

EL DERECHO CONSUETUDINARIO EN EL DERECHO PÚBLICO DE CASTILLA Y LEÓN

Alberto Gómez Barahona

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Abogado

RESUMEN

Castilla y León ha asumido en su última reforma estatutaria la competencia exclusiva de conservación de su derecho consuetudinario como un componente de su patrimonio jurídico y cultural.

Cumplir el mandato estatutario exige un adecuado trabajo de estudio, documentación y registro que permita identificar las instituciones consuetudinarias que han conseguido sobrevivir hasta nuestros días; máxime, dadas las dificultades objetivas que presenta su acreditación o prueba en la actualidad.

Al respecto se destaca que aunque la costumbre cumple un humilde papel en el campo del Derecho administrativo, en Castilla y León es en torno a la regulación de ciertas instituciones públicas locales donde su pervivencia tiene una mayor relevancia.

ABSTRACT

Castile and Leon, in the most recent statutory reform, has assumed exclusive responsibility for common law as part of its legal and cultural heritage.

Compliance with the statutory mandate will require a detailed, well-documented study to identify the common law institutions that have survived to the present day; especially, given the objective difficulties of providing proof or credentials.

In this respect, the fact is stressed that in Castile and Leon, even though custom plays a minor role in the field of Administrative Law, its survival is of greater relevance in the regulation of certain local public institutions.

SUMARIO

1. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO.
 - 1.1. Introducción.
 - 1.2. La costumbre como fuente del Derecho.
 - 1.3. La prueba de la costumbre.
2. LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE CASTILLA Y LEÓN.
 - 2.1. Presupuestos constitucionales.
 - 2.2. Previsión estatutaria.
 - 2.3. La legislación de régimen local de Castilla y León.
 - 2.3.1. El Régimen de Concejo Abierto.
 - 2.3.2. Mancomunidades o Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra o de Ciudad y Tierra, Asocios, Reales Señoríos, Universidades, Comunidades de Pastos, Leñas, Aguas y otras entidades asociativas tradicionales.
 - 2.3.3. Los bienes comunales.
3. ALGUNAS MANIFESTACIONES PARTICULARES DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE CASTILLA Y LEÓN.
 - 3.1. La facería y la vecera o vecería.
 - 3.2. Los fetosinos segovianos.
4. CONCLUSIONES.

1. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

1.1. INTRODUCCIÓN

El papel de la costumbre como fuente del ordenamiento jurídico es indiscutible desde que las primitivas sociedades, tratando de ordenar su convivencia, elaboraron sus primeras normas jurídicas de carácter no escrito. Tales normas, transmitidas de generación en generación, constituyen normas de conducta nacidas de las prácticas sociales y consideradas por la sociedad como de observancia obligatoria.

Desde una perspectiva histórica, estas normas se enraizan, en numerosas ocasiones, en la preponderancia que tuvo la costumbre en el Derecho romano primitivo y en el Derecho germánico, de carácter eminentemente consuetudinario, traído por los pueblos bárbaros que se establecieron en la Península Ibérica y en la importancia de los usos y costumbres en el Derecho de los diversos reinos de la España medieval, sin perjuicio de que presenten cierta homogeneidad, en algunos casos, entre territorios, como ocurre en las zonas limítrofes de Castilla y León con Galicia y Asturias, cambiando sólo el nombre de la institución jurídica en cuestión.

Existen, así, normas consuetudinarias dentro de Castilla y León que han llegado a pervivir y que, siguiendo a la Escuela Histórica del Derecho, son fruto de la conciencia jurídica de un pueblo, el castellano-leonés, y de una época.

Sin embargo, frente a su papel esencial en la historia y en el Derecho de Castilla, desde que las revoluciones burguesas de finales del siglo XVIII proclamaran la soberanía de la ley, como fuente esencial y principal del ordenamiento jurídico, el papel de la costumbre, como fuente del derecho, se ha visto sometido a un paulatino proceso de pérdida de protagonismo, hasta ocupar en nuestros días, en la mayoría de los casos, un papel menor, refugiada en la re-

Alberto Gómez Barahona

gulación de algunas instituciones, públicas y privadas, vinculadas al mundo rural.

Desde la dimensión de las ramas del ordenamiento, el tratamiento de la costumbre es una materia más habitual del campo del Derecho privado, fruto de la tradición histórica; de la regulación en el Título Preliminar del Código civil del sistema de fuentes, y de la consiguiente atención de la Doctrina civilista.

Por el contrario, en el ámbito del Derecho público, construido en estos últimos siglos tomando como base la soberanía de la ley, la costumbre constituye una fuente menor, hasta el punto de cuestionarse algún sector de la doctrina iuspublicista si el concepto normativo de costumbre, acuñado históricamente en el Derecho privado, es válido para el Derecho público⁽¹⁾.

