

II. DICTAMENES

Dictamen sobre servidumbre personal de pastos

JOSE LUIS DE LOS MOZOS

D I C T A M E N

Por el señor Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de P. de H. se somete a la consideración y dictamen de Letrado que suscribe la consulta que más adelante se indicará y con fundamento en los siguientes

A N T E C E D E N T E S

I. Con fecha 20 de mayo de 1958, se solicitó por don A. G. P. y otros vecinos de L. M., de la Junta Provincial de Fomento Pecuario de V., se declarara la agrupación de determinados terrenos sitos en término municipal de P. de H., a los efectos de su exclusión del régimen administrativo normal de pastos y sometiéndose para ello a los requisitos exigidos por los artículos 40 y 42 del Reglamento de 8 de enero de 1954. Pasada la petición a informe de la Hermandad Sindical de Labradores y Ganaderos de P. de H., se opuso por entender que los solicitantes no representaban el 85 por 100 de la extensión de los terrenos, ni el polígono ofrecía forma regular que permitiera fácilmente su delimitación, como exigen los preceptos citados; y, asimismo, por no radicar los interesados en el término de que se trata, ni tener inscritas cartillas ganaderas y, *además, porque tradicionalmente se ha venido admitiendo que ese derecho pertenece al Ayuntamiento de P.* No obstante este informe, la Junta Provincial de Fomento Pecuario de V. acordó en 15 de enero de 1959 excluir del régimen comunal de pastos a determinadas fincas, conforme a la solicitud de los peticionarios, vecinos de L. M., una vez agrupadas y sitas en el término municipal de P. de H., resultando perjuicio para los intereses de los ganaderos de esta localidad, que veían con ello reducidos sus pastos.

II. En vista de la situación indicada los ganaderos de P. de H. interpusieron recurso de alzada ante la Dirección General de Ganadería, desestimándose la reclamación en 11 de febrero de 1960. Nuevamente, por los mismos ganaderos se recurrió en alzada ante el Ministerio de Agricultura en 18 de marzo del mismo año, y transcurridos que fueron tres meses sin que hubiera habido resolución, se interpuso recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Supremo, no obstante en fecha posterior a la interposición de este recurso, es decir, en 21 de abril de 1961, se dictó por el Ministerio de Agricultura resolución confirmatoria de la causada por la Dirección General de Ganadería, por lo que

quedaba en pie la resolución de la Junta Provincial. El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 22 de septiembre de 1962, desestimó igualmente el recurso.

Los fundamentos de esta sentencia se refieren a la competencia de la Junta Provincial de Fomento Pecuario para acordar la exclusión de la masa comunal de pastos de las fincas propiedad de los vecinos de L. M. en término municipal de P. de H., conforme al artículo 41 del Reglamento de 8 de enero de 1954, y a considerar que, conforme al expediente, se cumplen los requisitos prevenidos de representar los solicitantes a más del 85 por 100 de la propiedad de los terrenos cuya agrupación solicitan para beneficiarse de la exclusión, y, asimismo, a ser colindantes los predios (*Considerando segundo*).

Por otra parte, se desestiman los argumentos de los recurrentes, entendiéndose que el hecho de que no sean ganaderos los que han solicitado la exclusión, en P. de H., no quita para que puedan beneficiarse de tal derecho, pues lo contrario sería interpretar erróneamente el contenido del artículo 38 del Reglamento citado, cuando los únicos requisitos que se establecen son los establecidos en los artículos 39 y 40 del mismo (1) (*Considerandos tercero y cuarto*.) Y asimismo, que no cabe entender como perjuicio de los interesados al ver disminuir el lote de fincas afecto al aprovechamiento comunal de pastos, ya que al ser el régimen de pastos, excepcional, por cuanto supone una limitación de la propiedad al objeto de favorecer el interés general, "la ley lo que hace es devolver a la propiedad las facultades que en el orden sistemático de las normas, primitivamente le había quitado" (*Considerandos tercero y quinto*). Y por último, rechaza también la oposición hecha por los recurrentes a la segregación de la citada parcela, ya que los peticionarios, vecinos de L. M., no son titulares del derecho de aprovechamiento de los pastos, por las razones que se contienen en el *Considerando sexto*, ya que:

"procediendo contemplar esta cuestión a través del estado de hecho que presenta el dominio que los solicitantes proclaman; y a este respecto, aun teniendo en cuenta tan sólo el expediente y resolución gubernativa del año 1857, que presentaron los opositores, de él resulta que desde aquel año los terrenos de P. de H. que forman el polígono cuya extensión de la comunidad de pastos fué concedida, de un confuso dominio concejil ha pasado a ser de propiedad particular, así reconocida por la autoridad estatal en el expresado documento, sin otra limitación que la obligación de pagar un canon de cuatro reales por fanega al Ayuntamiento, gravamen que sea cualquiera la configuración jurídica de derecho privado que determine, no pasaría de constituir una carga obligacional del pleno dominio, pero no su anulación o inexistencia; y en cuanto al arbitrio de dos mil reales que según los recurrentes habrían de pagar al Ayuntamiento los ganaderos por el uso de los pastos de hierbas y rastrojeras de los

(1) ART. 38: "Los propietarios de fincas rústicas colindantes que, por su extensión y características, no reúnan por sí solas las condiciones necesarias para ser excluidas de las concentraciones parcelarias transitorias, a efectos de aprovechamientos de pastos y rastrojeras, podrán agruparlas con tal finalidad siempre que el coto o polígono resultante reúna las condiciones exigidas en los artículos 39 y 40 de este Reglamento, y la exclusión que se solicita para el aprovechamiento de las fincas agrupadas habrá de ser para los ganados que posean sus propietarios o con los que, a tal efecto, adquieran, debidamente inscritos en las cartillas ganaderas."

terrenos concedidos, es lo cierto que, aparte de no aparecer suficientemente probada la imposición y percepción de tal canon, su efectividad no tendría otro alcance que un arbitrio de naturaleza administrativa que en nada afectaría al derecho de propiedad de los titulares de los terrenos del término municipal, que no aparecen en modo alguno como sujetos obligados al pago de tal canon, sino que éste lo habría de satisfacer el gremio de ganaderos por el uso de los pastos en todos los terrenos, régimen de aprovechamiento cuyas perturbaciones en los términos municipales de explotación agrícola parcelada dieron origen a la promulgación de la Ley de 7 de octubre de 1938 y posteriormente del Reglamento de 8 de enero de 1954—cuya aplicación es la que invocan precisamente los solicitantes—, disposiciones ambas tendentes a establecer una ordenación que, respetando normas consuetudinarias basadas en características comarcales, coordinen los intereses agrícolas y ganaderos, atendiendo al mayor rendimiento de acuerdo con el interés general.”

