaciones contingentes.

Esta situación tiene su origen, por lo que a la región extremeña se refiere, según ha puesto de manifiesto De los Mozos, en la reconquista y repoblación de los territorios llevada a cabo por las órdenes militares de Alcántara y Santiago y por las grandes familias castellanas y leonesas⁹. De hecho, durante la Reconquista fueron frecuentes las concesiones hechas por los monarcas a los municipios de la

⁷ Vid. Grossi, «Proprieta», *op. cit.*, págs. 246-247.

Como dice este mismo autor, de quien están tomadas las consideraciones reflejadas en el texto, de esta concepción se apartan los *iura in re aliena*, como son el usufructo y las servidumbres prediales, dado que ninguna de estas instituciones compromete la esencia constitutiva del inmueble sobre el que recaen y a ellas son ajenas la idea de pertenencia del bien.

⁸ J. L. De los Mozos, «En torno al tema de los contratos agrarios», *Estudios de Derecho agrario*, Madrid, 1972, pág. 277.

⁹ J. L. De los Mozos, «Presupuestos para una reforma de los arrendamientos rústicos en Derecho español», *Estudios de Derecho agrario*, 2 serie, Valladolid, 1981, pág. 145.

propiedad de su término municipal. En opinión de Leal García, así sucedió en Cáceres, en cuya carta de Población o Fuero Latino, otorgado por Alfonso IX, se puede constatar cómo dicho monarca «dió esta villa de Cáceres a sus pobladores con todos sus términos, ríos, fuentes, montes, pastos, villas, castillos, etc. y otorgó enseguida, tras la toma de la villa de Cáceres y al Concejo de Cáceres todo su término, según á escrito en su carta de mojón a mojón.» A Trujillo, Alfonso X concedió «los montes y dehesas con lo anejo a lo uno y lo otro»¹⁰. Consecuencia de ello fue la distribución de la tierra de acuerdo con esquemas feudales o postfeudales, aunque en cierta medida se apartaron del modelo enfiteútico, por cuanto dicha distribución ha estado modalizada, desde sus más remotos orígenes, por razón de sus respectivos aprovechamientos y destino, primordialmente el ganadero.

Pero no menos decisiva ha sido la influencia ejercida al respecto por la legislación desamortizadora, al propiciar nuevos casos de separación de los aprovechamientos, y, consiguientemente, ampliar el fenómeno de la desmembración dominical, como sucedió con las leyes de 1 de mayo de 1855, 11 de julio de 1856 y 8 de mayo de 1888, porque si bien es cierto que en las mismas se imponía la enajenación de los bienes de propios y comunes, no lo es menos que en muchos casos sólo se constituyeron arrendamientos o se establecieron arbitrios sobre determinados aprovechamientos, generalmente sobre la siembra y los pastos, limitándose a éstos, consiguientemente, la enajenación y quedando para el común los que comunalmente se venían disfrutando. En otras ocasiones se dividía el vuelo y el suelo cuando este último se destinaba a dehesa boyal, porque en tales casos sólo podía ser objeto de enajenación el primero al quedar el segundo exceptuado de la desamortización¹¹.

De donde se desprende que esta compleja imbricación de titularidades generalmente se complica porque en la mayor parte de los casos los titulares de algunos aprovechamientos son una colectividad de personas, como pueden ser los vecinos de un municipio al que pertenece con el carácter de comunal el aprovechamiento de que se trate, en cuyo caso existirá una verdadera comunidad *pro indiviso* entre los distintos copartícipes en el disfrute del mismo. Característica dominante también fue durante largo tiempo la concurrencia en la explotación de los mismos de determinadas entidades públicas, ya fuera el Estado o los municipios, aunque en la actualidad la mayoría de los titulares de aprovechamientos concurrentes son particulares.

Ciertamente no pretendemos abundar en las distintas modalidades que presentan estas situaciones jurídicas, aunque sí destacar que las más frecuentes se producen por la pertenencia del derecho del suelo y del vuelo a distintos titulares, como lo corrobora la abundante jurisprudencia que ha tenido ocasión de pronunciarse en la materia.

¹⁰ A. Leal García, «Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres», *Boletín del Instituto de Reforma Agraria*, 1934, núm. 24, pág. 453.

¹¹ *Vid.* en este sentido, Leal García, «Modalidades...», *op. cit.*, pág. 454.

La situación descrita ha conducido a la división de los distintos aprovechamientos de la finca, dando lugar al denominado concurso de titulares sobre una misma finca rústica. Se trata, por consiguiente, de una clara desmembración cualitativa del dominio, aunque en no pocas ocasiones también reviste carácter cuantitativo, ya que el instituto presenta desde el punto de vista práctico una gama variadísima, tanto en su configuración técnica como en su intensidad, lo que hace que en ocasiones la figura no responda a la construcción señalada.

IV. FORMAS DE DISFRUTE: SUS DIVERSAS MODALIDADES

El disfrute de estos aprovechamientos puede hacerse de forma simultánea o sucesiva. Buena prueba de ello nos lo aporta la finca sita en el partido judicial de Hoyos, en la provincia de Cáceres, de la que se ha ocupado extensamente García Amigo al describir las distintas vicisitudes jurídicas por las que ha atravesado la situación jurídica del inmueble y de sus distintos aprovechamientos, desde la época desamortizadora hasta la actualidad. Pero es tan compleja la trayectoria seguida que para su nítida comprensión resulta obligado descender a un análisis minucioso y separado de las diversas modalidades de disfrute, habida cuenta de que en el caso citado coexisten una pluralidad de aprovechamientos sobre la misma finca rústica, cuya peculiaridad reside no sólo en la combinación del disfrute simultáneo con el sucesivo, sino también en que sobre alguno de los aprovechamientos se ha constituido una verdadera comunidad *pro indiviso* por su pertenencia a una pluralidad de personas¹².

¹² De hecho, como ha hecho notar M. García Amigo, «Condominio pro diviso o propiedad separada», *Revista de Derecho Privado*, 1974, págs. 187-189, durante la desamortización constituía bienes de propios de un pueblo y, sobre ella, los vecinos del pueblo municipal en el que radicaba el fundo tenían derecho de siembra cada cuatro años. Pero sólo se desamortizó el derecho de pastos alto y bajo, es decir, la finca entera excepto el derecho de siembra cada cuatro años. La subasta judicial desamortizadora se remata a favor de una persona individual en 1862, otorgándose escritura pública que se inscribe en el Registro de la Propiedad, así como escritura de fianza para responder de la conservación del arbolado. Más tarde el adquirente cedió la titularidad de los citados derechos a una comunidad integrada por 62 partícipes. En 1863 se divide materialmente el monte alto que recubría una parte de la finca, asignándose parcelas de arbolado a cada uno de los partícipes. En 1867 tras ejercitar con éxito la oportuna acción para redimir el derecho de siembra que poseían los vecinos del otro pueblo se otorga escritura pública de redención de cargas, se inscribe en el Registro de la Propiedad y se cancela el mismo derecho en perjuicio de los anteriores titulares.