Pues bien, el presente estudio no pretende ser sino un breve apunte o reflexión de cómo, en primer lugar, la costumbre, como fuente, al igual que la ley, incluye costumbres de carácter privado y de carácter público (administración de comunidades, aprovechamiento de bienes...) y que, en consecuencia, el concepto histórico de costumbre es plenamente aplicable a todas las ramas del ordenamiento; en segundo término, destacar cómo en el caso de Castilla y León la costumbre de Derecho público tiene una gran relevancia en numerosos territorios, en contraste con la debilidad de la costumbre en el ámbito del Derecho público en general; en tercer término, como es el caso concreto de Castilla y León, y a pesar de su importancia, las instituciones consuetudinarias públicas sobreviven con dificultad bajo la asfixia de la falta de atención del legislador y de la doctrina científica, en un territorio que al no tener carácter foral, su riqueza institucional consuetudinaria histórica ha quedado minusvalorada; y, por último, que a la tenaz fuerza de supervivencia que han mostrado numerosas instituciones consuetudinarias públicas debe sumarse el auxilio del legislador autonómico, en un camino que emprende la última reforma estatutaria como única posibilidad de salvar este patrimonio cultural, si tenemos en cuenta que el Derecho es un hecho cultural⁽²⁾.

1. Sobre el papel de la costumbre en el ámbito del Derecho público, puede verse el riguroso trabajo de Luis ORTEGA sobre la voz «Costumbre», en el *Diccionario de Derecho Administrativo*. Iustel, Madrid, 2005. Tomo I, pp. 752-760.

2. CARNELUTTI, Francesco: «Derecho consuetudinario y Derecho legal». *Revista de Occidente*, Madrid, 1964, pp. 1 y 33.

1.2. LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO

La costumbre es, junto con la ley y los principios generales del Derecho, una de las tres fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, pues como establece el art. 1.1 del Código civil: «*Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*». El precepto citado da comienzo al Título preliminar, que establece normas generales de aplicación a todo el ordenamiento jurídico (art. 4.3 del Código civil).

El mismo precepto, en su apartado 3, establece los requisitos para que la costumbre sea considerada fuente del derecho, al disponer: «*La costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*».

Conforme a las referidas previsiones legales, la costumbre es fuente supletoria de la ley, por lo que, en principio, sólo en su ausencia resulta de aplicación y, en cualquier caso, ninguna costumbre podrá ser contraria a la ley o, lo que es lo mismo, no es admisible en nuestro ordenamiento jurídico la costumbre *contra legem*.

Este carácter de fuente subsidiaria de la costumbre no es uniforme en el territorio nacional, pues, por ejemplo, en Navarra, como veremos, su *Compilación* prevé que la costumbre que no se oponga a la moral o al orden público, aunque sea *contra legem*, prevalece sobre el Derecho escrito.

Por otra parte, el tenor literal del art. 1.3 del Código civil debe matizarse, por cuanto la aplicación de la costumbre no depende tanto de la ausencia de ley como de su conformidad o compatibilidad con la misma, pero, en cualquier caso, es inequívoca la condición de fuente autónoma diferenciada de la ley y de los principios generales del Derecho; es la que se denomina por la doctrina como costumbre *praeter legem*.

Existe otro tipo de costumbre complementaria de la ley que es la más habitual en el ámbito del ordenamiento administrativo, donde existen numerosas leyes que, de forma expresa, remiten a la regulación consuetudinaria de determinadas instituciones para poder incluir las singularidades y peculiaridades de su ordenación en los distintos territorios; y que también aparece en el orde-

namiento privado, como por ejemplo en el art. 1574 del Código civil, donde, para el pago del arrendamiento, si nada se hubiere pactado, se prevé aplicar la costumbre de la tierra. Es la que se conoce como costumbre *secundum legem*.

En este punto, compartimos la posición de quienes consideran que la costumbre *secundum legem* o interpretación realizada por la Administración de la norma legal previa preexistente no es, como tal, propiamente costumbre, sino precedente administrativo; sin perjuicio de que, en ningún caso, una determinada interpretación, en un momento dado, pueda impedir la evolución de las interpretaciones doctrinales, administrativas o jurisprudenciales.

En consecuencia, la costumbre como fuente del derecho se manifiesta en ausencia o como complemento o por remisión de la ley, siempre que no sea contraria a la moral o al orden público ⁽³⁾ y que resulte probada.

1.3. LA PRUEBA DE LA COSTUMBRE

Frente a la prevalencia y fuerza expansiva de la ley, la costumbre, a su posición subordinada en el sistema de fuentes, agrega la dificultad añadida de la forma de acreditar su existencia, es decir, su prueba o verificación, ya que se ha de acreditar la convicción social de que la forma de ordenar las relaciones y resolver los conflictos se ajusta a la costumbre formada y existente y que ésta obliga y que, por eso, debe ser obedecida.

