

### III. CUESTIONES REGISTRALES

#### Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas

JOSE POVEDA MURCIA

Registrador de la Propiedad

1.—*El suelo y el vuelo; los pastos y las labores.*

De entre las diferentes formas de manifestarse la relación de poder entre hombre y cosa para obtener aquél con los rendimientos de ésta cuanto le es necesario, vamos a observar, en esta ocasión, una que se desentiende de los moldes consagrados y genera problemas jurídicos de interés, rara vez atendidos con el cariño que merecen. La situación a que nos referimos se produce cuando los diversos aprovechamientos de que es susceptible una finca rústica corresponden a titulares distintos; y de las diversas modalidades que podemos encontrar elegimos las dos variedades económicamente más importantes que son, por otra parte, las que alcanzaron mayor difusión. Tienen lugar estas, cuando a un sujeto corresponden los aprovechamientos forestales o del arbolado que existe, o puede producirse en el futuro, en una finca determinada—derecho de vuelo o derecho al vuelo—, mientras otra persona tiene derecho a los aprovechamientos agrícolas y pecuarios de la misma finca—derecho de suelo o derecho al suelo—; en la otra variedad aludida—similar a la anterior y con la que se combina en muchas ocasiones—los aprovechamientos pecuarios de una finca—derecho de pastos—corresponden a titular distinto del que lo es de los agrícolas—derecho de labor.

De propósito no entramos ahora a analizar derechos y obligaciones de cada titular, para que, dando una idea muy general, podamos abarcar las múltiples variedades que de hecho se presentan; pero sí diremos, por ser a nuestro juicio de gran interés, que, normalmente, al titular del derecho de vuelo le corresponde una interesante y curiosa facultad que se denomina *derecho de apostar*, en virtud de la cual entresaca y poda los nuevos retoños y matas que en la finca se producen, de la especie arbórea que él disfruta, para que se conviertan en árboles.

El carácter local o regional de estas situaciones—al menos en proporción importante—es, seguramente el motivo de su abandono por parte de la doctrina, pero sería arbitrario menospreciar sus problemas, pues con arreglo a tales modalidades se explotan hoy ricos y extensos terrenos, aunque sólo se dé el caso con profusión en comarcas determinadas (1); por otra parte ofrecen estas si-

(1) Con relación a una variedad del caso, nos dice ALEJO LREAL GARCÍA que sólo en el término municipal de Cáceres hay 44 dehesas afectadas por la separación jurídica de suelo y vuelo, sumando entre todas una extensión de 17.843 hectáreas. (*Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres*. Separata del "Boletín del Instituto de Reforma Agraria", núm. 24, pág. 7, nota.)

tuaciones el especial interés que siempre merecen los casos crepusculares, que faltos de una posición definida y segura viven constantemente amenazados de conflictos, por temor a los cuales se suele producir el despojo paulatino del más medroso de los cotitulares. Y no es lícito argüir, despectivamente, que esos supuestos sólo son formas anticuadas de uso y disfrute, "reminiscencias feudales" que más que normas de la vida lo que merecen es la sentencia de muerte; esta posición es tan falta de lógica que ni crítica merece pero la realidad actual se encarga de proclamar su falsedad; porque resulta que existen nuevos síntomas de los que necesariamente ha de deducirse la utilidad de aquella anticuada forma de disfrute, que rebrota hoy incrustada en un contrato que es constante preocupación de todos: el arrendamiento, visto con perspectiva de arrendatario, y en su aspecto exclusivamente económico, no es más que un sustitutivo del dominio; pues bien existen múltiples y modernísimos contratos de arrendamiento en los que sólo se cede uno de los aprovechamientos de la finca, reservándose el otro o los otros aprovechamientos el dueño del inmueble, ya para disfrutarlos directamente, ya para arrendarlos a terceras personas; estos arrendamientos siempre tienen por objeto fincas de iguales características que aquellas otras en que se produce la división de aprovechamientos en la forma a que venimos refiriéndonos; y de ello es natural deducir que los supuestos de hecho estudiados no son forma anómala de ser, que se venga arrastrando sin razón de subsistencia, sino que ha desempeñado y desempeña una función útil, que es consecuencia de que cada aprovechamiento satisface por sí, y con independencia del que llamaremos aprovechamiento correlativo, las necesidades de su titular; por ello, producida la plural titularidad en tiempos más o menos remotos se ha conservado y subsiste a través de los años y de los siglos; y como este sistema de aprovechamiento resulta útil, se busca un sustitutivo para las fincas de titularidad normal que son apropiadas para este tipo de explotación: tal sustitutivo es el arrendamiento independiente de los aprovechamientos.

Y ya que hemos hablado de fincas que son apropiadas para esta plural titularidad, diremos que los supuestos aludidos tienen por objeto, en general, fincas de gran extensión dedicadas preferentemente a la explotación ganadera, o en las que abunda el arbolado espontáneo, aunque alguna vez se den en fincas plantadas de árboles frutales (2). Se hallan muy difundidos en las dos provincias extremeñas y no faltan manifestaciones similares en otras regiones españolas (3).

En una primera observación de estas relaciones de hecho salta a la vista la dificultad de su tipificación. Nuestro Código civil carece de normas que de un modo orgánico regulen tales situaciones; en él podemos encontrar preceptos aislados que aluden a estos o parecidos supuestos, e instituciones cuya similitud, aparente o real, con los casos estudiados, nos hacen pensar en la conveniencia de aplicarles sus reglas; pero es preciso reconocer que si tales normas o instituciones pueden alguna vez servir como remedio forzado para salvar una situación, en la realidad los supuestos de que nos ocupamos viven de espaldas a aquellas reglas y aún en muchas ocasiones, ofrecen resistencia a ser encuadrados en ellas.

(2) LEAL. Ob. loc. cit.

(3) Ver, aunque de modo incidental, conferencia de D. FAUSTO NAVARRO AZPEITIA: *Naturaleza y regulación de la propiedad de casas divididas por pisos o departamentales*, página 49. Publicación del Colegio Notarial de Barcelona, año 1942.

Esta resistencia, que no siempre es indisciplina maliciosa, puede tener un significado digno de valorarse: la norma dictada para un supuesto aparentemente similar puede, al aplicarse al caso atípico, atentar contra la finalidad que a este le dió vida, y si tal ocurre aquella resistencia no es más que defensa legítima. Por ello estimamos que lo más útil es comparar estas situaciones con aquellas otras que se suponen similares; observar ambas y no perder de vista la finalidad que cada cual está destinada a cumplir; y ello nos mostrará qué normas han de aplicarse a cada caso sin atentar al fin de los supuestos atípicos.

No puede dudarse que en las relaciones de hecho que nos proponemos estudiar hallamos notas que convienen a varias instituciones típicas: las servidumbres personales, el desdibujado derecho de superficie, la comunidad, el dominio e incluso el derecho de uso (4) han de considerarse, al menos, como instituciones tangenciales de los supuesto aludidos. Daña la variedad de matices con que tales supuestos se presentan en la realidad—de la que es causa en gran parte la ausencia de reglas—en cada caso concreto la semejanza será más acentuada con relación a una de esas instituciones que con las demás, e incluso habrá de llegarse a soluciones distintas según los casos; por ello sería inútil pretender hallar una conclusión omnicomprendensiva y habremos de conformarnos, para no incurrir en el mismo pecado que combatiremos, con buscar una solución para la generalidad de los supuestos, sin dejar de reconocer, de antemano, la posibilidad de encuadrar los casos excepcionales, aunque sean frecuentes, en instituciones distintas de aquella que consideramos más apropiada.

## II.—Comparación con las servidumbres personales.

La única alusión concreta de nuestro Código civil a los supuestos de concurrencia observados la encontramos en los arts. 603 y 604: el primero hace referencia a la servidumbre de pastos y el segundo a las establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes. Tales artículos, aunque de escaso contenido, nos indican la posibilidad de que los derechos a que nos venimos refiriendo sean considerados como servidumbres personales, valiéndonos además, a la tal fin del 531 y 594 que reconocen, en general, la existencia de tal especie de servidumbres y la facultad de todo propietario de gravar su fundo con las que tenga por conveniente y del modo y forma que bien le pareciere, sin más limitación que las establecidas no contravengan a las leyes ni al orden público.