III. A pesar de esta sentencia del Tribunal Supremo, cuyos términos generales le parecen a la Corporación municipal consultante perfectamente correctos, como no podía por menos, y asimismo, dentro de la esfera en que la decisión del más Alto Tribunal de la Nación se ha producido, parece, en cambio, a juicio de la misma, que existe una cuestión en éste asunto puramente civil, y sobre la que la sentencia no ha podido ni debido pronunciarse, como en algún inciso la misma reconoce al eludir la calificación, conforme al Derecho privado, del derecho mantenido sobre los predios ajenos en virtud del expediente gubernativo de 1857 (téngase en cuenta lo subrayado en el considerando transcrito) por el Ayuntamiento; aparte de que, lo que consta en el citado expediente y documentación complementaria por una insuficiencia de alegación y documentación no ha sido más que parcialmente valorado—en relación exclusivamente con su aspecto administrativo, por otra parte— por el Tribunal Supremo.

Efectivamente, según consta del expediente, para la enajenación de los antiguos terrenos concejiles, comprendidos en el polígono denominado “Páramo de Peñafior”, que se corresponden con la parcela segregada del régimen común de pastos, terminado en 7 de mayo de 1857 y aprobado por el Gobierno de la Provincia en 18 del mismo mes y año, y de las mismas escrituras de enajenación ulteriormente otorgadas e inscritas en el antiguo Oficio de Hipotecas de V.; nos encontramos con que, *ya de antiguo, se hallaba establecido por uso y costumbre inmemoriales el aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras de estos terrenos en beneficio de los ganaderos vecinos de Peñafior*, lo mismo que respecto de otros terrenos concejiles se establece otro tanto, pero con las particularidades respectivas que luego se dirán.

El expediente de referencia fué instado por los poseedores de los terrenos del citado páramo, al amparo de lo dispuesto en la Ley Desamortizadora de 1 de mayo de 1855, basándose en que venían poseyendo de padres a hijos desde tiempo inmemorial los mismos terrenos, sin más obligación que la de pagar un canon de cuatro reales por fanega y no dejarles improductivos, ya que en tal caso cualquier otro vecino, después que las tierras estuvieran abandonadas dos años, podía poseerlas en iguales condiciones satisfaciendo al Ayuntamiento el canon que hubiera quedado sin satisfacer. Percibiendo también el Municipio la cantidad de 2.000 reales del Gremio de Ganaderos de la localidad por el aprovechamiento

de los pastos, hierbas y rastrojeras de los citados terrenos. Insistiendo—según consta del expediente—que tales derechos eran reconocidos única y exclusivamente en beneficio de los vecinos de P. Como consecuencia del expediente, se autorizó al Ayuntamiento la enajenación de estos terrenos concejiles a sus poseedores, para que de este modo fueran verdaderos propietarios, pero con la subsistencia de las cargas existentes; es decir, *pago del canon de laboreo*, y además, no como entiende el Tribunal Supremo en la Sentencia de 22 de septiembre de 1962, respecto del arbitrio de 2.000 reales al año por el pastoreo de esos terrenos, lo que nada tiene que ver con los propietarios de los mismos, como dice el considerando transcrito, sino *aprovechamiento de los pastos, hierbas y rastrojeras en beneficio exclusivo de los ganaderos vecinos de P.* Así consta claramente de lo actuado en el expediente de referencia.

Por otra parte, en el inventario de los bienes municipales confeccionado en 1865 no aparecen, lógicamente, por haber sido enajenados con anterioridad los terrenos del denominado “Páramo de Peñafior”, pero es opinión común desde entonces hasta el presente, y en la actualidad, que los vecinos ganaderos disfrutaban y disfrutaban de los pastos, hierbas y rastrojeras del mencionado páramo, con exclusión de cualesquiera otros. Asimismo, en este inventario existe una nota en carpeta que remite al expediente de 1857, aludiendo al canon, que es lo que interesa al Ayuntamiento; pero ya sabemos que debajo de este canon se encuentra el aprovechamiento correspondiente a los vecinos ganaderos sobre los citados pastos. Igualmente el inventario nos indica el régimen de pastos de otros terrenos concejiles, interesándonos aquí únicamente los comunales; así, varios prados que se utilizan, total o estacionalmente, para pastos del común de vecinos, un monte cuyos pastos son anualmente subastados y un terreno labrantío.

Por último, las Ordenanzas municipales de P. de H., confeccionadas en 1875, para el aprovechamiento de los pastos en el término municipal, no establecen nada de particular respecto de las derrotas, ateniéndose a normas consuetudinarias y respetando lo anteriormente existente sobre el particular; únicamente señalan normas externas dirigidas a la utilización del aprovechamiento: así, por ejemplo, que éste no deberá comenzar hasta que hayan sido recogidos los frutos, etc. Posteriormente, al entrar en vigor la Ley de 1938 y Reglamentos de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 1954, la situación contemplada en relación con los terrenos que nos ocupan ha sido la misma que la que venía disfrutándose de tiempo inmemorial, por ello no ha sido preciso hacer ninguna adaptación al entrar a regir aquel ordenamiento; pero al promoverse el expediente de exclusión del régimen común de pastos de un polígono de terreno situado en el antiguo “Páramo de P.”, por sus actuales propietarios, no solamente se ha alterado este régimen, lo cual está de acuerdo con el artículo 38 del Reglamento citado, y con lo que tendrían que conformarse los vecinos de P., aunque se perjudicaran sus intereses como ganaderos, sino que se pierde el derecho a un aprovechamiento que les venía atribuido de tiempo inmemorial, en relación precisamente con los citados terrenos. Teniendo en cuenta que en P. de H., en proporción con el número de vecinos existente, un número muy elevado de familias se dedican exclusivamente a la ganadería, fenómeno poco frecuente en esta parte de Castilla la Vieja, y que tiene como explicación el extenso término municipal existente y lo adecuado de los pastos.

IV. No consta si los títulos de los adquirentes, conforme a la enajenación efectuada en 1857, entonces inscritos en el Oficio de Hipotecas, con expresión de las cargas indicadas, fueron transcritos a su creación al Registro de la Propiedad, o posteriormente, y si los sucesivos y ulteriores titulares han inscrito en él las sucesivas transmisiones por actos *inter vivos* o *mortis causa*, y asimismo, si los títulos vigentes hacen constancia de tales limitaciones o cargas.

V. Por último, la aplicación de la exclusión del régimen común de pastos de los terrenos indicados ha tenido efectividad por vez primera en 1961.

Asimismo, es de hacer constar que hasta esta fecha con alguna regularidad se ha venido exigiendo y satisfaciendo el canon de laboreo, mientras que los ganaderos han satisfecho con asiduidad este canon de pastoreo y otros arbitrios o cánones.

Conforme a los antecedentes indicados se establece la siguiente

CONSULTA

1.º Si a pesar del Ordenamiento vigente de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, el común de vecinos ganaderos de P. de H. conserva algún derecho para el disfrute de los pastos, hierbas y rastrojeras sobre los terrenos del antiguo "Páramo de P.", y naturaleza de este derecho y en beneficio de qué titulares se halla atribuido, su contenido y extensión.