Esta exigencia de que la costumbre sea probada desplaza la presunción de conocimiento del Derecho por parte de Jueces y Tribunales; es decir, elimina el principio *iura novit curia* y obliga a las partes a probar su existencia y vigencia. Este extremo, en numerosas ocasiones, resulta especialmente dificultoso cuando no existen instrumentos específicos para dejar constancia de su existencia, de su alcance y contenidos, o cuando ciertas costumbres se confunden con otras semejantes incorporadas a normas escritas como Ordenanzas, Es-

3. En relación con la moralidad pública como componente del orden público, vid. PRIETO ÁLVAREZ, T.: *La dignidad de la persona. Núcleo de la moralidad y el orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*. Thomson-Civitas, 2.ª edición, 2010, pp. 151-156.

tatutos, etc. Circunstancia que se ha de tener muy en cuenta si lo que se pretende es la conservación del Derecho consuetudinario.

2. LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO DE CASTILLA Y LEÓN

2.1. PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

En lo que interesa a este estudio, es de resaltar que el art. 149 de la Constitución, en su apartado 1.8.^a, prevé la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo, por las Comunidades Autónomas, de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan.

En relación con este precepto, y para el supuesto que nos ocupa, se han de hacer diversas precisiones.

En primer término, que la referencia a derechos civiles, forales o especiales se refiere al Derecho privado de origen foral o diversidad local de reglas civiles existentes y reconocidas, que pueden expresarse, como ocurre, a través de costumbres, pero que no pueden confundirse o identificarse con la costumbre como fuente de derecho.

En segundo lugar, que en Comunidades como Castilla y León, sin derecho foral existente, nada impide que existan costumbres de derecho privado o público, arraigadas en la tradición hecha regla en forma de costumbre. En este punto, debemos hacer especial referencia al trabajo del profesor Javier FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ «Las Comunidades Autónomas y el Derecho civil: Derecho Foral y Derecho Consuetudinario leonés»⁽⁴⁾, en el que, después de realizar una magistral síntesis conceptual e histórica sobre Derecho foral, mantiene la existencia de un derecho foral leonés y asturiano, al que les da carta de naturaleza la propia Compilación gallega de 1963, señalando, por otra parte, con particular clarividencia: «A este respecto ya

4. *Tierras de León: Revista de la Diputación Provincial*, vol. 25, núm. 60, 1985, pp. 1-24.

hemos tenido ocasión de indicar que estimamos que no todo Derecho consuetudinario es Derecho foral, pero sí pueden existir instituciones consuetudinarias en territorios que no sean forales, bien porque no fueron derogadas por el artículo 1.976 del Código Civil, bien porque, aun derogadas, por tratarse de Derecho Civil de Castilla como son los supuestos del Derecho Consuetudinario Leonés a los que haremos referencia, han permanecido posteriormente como instituciones queridas, sentidas por algunos pueblos, por el uso uniforme, general y duradero así como por la convicción jurídica de dichos usos, siendo en algunos casos reconocidas por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En consecuencia, estimamos que los territorios forales, es decir, los determinados por el Derecho civil foral allí donde exista, son los que ya hemos enumerado en función de la promulgación de las Compilaciones, y, en el resto, a lo sumo, puede existir un Derecho Consuetudinario consolidado sin que constituya evidentemente un Derecho foral. En el caso concreto de León y, en su caso, de Asturias, hay comarcas en las que existe un verdadero Derecho foral, aunque lo sea limitado a una institución foral y a su lado un Derecho Consuetudinario, sin que pueda configurarse con tal carácter».

2.2. PREVISIÓN ESTATUTARIA

El art. 70.1.5.º del Estatuto de Autonomía de Castilla y León incluye, entre sus competencias exclusivas, «*La conservación del derecho consuetudinario de Castilla y León*».

Esta competencia supone una novedad estatutaria, introducida por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, y viene a cubrir una laguna difícilmente justificable, si tenemos en cuenta la importancia histórica del derecho consuetudinario en Castilla y León, pero que, quizás, ponga de relieve el gran «complejo» de las Comunidades no forales, en relación con su derecho histórico.

Ni la redacción original del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, ni sus reformas de 1994 y 1999 se habían pronunciado acerca de la conservación del Derecho consuetudinario de Castilla y León; y eso pese a que otros Estatutos de autonomía, como el de Asturias, de 30 de diciembre de 1981, sí que habían previsto, desde un principio, la reserva legislativa a favor de su Asam-

blea en cuanto a la conservación, modificación y desarrollo de sus instituciones consuetudinarias.

Así pues, se hace eco el Estatuto de Autonomía, en su actual redacción, de la necesidad de conservar el derecho consuetudinario como expresión del patrimonio cultural e institucional de un pueblo, el castellano-leonés, a semejanza de lo que ya habían previsto otras Comunidades Autónomas, pero con el acierto de no hacer referencia a la «modificación» de las instituciones consuetudinarias, lo que, sin duda, entra en contradicción con las formas de producción de esta fuente del derecho. Por lo tanto, aunque con cierto retraso, el Estatuto se suma a la posición de otras Comunidades en esta materia.