Más tarde, el terreno de siembra redimido se divide en cuatro *hojas* y cada una de ellas en 62 suertes, con límites fijos, sembrándose durante años sucesivos, pero quedan terrenos en comunidad no susceptibles de siembra y dedicados a pastos exclusivamente, y además, aparecen unas tierras particulares, con derecho de siembra cada cuatro años, que pertenecen a terceros extraños a la comunidad o a los mismos comuneros pero a título particular.

Este cúmulo de operaciones ha generado, como se infiere de cuanto ha sido expuesto, la coexistencia de una pluralidad de aprovechamientos sobre la misma finca rústica, dando lugar a la siguiente situación jurídica:

- 1.º Existencia de un derecho separado al arbolado, que comprende la propiedad del mismo y la de sus aprovechamientos (leña, madera y montanera).
- 2.º Derecho a los pastos, que pertenece en su totalidad a la comunidad *pro indiviso*.
- 3.º Derecho a la siembra, ejercitable cíclicamente cada cuatro años.

A) DISFRUTE SIMULTÁNEO DE LOS APROVECHAMIENTOS DE VUELO Y SUELO

El disfrute simultáneo normalmente se produce, según Leal García, en las fincas rústicas pobladas de árboles o arbustos en las que varios titulares ejercen al mismo tiempo por derecho propio e independiente diversas facultades de disfrute. La modalidad más difundida es aquella en la que uno aprovecha de manera autónoma y exclusiva el arbolado (vuelo) y otro disfruta la tierra (suelo) mediante otro género de explotación, generalmente constituido por la siembra o los pastos¹³. Pero dada la gran superficie que en Cáceres ocupan las fincas, el principal objeto de la separación del vuelo está constituido por los montes, entendiéndose por tales desde que se dictaran las Ordenanzas generales de 1833, todos los terrenos cubiertos de árboles, ya sean montes altos, o bajos, bosques, sotos, plantíos o matorrales de toda especie, excepción hecha de los olivares, de los árboles frutales y de las plantaciones de especial fruto o cultivo agrario.

La principal y peculiar característica de esta modalidad es la coexistencia dentro de unos mismos linderos y sobre una misma finca, de los aprovechamientos pertenecientes en forma exclusiva a cada uno de los titulares. De este modo, el propietario del vuelo ejerce derechos dominicales sobre los árboles que le corresponden. Por ello tendrá las facultades de libre aprovechamiento y disposición. Y en aplicación de lo dispuesto en el artículo 353 del Código civil a él corresponderán los frutos y productos del arbolado, para cuya obtención podrá verificar en el momento oportuno las talas que tenga por conveniente. También le asiste la facultad de introducir ganado porcino en la finca para el aprovechamiento de la bellota durante la montanera en el tiempo que la misma dure, que suele comprender del 8 o 10 de octubre al 8 o 10 de enero de cada año, oscilando las fechas en función, posiblemente, de la costumbre del lugar¹⁴. Este derecho junto con el llamado derecho de apostar son los que más polémica han suscitado desde el punto de vista jurisprudencial. El último se concibe, en el decir de Martínez Pardo, como «la facultad» que compete al dueño del arbolado de «cuidar y sostener los brotes de encina y alcornoques nacidos por generación espontánea llamados apostones hasta su completa formación», y se realiza mediante las operaciones de desbroce, limpia o escarda de las hierbas o matas nacidas alrededor de un brote espontáneo, a fin de no entorpecer ni impedir el crecimiento y desarrollo del mismo para que se transforme en monte alto o arbolado de explotación¹⁵. Ahora bien, el número de guiados o matas o postas, como les denomina indistintamente la sentencia de 8 de abril de 1965, debe limitarse al preciso para la permanente

¹³ Leal García, «Modalidades...», *op. cit.*, pág. 447.

¹⁴ Para la sentencia de 22 de enero de 1953 (R.A. 258) la época de la montanera dura del 8 de octubre al 8 de enero de cada año. Sin embargo, la sentencia de 8 de abril de 1965 (R.A. 2.151) la fija entre el 10 de octubre y el 10 de enero. Llama la atención a este respecto que mientras el primer caso litigioso se plantea en la provincia de Cáceres, el segundo surge en la provincia de Badajoz, razón por la cual apuntábamos que ese margen mínimo de diferencia podría justificarse por la distinta costumbre del lugar.

¹⁵ A. Martínez Pardo, «El derecho de apostar o apostonar. Notas sobre su contenido y alcance», *Revista de Derecho Privado*, 1922, pág. 273.

reposición de las distintas especies arbóreas que perezcan por causas naturales o accidentales a fin de que siempre puedan mantenerse en potencia y en constante producción¹⁶.

Los derechos examinados tienen como correlativa obligación, además de respetar el ejercicio del derecho del titular del suelo, que podrá sembrar o introducir ganados para el pasto, la de pagar el denominado granillo a este último en concepto de indemnización por los daños causados a los pastos durante la montanera, aunque esta obligación no está generalizada, de ahí que en algunas zonas rurales se haya sustituido por la obligación de ensortijar al ganado porcino en dicha época, como se deduce del pronunciamiento contenido en la sentencia de 8 de abril de 1965¹⁷.

Paralelamente, como se desprende de cuanto llevamos dicho, al dueño del suelo le corresponde el ejercicio de sus facultades dominicales sobre las hierbas, las siembras o los pastos, para cuyo aprovechamiento podrá introducir ganado no sólo boyal, sino también lanar y de cerda, salvo en la zona y época reservada a la montanera con el objeto de no vulnerar el derecho que al respecto compete al dueño del suelo.

La delimitación de estos derechos ha sido posible merced a la aportación realizada por la jurisprudencia, señaladamente a partir de la modélica sentencia de 22 de enero de 1953¹⁸, la cual representa un hito histórico en el enfoque del problema, no sólo porque descarta la tipificación de la figura como un supuesto de copropiedad, como más adelante veremos, sino también, y lo que es no menos

¹⁶ Sentencia de 8 de abril de 1965 (R.A. 2151). En el mismo sentido se manifiesta la sentencia de 29 de octubre de 1993 (A.C. nº 8, 1994, R. 227), pues, tras reconocer que el derecho dominical sobre la semilla se extiende a los renuevos que las semillas originaron, declaró «que ha de mantenerse siempre el mismo número de árboles, que no se debe impedir, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo, lo que es evidente, respetando sus propietarios el arbolado "existente" al adquirir las correspondientes parcelas». En aras de todo ello, como dice la propia sentencia, «se han establecido prevenciones para evitar que una de ellas pueda colisionar, invadir o anular el derecho de la otra, sino tratando de hacer compatibles ambos derechos sobre su objeto propio (suelo y vuelo) manteniendo en potencia y producción el actual arbolado existente con sujeción a lo pedido en la demanda y acogida por la sentencia recurrida».

¹⁷ En efecto, esta sentencia declaró que «la protección de los derechos de aprovechamiento del suelo y demás que corresponden a la Fundación, se compatibiliza con el derecho de aprovechamiento de la montanera de las bellotas de las encinas, que pertenece al señor M. B., exigiendo de éste que si opta por llevar los cerdos a la dehesa, para utilizar la montanera, deberá llevarlos ensortijados, y además, en número que sea proporcional a la cantidad de bellota que normalmente puedan producir las referidas 6.912 encinas hechas y rehechas».