2.º Eficacia del mismo, a pesar de que no se halle inscrito en el Registro de la Propiedad, y si a pesar del expediente administrativo de exclusión del régimen común de pastos, aprobado por la Junta Provincial de Fomento Pecuario y por la Superioridad hasta agotar la vía administrativa, así como por la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1962, desestimando el recurso contencioso-administrativo, existe algún medio legítimo de obtener el reconocimiento de los posibles derechos de los ganaderos del común de P. de H.

A la vista de los términos de la anterior consulta, y teniendo en cuenta los antecedentes reseñados, se formula, estimando por separado las cuestiones que se considera imprescindible señalar, por el Letrado que suscribe, el siguiente

DICTAMEN

I. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

La primera cuestión que aquí se suscita es la de determinar qué ordenamiento es aplicable al aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras que corresponde a los terrenos objeto de la exclusión del régimen común de pastos y como perteneciente al antiguo "Páramo de P.". Es decir, si vienen sometidos a la regulación administrativa específica sobre esta materia, o existe alguna razón para que no sea aplicable. Para ello, en este segundo supuesto que es el planteado por la consulta, es preciso que esto se deba, salvo que se trate de pueblos o comarcas excluidos de la Ley de Pastos y Rastrojeras (arts. 7 y 8 del Re-

glamento de 1954), o a la existencia de una Mancomunidad de pastos entre varios pueblos o entidades municipales (art. 10 del Reglamento citado), que no es el supuesto aquí aplicable, o a que existan *servidumbres de pastos* (art. 11), que es ciertamente el que corresponde al presente caso, ya que las normas consuetudinarias y costumbres tradicionales respecto al aprovechamiento de pastos (art. 6) se refieren más al contenido del aprovechamiento que al ámbito de aplicación de los ordenamientos respectivos.

Así resulta del régimen vigente, pero no basta esto, hay que tratar de reconstruir la verdadera situación de esta cuestión, ateniéndonos a los precedentes históricos de la misma para conectar también con el origen del derecho invocado por el común de vecinos de P. de H. En esta situación, el aludir a servidumbre de pastos, por ahora, antes de tratar de la naturaleza jurídica de tal aprovechamiento, ha de ser tomado como un término de referencia que será sometido luego a ulterior comprobación; al menos con el fin de obtener una mínima claridad conceptual en esta exposición, aunque en realidad ambas cuestiones vayan tan íntimamente unidas que sea difícil deslindar campos entre la naturaleza jurídica de este derecho de aprovechamiento de pastos y su régimen jurídico aplicable entre varios afines, ya que ambos aspectos se condicionan mutuamente.

Pues bien, nos encontramos con que —con anterioridad a la Ley de 1938— el régimen de pastos, en el orden de las normas administrativas, se hallaba sumido en un verdadero caos, abandonado a disposiciones particulares (Ordenanzas Municipales, normalmente) y a las costumbres y usos comarcales y locales. En el campo del Derecho privado viene a suceder otro tanto. En uno y otro, con diverso valor, según el carácter y naturaleza de las normas, la legalidad anterior a la Ley de Pastos y Rastrojeras de 1938 venía establecida, en lo que nos atañe, por las fuentes del antiguo Derecho castellano y generales del Reino, entre las que cuentan las Leyes Desamortizadoras, las Ordenanzas Municipales y el Código civil (2).

Según esto nos encontramos que, no por establecimiento de costumbre local o norma especial, sino por aplicación de normas jurídicas generales, de tiempo inmemorial —según consta en el expediente administrativo de enajenación de 1857, referido en los antecedentes de este dictamen— los terrenos que comprenden lo que se denomina "Páramo de P." están afectos al aprovechamiento de pastos, hierbas y rastrojeras por el común de ganaderos de la localidad. No se trata de pastoreo de terrenos ajenos, lo que tantos motivos de disputa había dado, durante toda la Edad Moderna, a ganaderos y agricultores, se trata del establecimiento por el Concejo, sobre terrenos de su propiedad, de un derecho real limitativo del dominio en beneficio del común. Esta relación jurídica no cae, por tanto, dentro de la esfera de aplicación de tantas normas de carácter administrativo como las que, sobre el particular, son dictadas en toda esta época, sobre todo a partir de Carlos III, como lo prueba el régimen específico al que se somete el aprovechamiento de laboreo y pastoreo, en su conjunto, de los

(2) Véanse, concretamente, estos precedentes en el excelente libro de A. NIETO, *Ordenación de Pastos, Hierbas y Rastrojeras*, I, Valladolid, 1959, págs. 197 y ss., que han facilitado extraordinariamente, al presente, mi modesta labor.

terrenos concejiles de referencia, según el citado expediente; y el que se mantiene, por otra parte, en 1865, cuando se confecciona el inventario de bienes municipales, a que se refieren los antecedentes de este dictamen, respecto de otros bienes comunales del mismo municipio (3) con análogo o distinto carácter, indicándonos que todo esto no es una referencia confusa, ya que existía, cuando se establecieron estas distintas relaciones jurídicas, una conciencia precisa sobre el significado y carácter de cada una de ellas. Siendo así que la que aquí nos interesa aparece como una relación de puro derecho privado, fundada en el título de su constitución, y al amparo de la libertad de constitución de estos gravámenes proclamada ya en la *Ley 10.ª, tit. XXXI de la Partida 3.ª* (4) y a la que ulteriormente el propio Código civil se remite, respetuoso en esta materia con el Derecho anterior, en su artículo 600, a *sensu contrario*:

“La comunidad de pastos sólo podrá establecerse en lo sucesivo por concepción expresa de los propietarios, que resulte de contrato o de última voluntad, y no a favor de una universalidad de individuos y sobre una universalidad de bienes, sino a favor de determinados individuos y sobre predios también ciertos y determinados.

La servidumbre establecida conforme a este artículo se registrará por el título de su institución.”

Ahora bien, con anterioridad a la recepción de esta materia por el Código civil, nos encontramos con una serie de normas, a veces de carácter mixto, que vienen todas ellas a respetar las situaciones creadas bajo un régimen jurídico de esta naturaleza. Así, en efecto, baste citar aquí (pues vamos a dejar a un lado el Decreto de 8 de junio de 1813, que tiene carácter legislativo y no administrativo y que apenas llegó a entrar en vigor, y que en su parte fundamental, artículo 1.º, se refiere al cierre de las fincas de propiedad particular, lo cual no era aplicable a los terrenos objeto del presente dictamen, pues hasta 1857 eran de propiedad concejil, y que recogen después los artículos 388 y 602 del Código civil, cuando, por otra parte, ello no se refiere a la determinación del régimen jurídico —en el sentido de ordenamiento aplicable—, sino a uno de los aspectos del mismo que aquí no es del caso) la R. O. de 11 de febrero de 1836, en la cual se hacen diversas declaraciones propuestas por el Consejo Real de España e Indias a la R. O. de 4 de julio de 1815, diciéndose, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

“... 2.º No debe tenerse por título de adquisición a favor de otros par-

(3) Incluso, como puede verse, del régimen jurídico establecido para los terrenos de referencia en el texto, según aparecen en los antecedentes de este dictamen, al establecido por la Real Provisión de 26 de mayo de 1770, según la cual se ordena, como dice NIETO, con asombroso paralelismo con la vigente Ley de Pastos y Rastrojeras, que, “*Cap. 10. En las dehesas de pasto y labor de Propios y Arbitrios donde la labor se haga o pueda hacerse a hojas, se hará el repartimiento de las suertes en que se dividirán, de forma que la labor esté toda unida en una hoja y cada vecino tenga en ella la mitad de la suerte o suertes que se repartieren; y lo mismo la del hucco para que se logre el aprovechamiento de una y otra, sin causarse perjuicio que resultaría de estar interpolados los sembrados con las tierras del hucco*” (*Op. cit.*, I, págs. 206-207).