Un caso especial de Comunidad Autónoma, que se irrogó la competencia de conservación de instituciones jurídicas propias, es el de Valencia, cuyo Estatuto de Autonomía, de 1 de julio de 1982, declaraba su competencia exclusiva en materia de «*Conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil Valenciano*». Sin entrar en polémicas que no son objeto del presente estudio, vemos que la regulación autonómica valenciana se refiere, únicamente, a instituciones jurídicas de carácter civil, sean tanto de carácter consuetudinario como de carácter normativo, por haber sido objeto de Compilaciones legislativas anteriores a la promulgación del Código civil. Pero sirve de ejemplo, el caso de Valencia, de cómo hubo en Comunidades Autónomas, no consideradas como territorios de Derecho foral o especial, la voluntad de conservar lo que se podía considerar parte de su patrimonio jurídico y, por tanto, cultural.

La Comunidad Autónoma que otorga mayor relevancia a la costumbre es Navarra. Caso singular el de Navarra, cuya Compilación de Derecho Civil, de 1 de marzo de 1973, coloca a la costumbre como la primera de las fuentes del Derecho Navarro, con preferencia a la Ley (art. 2 de la Compilación). Otra peculiaridad de Navarra es que el art. 3 de su Compilación de Derecho civil admite la posible aplicación de la costumbre *contra legem*, cuando no se oponga a la moral o al orden público, prevaleciendo sobre el Derecho escrito.

La importancia de la costumbre, como fuente del Derecho Navarro, queda plasmada con rotundidad en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, el cual dispone que «*Los derechos originarios e históricos de la Comunidad Foral*

de Navarra serán respetados y amparados por los poderes públicos con arreglo a la Ley de 25 de octubre de 1839, a la Ley Paccionada de 16 de agosto de 1841 y disposiciones complementarias, a la presente Ley Orgánica y a la Constitución, de conformidad con lo previsto en el párrafo 1.º de su disposición adicional primera». Vemos en Navarra, pues, un caso especial de fuerza de la costumbre como fuente del Derecho.

Pero, volviendo a Castilla y León, el Derecho consuetudinario, sobre cuya conservación tiene competencia exclusiva la Comunidad, no se circunscribe, en ningún caso, a la definición de aquel Derecho civil aplicado y desarrollado en los territorios de Derecho foral o especial, como son Galicia, Cataluña, Aragón, Baleares, País Vasco y ciertas comarcas de Extremadura.

Tampoco se reduce este Derecho consuetudinario, cuya conservación es competencia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, a aquellas normas aplicadas en los territorios de Derecho civil común que, recogidas en las Compilaciones anteriores a la promulgación del Código civil, se consideran derogadas, por mandato de su artículo 1976. Sobre tales normas de carácter estrictamente civil, el Estado tiene competencia exclusiva, tal y como expone el artículo 149.1.8.ª de la Constitución de 1978.

De modo que el concepto de Derecho consuetudinario de Castilla y León, cuya conservación es competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, se atiene al concepto amplio de costumbre como fuente del derecho; es decir, el de una norma de carácter consuetudinario, pública o privada, cuya pervivencia y observancia debe ser probada, y cuya aplicación depende, no sólo de la prueba de su vigencia, sino también de que no sea contraria a la moral o al orden público; y, por supuesto, norma no referida exclusivamente a instituciones jurídicas de carácter civil.

Esto último se confirma de una interpretación sistemática del propio Estatuto de Autonomía de Castilla y León, pues, en primer lugar, prevé que el ejercicio de esta competencia, como precisa su art. 69, se ha de realizar en el marco de lo dispuesto en la Constitución (como resulta del régimen de distribución de competencias o, en este caso, de las previsiones que, para los bienes comunales, prescribe el artículo 132 CE) y conforme a las correspondientes leyes del Estado, como en el caso que nos ocupa, ocurre con la legislación de régimen local.

Y, en segundo término, es manifiesto, en relación con el ámbito de la administración local (que es donde ha pervivido un mayor número de instituciones consuetudinarias públicas en Castilla y León), por cuanto, dentro de las prescripciones del Estatuto en torno a las relaciones entre la Comunidad y los entes locales, en relación con la regulación del gobierno y administración local, se establece de forma expresa e inequívoca en el artículo 49.2 del Estatuto: «*Se preservarán y protegerán las formas tradicionales de organización local, por su valor singular dentro del patrimonio institucional de Castilla y León*».

Por lo tanto y, con los límites expuestos, es facultad exclusiva y un deber de la Comunidad Autónoma el ejercicio de sus competencias para la conservación del derecho consuetudinario de Castilla y León, que forma parte de su patrimonio institucional.

2.3. LA LEGISLACIÓN DE RÉGIMEN LOCAL DE CASTILLA Y LEÓN

Hasta ahora, el ejercicio de la competencia para la conservación del Derecho consuetudinario se ha circunscrito, fundamentalmente, a una labor esencialmente normativa en la legislación autonómica de régimen local que se ha limitado, en la mayor parte de los casos, a reiterar las previsiones de la legislación básica de régimen local, sin aportaciones de consideración o relevantes, pero que, como punto de partida, debe ser objeto del correspondiente análisis.