Esta posibilidad ha sido mantenida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; y así, se nos dice que la S. de 14 de noviembre de 1924 considera servidumbre de pastos al derecho de una comunidad a aprovecharse de los de una dehesa en época, forma y con ganados determinados previamente; la de 27 de noviembre de 1923 califica de servidumbre el derecho, que corresponde a los vecinos de un municipio de proveerse en un monte de propiedad particular de cuanta leña necesiten para quemar en sus casas y en los hornos de la villa; y la

(4) No nos ocuparemos posteriormente del derecho de uso porque, aunque la doctrina francesa haya considerado el derecho de pastos y usos forestales como modalidades de este derecho, ha de tenerse en cuenta que tal solución no es más que el medio de eludir el artículo 686 del Código de Napoleón, que proscribía las servidumbres personales.

de 30 de octubre de 1919 estima que es servidumbre personal de carácter discontinuo, definida en los arts. 530 y 531 del Código civil, el derecho de labrar cada tres años en ocho fanegas de tierra enclavadas dentro del perímetro de una finca.

La doctrina científica tampoco ve inconvenientes en aceptar esta solución: WOLF estima posible un gravamen en forma que el titular pueda gozar en algunos respectos del predio sirviente, siendo ejemplo de este tipo de servidumbres el derecho de pastar y leñar y los derechos a la obtención de partes del suelo (5); OSSORTO Y MORALES, aunque haciendo una distinción de la que después nos ocuparemos piensa que "en los casos en que frente al propietario de un predio otra persona o personas ostentan determinados derechos o aprovechamientos, verbigracia: pastos, leñas, derecho de sembrar en ciertas época o lugares, etc., que constituyen para sus titulares gravámenes impuestos sobre un predio ajeno, establecidos "intuitu personae" sin consideración a un predio dominante, existen servidumbres personales autorizadas por el art. 531 del Código civil" (6).

Ante este reconocimiento legal y doctrinal no se puede dudar que los derechos estudiados pueden constituirse como servidumbres, pero sería desordenado el creer que en todos los casos que la realidad nos muestra los aprovechamientos de un inmueble atribuidos a sujetos diversos nos hallamos ante un derecho de servidumbre personal. Y lo sería porque para calificar de servidumbre un derecho es indispensable que en él encontremos todos y cada uno de los caracteres esenciales de las servidumbres sin que podamos fiarnos simplemente de una apariencia externa, ni de un reconocimiento legal que autoriza, pero no impone, una solución determinada. Buena prueba de lo que decimos es la doctrina que mantienen las Sentencias del Tribunal Supremo, que citaremos después, en las que se niega el derecho de redención establecido por el art. 603 del Código, y con él la cualidad de servidumbres, a supuestos de aprovechamientos concurrentes.

Si en los casos de concurrencia estudiados buscamos las características de las servidumbres obtendremos el siguiente resultado: Las servidumbres *iura in re aliena*, recaen siempre sobre cosa de otro y limitan las facultades del dueño de la cosa gravada. No pueden por ello, imponerse sobre cosa propia del titular de la servidumbre, ya que nuestro actual ordenamiento no admite más derecho real sobre cosa propia que el dominio: *nemini res sua servit*. Esta fundamental característica la exige para las servidumbres personales—que son las que aquí nos interesa analizar—el art. 531, en cuanto reconoce la posibilidad de su constitución en favor de aquellos a *quienes no pertenezca la finca gravada*; e indirectamente, pero con toda claridad, resulta también exigida para las servidumbres de pastos, leñas y demás productos de los montes por los arts. 603 y 604, que establecen un derecho de redención en favor del dueño de los terrenos gravados cuyo mecanismo precisa, necesariamente, un titular dominical. Por todo ello, la primera indagación procedente será buscar frente a los derechos que estudiamos un dominio al que gravar o limitar, que necesariamente, ha de corresponder a un sujeto distinto del que lo sea de la servidumbre. Y aquí, precisamente, en la busca de este dominio y de su sujeto, tenemos el primer choque con la realidad: porque resulta que si alguna vez nos es posible hallar, en estos

(5) *Tratado de Derecho civil*. Traducción de PÉREZ Y ALGUER, t. III, vol. II, pág. 23.

(6) *Las servidumbres personales*, pág. 120.

casos, un dueño del predio gravado que encuentra limitado su derecho por el del titular de la servidumbre, en la generalidad de los supuestos no ocurre así, sino que la realidad nos muestra exclusivamente dos derechos—el de pastos y el de labores o el de suelo y el de vuelo—recíprocamente limitados, que corresponden a dos sujetos y cuyos objetos—al menos a primera vista—son sendos aprovechamientos de una finca; entre ambos derechos agotan lo que normalmente es contenido del dominio, pero en ninguno se observa superioridad ni rango que sustancialmente lo distinga del derecho correlativo (7). Así, el titular del vuelo, por ejemplo, se comporta con la finca como si fuera dueño pleno, pero, claro es, limita su actividad: a obtener los productos del arbolado—bellota, corcho, ramoneo, leñas para consumir directamente o para fabricación de carbones, etc.—; a realizar cuantas operaciones sean precisas para una mejor o mayor producción—trabajos de poda, limpieza, etc.—; a conservar los árboles existentes y procurar un aumento o al menos, impedir su merma mediante el *apostamiento* de los nuevos retoños (8). Frente a dicho titular del vuelo encontramos al del suelo, que también se comporta como si fuera pleno dueño aunque, como es lógico deducir de lo dicho, limita su actividad a aprovechar los pastos y sembrar lo que de ello sea susceptible. Idéntica situación se observa en los supuestos en que la división se hace a base de pastos y labores que por ser situación más conocida no hemos de describir con mayor detenimiento. Podemos afirmar, como resumen, que el titular de cada derecho puede utilizar la finca en cuanto sea preciso para el goce y disfrute de su aprovechamiento, existiendo la recíproca obligación de permitir al titular del aprovechamiento correlativo las actividades necesarias para la utilización de su derecho (9).

De las anteriores consideraciones ha de deducirse, a nuestro juicio, la siguiente consecuencia: cuando frente al derecho de pastos, de vuelo o de labores, atribuido a un sujeto, encontremos una titularidad dominical, limitada precisamente por aquel derecho, nos hallaremos ante una relación jurídica perfectamente tipificada en nuestro ordenamiento positivo: dominio gravado por una servidumbre personal de las definidas por el art. 531 del Código civil, que puede hallarse también comprendida o ser semejante, a las que regulan de un modo particular, aunque muy incompleto, los arts. 603 y 604 del Código. Si, por el

(7) Cfr. Sentencia de 9 de junio de 1903.

(8) Por considerarlo interesante para conocer la idea que los titulares de estas relaciones jurídicas tienen de sus respectivos derechos, vamos a relatar un hecho del que hemos sido espectadores: los titulares de parte del vuelo de una dehesa vendieron a un fabricante de carbones la totalidad de los pies de encina existentes en las hazas que a aquéllos correspondían; arrancados los árboles para fabricar el carbón, el titular del derecho de vuelo vendió éste al titular del suelo, haciéndose constar en el contrato que en el haza cuyo vuelo y apostadero se vendía habían sido arrancados los árboles y descuajadas las matas. Consultado el caso—a efectos de formalización documental—, un prestigioso profesional opinó que el contrato convenido era nulo por falta de objeto. No obstante, las partes, encontrándolo justo, con arreglo a su leal saber y entender, lo cumplieron puntualmente y su conducta sirvió de pauta a casos posteriores.

(9) La Sentencia de 9 de marzo de 1893 dice que “los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de tal manera, que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro utilizarse de ellos impidiendo, entorpeciendo o perjudicando la explotación agrícola del suelo”.

contrario, lo observado son dos derechos recíprocamente limitados, sin que ninguno de ellos tenga rango superior al otro, la solución habrá de ser distinta y tales derechos no podrán ser considerados como servidumbres, por no existir algo tan fundamental como es la titularidad dominical ajena a la que ha de gravar y sobre la que ha de recaer el derecho limitativo (10).

La anterior distinción que nos parece elemental y exenta de obstáculos en teoría, es de difícil aplicación en la práctica porque aunque alguna vez encontremos supuestos en que del título constitutivo de la relación jurídica contemplada, puede deducirse cuál es su naturaleza, en la mayor parte de los casos sólo podemos saber cómo viven esos derechos de cuya constitución nadie tiene memoria, sin que tampoco se sepa qué fué de los documentos en que se plasmó su alumbramiento, si es que alguna vez existieron. Esta es la causa de que resulte casi siempre inútil el consejo del Tribunal Supremo de que "en cada caso se atienda a los orígenes de la concesión de los aprovechamientos para poder estimar su verdadera naturaleza" (11).