(4) “*Los señores de los edificios e de las heredades, pueden poner cada uno de ellos servidumbre a su edificio o su heredad...*”

ticulares o comunes sino los que en derecho tienen reconocido como tales títulos especiales de adquisición...”

Con lo que se ve claramente el respeto por tales situaciones, todo ello, como es natural, en medio de una legislación que no se refiere a ellas, sino a los usos y abusos de ganaderos y agricultores, y a sus recíprocas contiendas, al margen de la existencia de situaciones y derechos que confieren tales aprovechamientos (5). Lo mismo nos encontramos en las Leyes desamortizadoras, y especialmente en el ordenamiento fundamental constituido por la Ley de 1 de mayo de 1855, la cual establece, para que no haya lugar a dudas, y ello en relación con el destino que habían de tener los bienes concejiles en virtud del expediente de 1857, que:

“Art. 1.º Se declaran en estado de venta, con arreglo a las prescripciones de la presente Ley, y *sin perjuicio* de las cargas y servidumbres a que legítimamente estén sujetos, todos los predios rústicos y urbanos pertenecientes:

... ..

A los propios y comunes de los pueblos.

... ..”

Por otra parte, como hemos visto en los precedentes de este dictamen, las Ordenanzas de P. de H. (año 1875), no se dedican a regular el fondo de esta cuestión, como es lógico, dictando normas de policía, que no son incompatibles, ni mucho menos, con el respeto de las situaciones jurídicas preexistentes.

Esto nos pone de relieve que, lo que por otra parte es evidente, existen sobre la misma materia o materia semejante, mejor dicho, ordenamientos paralelos, uno civil y el otro administrativo, ambos independientes, aunque no por ello recíprocamente influenciados, y extendiéndose sobre el ámbito civil la inevitable influencia de determinadas normas generales o locales de policía que, por ello, en nada desnaturalizan el carácter de las relaciones nacidas a su amparo. Conforme a esta dualidad normativa, se configuran las normas del Código civil: remitiéndose al título de constitución (art. 600), o a las leyes administrativas (art. 601), lo que aquí no es aplicable porque este último precepto se refiere a los “terrenos públicos”. E igualmente, las de la vigente Ordenación de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, con más amplitud, naturalmente, para la esfera administrativa —fruto, por otra parte, de una larga y penosa evolución, a la que ya hemos aludido—, distingue también, con toda claridad, semejante dualidad, respetando las situaciones anteriores, ganadas en virtud de un vínculo de Derecho público o mixto: *Mancomunidad de pastos* (arts. 10, 11 y 12 del Reglamento), o de Derecho privado: *servidumbre de pastos* (art. 11). Así este artículo 11 establece:

“Las cuestiones que se susciten sobre la existencia, modificación o extinción de servidumbres de pastos o Mancomunidades serán de la competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria.

La administración se limitará a mantener el estado de hecho en que hayan venido realizándose los aprovechamientos de pastos en los supuestos del párrafo

(5) Nos remitimos a NIETO, *Op. cit.*, págs. 212 y ss. ,

anterior, sin perjuicio de reservar, en todo caso, a los interesados, las acciones que pudieran asistirles y que podrán ejercitar ante los Tribunales de Justicia”.

En conclusión, según el planteamiento que hemos establecido, existiendo, como creemos sucede en este caso, una servidumbre de pastos en relación con los terrenos indicados, *puede plantearse, a pesar de la Ley de Pastos, la aplicación a aquel disfrute de un ordenamiento diferente*, que no puede ser otro que las normas civiles que regulan esta materia. Siendo esto así, sólo nos queda determinar la naturaleza jurídica y el alcance de este aprovechamiento de pastos, así como la eficacia de su título de adquisición y la vigencia del mismo.

II. SERVIDUMBRE PERSONAL DE PASTOS, PERMANENCIA DE ESTA CALIFICACIÓN.

Ya hemos anticipado que el aprovechamiento, a beneficio del común de vecinos ganaderos de P. de H., sobre los terrenos del antiguo “Páramo de Peñaflor”, constituye una *servidumbre personal de pastos*. Vamos ahora a precisar brevemente éste concepto y a ver la posibilidad de su aplicación al caso controvertido.

La posibilidad del establecimiento de servidumbres personales, propiamente dichas, es decir, con independencia de las denominadas en el Antiguo Derecho y en el Derecho romano como tal (usufructo, uso y habitación), nace en el ordenamiento vigente del artículo 531 del C. c., según el cual:

“También pueden establecerse servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad a quienes no pertenezca la finca gravada.”

Una de las formas más típicas de estas servidumbres son las de pastos, según ha esclarecido la doctrina (6) y aceptado ya de antiguo la propia jurisprudencia (así la sentencia de 3 de abril de 1909), a las cuales el Código, como normas específicas dedica los artículos 600 a 603, a los que en parte ya hemos aludido. Igualmente en el Derecho anterior al Código, *la Ley 10.^a, tit. XXXI, Partida 3.^a*, hacía posible el establecimiento de tales gravámenes, aunque con un criterio de mayor generalidad; no obstante, como se deduce del mismo tono empleado por el Código, su constitución había sido fenómeno bien frecuente, por eso no han faltado autores, como TAMAYO, que al examinar esta cuestión, indiquen que tales derechos se ofrecen en el presente como residuo de épocas ya vencidas (7), lo cual, si no deja de ser cierto, no quita importancia al deseo del Código de aludir —habida cuenta también de los problemas que se planteaban en el campo meramente administrativo— con algún cuidado a estos derechos reales, teniendo en cuenta la ausencia de precedentes, ya que otra ley de Partida (la 6.^a, XXXI, P. 3.^a) se refiere únicamente a la servidumbre real de pastos, y parece, por otra parte, que los artículos 600, 601 y párrafo primero del 603 están tomados de los artículos 2.263 a 2.266 del Código civil portugués, lo que precisamente prueba este deseo del legislador.

Ahora bien, el primer problema que plantea la naturaleza jurídica de este

(6) No puede olvidarse la obra fundamental sobre esta materia del Prof. OSSORIO MORALES, *Las servidumbres personales*, Madrid, 1936, págs. 93 y ss.