¹⁸ En el caso resuelto por esta sentencia de 22 de enero de 1953 (R.A. 258), la situación de división de los aprovechamientos de la finca se remonta a la aplicación de las leyes desamortizadoras, en virtud de las cuales se adjudicó a la Comunidad demandante la propiedad de un monte de encinas y alcornocales y el derecho de apostar dentro del perímetro de la Dehesa Boyal conocida por *Navas* en el término municipal de Cáceres, correspondiendo el suelo y los pastos concedidos para Dehesa Boyal al Ayuntamiento. El conflicto se suscitó como consecuencia de la falta de delimitación de la extensión y límites de los aprovechamientos de los pastos y de la bellota durante la montanera, respecto de los cuales el Alto Tribunal declaró que «el aprovechamiento de pastos, sin limitación alguna por razón de tiempo y de ganado, a introducir en todo el perímetro de la Dehesa, lesionaría el derecho de la entidad actora si el Ayuntamiento de C. dispusiera, como dispuso en el año 1946, según hecho indiscutido, la entrada de toda clase de ganado, incluso el de cerda en toda la Dehesa y durante todo el año, pues privaría abusivamente del aprovechamiento en parte del fruto de la bellota por el ganado

importante, porque descende al análisis minucioso de su contenido, destacando la existencia de limitaciones recíprocas en el aprovechamiento de los respectivos derechos para no impedir, entorpecer o perjudicar el derecho del titular concurrente. Ha seguido sus directrices la sentencia de 10 de diciembre de 1962¹⁹ y las ya citadas, de 8 de abril de 1965²⁰ y 29 de octubre de 1993²¹, todas ellas dictadas

porcino de la Comunidad, dueña exclusiva del fruto, como lesionaria injustificadamente el derecho a los pastos el buen éxito de la pretensión actora encaminada a la prohibición de que el Ayuntamiento autorice la estancia durante la montanera de ganado de cerda en ninguna parte de la dehesa, ni de toda clase de ganado en la zona del Monte Viejo, ya que la Comunidad demandante sólo puede exigir que se respete su derecho al aprovechamiento no compartido con nadie de la bellota del arbolado, más no a que con esta sola limitación el Ayuntamiento de C. disponga de los pastos en toda la extensión de la dehesa, y en todo tiempo, sin perjuicio de que si acomoda ganado, no estrictamente boyal, que por negligencia en su custodia cause daños en el arbolado, puede ejercitar la Comunidad propietaria del mismo, las acciones que procedan en reparación del daño ocasionado, y así resultarán razonablemente armonizados los aprovechamientos de pastos y bellota, puestos en pugna por el Ayuntamiento demandado que autorizó la entrada de ganado de cerda en la zona de la dehesa Navas, conocida por Monte Viejo, durante los tres meses de la montanera».

¹⁹ El conflicto litigioso resuelto por esta sentencia de 10 de diciembre de 1962 (R.A. 5.060), se suscitó por haberse extralimitado en el ejercicio de sus derechos el titular del suelo de la finca rústica Conquista o Cuadrado Grande, ubicada en el término municipal de Don Benito, por cuanto si bien es cierto que el título constitutivo le autorizaba al disfrute de los pastos y de la labor, no lo es menos que al tiempo se le prohibía «“rastrojear y sembrar al pelo”, así como también, llevar a apacentar “vacas y cabras”», por cuanto «su objeto –según terminantemente se hizo constar en tal contrato– era solamente “el suelo de la finca, con exclusión expresa y completa del monte alto, bajo, derecho de apostar y aprovechamiento del fruto de la bellota, carbones y extracción de leñas, todo lo cual podrá utilizar el dueño del monte con arreglo a la Ley o a la costumbre”». Ahora bien, resulta discutido que dicho supuesto responda a la construcción del dominio dividido, a pesar de que la doctrina venga invocándola en este ámbito sobre la base de que la propia sentencia hace expresa referencia a la mentada construcción en uno de sus considerandos. Fundamos nuestra opinión en el hecho de que la separación del suelo y del vuelo tiene su origen en un contrato de arrendamiento, razón por la cual resulta imposible reputar propietario al titular del suelo.

²⁰ En el caso resuelto por la sentencia de 8 de abril de 1965 (R.A. 2.151) se ignora cómo se produjo la separación de los aprovechamientos, pues lo cierto es que la fundación benéfica «Obra Pía de los Pizarros», de Trujillo, inicialmente era dueña en plena propiedad de una finca sita en Don Benito, en la provincia de Badajoz, de la cual se desmembraron, sin saber cómo, 6.912 encinas hechas y rehechas y el derecho de apostar y fomentar las guías para mantener en plena producción ese número de encinas, siempre que no se cercenaren los aprovechamientos que se había reservado el que antes era pleno propietario. El litigio se produjo fundamentalmente como consecuencia del ejercicio abusivo del derecho de apostar que correspondía al titular del vuelo, quien pretendía extenderlo al resto de la finca, deviniendo con ello ineficaz la limitación arbórea –6.912 encinas– establecida en los títulos de dominio y en los asientos registrales de los sucesivos adquirentes, con el consiguiente riesgo que entrañaba el convertir la finca en un verdadero matorral. Para prevenir dicha situación el Tribunal Supremo declaró que «el derecho del señor M. B. a apostar y fomentar las “guías” o “guiados” de encinas, le compatibiliza, a su vez, con el derecho de utilización del derecho del suelo, que corresponde en toda su plenitud a la fundación de la siguiente manera: A) limitando el número de “guiados” o matas o “postas”, al preciso para la permanente reposición de las encinas que perezcan por causas naturales o accidentales, de tal manera que siempre puedan mantenerse en potencia y en constante producción, aquellas 6.912 encinas (...); y b) exigiendo que dicho señor M. B. proteja debidamente con alambrada, aisladamente o en vivero, las guías o brotes apostados para la precisa reposición de las encinas, con lo cual, sin peligro para tales postas o guiados podrá dicha Fundación, llevar a la dehesa, toda clase de ganados –con exclusión del cabrío– en cualquier tiempo, salvo la época de la montanera, en que no podrá introducir el lanar ni el de cerda, y cuya época dura desde el 10 de octubre al 10 de enero.

²¹ En esta sentencia de 29 de octubre de 1993 (A.C. n.º 8, 1994, R. 227), dictada a propósito de un supuesto de división del vuelo y el suelo de una finca rústica en el término municipal de Arealillo

con ocasión del conflicto de intereses suscitado entre los titulares de aprovechamientos concurrentes que disfrutaban la finca de forma simultánea, a los cuales ha sabido dar cumplida respuesta el Tribunal Supremo al determinar la extensión y límites de los distintos derechos separados, con el objeto de impedir que en lo sucesivo continuara cercenándose alguno de los aprovechamientos o como consecuencia del ejercicio abusivo de las facultades correspondientes a cualesquiera de los titulares concurrentes. Así lo ha declarado expresamente la tan aludida sentencia de 8 de abril de 1965 al resolver que «el ejercicio simultáneo y contrapuesto de dos derechos de propiedad distintos y concurrentes sobre la misma finca, exige una completa y perfecta delimitación de ellos, evitando colisiones y que el uno pueda invadir y hacer efectiva la anulación del otro». En semejantes términos lo ha reiterado la más reciente y conocida sentencia de 29 de octubre de 1993 al resolver que «se han establecido prevenciones para evitar que una de ellas pueda colisionar, invadir o anular el derecho de la otra, sino tratando de hacer compatibles ambos derechos sobre su objeto propio (suelo o vuelo)».