2.3.1. *El Régimen de Concejo Abierto*

El art. 29.3 de la Ley de Bases de Régimen Local y el artículo 53.3 del Texto Refundido de Régimen Local, al precisar el régimen de gobierno y administración de los municipios que funcionan en Régimen de Concejo Abierto, especifica que se regirán conforme a «los usos, costumbres y tradiciones locales», con carácter preferente a lo previsto en la legislación de régimen local estatal y legislación autonómica; es decir, se antepone por prescripción legal básica la costumbre a la ley, incluida la ley autonómica.

La Ley 1/1998, de 4 de junio, de Régimen Local de Castilla y León no realiza ninguna aportación relevante en esta materia, como pudiera ser la creación

de un registro en el que consten los municipios que tradicionalmente vienen utilizando esta forma de funcionamiento, sino que, muy al contrario, realiza una redacción confusa en el art. 76 del régimen jurídico por el que se regularán estos Concejos, aunque, de una interpretación sistemática, únicamente puede deducirse que se regularán:

- a) En primer término, por los usos, costumbres y tradiciones locales.
- b) Supletoriamente, por la legislación básica estatal y Ley de Régimen Local de Castilla y León.
- c) En tercer término, por las disposiciones que, en su caso, adopte la Junta.

2.3.2. *Mancomunidades o Comunidades de Tierra o de Villa y Tierra o de Ciudad y Tierra, Asocios, Reales Señoríos, Universidades, Comunidades de Pastos, Leñas, Aguas y otras entidades asociativas tradicionales*

Prescribe el art. 37 del Texto Refundido de Régimen Local (TRRL) que estas entidades continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales, por lo que, igualmente, antepone la costumbre a la ley en la determinación de su régimen jurídico, si bien las exigencias del Derecho administrativo moderno determinan la obligación de que éstas ajusten su régimen económico a lo prescrito en la legislación de régimen local, sobre formación de presupuestos y rendición de cuentas, liquidaciones, inventarios y balances.

La legislación de régimen local de Castilla y León, en sus arts. 42 a 44, se limita a reconocer estas entidades asociativas tradicionales como una realidad preexistente a la legislación positiva; a recoger, como no puede ser de otra forma, que continuarán rigiéndose por sus normas consuetudinarias o tradicionales, con un respeto a la norma consuetudinaria tal y como el art. 43.2 de la Ley de Régimen Local de Castilla y León establece para la modificación de sus reglamentos o Estatutos, que se haga de acuerdo con el procedimiento en ellos establecido, en su defecto, *según costumbre* y, a falta de ésta, por el procedimiento establecido para la modificación y supresión de mancomunidades. Con la única aunque importante innovación de prescribir que aquellas que *«ejecuten obras o presten servicios de la competencia de los municipios*

asociados les será de aplicación lo dispuesto en la ley para las mancomunidades en cuanto a potestades y ayudas».

2.3.3. Los bienes comunales

El régimen legal básico de los bienes comunales se encuentra regulado en los arts. 80 a 82 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL) y 75 y ss. de la LBRL, si bien es el art. 75 el que presenta un mayor interés al objeto de nuestro estudio.

Conforme al art. 75 LBRL, el aprovechamiento y disfrute de los bienes comunales se efectuará, en principio, en régimen de explotación colectiva o comunal, es decir, de forma general y simultánea y, sólo cuando fuera impracticable y de forma supletoria, se regirá por la costumbre u Ordenanza local y, en su defecto, se efectuarán adjudicaciones de suertes o lotes a los vecinos.

Por lo tanto, la costumbre cumple en este caso una función supletoria con respecto a la regulación legal, que prescribe que se aprovechará de forma preferente de manera general y simultánea.

Para el supuesto en que, de acuerdo con normas consuetudinarias u ordenanzas tradicionales, el disfrute y aprovechamiento de los bienes comunales se realizara mediante concesiones periódicas de suertes o cortas de madera a los vecinos, el art. 75.4 TRRL atribuye a los Ayuntamientos y Juntas Vecinales la potestad de poder exigir a éstos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales indicados, determinadas condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia, según costumbre local, siempre que tales condiciones y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en Ordenanzas especiales, aprobadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo dictamen del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquélla, si existiere o, en otro caso, del Consejo de Estado.

Pero, obsérvese que la potestad atribuida a Ayuntamientos y Juntas Vecinales es, a su vez, una potestad normativa limitada o condicionada a la costumbre local de exigencia de condiciones de vinculación y arraigo, por lo que, en estos casos, las Ordenanzas especiales que se aprueben vienen simplemente a positar o normativizar la costumbre que, de esta forma, quedará acreditada o

Alberto Gómez Barahona

probada. Y, todo ello, a través de un procedimiento rodeado de garantías, como el que estas ordenanzas sean aprobadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo dictamen del órgano consultivo.

Pero, en última instancia, esta actuación no supone sino elevar a Derecho positivo, en forma de ordenanzas, las antiguas costumbres para adecuarlas a la legalidad vigente.