(7) *El derecho real de servidumbre*, Barcelona, 1936, pág. 88.

derecho real es el de distinguir entre comunidad y servidumbre, cuestión esta que se ha desquiciado a veces por la doctrina (8), contando con la propia desorientación de la jurisprudencia (9), pero que aquí no ofrece problemas en concreto, pues queda planteada en el ámbito de la titularidad que se resuelve en el común de vecinos más que en el plano propio del disfrute del derecho, equivalente a un derecho de titularidad simple, es decir, no gestado, como otras situaciones de comunidad, en el origen confuso de una participación colectiva, o en la afectación de un patrimonio a una responsabilidad o a un fin, como se hallará siempre en toda comunidad que no sea el condominio romano. Pero como, así todo, la idea de comunidad o colectividad no queda ausente de la relación, hay que pensar que *servidumbre y comunidad*, en este caso, no son incompatibles, pudiendo ambas figuras concurrir en el mismo caso. Pero esto no quiere decir que no pueda distinguirse entre comunidad y servidumbre de pastos. Así la *sentencia de 6 de octubre de 1951*, que invoca, a su vez, las de 11 de noviembre de 1892, 4 de octubre de 1930 y 18 de febrero de 1932, establece que:

“El derecho al disfrute de los pastos, leñas u otros productos forestales utilizado por diversidad de personas o entidades sobre una misma finca puede ser constitutiva de la comunidad de bienes definida en el artículo 392 del C. c. y regulada en los inmediatos siguientes, o integrar una limitación del dominio constitutiva del derecho real de servidumbre, definido en el artículo 531 del C. c. y desenvuelto en los 600 a 604.”

Otras sentencias posteriores han seguido esta misma línea, matizando y reiterando esta doctrina. Así las de 2 de febrero de 1954 y 12 de noviembre de 1959. Pero aún con mayor claridad y precisión técnica establece la distinción OSSORIO MORALES, diciendo:

“Por comunidad de pastos se ha de entender el que varios propietarios de fincas rústicas las pongan en común para el aprovechamiento de los pastos por sus ganados indistintamente en régimen de comunidad; de modo que cada uno de los propietarios goza de los terrenos de los demás y está, a su vez, obligado a tolerar que el ganado de los otros propietarios pascen en su mismo terreno. En cambio, la servidumbre de pastos es el derecho concedido a una o varias personas de que sus ganados pascen en uno o varios predios ajenos, derecho que está comprendido en el artículo 531 del C. c., puesto que representa un gravamen establecido en favor de personas, con exclusión de la idea de un predio dominante.”

Ahora bien, esto no quita que puedan concurrir la idea de servidumbre y comunidad en un mismo caso, por ello el ilustre profesor citado añade:

“En el supuesto de que ese derecho corresponda a una pluralidad de perso-

(8) Así no parece aceptable la complicada tesis de FLÓREZ DE QUIÑONES, *Comunidad o servidumbre de pastos*, en RDP, 1933, págs. 174 y ss., seguida, en parte, en cuanto a la calificación de la naturaleza jurídica por ROCA SASTRE y GARCÍA GRANERO. Para una exposición de la fundamental doctrina española posterior al C. c., *ibíd.*, págs. 161 y ss., pero sobre todo BELTRÁN DE HEREDIA, *La comunidad de bienes en el Derecho español*, Madrid, 1954, págs. 102 y ss.; y OSSORIO MORALES, *Op. y loc. cit.*; recientemente CUADRADO IGLESIAS, *Naturaleza jurídica de los aprovechamientos comunales de pastos y leñas*, Salamanca, 1961.

(9) Véanse las sentencias citadas por BELTRÁN DE HEREDIA, *Op. cit.*, págs. 105-106.

nas en régimen de comunidad, tendremos la servidumbre de comunidad de pastos o servidumbre de pastos ejercida en común.”

Y siguiendo la misma orientación, dice, también el profesor BELTRÁN DE HEREDIA:

“... debemos afirmar que el uso indistinto que el legislador español hace de las palabras “servidumbre” y “comunidad”, está justificado, en parte, porque ambas figuras pueden concurrir cuando se trata de un aprovechamiento de este género: Desde el punto de vista del fundo sobre el que se ejercitan los aprovechamientos, es indudable que se trata de un gravamen que, a modo de derecho real limitado, pesa sobre un fundo ajeno y que limita las facultades del propietario. La especialidad surge en cuanto al tipo de gravamen, cuando son varios los titulares del mismo, caso en que puede existir una comunidad entre ellos, pero no puede decirse nunca que sea una comunidad del derecho de propiedad, sino exclusivamente del derecho de disfrute. Si el propietario concurre con ellos en el aprovechamiento de los pastos, es indudable que él estará también en comunidad, en cuanto a ese derecho de disfrute. Pero no en cuanto a la propiedad. En el caso de que no concorra, existirá solamente aquella comunidad de disfrute que, a modo de gravamen, pesará sobre la finca ajena. En este caso, separadas la propiedad y la comunidad de disfrute, ambas no pueden, a su vez, estar en comunidad, porque ésta requiere, según hemos visto, como condición absolutamente indispensable, que se ejerza sobre derechos de la misma naturaleza” (10).

Deslindada así la cuestión en términos generales, su aplicación al caso que nos ocupa no puede ser más clara y favorable. El aprovechamiento de pastos, en beneficio del común de ganaderos de P., sobre los terrenos, primero concejiles, después de propiedad privada, no puede ser otra cosa que una servidumbre personal de pastos ejercida en común.

Por otra parte, se hallan perfectamente determinados los beneficiarios de este derecho real de servidumbre: los ganaderos, o el *gremio de ganaderos*, como se dice en el expediente, es decir, según el significado que esto tiene en la comarca, aquellos que tienen rebaños principalmente de ganado *ovino*; no refiriéndose al ganado de “huelgo” o *de labor*, al que, según el inventario de 1865, se le reservan determinados prados del común. Y, asimismo, los predios gravados con la servidumbre se hallan perfectamente determinados también. Siendo su contenido el aprovechamiento de los pastos, hierbas y rastrojeras de los citados terrenos, desde tiempo inmemorial hasta nuestros días.