B) DISFRUTE SUCESIVO

Distinto se presenta el disfrute sucesivo, por cuanto en éste la separación suele hacerse de forma combinada entre los pastos, las hierbas y la siembra. Esta combinación se impone como consecuencia de las peculiaridades que presenta el suelo cacereño, pues no siendo idóneo para el cultivo de cereales, resulta, en cambio, propicio para la producción de pastos para el ganado y para la explotación forestal, razón por la cual la siembra se hace cada dos, tres, cuatro y aún más años, permaneciendo entre tanto la finca destinada al aprovechamiento ganadero. En tales casos no es infrecuente que una persona sea titular del derecho de siembra y otra del derecho de pastos sobre la misma finca. Ahora bien, como en tales casos los aprovechamientos se disfrutaban de forma sucesiva, el titular del derecho de siembra, en cuyo contenido se hallan comprendidos, según las rotaciones del cultivo, los derechos de barbechar, sembrar y recolectar, goza del predio con exclusión del titular de los pastos desde que se verifica la siembra hasta que tiene lugar la recolección de las cosechas. Y viceversa, el titular de los pastos disfruta de la heredad con exclusión del titular del derecho de siembra desde que se produjo

en la provincia de Ávila, los demandantes reclamaban su derecho de propiedad sobre el arbolado radicante en los Montes Alto y Bajo del citado término municipal, junto con las encinas adultas, los renuevos o carrascos, así como sus frutos, al haber sido cuestionado su derecho por los dueños de las fincas de reemplazo cuando se realizó la concentración parcelaria. El Tribunal Supremo tras declarar que «habiéndose limitado, con buen criterio, tanto una como otra sentencia de instancia a procurar un régimen de convivencia de los derechos de los litigantes equitativo y con respeto mutuo de los derechos recíprocos al uso y aprovechamiento de las partes del inmueble a cada uno atribuidas, estableciendo un régimen de cortas y labores con intervención de la Delegación Provincial de Montes (...)», resolvió que «esos derechos de aprovechamiento no son como además se deduce de lo expuesto, ilimitados, sino sujetos a límites generales que la ley impone a los derechos subjetivos (art. 7 del C.C.), entre ellos su ejercicio conforme a la buena fe y prohibición de abuso de derecho, puesto que los recurridos actuarían contra la buena fe si ejercitan sus derechos a través de conductas reprobables o contrarias a lo pactado o de una forma antisocial».

la recolección hasta que de nuevo se practique la siembra. Pero también es frecuente en nuestra provincia, habida cuenta de la gran extensión de las fincas, que se compagine el disfrute simultáneo de determinadas porciones del fundo con el disfrute sucesivo de las partes restantes. Así sucede en las dehesas divididas en las denominadas *hojas*, en las que en un mismo año existen zonas sembradas y otras de rastrojo, aunque como ha señalado Leal García, ello no altera ni la naturaleza ni los efectos de la separación de los aprovechamientos²². Con todo, el disfrute sucesivo alcanza su mayor complejidad cuando el derecho de pastos pertenece, a su vez, a diversos titulares, correspondiendo a uno el derecho de aprovechamiento de la invernada o pastos de invierno y, a otro, las llamadas medias hierbas, agostadero o pastos de verano, en cuyo caso suele fijarse como época de disfrute para el primero la comprendida entre el 29 de septiembre y el uno de abril, y para el segundo el período restante.

V. CALIFICACIÓN JURÍDICA: SU DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES

Al abordar esta materia entramos ciertamente en un mar de controversias y de dudas, dadas las especiales características concurrentes en la figura que nos ocupa, cuya esencia consiste, en el decir de García García, «en la existencia de varias titularidades de aprovechamientos sobre la cosa, las cuales se encuentran en un mismo plano de importancia, sin que pueda decirse que ninguna esté en inferioridad respecto a la otra. Esa igualdad o equivalencia excluye precisamente la existencia de un solo dueño y explica la pluralidad de propietarios, en que si bien el contenido de sus facultades es cualitativamente diferente, la importancia del derecho de cada uno en el todo es equivalente»²³. Ello se justifica como consecuencia de la atribución separada y exclusiva de los diferentes aprovechamientos de la finca, permitiendo a cada titular el disfrute autónomo, independiente e íntegro de alguna de las capacidades productivas de la misma, a la par que se le excluye de participar en las restantes. En consecuencia, el vínculo existente entre los distintos titulares no deriva de la concurrencia en el mismo aprovechamiento, sino del ejercicio de su respectivo derecho sobre una misma finca rústica a la que los distintos aprovechamientos se hallan indisolublemente unidos, de donde deriva la dependencia recíproca existente entre todos ellos, habida cuenta del nacimiento de limitaciones recíprocas en el ejercicio de los respectivos derechos.

En atención a ello son cada vez más los autores que al ocuparse de la naturaleza jurídica de la figura han resaltado la concurrencia de dos elementos perfectamente diferenciados en la institución, cuales son la existencia de un factor individualizado, representado por los derechos plenamente separados, ya sean de pastos, siembra o arbolado, que pueden disfrutarse individualmente o por una pluralidad

²² Leal García, «Modalidades...», *op. cit.*, pág. 452.

²³ J. M. García García, «Comentario a la STS 26 de junio de 1976», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, núm. 527, pág. 826.

de personas, y de un elemento comunitario que sirve de referencia objetiva a cada uno de los aprovechamientos, representado por la finca propiamente dicha, en cuanto soporte físico o espacio terráqueo al que todos los derechos separados se encuentran inexcindiblemente unidos. Tanto es así que necesariamente ha de reputarse a cada titular propietario exclusivo de su aprovechamiento y propietario *pro parte* de la finca²⁴, razón por la cual no puede afirmarse que uno sea propietario y otro titular de un *ius in re aliena*.

Ahora bien, el problema se plantea al tratar de calificar en sus justos y adecuados términos la figura, por cuanto la concurrencia de los dos elementos señalados ha originado la proliferación de una pluralidad de teorías, cuyas directrices varían en función del elemento al que se otorgue prevalencia, desenvolviéndose, en esencia, en una doble dirección, lo que ha dado lugar a la aparición de dos posiciones enfrentadas: las de carácter comunitario, de un lado, y las individualistas, de otro.

La primera concepción ha dominado desde el punto de vista jurisprudencial hasta mediados del presente siglo. En concreto, la han seguido, entre otras, las añejas sentencias de 20 de enero de 1880²⁵, 12 de julio de 1881²⁶ y 9 de mayo de 1893²⁷, en las que el Alto Tribunal, claramente influenciado por la legislación de Partidas, llegó a considerar copropietarios a los titulares de los aprovechamientos en conflicto a los efectos de la aplicación del retracto de comuneros en el caso de enajenarse un aprovechamiento por un titular concurrente sobre la misma finca, en atención no sólo a que el derecho de cada titular se halla adherido al terreno y separado de él no puede subsistir, sino también porque los derechos de los distintos titulares están relacionados y subordinados de tal modo que ninguno de ellos puede hacer nada que redunde en menoscabo y detrimento del derecho del otro. Posteriormente se mitiga este planteamiento al considerar que dichos derechos engendran una relación jurídica análoga a la copropiedad²⁸. Desde el punto de vista doctrinal también se ha considerado un remedio idóneo al retracto de comuneros para propiciar la extinción de estas situaciones, tanto por quienes consideran que existe un cierto paralelismo entre ellas y la verdadera comunidad de bienes, sea desde el punto de vista puramente externo, sea en orden a las consecuencias y ventajas asignadas a ambas²⁹, cuanto por quienes estiman que su aplicación no reside tanto en la supuesta analogía como en razones de utilidad³⁰.