Para estos supuestos—los más frecuentes— en que la oscuridad del origen de la concesión dificulta el encuadramiento del derecho, la observación atenta de la realidad puede ayudarnos a descubrir en la relación alguna nota o cualidad que decida la duda. Y, en efecto, si con este propósito indagatorio la observamos, y especialmente algunos de los supuestos que el Tribunal Supremo hubo de resolver, veremos que, a veces, el derecho de uno de los titulares no tiene sólo como límite el referirse a uno o a varios de los aprovechamientos del inmueble, sino que sus facultades se hallan en relación con ciertas necesidades del sujeto. Así ocurre, por ejemplo, cuando una persona o comunidad tiene derecho a proveerse en un monte de cuanta leña necesite para quemar en sus casas o en uso determinado (S. 29 noviembre 1923); o cuando el derecho de pastos se limita a los que puedan aprovecharse en épocas, forma y con ganados determinados previamente (Ss. 14 noviembre 1924 6 julio 1918 y 20 marzo 1929); o si el derecho a obtener determinados productos de la finca se refiere solamente a los destinados al consumo del titular, prohibiéndose toda suerte de granjería (S. 9 abril 1909). En todos estos supuestos la limitación de los titulares de tales dere-

---

(10) La anterior distinción ha sido claramente expuesta por el profesor OSSORO MORALES, que después de decir cuándo tales derechos deben considerarse servidumbres personales, como hemos transcrito antes, añade: "Cuando los diversos aprovechamientos de una finca corresponden a distintas personas, pero sin que los atributos esenciales de la propiedad resulten pertenecer exclusivamente a ninguna de ellas ni a un tercero, ignorándose, por consiguiente, a quién corresponde la titularidad del predio, esta situación deberá considerarse como análoga a la copropiedad, pero sólo a los efectos de autorizar la acción de retracto."

(11) Sentencia de 29 de enero de 1910. Por igual razón resulta poco práctica la norma interpretativa de la Sentencia de 18 de febrero de 1932: "El derecho de disfrute de los pastos, leñas u otros productos forestales utilizados por diversas personas o entidades sobre la misma finca, puede ser constitutivo de la comunidad de bienes... o integrar una limitación de dominio, informando el derecho real de servidumbre definido en el artículo 531 del Código civil y desenvuelto... especialmente en sus artículos 600 a 604; siendo la característica y esencial diferencia que las distingue 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 la exclusiva propiedad del inmueble en una sola de las diferentes entidades que en común disfrutan dichos aprovechamientos, en el segundo."

chos procede de dos elementos distintos de la relación jurídica: por una parte se observa una limitación objetiva, en cuanto el derecho de tales sujetos recae exclusivamente sobre un aprovechamiento: las leñas, los pastos o el arbolado de la finca; limitación, ésta, que es común a todos los derechos que estudiamos; pero, además, existe otro límite que afecta al sujeto de la relación: el derecho de éste sólo se extiende a lo que fuese preciso para satisfacer todas o algunas de sus necesidades. Esta nueva limitación caracteriza suficientemente los derechos afectados para considerarlos de naturaleza jurídica distinta a la de aquellos otros que recaen de un modo absoluto sobre la totalidad del aprovechamiento. Y estos derechos subjetivamente limitados deben—de no existir inconveniente de otra índole que lo impida—calificarse de servidumbres personales. La razón para ello es, a nuestro juicio, la siguiente: Como hemos visto existen razones legales y doctrinales suficientes para estimar que tales derechos pueden constituirse como servidumbres personales, y que deben considerarse como tales cuando así resulte del título de su constitución; pero aunque éste no se conserve o de él no resulte expresamente la naturaleza de la relación constituida, la nota de relación entre la amplitud del derecho y las necesidades de la persona del titular debe en este trance ser decisiva, pues característica de las servidumbres personales, es, según el maestro DE DIEGO, no poder ir más allá de las necesidades de la persona a quien benefician (12). Ciertamente que esta nota por sí sola no caracteriza un derecho como servidumbre—al menos en nuestro actual ordenamiento—, pero no hemos de olvidar que nos hallamos analizando un derecho similar a la servidumbre y tratamos de distinguirlo de otros de contextura parecida; y que precisamente esa nota de limitación subjetiva es la que acerca más estas relaciones a las servidumbres y las separa de forma tajante de aquellas otras que, semejantes en su aspecto externo carecen de esta importante característica.

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

Para resumir: creemos que los derechos de vuelo, de suelo, de pastos y de labores deben ser considerados servidumbres personales en los siguientes casos: 1.º cuando así resulte del título de su constitución, y 2.º cuando las facultades de su titular aparezcan subjetivamente limitadas en la forma que antes decíamos (13).

De no hallarnos en ninguno de esos supuestos no pueden calificarse de servidumbres dichos derechos: aparte de las razones aducidas existe un motivo práctico muy digno de tenerse en cuenta: Como ya dijimos, la utilización con independencia absoluta de los diversos aprovechamientos de una finca rústica es situación que viene desempeñando una función útil; si forzamos estas situaciones de hecho para encajarlas siempre en las normas que el Código establece para las servidumbres, aparte de haber cometido una violencia injustificada, eliminaremos de la realidad una forma jurídica, en el transcurso de muy pocos años; porque la regulación que de las servidumbres personales de pastos, leñas

(12) *Instituciones*, t. I, pág. 374.

(13) En algunos casos estos derechos podrán, por su contextura, ofrecer gran similitud con la institución conocida por la doctrina francesa o italiana con el nombre de uso irregular. Ver, en contra, OSSORIO: *Ob. cit.*, págs. 57 y 58, y 41.

y demás productos de los montes encontramos en nuestro Código civil, más que normas de vida que sirvan de cauce a ciertas situaciones de hecho, con su secuencia de muerte: la única finalidad perseguida por los arts. 603 y 604 es establecer un derecho de redención en favor del dueño del inmueble. Al redactarse el Código civil, y por razones hoy seguramente superadas, se estimó que aquellas restricciones y limitaciones del derecho de propiedad no estaban económicamente justificadas y, por eso, se puso en manos de los dueños de las fincas gravadas un instrumento, la redención, para acabar con ellas. Tal situación, desde el punto de vista del derecho constituido ha de aceptarse, pero sería arbitrario ampliarlo—su carácter excepcional no puede ofrecerle dudas—a supuestos distintos, aunque parezcan similares.

Para poner de manifiesto esa utilidad económica, y aun social, a que hemos aludido, sólo nos resta decir lo siguiente: Situación frecuente, en los supuestos de concurrencia de aprovechamientos, es que el derecho de labor sobre una finca corresponda a una persona y los pastos a una comunidad—uno o varios pueblo.—, que encuentran en esta situación un modo insustituible de poder atender a sus modestas ganaderías; considerar que el titular de los derechos de labor puede redimir, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 603 del C. c., será ineludible cuando del título de constitución de los derechos de pastos, o de otras causas, resulte que él es el dueño de la finca gravada con la servidumbre de pastos—*dura lex...*—; pero sólo en este caso, porque la ley así lo ordena, deberá accederse a la redención. Y nunca creemos podrá aplicarse tal precepto a la situación también corriente que se produce cuando un grupo más o menos extenso de personas tiene derecho a labrar cada dos, cada tres o cada cuatro años parcelas determinadas de una finca cuyos pastos o arbolado corresponde a otro sujeto, que es quien pretende utilizar el derecho de redención, porque ni este supuesto se halla comprendido en el artículo 603, ni dado el carácter excepcional de éste, se debe aplicar analógicamente.

Excluidos, pues, de los supuestos de concurrencia de aprovechamientos aquellos que, por las razones dichas, deben ser considerados como servidumbres personales genéricas, o de las específicas a que se refieren los artículos 603 y 604 del Código, continuaremos la comparación de los restantes supuestos con otras instituciones a las que de algún modo puedan asimilarse.

### III.—*Con el derecho real de superficie.*

Otra institución con la que tienen cierta semejanza los supuestos de concurrencia que estudiamos es con el derecho real de superficie; aunque con reservas, el más estudiado de nuestros civilistas piensa que quizá sea preferible considerar estos casos como superficies a mantener el criterio de estimarlos constitutivos de una comunidad de bienes (14).