No puede prestarse a confusiones el que ese contenido material del aprovechamiento o derecho sea idéntico al que corresponde al establecido por la legislación administrativa. Ni el que ésta sea aplicable por ello, y por la circunstancia de haber dejado de ser concejiles los terrenos sobre los que la servidumbre recae, pues precisamente hemos visto el respeto que siente el Derecho vigente por las situaciones nacidas al amparo del Derecho anterior, concretamente en esta materia; aparte de que aunque haya salido la propiedad de ma-

(10) En sentido contrario al indicado, algunas de las sentencias aludidas anteriormente, y, sobre todo, la jurisprudencia criticada ya en otro lugar: V. DE LOS MOZOS, *Re-tracto de comuneros*, en RDP, 1962, págs. 944 y ss.

nos del común, en virtud del expediente de 1857, no ha salido de ellos el derecho de servidumbre, que continúa conforme se venía ejerciendo anteriormente, dada su condición de *perpetuidad*, como estima el propio OSSORIO MORALES, puede atribuirse a las servidumbres personales en general en favor de una *comunidad*, mediante pacto; lo que el Tribunal Supremo ha reconocido por la sentencia de 5 de diciembre de 1930, a propósito de una servidumbre de leñas constituida a favor de un Ayuntamiento; o al menos su duración *indefinida* cuando se establecen en beneficio de *varias personas*, de acuerdo con la opinión del mismo autor y la sentencia de 30 de noviembre de 1908. Por otra parte, la sentencia de 8 de mayo de 1947 declara terminantemente que la *Lcy no pone límite alguno* a la posibilidad de constituir las servidumbres personales a *perpetuidad*. Que éste era el carácter de la que aquí nos ocupa parece obvio, no sólo por la condición del titular, o porque ha sido establecido bajo el imperio del antiguo Derecho donde la limitación temporal de los derechos en este campo no era tenido en cuenta, pues lo dicho se refiere, a mayor abundamiento, a las surgidas con posterioridad a la vigencia del Código; o, por último, si se hace depender de la existencia de pacto favorable, hay que darle como implícito, habida cuenta de la "unilateralidad" de la constitución.

Precisamente por ello, dada su indefinida o perpetua duración, el artículo 603 establece la posibilidad de su *redención* por los dueños de los terrenos con ella gravados. Lo cual parece aplicable, según el párrafo segundo de la Disposición Transitoria Primera del Código Civil, a las surgidas con anterioridad a él (CASTÁN). Lo que la sentencia de 19 de noviembre de 1949 confirma respecto de las constituidas sobre montes de propiedad particular, mientras la sentencia de 11 de noviembre de 1892 se ha manifestado en términos generales favorable a la redención, en este sentido también la sentencia de 20 de octubre de 1955.

Pero según los términos utilizados por el artículo 602 del Código civil (por cuanto empieza a hablar de comunidad y no de servidumbre), los dueños de los predios sirvientes no podrán cerrar las fincas para con ello librarse de la servidumbre, sí, en cambio, cuando se trate de comunidad de pastos, o de servidumbres administrativas de pastos (denominación que no es más que un término de referencia al ordenamiento de esta índole). Lo que confirma el artículo 388 y se explica, en relación con este punto, por la breve alusión histórica que hemos hecho anteriormente a sus precedentes, al deslindar los dos ordenamientos paralelos existentes sobre la materia que nos ocupa. (Así en relación con una mancomunidad, la sentencia de 4 de febrero de 1889.)

Nada modifica, ni afecta a la configuración de este derecho real de servidumbre personal de pastos, la existencia, antiguamente, de un canon de pastoreo a cargo de sus titulares, impuesto por el constituyente, pues esta *onerosidad* en nada modifica la naturaleza del derecho, subsista o no el canon, lo cual es indiferente. Por otra parte, esto pudo tener el carácter de un arbitrio municipal, a cambio de la gestión de policía y administración (señalamiento de lotes) de este disfrute en interés de los propios beneficiarios, que es lo más probable, y en este caso tampoco se modifica la naturaleza del derecho. Ni antes, ni después de la Ley Municipal de 1877 y de las posteriores, el que por imperativo de ésta se confiriera a los Ayuntamientos tal gestión en relación con las comu-

nidades de pastos establecidas por las leyes administrativas, no viene a quitar ni a añadir nada a lo preexistente.

En todo caso se plantearía aquí, respecto de este punto, cómo, en general, una yuxtaposición de ordenamientos sobre una misma materia, lo que es un fenómeno jurídico de siempre; de manera que nada sucede ni se altera mientras los ordenamientos yuxtapuestos van de acuerdo, como ha sucedido en el presente caso; hasta que se ha planteado, en virtud de la aplicación excesiva de uno de ellos, en concreto, el artículo 38 del Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, por desconocer derechos adquiridos que lo impiden, como es la existencia de una servidumbre personal de pastos sobre esos mismos terrenos que se han excluído, en todo o en parte, del régimen común de aprovechamiento por el primero establecido, y que, mientras ha subsistido, se hallaba de acuerdo con el contenido de dicha servidumbre, impidiendo de ese modo su pacífica coexistencia, y originando entre ambos un conflicto. Pero este conflicto parece claro que ha de resolverse en pro de la servidumbre personal de pastos.

A ello nos lleva el más elemental criterio de aplicación e interpretación del Derecho. Primero, en cuanto a la *determinación del material normativo*, lo cual nos ha hecho posible, en este caso, advertir la dualidad de ordenamientos; segundo, en cuanto a la adaptación de la realidad empírica dada en el caso controvertido, "a la medida" de la norma, nos ha permitido elegir el ordenamiento aplicable, donde encuentra su *sedes materiae* el contenido del aprovechamiento discutido. Todo lo cual viene confirmado por la apreciación del *sentido* de cada norma, al aparecer clara la "voluntad del legislador" (desde la R. O. de 1836 al Reglamento de 1954, pasando por la Ley de 1855 y el propio Código civil) en respetar las situaciones ganadas en el campo del Derecho privado, tanto para determinar el ordenamiento aplicable, o para decidir un conflicto entre ordenamientos, como el aquí planteado; cuando, además, el *interés* tutelado por la situación conculcada (la servidumbre personal de pastos) resulta así preferido (al aplicar hasta sus últimas consecuencias un ordenamiento simplemente coexistente, como resulta de la aplicación del artículo 38 del Reglamento de Pastos), desviándose con ello, por esta inadecuada aplicación del Derecho, *el fin jurídico* de la norma que es aplicable al caso (11).

En conclusión, no sólo cabe aquí hablar de servidumbre personal de pastos, en relación con el aprovechamiento de los terrenos que han sido objeto de la parcelación y exclusión del régimen común de pastos anteriormente existente, con lo que se ha conculcado este derecho perteneciente al común de ganaderos de P. de H., sino que además, a pesar del vigente ordenamiento de pasto y de la coexistencia de su régimen con el de la servidumbre, entendemos subsiste y permanece con toda su fuerza tal calificación.

III. TÍTULO DE ADQUISICIÓN

Siendo la servidumbre personal de pastos una servidumbre voluntaria, su existencia, a no ser que pudiera ganarse por prescripción, depende del título de

(11) Nos remitimos para esto a la magistral exposición del Prof. DR CASTRO, *Derecho civil de España*, I, 3.ª ed., Madrid, 1955, págs. 509 y ss.

constitución. Por otra parte, y en relación con la servidumbre de pastos, esta cuestión ha sido objeto de una reiterada exigencia por parte de la legislación y de la propia jurisprudencia. Así, respecto de su subsistencia en relación con disposiciones de carácter general o administrativo, que imponían un régimen distinto, ya lo hemos visto con referencia al Decreto legislativo de 8 de junio de 1913, a la Real orden de 11 de febrero de 1836, a la Ley de 1 de mayo de 1855, al propio Código civil (art. 531 en relación con el 600 y siguientes) y a la Ley y al Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras. Otro tanto sucede con la jurisprudencia, desde antiguo: entre otras, la sentencia de 18 de noviembre de 1896, la de 8 de junio de 1929 y, recientemente, la de 5 de noviembre de 1956, las dos primeras refiriéndose a servidumbres existentes con anterioridad al Código, y la última a servidumbre nacida bajo su imperio.