La necesidad de armonizar las previsiones de estas ordenanzas, en cuanto a las condiciones de vinculación, arraigo y permanencia, a las nuevas realidades de nuestros días ha exigido una importante labor interpretativa de la que no se han visto sustraídos ni los Consejos Consultivos ni los Tribunales Contencioso-Administrativos ni el Tribunal Constitucional.

En concreto, el artículo 75 de la LBRL establece en su apartado 4 lo siguiente:

«Los Ayuntamientos y Juntas vecinales podrán exigir a los vecinos, como condición previa para participar en los aprovechamientos forestales determinadas condiciones de vinculación y arraigo o de permanencia, según costumbre local, siempre que tales condiciones y la cuantía máxima de las suertes o lotes sean fijadas en ordenanzas especiales, aprobadas por el órgano competente de la Comunidad Autónoma, previo dictamen del órgano consultivo superior del Consejo de Gobierno de aquélla, si existiere, o, en otro caso, del Consejo de Estado».

La determinación de estas condiciones de vinculación y arraigo, realizadas según la costumbre del lugar y recogida en las ordenanzas municipales, ha sido objeto de copiosa jurisprudencia y de comentarios de los supremos órganos consultivos de Estado y Comunidad Autónoma.

Hacemos una síntesis de las conclusiones a que llegan todos estos órganos, empezando por el Tribunal Constitucional.

- A) La Sentencia del Tribunal Constitucional 308/1994, de 21 de noviembre, afirma la validez de las normas limitativas del aprovechamiento de los bienes comunales, basándolas en *«la necesidad de preservar los aprovechamientos en algunas poblaciones a las personas que real y efectivamente residen en el término municipal con voluntad de permanencia*

estable y arraigo, evitándose así situaciones de vecindades ficticias que no responden a una auténtica y verdadera integración en la comunidad».

La citada sentencia establece el concepto de «residencia habitual» que se exige para poder ser beneficiario de tales aprovechamientos:

No sólo se comprende la residencia efectiva y el animus manendi (o de permanencia en un lugar), sino también el ánimo de integración en el pueblo. Por tanto, «el concepto legal indeterminado de residencia habitual se refiere tanto a la permanencia en la localidad, desde el punto de vista temporal, como desde una perspectiva de realidad y efectividad. No basta, pues, para acceder al disfrute del aprovechamiento comunal con la simple condición formal de vecino, como puede ser la inscripción en el Padrón municipal, sino que es preciso, además, que exista una residencia o relación de vecindad efectiva, esto es un arraigo estable, real y verdadero en la localidad que, en determinadas ocasiones, puede aún restringirse con la imposición de otras exigencias».

- B) La doctrina constitucional señalada ha sido recogida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, entre otras Sentencias de la Sala de Burgos de 15 de diciembre y 22 de julio de 2002.

Según el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León: *«tanto la antigua como la moderna normativa rectora de los bienes comunales de que se trata permiten a las entidades locales exigir determinadas condiciones de vinculación, arraigo y permanencia (artículos 192.4 de la Ley de Régimen Local de 1955; 75.4 del Real Decreto Legislativo 781/1986; 103.2 del Real Decreto 1372/1986). Y como expresión del ejercicio de dicha facultad, la Ordenanza Municipal regula la permanencia como condición de disfrute de los aprovechamientos. Pero dicho requisito o condición ha de ser interpretado teniendo en cuenta la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas las normas (artículo 3 Código Civil), pauta interpretativa acogida por esta Sala, entre otras, en Sentencias de 15 de marzo de 1991, 22 de diciembre de 1992 y 13 de julio de 1999, conforme a las cuales en el concepto de residencia deben comprenderse los supuestos en que aun faltando el dato físico de la presencia material en el pueblo, subsiste una incorporación temporalmente potencial a la vida de aquél, que razonablemente ha de actualizarse en un momento más o menos próximo, lo que*

en definitiva supone que no toda ausencia excluye el concepto de residencia fija, sino que para determinar si lo elimina o no, habrá que atender a los motivos de la ausencia, duración de la misma, previsible reincorporación a la vida local, etc., datos que vienen a ser síntomas de subsistencia de una plena vinculación espiritual a la vida del pueblo».

En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que toda circunstancia limitativa del derecho ha de ser interpretada, como así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de enero de 1996, restrictivamente, ya que contempla un supuesto excluyente de un derecho por una circunstancia específica y excepcional.

- C) En el mismo sentido se pronunció el Consejo de Estado acerca de la reserva de pastos en su Dictamen 4347/1998, sobre la regla de duración vitalicia del aprovechamiento y de su transmisión hereditaria: *«la reserva de pastos será transferible sólo a padres, hijos, hermanos o cónyuges que cumplan los requisitos para ser beneficiario. Para la fijación de la reserva se atenderá precisamente al número de cabezas de ganado en que se haya sucedido».*
- D) Por último, el Consejo Consultivo de Castilla y León se pronuncia de la siguiente manera con respecto a los requisitos fijados en las Ordenanzas municipales en desarrollo de la costumbre del lugar y de conformidad con el régimen de los artículos 75 LBRL y siguientes.