Si pensamos con el maestro DE DIEGO que la superficie es un "derecho real constituido sobre construcciones o *plantaciones* realizadas en suelo ajeno que autoriza a su titular para disponer de ellas perpetuamente o por cierto tiempo mediante el pago de un canon anual", habrá de llegarse a la conclusión de que al

(14) CASTÁN: *Derecho civil (Registros)*, 3.ª edic., t. I, pág. 452.



menos, el que hemos llamado derecho de vuelo, o derecho sobre el arbolado de una finca, podrá constituirse como superficie, y en tal caso su titular vendrá obligado a pagar un canon anual al propietario-cedente o a los que de él traigan causa.

Pero aunque reconozcamos esta posibilidad para los supuestos en que el derecho se constituya o ejercite en la forma dicha, no podrá admitirse como solución para la generalidad de los casos por las razones siguientes:

a) Porque, al igual que decíamos al comparar estos supuestos de concurrencia con las servidumbres, la superficie precisa un fundo ajeno, sobre el que recae y el cual grava, y esta titularidad dominical ajena no se percibe cuando la realidad sólo nos muestra dos derechos recíprocamente limitados de igual rango e importancia.

b) Porque en la generalidad de los supuestos que hemos podido observar en la práctica el titular del vuelo no viene obligado a satisfacer "solarium" (15), y en nuestro ordenamiento vigente, y antecedentes inmediatos (16), la superficie no es ni más ni menos que una variedad del censo, a la que son aplicables las normas reguladoras de la enfiteusis (art. 1.655 del Código), en la que es elemento indispensable que el dueño útil venga obligado a pagar el canon al dueño directo (arts. 1.605 y 1.629 del Código).

c) Porque, aunque existiere por parte del titular del arbolado—o de los pastos o del derecho a la siembra, si estos también se consideraban superficiarios—la obligación de satisfacer un canon al dueño y titular del aprovechamiento correlativo, siempre habría de considerarse un tipo especial de superficie al que de tal situación resultase, ya que, normalmente, el dueño directo en la superficie, y en general, en los censos—que hoy han asimilado a aquella institución—, no se reserva ningún derecho directo de goce, y, en el supuesto ideado ese dueño directo tendría derecho a percibir el canon y los restantes que se derivasen de su cualidad de censalista; pero, además, y con carácter independiente, sería el titular del derecho que hemos venido llamando correlativo; por ejemplo: el derecho del suelo, cuando fuese considerado superficiario el titular del vuelo.

Por tales motivos hay que llegar a la conclusión de que sólo excepcionalmente podrán considerarse superficies—desde luego especiales—los supuestos de concurrencia estudiados. Y aun esos supuestos excepcionales más complican que aclaran la cuestión, pues en ellos habremos de considerar al titular de uno de los aprovechamientos como superficiario y al titular del otro aprovechamiento como dueño directo con relación al aprovechamiento correspondiente al superficiario y como dueño pleno (?) con relación al aprovechamiento correlativo. Y a consecuencia de esta situación resultaría: que si el superficiario, utilizando las facultades que le confieren los artículos 1.608 y siguientes del Código civil—y la legislación complementaria reguladora de la redención de gravámenes análogos al censo—, solicitare la redención, devendría por ella no en dueño pleno del

(15) No negamos, aunque sean poco frecuentes, la existencia de supuestos en los que existe obligación de pagar canon, como ocurre, por ejemplo, en el resuelto por la sentencia de 5 de enero de 1912, en el cual el cedente de los derechos de labor se reservó el derecho de pastos y el de cobrar el treinteno del grano que se recolectase.

(16) LA SERNA y MONTALBÁN: *Elementos de Derecho civil en España*, t. I, pág. 667, 12.ª edición.

inmueble, sino en titular del aprovechamiento que antes le correspondía, pero sin la obligación, ahora, de satisfacer el canon. En resumen: nos encontraríamos, después de la redención, precisamente ante la situación atípica a la que buscamos solución.

#### IV.—Comunidad.

Con lo dicho creemos llegado el momento de enfrentarnos con la posición que más insistentemente ha mantenido el T. S.: considerar que las situaciones de hecho de que nos ocupamos constituyen "comunidades especiales" o al menos "relaciones jurídicas análogas a la comunidad de bienes" (17).

La doctrina no juzga de buena técnica la asimilación (18), pues a ello se opone la unidad e indivisión del objeto del derecho, que es esencia de la comunidad y nota de que carecen los supuestos estudiados, en los que cada titular tiene un derecho exclusivo sobre un aprovechamiento, cuyo disfrute, como consecuencia de aquella exclusividad, no comparte con el titular o titulares de los restantes, aunque los derechos de todos concurren en una sola finca. Sin embargo, y reconociendo la violencia de la asimilación, se suele considerar útil, desde el punto de vista práctico, porque mediante ella se llena la laguna legal aplicando a tales relaciones irregulares los preceptos de la comunidad y, sobre todo, porque a consecuencia de la aplicación del retracto se facilita la finalidad económica de reconstituir el dominio en su plenitud (19).

Pero lo verdaderamente interesante no es asimilar a los efectos de dar un nombre que agrupe ciertas relaciones jurídicas, sino observar el alcance de la asimilación y de ello deducir su procedencia o desecharla por inútil. Con decir que las relaciones observadas son comunidades especiales o situaciones análogas a la comunidad poco o nada se consigue si, a renglón seguido, no se patentiza el motivo de la especialidad y sus consecuencias o el alcance que ha de darse a la analogía, que nunca es identidad. La comparación entre una y otra situación y el estudio de la posibilidad de aplicar a los supuestos especiales las normas reguladoras de la comunidad serán, sin duda alguna, los medios de que habremos de valernos para decidir si es o no útil la asimilación tan repetidamente aludida.

Si con visión práctica, y eludiendo las variadas teorías ideadas a propósito de la naturaleza jurídica de la comunidad observamos cómo se produce y vive ésta, o, mejor aún, por ser idea más concreta, el condominio podremos ver que éste no es, en definitiva, más que una relación dominical cuya peculiaridad reside en la pluralidad de personas que integran el sujeto activo (20). En los

(17) Cfr., entre otras, las Sentencias de 9 de marzo de 1893, 22 de junio de 1897, 9 de julio de 1903, 3 de abril de 1909, 27 de noviembre de 1906, 21 de febrero de 1920, 6 de julio de 1920 y 9 de mayo de 1922. Indirectamente, reconocen la posibilidad de que tales relaciones puedan constituir comunidad de bienes las Sentencias de 9 de abril de 1909, 6 de julio de 1918, 14 de noviembre de 1924, 30 de octubre de 1919, 21 de octubre de 1929, 27 de noviembre de 1923 y 18 de febrero de 1932.

(18) Ver OSSORIO y MORALES: Ob. cit., pág. 123.

(19) Véase MANRESA: *Comentarios*, III, pág. 422.

(20) La comunidad de bienes:—dice la Sentencia de 20 de marzo de 1929—no es substancialmente diferente de la propiedad individual, sino sólo una variación o accidente que origina la simultaneidad de varios en el mismo derecho, o sea, una forma de manifestación del dominio con los dos elementos de unidad en la cosa y pluralidad en los sujetos...

demás elementos, condominio y dominio son relaciones idénticas, y los problemas que aquél crea y en éste no existen son simple consecuencia de no ser una sola persona el repetido sujeto. Si junto a la relación de condominio, y para su comparación con la dominical, contemplamos la relación jurídica que se produce en los supuestos de concurrencia de aprovechamiento podremos ver, que en este caso la especialidad no reside en que el sujeto sea múltiple, aunque a primera vista así lo parezca, sino en el otro extremo de la relación: en el objeto que aquí no es la cosa, como en el condominio y dominio, sino un determinado aprovechamiento de la cosa. Por ello en estos supuestos, los problemas a resolver no se referirán al sujeto de la relación sino que serán consecuencia de la peculiaridad del objeto.

Podría pensarse, contra lo dicho, que igual situación encontraríamos en el condominio si contemplásemos la relación entre sujeto y cuota; sin embargo, no nos parece así porque la idea de cuota es simplemente el instrumento de que el Derecho se vale para resolver, por su mediación, los problemas que genera la pluralidad de sujetos, y, por el contrario, la idea de aprovechamiento es extrajurídica, nos la proporciona la realidad, y sobre ella, sin posibilidad de eludirla, habrá de operar el Derecho para resolver los problemas que su existencia plantea.