En este caso, la existencia del título no puede ofrecer duda alguna. En un principio, aplicando la *ley 10.ª*, en relación con la *6.ª*, ambas del *título XXXI de la Partida 3.ª*, la servidumbre viene constituida de tiempo inmemorial por el Concejo, en beneficio del común de ganaderos de la localidad sobre terrenos de su propiedad, de los que también tiene cedido el laboreo, en beneficio de los vecinos ocupantes o poseedores de los terrenos, pero efectivamente sin que conste el título. Ahora bien, ello no quiere decir que sea inexistente, pues no hay que confundir título con documento. Siendo aquel, únicamente, el acto jurídico hábil para constituir el derecho de que se trate, de cuya verosimilitud no cabe, en el presente caso, dudar. Pero, además, hay que tener en cuenta, aquí, que en el antiguo Derecho era posible la adquisición por prescripción de estas servidumbres, si bien *inmemorial*, conforme a la *ley 15.ª, título XXXI, Partida 3.ª*, en contra de lo que sucede en el Derecho vigente, conforme a lo dispuesto en los artículos 539 y 540 del Código civil, que niegan la posibilidad de adquirir por prescripción las servidumbres continuas, no aparentes, y las discontinuas, a cuya doble caracterización—discontinua y no aparente—pertenece la de pastos, *a no ser que se supla el título por la escritura de reconocimiento del dueño del predio sirviente*. El invocar a este respecto el antiguo Derecho, no puede ser más correcto, conforme a la Disposición Transitoria Primera del propio Código civil; por otra parte, así lo ha reconocido y reiterado la jurisprudencia. Entre otras, la sentencia de 19 de noviembre de 1949, dice:

“Las servidumbres discontinuas, nacidas con anterioridad al Código civil, se rigen por la antigua legislación.”

Y otra sentencia, la de 22 de octubre de 1955, refiriéndose a un supuesto de servidumbre discontinua de paso, sienta la misma doctrina, implicando a la consideración general la naturaleza *indefinida* de tal derecho. De este modo se expresa la doctrina citada:

“Conforme a la disposición transitoria primera del Código civil, se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos de hechos acaecidos bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca; y, por tanto, por la expresada legislación ha de regularse la servidumbre de paso adquirido bajo su amparo, sin que para ello sea preciso que el tiempo de la usucapación estuviera transcurrido antes de la vigencia del Código, pues si bien tratándose de una prescripción por un plazo concreto de duración puede fijarse cuándo terminó por el transcurso legal del plazo desde su origen, no cabe

hacer lo mismo cuando es de esencia que ese origen se desconozca, como exige la Ley XV, título XXXI de la Partida III, para la adquisición por el uso de esas servidumbres discontinuas y que, por ser de duración indefinida, no puede reputarse que haya terminado en una época determinada, antes o después del Código; por lo que basta que la meritada servidumbre se rija por la legislación anterior al Código que con anterioridad a la promulgación del mismo hayan tenido origen los hechos determinantes de la referida servidumbre.”

Ahora bien, no por esto deja de surgir una nueva dificultad, ya que se ha planteado la contradicción existente entre la *Ley 15.^a, título XXXI, Partida 3.^a* y la Real orden de 11 de febrero de 1836, que habla de la exigencia inexcusable de título, y que habría de ser aplicable a este caso, ya que cuando entró en vigor esta última no existía para el disfrute aquí controvertido más que una prescripción inmemorial. Pero esta dificultad no tiene consistencia y, además, no es real. No tiene consistencia, porque del texto de la misma disposición, aunque esté dictada con carácter general y tenga rango de norma legislativa y no administrativa, ya que pone en vigor el Decreto legislativo de 8 de junio de 1913 (dictado por las Cortes de Cádiz), se refiere al campo en que se han desarrollado después las disposiciones administrativas, al aludir “a las malas prácticas más o menos antiguas a que se haya dado, contra lo establecido por las leyes, el nombre de uso o costumbre”, pues lo contrario sería aplicar esta calificación a la propia Ley de Partidas (12). Pero, como decíamos, la dificultad es real, ya que al momento de la entrada en vigor de esa disposición los terrenos sobre los que recae la servidumbre no eran de propiedad particular, sino del Concejo, y, sobre todo, porque existe un reconocimiento posterior de tal derecho, según consta del expediente administrativo de 1857, que es aprobado por la autoridad gubernativa, y que, aparte de sus ulteriores efectos para acreditar la existencia del título, implica un reconocimiento de la subsistencia de la servidumbre, con posterioridad a esa legislación, ganada mediante prescripción inmemorial.

Pero, además, resulta, en el presente caso, que todo lo dicho no hace referencia más que a la situación anterior, primitiva, de la existencia del derecho de servidumbre, en relación con su *reconocimiento* en el expediente de 1857. Pues entonces sí que desaparece, con perspectiva posterior al Código civil, que es la que hemos de adoptar, la antinomia entre la Ley de Partidas citada y la Real orden de 11 de febrero de 1836, no solamente para negar el acceso a la prescripción de estas servidumbres, que tanto indignó a COSTA, sino también para reconocer, como lo hace el artículo 540, que el *reconocimiento del dueño del predio sirviente*, en este caso, el enajenante, que puede al hacerlo establecer limitaciones y gravámenes, *suple el título*.

De este modo, la breve alusión, aunque reiterada e incontrovertible, que se hace en el expediente de 1857, a la existencia del gravamen, tomada como reconocimiento, no puede extrañar por su brevedad y concisión, tal y como aparecen los títulos de adquisición de la propiedad de los terrenos gravados, otorgados mediante escritura pública, que después se inscribe en el Oficio de

(12) En contra, NIETO, *Op. cit.*, I, págs. 215 y ss., y allí referencias a la disposición comentada en el texto.

Hipotecas. Es decir, de un lado, el reconocimiento materializa la existencia del título y explica, por otro, su peculiar documentación.