Las *«condiciones de vinculación y arraigo»* se ajustan a la legalidad y a la interpretación que de ésta ha dado la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Constitucional 308/1994, de 21 de noviembre; del Tribunal Superior de Justicia de nuestra Comunidad Autónoma, Sala de Burgos, 1113/1999, de 15 de diciembre y 276/2002, de 22 de julio) y la doctrina emanada del Consejo de Estado (Dictámenes 3756/1997, de 25 de septiembre, 2613/1995, de 6 de abril, entre otros) y del Consejo Consultivo de Castilla y León (Dictámenes de 23 de septiembre de 2004, 28 de abril de 2005 y 16 de junio de 2005).

El arraigo parece circunscrito sustancialmente por la Ordenanza a la idea de permanencia y cumplimiento de las obligaciones, pero hay que valorar su exigencia con la idea de *«que toda circunstancia limitativa del derecho*

ha de ser interpretada, como así lo ha declarado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 23 de Enero de 1996, restrictivamente, ya que contempla un supuesto excluyente de un derecho por una circunstancia específica y excepcional» (Dictamen 28 de abril de 2005, del Consejo Consultivo de Castilla y León).

3. ALGUNAS MANIFESTACIONES PARTICULARES DE LA COSTUMBRE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO DE CASTILLA Y LEÓN

3.1. LA FACERÍA Y LA VECERA O VECERÍA

Las facerías o régimen de facerías es una institución jurídica de origen consuetudinario, consistente en el aprovechamiento compartido de unos terrenos por varios municipios de igual o distinta provincia; incluso, comunidad autónoma.

En la actualidad, las facerías se utilizan fundamentalmente como tierras de pasto o de explotación maderera.

Dicha facería se realizaba en régimen de concesión anual, renovable por iguales periodos. Su nombre viene de los títulos de concesión de las mismas, denominadas como facerías, pacerías o cartas de paz.

En Castilla y León se da, muy localizadamente, en las zonas limítrofes con Galicia y Asturias. De todas las Comunidades autónomas de España, es Navarra la que presenta mayor incidencia de la figura.

Una variante de la pacería es la vecera o vecería, institución de Derecho consuetudinario, referida al aprovechamiento de tierras de pasto. Dicha institución es utilizada por los municipios en régimen de concejo abierto.

En la vecera, los vecinos realizan el aprovechamiento mancomunado de tierras comunales de pasto, estando el ganado al cuidado de los vecinos, en turnos establecidos por ellos mismos. El funcionamiento de la vecera consiste en que los vecinos reúnen todas las cabezas de ganado del pueblo, separándolas por clases y formando grandes rebaños, las «veceras», que se atribuyen

Alberto Gómez Barahona

al cuidado de uno o más pastores, nombrados por turnos en función de la riqueza de cada propietario.

Las ordenanzas municipales señalan las tierras de pasto de las veceras, así como la responsabilidad de los pastores y propietarios.

La pervivencia de la institución en el Derecho de Castilla y León es indiscutible desde la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de abril de 1983, referida a un supuesto de responsabilidad extracontractual, ocurrido en el municipio de Cervera de Pisuerga (Palencia) y donde se alude y menciona, expresamente, la existencia de la práctica de aprovechamiento de pastos en régimen de vecera o vecería.

El primer Considerando de la citada sentencia del Tribunal Supremo comienza así:

«Que sentado por la Sala de Instancia (“considerandos” segundo y tercero) que la formación del rebaño de reses dejó de ser tal al entrar éstas en el pueblo (vecera o vecería), extinguiéndose con ello la responsabilidad de los pastores —a los que absuelve— y que ya en el pueblo cada res se dirige por instinto y costumbre a su respectivo establo sin custodia alguna, es claro que también desaparece el concepto y realidad de rebaño o conjunto indiscriminado de reses “mansas que se apacientan y andan juntas” (Diccionario de la Lengua), aflorando la particularidad o individualización de cada res y la consiguiente responsabilidad de sus respectivos dueños o poseedores por los daños que aquellas puedan causar».

3.2. LOS FETOSINOS SEGOVIANOS

«La más característica y genuina de las instituciones del Derecho consuetudinario agrario vigente en la actual provincia de Segovia es, sin duda, el fetosín». Manuel GONZÁLEZ HERRERO, *Historia jurídica y social de Segovia*, (1974).

El fetosín es una forma tradicional de explotación de terrenos comunales, propiedad de los vecinos, encargándose el Ayuntamiento de la adjudicación de la explotación. La figura del fetosín hoy en día está limitada a algunos municipios de la provincia de Segovia, entre ellos Mozoncillo y algunos de sus alrededores.

Los fetosines son tierras comunales divididas en lotes o suertes, cada uno de ellos denominado «fetosín», correspondiendo su aprovechamiento a los vecinos.