Por residir en el condominio la peculiaridad en el sujeto, vemos que el derecho actúa fundamentalmente sobre las voluntades de las personas que lo constituyen hasta conseguir la voluntad unificada que ha de funcionar como única en la relación; mientras que en los supuestos de concurrencia de aprovechamientos el derecho ha de operar sobre el objeto—despreocupándose en el desarrollo normal de la relación de los sujetos—para determinar, concretar y limitar el aprovechamiento que ha de considerarse objeto único de la relación. Simple consecuencia de esto es que la cohesión subjetiva en el condominio es más enérgica que en la llamada comunidad especial, pues en aquél, conseguida la unificación, indispensable para su vida normal la relación jurídica entra en el cauce normal de las relaciones dominicales. En los supuestos de concurrencia de aprovechamientos la interdependencia de los sujetos, de existir, es mero accidente, y, como se ha dicho, la actuación jurídica vigorosa ha de producirse cuando las diversas voluntades ni unificadas ni unificables, se proyectan sobre la cosa para hacer compatibles los derechos que en aquella unidad física concurren.

El resultado que necesariamente ha de obtenerse de la precedente comparación es que la pretendida similitud entre el condominio y los supuestos de concurrencia no trasciende como decíamos, de su aspecto exterior. No puede negarse que siendo ambas situaciones formas anormales de manifestarse la relación entre sujeto y cosa sea económicamente conveniente aplicarles cierto remedio—el retracto, de que después nos ocuparemos—que ponga fin a la anomalía. Pero es desproporcionada consecuencia deducir sólo de esto la analogía; máxime si se tiene en cuenta que ni el remedio afecta a la verdadera esencia de la institución, para la que el Derecho positivo la prevee y regula, ni es de su exclusivo uso puesto que también se aplica a otras situaciones—colindancia, enfiteusis, arrendamiento—que nadie pretende asimilar al condominio y que sólo tienen de común con él, y con los supuestos de concurrencia aquella anormali-

dad a que aludimos y ser situaciones que encierran cierto peligro, que alguna vez se evita mediante la aplicación de dicha medicina.

Veamos ahora qué posibilidades existen de aplicar a las situaciones especiales estudiadas los artículos que el C. c. dedica a regular la comunidad de bienes, ocupándonos, en primer término, de los preceptos contenidos en el título tercero del libro primero y dejando para más adelante el estudio de los artículos 1.522 y concordantes, que se ocupan del derecho de retracto.

El primero de los quince artículos que dicho título comprende está destinado a dar una idea o concepto de la comunidad de bienes; los artículos 393 al 395 y 397 al 399, establecen reglas cuya finalidad es: ordenar la distribución de beneficios y cargas entre los partícipes en proporción a sus respectivas cuotas; crear la voluntad rectora de la comunidad mediante la unificación de las voluntades de los partícipes, para cuyo fin sirve de base la cuota de cada uno, y reconocer un derecho exclusivo sobre la cuota. Los artículos 400 al 406 se preocupan de dar normas para la extinción de la comunidad mediante la transformación de la cuota en objeto independiente sobre el que habrá de recaer el derecho del que fué comunero: el artículo 396 regula una situación especialísima, cuyo estudio comparativo con los supuestos de concurrencia lo haremos más adelante.

Poca importancia tiene al fin que pretendemos el artículo 392: como toda definición en la Ley es de escasa trascendencia, y su aplicabilidad a los supuestos objeto de nuestro estudio, dependerá del alcance que se dé al concepto básico de pro indivisión; pero, como ya adelantábamos, la doctrina entiende que tal concepto supone unidad e indivisión material del objeto, cualidades que no se producen en los supuestos de concurrencia de aprovechamientos.

Los artículos que el C. c. dedica a regular la administración disfrute y conservación de la cosa común—normas de vida de la comunidad—son, desde luego, inaplicables a los supuestos especiales estudiados (21), porque todos ellos—398, 393 y 395—girán alrededor de concepto de cuota, implícita o explícitamente, y como en dichos supuestos la cuota no existe, falta el punto de referencia indispensable para la utilización de tales preceptos.

Evidente resulta también la inaplicabilidad del 397, que prohíbe a los condueños alterar la cosa común sin el consentimiento de los demás pues en él, como en el 394, es fundamental el concepto de unidad e indivisión del objeto de la relación.

La redacción del primer párrafo del artículo 399 podría hacernos pensar en su posible utilización para los supuestos estudiados interpretando *parte* como aprovechamiento, pero el complemento funcional de dicho párrafo, que establece la plenitud e independencia del derecho del comunero en su parte—plena propiedad de su parte, dice el C. c.—, se encuentran en las últimas palabras del precepto, que limitan el alcance de los actos dispositivos a “la porción que se adjudique en la división al cesar la comunidad”: de ahí su inutilidad para los supuestos de concurrencia de aprovechamientos, pues en éstos el titular goza de facultades plenas, desde luego y sin tener que esperar a que se concrete el objeto de su derecho, que de antemano se halla determinado.

(21) Véase en este sentido, OSSORIO: Ob. cit., pág. 125.

Vemos, pues, que, por unas u otras razones, ninguno de los preceptos que el C. c. dedica a regular la vida de la comunidad son aplicables a los supuestos especiales estudiados.

Mayores dificultades ofrece el problema de si la "actio communi dividundo" puede aplicarse a tales supuestos (22); la acción de división (art. 409, siguientes y concordantes del C. c.) tiene claros fundamentos: las dificultades permanentes para la administración de la cosa, consecuencia siempre de la necesidad de unificar voluntades; el mas limitado interés de cada uno de los partícipes, que atenúa el propósito de mejoramiento y a toda costa, procura evitar riesgos, aunque se aminoren las posibilidades de lucro; los frecuentes choques de intereses con su desembocadura en litigios; y, en fin, como con su tono paternal sintetiza el maestro CLEMENTE DE DIEGO: porque mejor se gobiernan las cosas siendo de uno solo que de varios. Con todas estas dificultades acaba la acción de división. Y como en el fondo de toda comunidad late siempre la idea de provisionalidad (23), bien puede decirse que el derecho no impone al copartícipe la voluntad de dividir, sino que, partiendo del supuesto de que tal voluntad existe, anticipa su ejecución al momento en que cualquiera de los demás cotitulares lo solicita. Y tal ejecución, que transforma la cuota indivisa en porción cierta de la cosa, o en su valor, encuentra predeterminado con exactitud un dato valioso: el importe de la participación en relación con el valor de la cosa común que de un modo extraordinario facilita la consecución del fin pretendido.

Por todas estas razones la solución es perfectamente lógica: la Ley ante una situación económica y jurídicamente peligrosa, que por carecer de fin permanente ha de transformarse en otra equivalente, pero de distinta naturaleza, admite su existencia y la regula como tributo al respeto que las voluntades individuales concordes le merecen; pero rota la unanimidad impone su solución que convierte la situación provisional en otra definitiva equivalente.

Ahora bien, en los supuestos de concurrencia de derechos, ¿se repiten aquellas notas de peligro y provisionalidad con energía suficiente para hacer aconsejable igual tratamiento? Supuesta la contestación afirmativa, ¿existiran semejantes facilidades para llegar a aquella solución?

Necesario será reconocer en primer lugar, que la permanente dificultad en la administración de la cosa común—consecuencia de la precisa y no siempre obtenida dificultad de voluntades—no se produce en los casos de concurrencia observados; en estos el titular de cada aprovechamiento actúa con independencia de los demás en su administración y disfrute, y nadie limita su interés puesto que él solo percibe los beneficios y sufre los riesgos. ¿Que en estas situaciones existe también probabilidad de colisiones? Ciertamente; pero de muy diferente índole y menor frecuencia que en la comunidad: el peligro de choque es aquí consecuencia de que el objeto del derecho—aprovechamiento—no se halla en el mundo exterior aislado de otros objetos de derechos con titulares distin-

(22) OSSORO MORALES, en el trabajo tantas veces citado, dice que la ampliación analógica que de la copropiedad hace el Tribunal Supremo no puede ampliarse a la facultad de pedir la división, pág. 125.

(23) Las Res. de la Dirección General de los Registros de 24 y 27 de diciembre de 1924 resaltan el carácter provisional que siempre tiene la comunidad.

tos; se producirán en consecuencia, colisiones originadas por la vecindad, más intensas, desde luego, pero de la misma naturaleza que las resultantes de la colindancia, por ejemplo. Y para evitar los choques y solucionar las cuestiones que se produzcan bastará con la precisa determinación del objeto sobre el que recae el derecho, ni más ni menos que como se evitan o resuelven los problemas normales de vecindad.