²⁴ Así se expresa Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. II, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 294.

²⁵ Sentencia 20 de enero de 1880 (*Jurisprudencia civil*, tomo 43, Madrid, 1880, págs. 67 y ss.).

²⁶ Sentencia 12 de julio de 1881 (*Jurisprudencia civil*, tomo 47, Madrid, 1883, pág. 122).

²⁷ Sentencia 9 de marzo de 1893 (*Jurisprudencia civil*, tomo I, Madrid, 1893, pág. 445).

²⁸ *Vid.* en este sentido, entre otras, las sentencias de 9 de julio de 1903 y 6 de julio de 1920.

²⁹ Así se expresan, entre otros, J. M. Poveda Murcia, «Concurrencia de derechos», *op. cit.*, pág. 159, y J. García García, «Comentario a la STS de 26 de junio de 1976», *op. cit.*, pág. 826.

³⁰ *Vid.* en este sentido, entre otros, F. Corral Dueñas, «La división del aprovechamiento de la tierra en Extremadura», *Actas del Primer Congreso Internacional de Derecho agrario en Extremadura*, Badajoz, 1987, págs. 151 y 152, y J. M. Miquel González, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo V, vol. 2.º, Madrid, 1985, pág. 23.

Pero aunque a decir verdad son razones de conveniencia general, de oportunidad y de política jurídica las que puedan justificar la procedencia del retracto cuando cualquiera de los titulares de un derecho separado lo enajene a un tercero, desde el momento en que constituye un instrumento idóneo para la consolidación del dominio pleno a fin de obtener una mejor explotación económica de los fundos, lo cierto es que nuestro Tribunal Supremo ha incurrido en una calificación a todas luces desafortunada al aplicar el retracto de comuneros, pues, lo ha hecho unas veces fundado en que existe verdadero condominio entre el dueño del suelo y el del arbolado y otras en que los aprovechamientos separados integran una relación jurídica análoga a la copropiedad. Sin embargo, en el caso que nos ocupa quiebra la asimilación invocada, ya que a la misma se opone la unidad e indivisión del objeto del derecho en el que radica la nota esencial de la comunidad de bienes, de cuya característica carece el supuesto estudiado, por cuanto en él cada titular tiene un derecho exclusivo a un aprovechamiento, cuyo disfrute no se comparte con los restantes titulares, aunque todos ellos concurren sobre la misma finca. Falta, por ende, el punto de referencia indispensable para la utilización de las disposiciones previstas en sede de copropiedad. De ahí que, como ha hecho notar De los Mozos, esta línea jurisprudencial no hace sino confundir «el principio inspirador del retracto de comuneros, que es común a otros retractos legales, con su configuración técnica diversificada en aquél y en sus figuras afines», cuyo núcleo central está constituido por el retracto enfiteúatico³¹. En este distingo insistió la sentencia de 12 de febrero de 1904 al resolver que «la finalidad del retracto ha de subordinarse en el de comuneros a la condición esencial de que la cosa se halle proindiviso, existiendo en ella un verdadero condominio, y en el enfiteúatico, a que haya la debida separación entre los dominios útil y directo». En consecuencia, será éste y no aquél el aplicable a tales situaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 1655 del C.c., dada la remisión que hace a la disciplina de la enfiteusis para la regulación de las situaciones análogas a la misma.

Ahora bien, la falta de rigor científico en la que ha incurrido la jurisprudencia que reconduce dichas situaciones a la comunidad de bienes, lejos de ser el reflejo de una formación vulgar del retracto de comuneros, es el resultado de la imprecisión técnica en la que incurrió el legislador, no en el artículo 1.522, sino en el 1.637, en el que se utiliza la expresión condueño para designar al dueño del dominio directo y al del útil. La solución no podía ser otra dada la inexistencia de una comunidad entre los titulares de estos aprovechamientos al recaer cada uno de ellos sobre facultades o aprovechamientos diferentes de la finca. Además, resulta altamente discutible que puedan aplicarse ciertas normas de la comunidad de bienes y no otras, porque de lo que no cabe la menor duda es de que resulta a todas luces improcedente el ejercicio de la *actio communi dividundo*³², aplicable

³¹ J. L. De los Mozos, «Derechos reales de adquisición preferente», *Estudios sobre Derecho de los bienes*, Madrid, 1991, pág. 596.

³² Esta apreciación ha sido anteriormente realizada por J. M. Miquel González, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, op. cit., pág. 23.

en la comunidad de bienes para transformar la cuota indivisa en una porción determinada, dado que en la institución que nos ocupa no concurre la *ratio* en que dicha acción se funda, cual es la permanente dificultad en la administración de la cosa común, como consecuencia de la precisa, y no siempre lograda, unificación de voluntades. Buena prueba de ello es que en los aprovechamientos concurrentes cada titular actúa con independencia de los demás en su administración y disfrute. Y si bien es cierto que ello no entraña la ausencia de colisiones, no lo es menos que, como ha hecho notar Poveda Murcia, son de signo distinto y rango inferior, porque siempre serán las originadas por las relaciones de vecindad, que en último término revisten la misma naturaleza que las derivadas de la colindancia³³.

Con todo, un importante sector de la doctrina sigue otorgando prevalencia al factor comunitario sobre el individualizado, hasta el extremo de configurarla como un supuesto de condominio *sui generis*, similar, que no idéntico, a la propiedad horizontal, como hace García Amigo³⁴, o de condominio *pro diviso*, como propone García García³⁵. Pero este planteamiento más bien obedece a razones de oportunidad, tanto para propiciar la extinción de la comunidad a base del ejercicio del retracto de comuneros, cuanto para resolver el problema de la atribución de la titularidad de otros aprovechamientos distintos de los específicamente separados por los correspondientes derechos yuxtapuestos, como sucede, por ejemplo, con el aprovechamiento cinegético de la finca.

Ahora bien, este planteamiento aboca, en definitiva, en las mismas objeciones que el anterior, pues al reputar copropietarios a los titulares de los distintos aprovechamientos se ignora que en la comunidad todo es de todos y para toda clase de usos y derechos, razón por la cual todos deberían participar cualitativamente por igual en las distintas facultades de disfrute; cuestión que, como hemos visto, no sucede en los aprovechamientos concurrentes. Esta consideración ha provocado un notable giro tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, como se infiere del abandono de la concepción comunitaria para otorgar prevalencia a la propiedad individual y separada sobre los distintos aprovechamientos, lo que se consigue en un primer momento marcando los perfiles diferenciales con sus figuras afines, para ulteriormente reconducirlo al ámbito de la llamada propiedad *pro diviso*. En esta dirección se ubica inicialmente la sentencia de 22 de enero de 1953, más tarde seguida por la de 7 de diciembre de 1962³⁶, en la que tras tildar al instituto de secular impronta consuetudinaria, resolvió que «entre las múltiples modalidades que por razón de su elasticidad o diferente amplitud de las facultades de uso, disfrute y disposición puede revestir el dominio, la más irregular y difícil de catalogar en nuestro derecho es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca,

³³ J. Poveda Murcia, «Concurrencia de derechos», *op. cit.*, pág. 161.