Observando las ordenanzas de Mozoncillo, vemos las siguientes reglas de carácter consuetudinario, algunas contradictorias con la igualdad de hombre y mujer consagrada por la Constitución, lo que hace preguntarse por su vigencia, al convertirse en costumbre *contra legem*:

- a) La adjudicación de los fetosines permite el aprovechamiento de dos «hojas», cultivadas alternativamente en periodos anuales; un año se cultiva la llamada Hoja de Rodelga y al siguiente año se cultiva la Hoja de Pradillo, dejando en barbecho la de Rodelga.
- b) La adjudicación del fetosín es vitalicia, por turnos sucesivos y en función de la mayor antigüedad de residencia en el municipio; sin embargo, fallecido el adjudicatario su mujer adquiere el usufructo del aprovechamiento del fetosín.
- c) La condición de vecino y ser hombre es requisito imprescindible para optar al aprovechamiento del fetosín. Los hijos varones, cuando cumplen la mayoría de edad, pasan a ser optantes a la adjudicación de los fetosines. Los hombres que adquieren la vecindad por matrimonio con vecina del municipio también pasan a ser optantes.
- e) A cambio del disfrute del fetosín, el adjudicatario paga al Ayuntamiento un canon o renta anual, en la cuantía y especies usufructuarias tradicionales. El impago de dicho canon conlleva la pérdida del aprovechamiento, accediendo al mismo el siguiente vecino que esté en la lista de espera.
- f) Si un vecino que disfruta de los fetosines se ausenta del municipio por un período superior a un año y un día, solamente podrá volver a tener derecho a la adjudicación del fetosín cuando haya cumplido un nuevo periodo de residencia de un año y un día, retrasándose su ubicación en la lista tantas «quintas» como años haya estado residiendo fuera del municipio, situándole el último de la «quinta» a la que se le retrase.

4. CONCLUSIONES

1. Castilla y León ha participado plenamente en la evolución jurídica continental europea, donde la prevalencia y fuerza expansiva de la ley y la preeminencia del principio de legalidad han hecho que la costumbre tenga una escasa relevancia como fuente de producción normativa.
2. Hasta la última reforma estatutaria, la Comunidad no había tomado conciencia de la importancia de la conservación del Derecho consuetudinario de Castilla y León, ni de que una fuente tan relevante, desde una perspectiva histórica, no hubiera merecido el tratamiento normativo, doctrinal y administrativo proporcional a su relevancia cultural y función social en numerosas comunidades locales.
3. Sin embargo, certeramente, su Estatuto de Autonomía, tomando conciencia de que este Derecho además de su función jurídica es un hecho cultural (el patrimonio jurídico como una dimensión más del patrimonio institucional o histórico), ha incluido entre sus competencias exclusivas *«la conservación del Derecho consuetudinario de Castilla y León»*.
4. En el caso de Castilla y León, la costumbre ha pervivido refugiada en la regulación de ciertas instituciones vinculadas al mundo rural; algunas de organización administrativa y de gestión de comunidades, como los concejos abiertos o las Comunidades de Villa y Tierra; otras, vinculadas a la explotación de los recursos naturales, como leñas, pastos, etc.; y otras, en la administración y gestión de bienes comunales, etc. Por lo que puede afirmarse que, aunque la costumbre cumpla un humilde papel en el campo del Derecho administrativo, sin embargo, en Castilla y León, es en torno a la regulación de ciertas instituciones públicas locales donde su pervivencia tiene una mayor relevancia.
5. Cumplir el mandato estatutario de conservar el Derecho consuetudinario de Castilla y León, como un componente de su patrimonio jurídico y cultural, exige, teniendo en cuenta el ámbito jurídico hostil en que se desenvuelve la costumbre desde hace siglos, un adecuado trabajo de estudio, documentación y registro que permita identificar las instituciones consuetudinarias que han conseguido sobrevivir hasta nuestros días; máxime,

dadas las dificultades objetivas que presenta su acreditación o prueba en la actualidad.

6. Frente a la amplia tipología de supuestos en que está presente la costumbre en el Derecho de Castilla y León, en particular en su régimen local, la competencia exclusiva de conservación del Derecho consuetudinario de Castilla y León está asumida pero no ejercida; pues, salvo error por nuestra parte, no conocemos políticas o actuaciones administrativas en este sentido y, como hemos visto, las previsiones de la legislación de régimen local de Castilla y León se limitan a reproducir las reglas de la legislación básica estatal, sin ninguna otra pretensión sistemática o compilatoria.
7. Dada la situación vigente, parece aconsejable realizar un trabajo de compilación de las costumbres conocidas, con un criterio amplio, que permita el restablecimiento de ciertas instituciones consuetudinarias históricas, siempre que no estuvieran decaídas por el desuso.
8. Desde la perspectiva del Derecho público, los principios de descentralización política y subsidiariedad ofrecen un panorama teórico más receptivo del papel de la costumbre, como ha señalado el profesor Luis ORTEGA, por lo que cuando se realice el deseable y necesario desarrollo normativo del régimen local de Castilla y León será preciso efectuar un particular esfuerzo para la conservación del derecho consuetudinario local imbricado en la tradición municipalista de Castilla y León.