Paralela a la disparidad de situaciones a que terminamos de hacer referencia ha de observarse la mayor dificultad que la acción de división ofrece al ser aplicada a los supuestos de concurrencia: En la comunidad, para transformar la cuota indivisa en porción determinada, se parte del dato exacto a que antes aludíamos: la proporcionalidad entre parte y todo es conocida, y si la división se consuma adjudicando a cada comunero en pago de su cuota una porción concreta de la cosa común, no puede pensarse en más peligro que el resultante de una inadecuada valoración de las porciones divididas (24). Por el contrario, en las llamadas comunidades especiales la proporcionalidad entre el valor del aprovechamiento y el de la finca es desconocida; y aunque el despejar esta incógnita sería una de tantas cuestiones de hecho de las que la Ley se desentendería, habrá de reconocerse como un inconveniente más, muy digno de ser tenido en cuenta.

Respecto a la nota de provisionalidad que observamos en la comunidad, sería pueril querer negarla de modo absoluto en los supuestos estudiados: pero volvamos la vista a la aleccionadora realidad; ella nos mostrará supuestos de concurrencia de aprovechamientos que en tal régimen llevan una existencia secular, simple consecuencia de la estabilidad del fin económico que les dió vida; difícil nos será, por el contrario, encontrar, ni concebir racionalmente, un condominio que no tenga una existencia breve: la estrictamente indispensable para que sus titulares puedan salir de la incómoda posición que la realidad, las más veces, o la voluntad las menos, creó para los comuneros.

No produciéndose, según queda indicado, en los supuestos de concurrencia el ambiente que hace aconsejable la acción de división en la comunidad, y debiendo considerarse excepcional este remedio jurídico, lógico es no estimarlo aplicable a aquellas situaciones (25).

Resultando, pues, que los preceptos dedicados por el C. c. a la comunidad no son susceptibles de aplicación a estas especiales relaciones jurídicas, ¿qué nos queda de la pretendida similitud y qué ventajas obtendremos con marejar el instrumento de la analogía? Si ninguna utilidad hemos de obtener de tal asimilación, lo mejor será desecharla radicalmente; pero no se puede olvidar que algún motivo ha decidido a nuestro T. S. y con él a parte de la doctrina a idear aquella semejanza; este motivo ha sido, sin duda alguna, la conveniencia de aplicar a las situaciones estudiadas el derecho de retracto y en este hecho habremos de fijar nuestra atención y deducir las oportunas consecuencias.

Nuestro T. S. ha mantenido con insistencia la asimilación tan repetida al resolver supuestos en los que el titular de un aprovechamiento ejercitaba la ac-

(24) Si se da el supuesto que regula el artículo 404, ni este peligro existe.

(25) Hoy podría vigorizarse esta posición tomando como apoyo la nueva redacción del artículo 396, cuyo párrafo segundo establece la inaplicabilidad de la acción de división a los elementos comunes del edificio cuyos pisos corresponden a diversos propietarios.

ción de retracto, establecida para los comuneros en el art. 1522 del C. c. La posición es, en cierto modo, lógica; el derecho de retracto es de carácter excepcional, y faltos de regulación los supuestos de hechos que estudiamos, los tribunales se hallan, al resolver, ante el siguiente dilema: o el supuesto de hecho se asimila a una relación jurídica a la que el retracto es aplicable o es indispensable declarar improcedente su aplicación; y como la realidad se impone con energía de verdad, y en los supuestos especiales se dan notas similares a las que hacen aconsejable el retracto en otros casos, los tribunales aunque violenten la técnica, pero de cara a la vida a cuyo servicio hay que poner aquélla, amplían analógicamente el concepto de comunidad—medio—para declarar procedente—fin—de retracto. Hasta este punto, y sólo en consideración al fin perseguido podrá admitirse la asimilación (26), pero en modo alguno deberá dársele superior alcance, que, como ya hemos visto, sería inútil y supondría, por otra parte, olvidar que el derecho de retracto legal no es de aplicación exclusiva a la comunidad, sino instrumento de que el derecho se sirve para acabar, en momento propicio, con situaciones antieconómicas e irregulares, por cualquier causa (27).

Circumscriba la asimilación a los límites y con la finalidad indicada subsiste el problema de cuál sea la naturaleza jurídica de los supuestos de concurrencia estudiados, que no serán, por lo dicho, comunidades especiales, ni relaciones jurídicas análogas a la comunidad de bienes, salvo esto último cuando la asimilación no tenga otro fin que el de aplicar el retracto de comuneros.

#### V.—*Modalidad dominical.*

A primera vista y tomando por base una idea del dominio no depurada, que, desde luego, puede encontrar apoyo en nuestro C. c. el derecho de los titulares de aprovechamientos distintos en un inmueble, podría considerarse como dominio, dado el carácter absoluto de tal derecho en relación con el aprovechamiento concreto que le sirve de objeto. Pero esta solución parece ofrecer dificultades técnicas de monta, pues la doctrina estima que el dominio sólo puede recaer sobre cosas corporales, íntegras e individualizadas; y la nota de integridad no puede concebirse en los derechos que estudiamos más que con relación a los aprovechamientos, pero no en consideración a la cosa corporal—finca—sobre la que en definitiva habrá de ejercitarse el derecho. Reconocemos los graves inconvenientes que tendría el no estimar la nota de integridad, con relación precisamente al objeto corporal, esencial al concepto de dominio, pues por tal camino—como piensa WOLF, al criticar la opinión contraria de GIERKE—se volatiliza el concepto de propiedad por su excesiva generalización (28). Pero junto

(26) Véase en este sentido OSSORIO: Ob. cit., pág. 125.

(27) El reconocimiento que ahora hacemos del carácter irregular de los supuestos de concurrencia no contradice las razones en apoyo de la inaplicabilidad de la acción de división, pues en el retracto se aprovecha la coyuntura más a propósito para acabar con la situación anormal, sin que se imponga al cotitular una voluntad determinada ni se anticipe, supuesta la existencia de tal voluntad, su ejecución, como ocurre en la división, sino que existente y actual la voluntad de vender—y teniendo en cuenta que al vendedor sólo puede interesar el equivalente en numerario—se establece un derecho preferente a comprar.

(28) *Tratado de Derecho civil. Traducción española*, III, t. I, pág. 301.

a esta idea, de gran transcendencia jurídica ciertamente podemos colocar esta otra, también fundamental: frente al derecho de dominio sólo pueden concurrirse como derechos reales propiamente tales, los derechos limitativos—gravámenes—que por naturaleza precisan la existencia de un dominio al que limitan o gravan. Y a tenor de estas ideas habrá necesidad de reconocer que si las relaciones estudiadas no son tipificables como dominicales porque su objeto no es una cosa íntegra, tampoco podrá dárseles la consideración de derechos limitativos porque no existe un dominio al que gravar (29).

Ante esta situación racionalmente insostenible, y supuesta la exhaustividad de aquellos conceptos, se hace indispensable decidirse por asimilar, con todas las reservas y reconociendo de antemano la *especialidad*, las relaciones estudiadas a uno de aquellos grupos... Con este fin pensamos, sin pretensiones dogmáticas, que nuestro C. c., más cercano a la vida que a los conceptos técnicos depurados (30) puede aproximarnos a una solución; máxime si se tiene en cuenta que aquellas notas que la técnica había considerado esenciales al dominio, encajan con dificultad otras relaciones ávidas, también, de tipificación v. g.: las que tienen por objeto la electricidad, el calor, la luz y en general las energías naturales susceptibles de utilización económica. Esta solución habría de ser considerar a las relaciones estudiadas con modalidades dominicales, o si se quiere para seguir la terminología consagrada por el C. c., como propiedades especiales, hallándose la razón de la especialidad, precisamente, en que el objeto de esta propiedad en lugar de ser, como en los supuestos normales, una cosa íntegra e independiente, es sólo un determinado aprovechamiento de la misma, al que nunca podrá faltar la idea de parcialidad en relación a la cosa física sobre que mediatamente recae el derecho, ni la de dependencia recíproca con relación a los restantes aprovechamientos; y siendo consecuencias jurídicas de dicha especialidad todas las que racionalmente se derivan de la anormal situación del objeto de estos derechos.