³⁴ M. García Amigo, «Condominio *pro diviso* o propiedad separada», *Revista de Derecho Privado*, 1974, págs. 189 y 190.

³⁵ J. M. García García, «Comentario a la STS de 26 de junio de 1976», *op. cit.*, pág. 826.

³⁶ Sentencia 7 de diciembre de 1962 (R.A. 5.059).

con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda alguna afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad, a efectos singularmente esta última de la acción de retracto, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones típicas no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos, caracterizado en definitiva como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca, que, en su ejercicio, pueden entrar en colisión por la incompatibilidad que provoque la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del arbolado, recíprocamente limitados o restringidos por el derecho ajeno»³⁷.

Pero el pronunciamiento anterior debe ser cohonestado con el emitido por la modélica sentencia de 8 de abril de 1965 al dejar nítidamente sentado que en tal hipótesis «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 como 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, es decir, que el derecho de los dos propietarios no recae sobre la totalidad e integridad de la cosa, de forma que cada uno pueda gozar de ella y de sus productos en proporción a su respectiva cuota –ya que no existen porciones alicuotas–, por lo cual, esa 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»³⁸.

De donde se desprende que no estamos en presencia de un derecho real nuevo, sino ante una forma peculiar de manifestarse el derecho real de propiedad que, aún participando de algunas notas próximas a otras instituciones, constituye una figura específica que se inserta en la genérica categoría de la propiedad dividida. En consecuencia, las peculiaridades que la caracterizan abocan en la negación de las figuras tradicionales en las que se ha pretendido insertar la institución, al resultar innegable la prevalencia del elemento individual, representado en la especie por los distintos derechos de propiedad exclusivos e independientes sobre los diversos aprovechamientos, cuyas limitaciones no alteran su esencia, ya que por importante que sea el factor común, son los derechos separados el *prius* de la figura y su razón de ser; de ahí que resulte esfuerzo vano el buscar a toda costa semejanzas o identidades parciales con el objeto de subsumirla en un tipo único y clásico³⁹. Prueba de ello es que los distintos titulares no han

³⁷ Sentencia 22 de enero de 1953 (R.A. 258).

³⁸ Sentencia 8 de abril de 1965 (R.A. 2.151).

³⁹ En este punto hemos seguido las conclusiones realizadas a propósito de la calificación jurídica de la propiedad horizontal por M. Batlle Vázquez, *La propiedad de casas por pisos*, 8.ª ed., Alicante, 1980,

de preocuparse de satisfacer en común sus obligaciones tributarias, ya que al estar catastrados con independencia los distintos derechos, las contribuciones e impuestos aparecen totalmente desligados.

Por lo demás, esta concepción no es nueva en nuestro Derecho ya que la ha seguido el legislador para construir el censo enfiteútico, cuya esencia reside en la división del contenido propietario, aunque, como es sabido, las diferencias que las separan son evidentes al estar ausente en los casos de concurrencia de derechos sobre una misma finca rústica los principales derechos que al llamado dueño del dominio directo competen en la enfiteusis, cuales son el derecho a la percepción de un canon o pensión, ya sea en frutos o en metálico, el derecho de laudemio en caso de enajenación de la finca por el enfiteuta, así como el comiso, en cuya virtud puede reclamar la devolución de la finca y proceder de esta forma a la consolidación del dominio dividido.

VI. MODALIDADES DE DISFRUTE QUE NO RESPONDEN A LA CONSTRUCCIÓN DOGMÁTICA DEL DOMINIO DIVIDIDO: LOS APROVECHAMIENTOS CONFERIDOS A UN TERCERO SOBRE FINCA AJENA. PERFILES DIFERENCIALES ENTRE LA SERVIDUMBRE Y LA COMUNIDAD DE PASTOS

Configuración distinta merecen aquellos aprovechamientos que no hacen sino limitar o gravar un predio ajeno, por cuanto en este caso la figura responde en puridad al modelo de una servidumbre personal, y ello, con independencia de cuál sea el número de titulares de la misma, porque aun siendo varios seguiremos en presencia de una servidumbre, aunque ejercida en común, a la que se denominará de pastos si la utilidad recae sobre un aprovechamiento de esta índole. Ahora bien, como ha hecho notar Beltrán de Heredia, no podrá decirse nunca que en tal hipótesis exista una comunidad del derecho de propiedad dado que los titulares del aprovechamiento no son propietarios, ni tienen en común un derecho de propiedad, sino exclusivamente el derecho de disfrute que recae sobre finca de ajena pertenencia⁴⁰, en cuyo caso existirá una comunidad que utiliza los pastos a título de servidumbre; es decir, estaremos ante un *ius in re aliena* que se

págs. 54-66, no sólo por tratarse de una figura con la que se la ha pretendido emparentar, sino también, y sobre todo, porque con ella resumimos nuestro pensamiento central en la materia, no tanto a propósito de la propiedad horizontal, cuanto de la institución que nos ocupa.

A este respecto hay que advertir, no obstante, que acérrimo defensor de la aplicación del régimen previsto para la propiedad horizontal a los derechos concurrentes sobre una misma finca rústica fue J. Poveda Murcia, «Concurrencia de derechos...», *op. cit.*, págs. 165 y 166, especialmente en el punto, hasta entonces no resuelto, de la atribución de nuevos aprovechamientos de la finca, como pudiera ser el cinegético, porque entiende que si el derecho singular exclusivo de propiedad de los distintos titulares se limita a los aprovechamientos preexistentes, todo lo demás, que no sea accesorio de éstos, habrá de considerarse común.

⁴⁰ J. Beltrán de Heredia, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 108 y 109, a quien sigue J. L. de los Mozos, «Dictamen sobre servidumbre personal de pastos», *Anuario de Derecho Civil*, 1964, págs. 134-135.

halla atribuido a una comunidad. De donde se infiere que los términos servidumbre y comunidad pueden coexistir respecto de un mismo supuesto, en el cual las relaciones entre los titulares de la servidumbre se regirán por las reglas de la comunidad de bienes, a las que se refieren los artículos 392 y siguientes del Código civil, pero las normas relativas a la constitución, modificación, contenido y extinción del derecho serán las propias de las servidumbres, por lo que será de aplicación lo dispuesto en el artículo 603 del mismo texto legal.

El problema, no obstante, se suscita al tratar de determinar la naturaleza jurídica de la figura surgida como consecuencia de la puesta en común de las fincas por varios propietarios para el aprovechamiento de los pastos por sus respectivos ganados, lo que nos introduce en el manido debate surgido en torno a la diferenciación existente entre la comunidad y la servidumbre de pastos, cuya línea divisoria no se presenta en el Derecho español con unos perfiles claros y precisos, como ya reconociera la sentencia de 23 de octubre de 1964⁴¹.