La idea de que los supuestos estudiados puedan considerarse como modalidades dominicales no es del todo desconocida por la doctrina; así, por ejemplo, COLIN Y CAPITANT (31) al pensar que en dichos casos se produce un concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa admiten tal posibilidad; BENITO GUTIÉRREZ al estudiar el derecho de superficie, dice que éste "puede haberse transmitido por donación, compra o legado sin imponer la menor pensión ni exigir reconocimiento para el tiempo futuro y en este caso el superficiario se ha hecho *dueño* y puede disponer libremente de ella", con lo cual reconoce, aunque equivocadamente califique de superficie una relación jurídica a la que no es posible darle esta consideración, la cualidad de dueño de titular del suelo. También de algún pasaje del maestro DE DIEGO puede inferirse que admite esta posibilidad (32). Pero además hoy podemos bus-

(29) La posición mantenida por la Sentencia de 21 de noviembre de 1929, que considera la concurrencia de aprovechamientos como comunidad de derecho real innominada, carece en absoluto de utilidad.

(30) Véase en prueba el artículo 392, que habla de propiedad de derechos.

(31) Citados por CASTÁN: Ob. cit., t. I, pág. 452.

(32) La propiedad menos plena—dice—"es aquella en que esas facultades y aprovechamientos están repartidos entre varios, bien porque toda la cosa pertenezca íntegra-



car un apoyo muy valioso desde el punto de vista positivo: nos referimos a la nueva redacción dada al art. 396 del C. c. por la Ley de 26 de octubre de 1930, al regular la llamada propiedad horizontal, que observaremos muy someramente y sólo con el fin de poner de relieve la similitud entre las situaciones de hecho que tal artículo regula y las que son objeto de nuestro estudio.

La primera idea que llama nuestra atención en dicho precepto es el reconocimiento que en él se hace, recogiendo una opinión doctrinal muy extendida antes de la reforma, del derecho singular y exclusivo de propiedad que sobre cada piso corresponde a su titular, con lo cual se pasa por alto aquella dificultad técnica de que hablamos antes, pues el piso no puede considerarse cosa corporal íntegra e independiente, sino que siempre habrá de ser observado en relación, al menos con los llamados elementos comunes sobre los que el precepto aludido reconoce la existencia de un derecho conjunto de propiedad.

Desaparecido desde el punto de vista del derecho positivo aquel inconveniente para el supuesto que la Ley regula podrían aplicarse tales ideas a los casos de concurrencia de derechos, y estimar que sus titulares tienen también un derecho singular y exclusivo de propiedad sobre los aprovechamientos; y si se quiere conseguir una más completa semejanza podrá considerarse elemento común, indivisible e inalineable con independencia del aprovechamiento, el suelo de la finca concebido como algo independiente de la producción o utilización de que sea susceptible. Y esta situación engendraría menos dificultades que la propiedad horizontal, porque sólo excepcionalmente podrán producirse gastos de reparación y conservación del elemento común que hayan de prorratearse entre los titulares del aprovechamiento, ya que en la generalidad de los casos los gastos se dirigirán al cultivo, disfrute, mejoramiento o defensa de uno de los aprovechamientos y habrán de correr a cargo de su titular. Ni siquiera habrán de preocuparse de satisfacer en común, los titulares de aprovechamientos, sus obligaciones tributarias, pues catastrados, como lo están casi siempre, con independencia su derechos, las contribuciones e impuestos aparecen absolutamente desligados.

En fin, que observadas una a una las nuevas disposiciones que regulan la propiedad horizontal no encontramos idea ni solución cuya aplicabilidad repugne a la contextura y fin de las relaciones atípicas estudiadas. Sólo podría ser conveniente para nuestros supuestos una mayor concreción, en la prohibición que establece el § 7.º del art. 396 de variar esencialmente el destino de un piso por su titular, sin previo acuerdo mayoritario de los restantes interesados; y esta conveniencia nace de que en los casos de concurrencia de aprovechamientos el destino de la finca de cada titular es precisamente lo que concreta y determina su derecho, por cuya razón, difícilmente se concibe una variación en dicho destino que no hiera el derecho del titular del derecho correlativo. Claro que en definitiva lo que ocurriría es que toda variación de destino habría de considerarse esencial, salvo cuando resultase que como consecuencia de ella, ni se ex-

---

mente a varios dueños, aunque para fines y provechos distintos..." Y continúa: "En la propiedad dividida hay varios dueños que ejercen su derecho sobre toda la cosa para fines distintos; por ejemplo, el monte que pertenece a A, para caza; a B, para leña, y a C, para pastos. (*Instituciones*, t. I, pág. 1929.)

tralimitaban las originarias facultades del sujeto que realizaba la modificación, ni se mermaba, en modo alguno, el derecho correlativo del otro titular. De todos modos reconocemos que en esta cuestión, de la posibilidad de modificar los aprovechamientos, se halla el punto neurálgico del problema, si bien es verdad que en la práctica todas estas cuestiones las viene resolviendo la costumbre sin grandes dificultades.

Otro problema de gran interés sería el determinar a cuál de los titulares habría de corresponder un aprovechamiento nuevo de que la finca fuere susceptible y no tuviere relación suficientemente íntima con los aprovechamientos antiguos, para estimarlo prolongación de los mismos, ni tampoco los entorpeciese. Esta situación, a la que difícilmente se podría encontrar hoy solución adecuada, quedaría resuelta si se aplicasen las normas de la propiedad horizontal del modo dicho, pues limitado el derecho singular exclusivo de propiedad a los aprovechamientos preexistentes, todo lo demás, que no sea accesorio de estos, habrá de considerarse común.

#### VI.—*Cuestiones registrales.*

No queremos poner punto final a estas consideraciones sin traer a colación el hecho que nos llevó a fijarnos en los problemas que la concurrencia de aprovechamiento plantea: la situación registral de estos derechos.

La falta de orientación civil ha producido la natural repercusión en los libros hipotecarios, en los que sería inútil pretender buscar uniformidad cuando se trata de asientos relativos a derechos de esta especie, y, lo que es aún grave para la institución registral, encontrar siempre claridad y precisión. La causa de la falta de uniformidad es perfectamente explicable: sin una norma positiva, clara y terminante en la que encajar estas situaciones y sin el consuelo siquiera de una corriente doctrinal uniforme a la que acogerse, en cada caso concreto, los Notarios, al redactar los documentos, y los Registradores, al tomar razón, hubieron de resolver el problema del modo que consideraron más acertado. Y si la doctrina no estaba ni está de acuerdo en cuál sea la naturaleza de estos derechos mal podía conseguirse esa coincidencia en la práctica.

Pero no sólo es este el inconveniente, sino que la especial contextura de estos derechos crean para el Registro dificultades peculiares que pueden ocasionar imprecisiones dañosas: porque acontece que no siempre el aprovechamiento que corresponde a un sujeto, o a una comunidad, y se refiere a la totalidad de una finca, encuentra frente a sí el otro o los otros aprovechamientos que se refieren también a la totalidad del inmueble sino que para éste—que llamaremos segundo aprovechamiento—suele dividirse el inmueble y corresponder dicho aprovechamiento a diversas personas con referencia cada una, o cada grupo, a parcela determinada de la finca. De este modo encontramos frecuentemente dehesas cuyo suelo corresponden a una persona, mientras el suelo se ha dividido en parcelas—hazas de monte—y pertenecen cada una a un sujeto; u otros en que frente al derecho de pastos con sujeto único hallamos hazas de labor con sendos titulares.

Estas situaciones de hecho dan lugar a los problemas registrales que exponemos a continuación a través de diferentes supuestos que pueden producirse:

1.º *A* es titular del derecho del suelo de la dehesa *X* que tiene una extensión de 600 hectáreas y cuyo vuelo corresponde a *B*.

2.º *A* es, como en el caso anterior, titular del suelo de la misma dehesa cuyo vuelo dividido en 200 hazas de monte, de tres hectáreas cada una, corresponde a otros tantos titulares.

3.º El suelo de la dehesa *X* se ha dividido en hazas de labor de seis hectáreas cada una, correspondiente a sendos titulares que tienen derecho a sembrarlas cada cuatro años. Los pastos de invierno de la totalidad del inmueble corresponden a *B* y para aprovechar los de verano se divide la finca en dos porciones iguales para *C* y para *D*.

El primero de los supuestos es el que menos dificultades presenta desde el punto de vista registral. Si el inmueble no aparece inscrito en el Registro y *A* o *B* solicitan la inscripción de su respectivo derecho se plantea el problema básico de decidir si tal derecho es una modalidad dominical, una relación jurídica análoga a la comunidad o un gravamen de cualquier naturaleza. Si se estima que es esto último, no podrá inscribirse tal derecho mientras no haya sido inscrito el dominio, lo que equivale a negar definitivamente la entrada en el Registro a dicho derecho, pues si el titular del correlativo se aviene a inscribir la dificultad no quedará allanada ya que este tampoco resultará dueño de la finca, salvo en aquellos supuestos que considerábamos excepcionales en los apartados II y III de este estudio. Cuando, por el contrario, se opte por alguna de las dos primeras soluciones procederá inmatricular la finca, pero haciendo constar que sólo se inscribe el derecho de suelo o el de vuelo (33). En este caso la inscripción será similar a la que se practica cuando se inmatricula una participación indivisa de un inmueble. Si posteriormente se pretende inscribir el derecho correlativo habrá de llevarse al mismo folio registral, con citación, en su caso y momento, del titular del primer aprovechamiento que ya ingresó en el Registro (regla 3.ª del art. 201 y 4.ª del art. 203 de la Ley Hipotecaria). En estas inscripciones, por el carácter atípico de los derechos, y su variedad, habrá de prestarse gran atención a la extensión del derecho que se inscribe y consignarla con el mayor detalle posible incluso transcribiendo los particulares del título.

En los supuestos 2.º y 3.º han de añadirse a las anteriores cuestiones problemas registrales peculiares que vamos a ver:

a) Inscrito el derecho de *A*, al suelo de una finca, *b* titular de una haza de monte solicita la inscripción de su derecho. Lógico es pensar que este ha de inscribirse en el mismo folio registral abierto al derecho *A*, puesto que se refiere a la misma finca, lo cual dará lugar a una situación anómala ya que en un mismo folio registral aparecerán inscritos derechos que se refieren a porciones de terreno de diferentes extensiones y linderos. Si posteriormente los titulares de la restantes hazas de monte—200 en total—solicitan también la inscripción de sus respectivos derechos todos habrán de ir—sin que pueda considerarse prudente practicar segregaciones—al folio que se abrió al inscribir *A*. Y entonces resultarán inscritos en el mismo folio registral derechos que se re-

(33) Y con citación, en su caso, del titular del derecho, correlativo por analogía a lo que ordena el artículo 278 del Reglamento Hipotecario.

fienca como decíamos, a porciones diferentes de terreno, sin más relación entre sí que el derecho de *A* que a todas se extiende. Y surgirá una situación de orden práctico tan laboriosa como expuesta a errores: una finca en la que por lo menos existirían 201 inscripciones vigentes. Si después se constituirían las oportunas servidumbres de paso para el servicio de las hazas de monte y se producían las naturales transmisiones con las constituciones de usufructos, tan corrientes en las sucesiones *mortis causa*, indivisiones y transmisiones de las participaciones indivisas, la finca, en el Registro, sería un laberinto, en el que sin un ingenioso sistema de señales sería difícil acertar.

b) En el tercero de los casos supongamos que el primer derecho que se pretende inscribir es un haza de labor de seis hectáreas que corresponde a *a*. En el título sólo se describe la parcela de terreno de la dehesa *X* a la que el derecho se refiere, y se consigue la inscripción por cualquiera de los medios que la Ley proporciona. Posteriormente *b*, titular de un haza distinta, busca el amparo de nuestro sistema hipotecario; el derecho de *b* no deberá inscribirse en el folio que se abrió al de *a* porque se refiere a porción distinta de terreno, sin que sea suficiente, a tales efectos, que ambas porciones correspondan a la dehesa *X* que no está inscrita; en consecuencia, se abre nuevo folio para el derecho de *b*. Después de inscribirse estas y otras hazas de labor—habiendo abierto, de acuerdo con lo dicho, para cada una un folio—*C*, titular de los pastos de verano sobre una mitad determinada de la finca—dos *hojas*, de las cuatro en que se divide para labores—solicita la inscripción de su derecho; a éste habrá de abrirse un nuevo folio, pues aunque se trate de la misma finca en la que *a*, *b*, *c*, etc., tienen el derecho de labor que ya se inscribió, no existe norma que imponga la necesidad de agrupar en un solo asiento los derechos de estos titulares de labores, ni es posible que la misma exista pues puede ocurrir que *f* y *h*, también titulares de hazas de labor, no hayan inscrito su derecho. Reconocemos que esto supone una anomalía que va contra principios fundamentales de nuestro sistema, pero solución legal no existe; o se inscribe este derecho en folio nuevo no relacionado, ni relacionable legalmente, con los demás derechos ya inscritos sobre la misma finca—pero con referencia a parcelas que no coinciden ni en extensión ni en linderos con la que se intenta inscribir—o no se admite la inscripción, sin que se nos alcance qué causa sustantiva habría de aducirse como fundamento de la calificación desfavorable. En fin, que cualquiera de las soluciones a que se llegue será, por lo menos, extralegal. Y suponiendo que al derecho de *E* se le abre nuevo folio, y que también en folio separado inscribe *D* su derecho de pastos de verano sobre las dos *hojas* restantes de la finca, el problema se repite cuando *B*, titular de los pastos de invierno de la totalidad de la dehesa *X*, solicita la inscripción de su derecho. Porque entonces ocurrirá que, a pesar de existir múltiples inscripciones en el Registro, relativas a derechos sobre la dehesa *X*, no hay ningún asiento que se refiera a la totalidad del inmueble. Y volvemos al mismo dilema: mal si se abre nuevo folio y mal también si deja de inscribirse este derecho.

De la exposición anterior, cuyos ejemplos han sido tomados en lo sustancial, de realidades vivas, creemos se puede deducir hasta qué punto precisan los derechos de que nos ocupamos, un poco de atención, que no debe quedar sólo en resolver problemas sustantivos, sino atender también a la situación registral

para lograr la precisión y claridad debida. Y así como en el aspecto sustantivo encontrábamos interesantes semejanzas entre estas situaciones y la que genera la propiedad horizontal, desde el punto de vista registral consideramos aprovechables para los supuestos de concurrencia las soluciones dadas para aquélla.

En efecto, *parece* que en lo sucesivo la llamada propiedad horizontal podrá adoptar dos formas de vida registral: 1.ª, la común de folio único en la cual bajo el mismo número aparecerá inscrito el edificio total y los diferentes pisos susceptibles de aprovechamiento independiente, y 2.ª, la forma especial, de folio múltiple, en la que habrá de practicarse una inscripción principal del edificio en su conjunto y después, bajo distintos números inscripciones independientes de los diferentes pisos y parte de piso susceptibles de dominio separado (34). Con ambas formas, adoptadas para los supuestos de concurrencia de aprovechamientos, creemos que quedarían resueltos la mayor parte de sus problemas. La primera sería la más apropiada para aquellos supuestos en que cada aprovechamiento corresponde a un solo titular o a varios proindiviso. La forma que hemos llamado de folio múltiple produciría la claridad y precisión deseadas en todos los demás supuestos: la inscripción principal se referiría a la totalidad del inmueble y en este folio podrían consar, sin necesidad de ser trasladados a otro nuevo, los aprovechamientos que se refieren a la totalidad del inmueble. Todos los demás que afectasen a partes limitadas del mismo deberían pasar a folio distinto con las oportunas referencias tanto en la inscripción principal, como en las especiales.

Bien vendría, en fin, esta solución u otra mejor pensada que diese soluciones para el futuro y tratase de encauzar lo pasado; de no conseguirse el remedio habremos de seguir viendo a aquellos derechos en constante confusión y peligro, y bajo amenazas de litigios en los que muy pobre papel habrían de representar los asientos registrales más precisados de ayuda que en condiciones de prestarla.

---

(34) Decimos que *parece* que sólo podían adaptarse dichas dos formas de vida registral, porque el artículo 8.º de la Ley no autoriza ninguna otra. Sin embargo, el apartado e) del artículo 218 del Reglamento Hipotecario reconoce la posibilidad de que los pisos de una casa están inscritos separadamente y no lo esté el edificio en su conjunto. Esta hipótesis—que un comentarista tan autorizado como DE LA RICA piensa que quizá sea anómala (*Comentarios al nuevo Reglamento Hipotecario*, 1.ª parte, pág. 214)—creemos que sólo debe referirse a asientos anteriores a la vigencia de la nueva Ley, pues los posteriores habrán de adaptarse necesariamente a lo que establece el apartado tercero del artículo 8.º, que no autoriza la inscripción de los pisos como fincas independientes más que relacionados aquéllos con la inscripción principal del edificio.