La comunidad de pastos tiene su origen en el Derecho germánico y se considera una supervivencia de la propiedad comunal en España, cuya suerte estuvo ligada a los privilegios de la ganadería hasta el Decreto de Cortes de 1813 sobre cerramientos de fincas, eficazmente aplicado para coartar las facultades del Concejo de la Mesta⁴². Su peculiaridad reside en la puesta en común de los pastos entre los propietarios de varias fincas a fin de que el ganado propio pueda pastar en las ajenas, y viceversa, el ajeno en la propia; es decir, lo que se pone en común es el aprovechamiento de la finca pero no la propiedad de la misma, dado que cada propietario sigue conservándola en exclusiva. De donde se infiere que lejos de poder identificar la figura con un caso de copropiedad⁴³, cuya esencia reside, en el decir de Castán, en que los copropietarios tienen derechos de igual naturaleza tanto en cada parte de la finca como sobre la totalidad de la misma⁴⁴, habría que configurarlo, a lo sumo, como una comunidad en la titularidad del derecho a los pastos, o como dice Miquel González metafóricamente hablando, como una comunidad de goce en cuanto que coinciden las facultades de disfrute⁴⁵, pero teniendo en cuenta que los aprovechamientos se verifican a título distinto según que recaigan sobre predio propio o ajeno, porque mientras en el primer caso tienen su fuente en la propiedad de la finca, en el segundo parece estar fundado en la existencia de una servidumbre. Además resulta difícil imaginar la existencia

⁴¹ Sentencia 23 de octubre de 1964 (R.A. 4.664).

⁴² Así, J. Roca Juan, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo VII, vol. 2.º, Madrid, 1978, págs. 232 y 233.

⁴³ Así parece concebirlo la sentencia de 18 de febrero de 1832, como se deduce de la terminología utilizada al perfilar las diferencias existentes entre la comunidad y la servidumbre de pastos: «La característica y esencial diferencia que distingue a ambas instituciones consiste en la situación de copropiedad en que se hallan constituidos los comuneros en el disfrute de los aprovechamientos de la finca, en el primer caso, y en la exclusiva propiedad del inmueble en una sola de las diferentes entidades que lo aprovecharen en el segundo».

⁴⁴ J. Castán Tobeñas, «Comentario a la sentencia de 21 de noviembre de 1929», *Revista de Derecho Privado*, 1932, pág. 113.

⁴⁵ J. M. Miquel González, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, op. cit., págs. 48 y 49.

de una comunidad entre el titular del derecho dominical y los titulares del derecho que limitan su dominio. Y no por ello cabe pensar que desnaturalice el gravamen como servidumbre el hecho de que el disfrute de los pastos se haga conjuntamente por los ganados propios y ajenos, del mismo modo que resulta impensable que le prive de ese carácter al derecho de paso a través de una finca el hecho de que por el mismo camino pasen otras personas y vehículos en interés del dueño de la finca gravada⁴⁶. Por ello son cada vez más los autores que ven en la mal llamada comunidad de pastos la existencia de una servidumbre recíproca cuando se concede al dueño de la finca gravada con derecho de pastos el derecho a que sus propios ganados pasten en el fundo dominante⁴⁷. Reciprocidad que, sin embargo, está ausente en la servidumbre de pastos propiamente dicha, por cuanto el disfrute sólo recae sobre finca perteneciente a persona distinta de las que gozan del mismo, identificándose con el supuesto regulado en el artículo 603 del Código civil y respecto del cual resulta ajena la idea de predio dominante. Buena prueba de cuanto venimos diciendo nos la aporta, con respecto a la existencia de servidumbres recíprocas en lo que el Código civil impropriamente denomina en los arts. 600 y 602 comunidad de pastos, la subsistencia del derecho de disfrute de quien cerca su finca con el objeto de liberarla del gravamen sobre las fincas no cercadas, al no determinar el cercado de una finca la extinción de las servidumbres restantes.

Sin embargo, no habrá servidumbre cuando la finca sobre la que recae el derecho a los pastos pertenezca a los mismos ganaderos que disfrutan del aprovechamiento, porque en tal situación el disfrute se realiza sobre finca propia en la que todo es de todos y para toda clase de usos y derechos, y sabido es que nadie puede tener servidumbre sobre cosa propia, según se infiere del viejo aforismo *nemini res sua servit*. Y tampoco necesariamente la habrá cuando los titulares de los pastos se designen por su condición de vecinos de un pueblo, como sucede con los aprovechamientos vecinales, en los que la condición de cogozante depende exclusivamente de la vecindad y residencia, de modo que la pérdida de dichas condiciones determina la pérdida del derecho a la cuota correspondiente⁴⁸.

Desde el punto de vista jurisprudencial dominó el confusionismo hasta mediados del presente siglo como consecuencia de la incorrección en la que ha incurrido en no pocas ocasiones el Tribunal Supremo al denominar copropietarios a los titulares de una comunidad de pastos. Pero este obscurantismo se desvanece con la sentencia de 2 de febrero de 1954, a partir de la cual comienza a señalarse como rasgo distintivo entre la servidumbre y la comunidad de pastos «la califica-

⁴⁶ Argumentación hace tiempo esgrimida por J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. II, Bosch, Barcelona, 1980, pág. 99, para defender en tal hipótesis la existencia de una servidumbre recíproca.

⁴⁷ Así, J. M. Miquel González, *ibidem*; Díez Picazo-Gullón, *Sistema de Derecho civil*, vol. III, 4.ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, págs. 433 y 444, y M. E. Clemente Meoro, *Derechos reales. Derecho inmobiliario registral*, coordinado por Angel M. López López y Vicente L. Montés Penadés, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 532 y 533.

⁴⁸ *Vid.* por todos, Clemente Meoro, *Derechos reales, op. cit.*, pág. 532.

ción del inmueble o inmuebles de que se trate como predio ajeno respecto de alguno de los interesados en determinado aprovechamiento o como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute en común por todos ellos o su dominio plural proindiviso, y así la existencia de predio ajeno (...) constituirá una limitación del dominio pleno por la concurrencia del gravamen real de la servidumbre, mientras que, en los restantes supuestos o es recíproca entre todos los dueños agrupados la restricción en el disfrute de su propia finca, o no hay limitación de dominio, sino dominio compartido por todos los interesados y es cosa realmente propia o indivisa y en toda la plenitud de sus atribuciones *totum in toto et totum, in qualibet parte*⁴⁹. Más tarde han seguido la misma doctrina, entre otras, las sentencias de 23 de octubre de 1964⁵⁰, 24 de febrero de 1984⁵¹ y 16 de febrero de 1987⁵².

Sentado lo anterior y teniendo en cuenta que los aprovechamientos recayentes sobre finca ajena constituyen una carga del dominio que responde al contenido de una servidumbre personal, obligado es descartar en tales hipótesis la procedencia del retracto, dado que constituye un nítido ejemplo de coexistencia del derecho de propiedad con un derecho real limitado, aun cuando además pudiera existir una comunidad de disfrute entre los titulares del mismo, porque en este último caso la comunidad no recae sobre la finca en la que el mismo radique, sino

⁴⁹ Sentencia 2 de febrero de 1954 (R.A. 323).

⁵⁰ Sentencia 23 de octubre de 1964 (R.A. 4.664): Tras dejar claramente sentado que «la línea divisoria entre la comunidad y la 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 arts. 600 a 603 del C. Civ.», declaró que «en el presente caso están perfectamente acusadas las características propias de una comunidad de pastos pertenecientes al tipo de comunidad germánica o de mano común, en cuanto al derecho de apacentar ganados, y ello tanto por su origen y extensión como por los sujetos que de él se aprovechan, unidos por vínculos de vecindad y en número indeterminado y variable, faltando la idea de cuota 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 art. 531 del C. Civ, puesto que en éstas no se verifica el hecho de poner en común sus fincas todos los que gozan del derecho de pastos, sino que se aprovechan una o varias personas, para sus ganados, de los pastos objeto de gravamen en finca totalmente ajena, mientras que en el caso debatido ponen en común todos los vecinos los pastos del monte "A la Enriba" con una mutualidad que excluye la idea de que unos disfruten del derecho y otros tengan que soportar en sus fincas sólo el gravamen».

⁵¹ Sentencia 24 de febrero de 1984 (R.C.D.I., 1985, pág. 483): Es «nota distintiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnen para disfrutarlas comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la "servidumbre" y en el segundo la de la "mancomunidad", ya que hay un dominio compartido por los interesados sobre cosa propia e indivisible, cual acontece en este caso».

⁵² Sentencia 16 de febrero de 1987 (R.A. 697): «Los arts. 392, 530 y 531 del C. Civ. contienen la clave precisa para la distinción a base de la calificación del inmueble o inmuebles de que se trate, como predio ajeno con respecto de alguno de los interesados en determinados aprovechamientos o como predio o predios pertenecientes a todos los interesados en dominio singular agrupado para el disfrute en común por todos ellos o en dominio plural proindiviso, y así la existencia del predio ajeno conducirá a la apreciación jurídica de alguna utilidad de la finca por personas distintas del dueño y constituirá una limitación del pleno dominio por la concurrencia del gravamen real de la servidumbre».

sobre los pastos, las leñas o los aprovechamientos de que se trate. Así lo ha entendido el Tribunal Supremo al sentar en este ámbito una doctrina uniforme con ocasión de la calificación jurídica de algunas de las modalidades que en la práctica reviste el instituto. En concreto, la sentencia de 20 de marzo de 1929⁵³ negó naturaleza dominical a los aprovechamientos de desligados y ramoneo en invierno, rechazando, consiguientemente, la condición de copropietarios a sus titulares por tratarse de un disfrute que grava la propiedad, que en modo alguno impide al dueño del predio el ejercicio de sus derechos como tales, ni puede decirse que exista reciprocidad de facultades con ellos. Circunstancia en la que se basa el Alto Tribunal para elevar dicho disfrute a la categoría de servidumbre personal, y dentro de ésta, a la de servidumbre discontinua con arreglo a lo dispuesto en el artículo 532-2 del Código civil por concurrir los dos elementos a que se refiere el precepto citado, cuales son el uso intermitente y la dependencia de actos del hombre.

Más recientemente se ha pronunciado en el mismo sentido la sentencia de 26 de junio de 1976, dictada a propósito del recurso interpuesto por los vecinos de un pueblo que ostentaban sobre una finca la facultad de pastorear, talar, aprovechar leñas y esquilmos y hacer cavadas y bouzas, los cuales habían solicitado en primera instancia que hubiera lugar al retracto enfiteútico por considerar que ostentaban un derecho de naturaleza análoga a esta figura, y de forma subsidiaria, al de comuneros a pretexto de la existencia de una comunidad ordinaria con base en que todos ellos tenían un derecho dominical. Sin embargo, el Tribunal Supremo entendió, con apoyo en la doctrina contenida en la ya citada sentencia de 20 de marzo de 1929, que no había comunidad entre dichos titulares y el verdadero propietario de la finca, sino un derecho real limitado a favor de aquéllos por pertenecer la propiedad de la finca exclusivamente a otra persona⁵⁴. Pero hay que

⁵³ Sentencia 20 de marzo de 1929: «Los derechos que alega el Ayuntamiento recurrente, consistentes en mancomunidad de pastos y aprovechamientos de desligados y ramoneo en invierno a que se refiere, no revelan un derecho absoluto dominical que autorice a considerársele copropietario o comunero, porque es sólo un disfrute que grava a la propiedad, que no impide a los dueños el ejercicio de los suyos como tales, ni tal derecho es igual al de éstos, ni hay reciprocidad de facultades ni le autorizan para pedir la conclusión de la comunidad, ni división o venta de la cosa, característica de los que forman aquélla como copropietarios; tal derecho alegado no es más que una limitación del dominio, o sea el gravamen de servidumbre comprendido en los artículos 530 y 531 del Código civil, como acertadamente ha apreciado la Sala sentenciadora que no revela ni siquiera la división de la propiedad del suelo y vuelo de la finca, ni origina otro derecho de tanta extensión, siquiera fuera cuantitativa, como el dominical, que pudiera igualarse al de los comuneros de ella para poder ampliar, por analogía, el concepto de copropietario a los efectos del retracto a la recurrente, que, por lo dicho, es un verdadero extraño a la comunidad».

⁵⁴ Sentencia 26 de junio de 1976 (*Jurisprudencia civil*, junio, Madrid, 1978, pág. 527): «Tales facultades limitativas de aprovechamientos no comportan una comunidad ordinaria o propia, porque es indudable que las comunidades de vecinos demandantes ostentan la titularidad de aquellas facultades de aprovechamiento, 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 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

tener en cuenta, como ya señalara Lacruz Berdejo a propósito de esta misma sentencia, y en consonancia con lo que anunciábamos al comienzo de este epígrafe, que si bien es cierto que los cotitulares de una servidumbre no son copropietarios del fundo gravado, y por consiguiente, hay que negarles el derecho de retracto, no lo es menos que ello no excluye la existencia de la verdadera comunidad de bienes, que es la que media entre los titulares de la servidumbre, aunque en este caso tenga por objeto la titularidad de un derecho real limitado, razón por la cual se excluye que pueda configurarse como un supuesto de copropiedad⁵⁵.

De todo ello se desprende que el disfrute de los pastos se somete a regímenes jurídicos distintos en función tanto de la titularidad de la finca en que los mismos se realicen, como de la pluralidad de personas a las que se atribuya el derecho; razón por la cual llegados a este punto podemos concluir que la titularidad sobre algún aprovechamiento de la finca no siempre da lugar al denominado dominio dividido, ya que cuando el aprovechamiento grave la titularidad dominical ajena estaremos en presencia de un *ius in re aliena*, habida cuenta de la existencia de un dominio al que gravar o limitar perteneciente a un sujeto distinto del que ostenta la titularidad del gravamen o derecho real limitado en cosa ajena.

copropietarios, a efectos del retracto, a todos los que tuvieran sobre la cosa derechos dominicales, aunque fuera con separación unos de otros, como ya declaró la sentencia de 20 de marzo de 1929».

⁵⁵ J. L. Lacruz Berdejo: *Elementos de Derecho civil*, tomo III, vol. II, *op. cit.*, pág. 100.