IV. VIGENCIA DEL TÍTULO FRENTE A LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DOMINIO LIBRE DE CARGAS Y GRAVÁMENES

No consta, en absoluto, la situación registral de los terrenos sobre los que recae la servidumbre personal de pastos que nos ocupa. Es de creer, como verosímil, que el reconocimiento de la misma fuera desapareciendo de los títulos en las sucesivas transmisiones. Pero aun cuando así no fuera, o bien que se trasladaran los asientos del antiguo Oficio de Hipotecas al Registro moderno, en que fueron inscritos los títulos de los primitivos adquirentes (conforme a los artículos 411 y siguientes de la primitiva Ley Hipotecaria, y 318 y siguientes de la Ley Hipotecaria de 1909 y 507 y siguientes del Reglamento de 1915), tampoco conseguiríamos nada, pues la Ley Hipotecaria vigente ha suprimido, entre otras, las *menciones* de derechos susceptibles de inscripción separada y especial (como es el que nos ocupa, de acuerdo con el artículo 2.º-2 y el párrafo segundo del artículo 7.º de la Ley y concordantes del Reglamento), según establece el artículo 29 de la Ley y reitera el 98 de la misma, declarando caducadas las existentes su Disposición Transitoria 1.ª, con lo que la fe pública registral no ampara, en este caso, la existencia de tal derecho:

Únicamente, en el supuesto de que estuviera mencionado y los titulares registrales del dominio no tuvieran, respecto de los titulares de la servidumbre, la condición de tercero, podría sostenerse que la caducidad de la mención no afectaría para nada a la caducidad del derecho, según la Sentencia de 24 de mayo de 1952, la cual, en relación con el significado de esa caducidad, dice:

“... no tiene otra significación que la meramente declarativa de extinción de la mención—se refiere a la norma que la establece— como parte integrante de un asiento en la esfera hipotecaria o en relación a tercero, pero sin afectar a la esfera civil o relación jurídica existente entre partes.”

Pero este no es el supuesto que nos ocupa, ni mucho menos. Por ello, vemos, que bien por un camino o por otro, hay que enfrentar el problema de la vigencia del título frente al Registro de cara al propio *principio de fe pública registral*, entendiendo a efectos dialécticos que los adquirentes tienen la condición de *terceros* que es, en definitiva, la postura más adversa a que puede llegarse.

Ahora bien, aquí, este principio se enfrenta con la eficacia del título o con la existencia del derecho, más bien en el aspecto que se ha dado en llamar *negativo*, por cuanto la fe pública registral, presume, no solamente que el contenido registral es *exacto*, sino también *íntegro*; de manera que el tercero puede rechazar los derechos, títulos, acciones, o hechos no inscritos o reflejados en el Registro, los cuales, se dan —dice Roca— como no existentes (arts. 32 y 13 de la L. H. por lo que aquí concierne). Por otra parte, únicamente quedan fuera del ámbito de la aplicación de este principio como es sabido los datos registrales de *mero hecho*, los referentes al *estado civil de las personas*, los derechos de carácter *personal* o de crédito y los derechos reales *sobre bienes muebles*; y se exceptúan del mismo, las *limitaciones legales o estatutarias* de la propiedad ins-

crita y las *servidumbres aparentes* (el art. 5.º-3.º del Reglamento, y los artículos 37-3.º, y 26-1.º de la Ley, confirman este criterio).

De manera que, como vemos, la servidumbre personal de pastos, que nos ocupa, queda afectada por la aplicación del principio de fe pública registral, ¿cómo construir, entonces, frente a esto, la eficacia vinculante para los mismos titulares inscritos de tal derecho. Esto en principio no parece fácil, pero vamos a intentarlo.

Partimos para ello, de advertir, en primer lugar, que en este caso se plantea una discordancia sustancial entre el Registro y la realidad, que la discordancia que las Leyes no pueden evitar, y que dado el terreno en que se plantea, y en función de los argumentos que hemos de aducir, no debe llevarnos solamente a la admisión, que es normal en este campo, de dos esferas de eficacia distintas, como hace, por otra parte, la Sentencia de 24 de mayo de 1952, sino a corregir, en la medida de lo posible, la normal interpretación de la eficacia y alcance del principio de fe pública registral, teniendo en cuenta las circunstancias del caso; pues no se trata, por otro lado, en modo alguno, de establecer criterios generales, sino de aplicar, interpretándolas adecuadamente, las leyes a un caso concreto, lo que no puede hacerse con los procedimientos puramente lógicos de una jurisprudencia de conceptos, que en este caso ligarían estrechamente las facultades del Registrador (si por ejemplo, se tratara de inscribir el derecho controvertido), pero no las del Juez.

Así, efectivamente, nos encontraríamos con un derecho que tiene una existencia anterior al Código Civil, y que éste ha respetado (Dis. Tran. 1.^a), y que por otra parte, tiene un carácter perpetuo, o al menos indefinido, en cuanto a su duración, que no puede alcanzar, en la actualidad, su efectividad por las disposiciones de la Ley Hipotecaria, que en este punto habría que estimar si tienen o no alcance derogatorio de las normas del Código Civil. No obstante, la discordancia, queda bien patente de confrontar la Disposición Transitoria 1.^a, en este caso, con los propios arts. 606 y 608 del Código Civil.

Ahora bien, a la vista de esta discordancia no puede resolverse de suyo el problema planteado, ni siquiera invocando además, que la subsistencia del régimen anterior, en el presente caso, venía reconocida por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo, así la Sentencia, anteriormente citada, de 19 de noviembre de 1949. Pero sí, en cambio, su planteamiento nos da pie para tratar de precisar las condiciones de aplicación del principio de fe pública registral en relación con el caso controvertido.

A este efecto, vamos a fijarnos en uno de los puntos neurálgicos de fricción, en nuestro sistema, entre Derecho Civil y Derecho Hipotecario, cuando, a pesar del fortalecimiento sustancial del principio de fe pública registral alcanzado con la reforma hipotecaria 1944-1946, se llega a reconocer por el propio legislador que es preciso atenuar la rigidez del principio, para armonizarle, con los efectos que, a pesar del mismo, es preciso reconocer al instituto de la prescripción (Exp. de Motivos), resultado de este equilibrio imprescindible es el art. 36 de la vigente Ley Hipotecaria.

Pero no es que tratemos, en el presente caso, de hacer valer la usucapión *contra tabulas*, sino todo lo contrario, lo que queremos poner de relieve es que por impulso de la reforma hipotecaria, al suprimirse la eficacia frente a tercero

de las menciones, y robustecerse de este modo la fe pública registral, y por otra parte, al suceder otro tanto con el principio de legitimación (arts. 38, 97 y 1.º-3 de la L. H., en relación con sus precedentes en las anteriores) del cual es una aplicación particular el art. 35, resulta que no sólo la *usucapción secundum tabulas*, sino que la *prescripción liberatoria secundum tabulas* (que hay que distinguir de la *prescripción liberatoria contra tabulas*: art. 36, párrafo quinto; y de la *usucapio libertatis contra tabulas*: art. 36 párrafo cuarto), viene a ser una consecuencia de este doble principio, utilizándose en materia de presunción *iuris tantum*, efecto de presunción *iuris et de iure*.

De este modo, de aplicar hasta sus últimas consecuencias tales principios al caso controvertido, nos encontraríamos con que un derecho que por su titularidad —comunal— es imprescriptible, queda como si en contra de él se hubiera prescrito, a pesar de tener plena eficacia extrarregistral (13).

Este razonamiento nos hace pensar con algún fundamento en una interpretación laxa de las normas que concreta el ámbito de la fe pública registral, sobre todo por tratarse en este caso de normas reglamentarias, que a nuestro juicio no pueden derogar al Código Civil, o a las que éste declara subsistentes. Tales normas reglamentarias son las contenidas en el art. 5.º del Reglamento Hipotecario vigente, las cuales en este caso, como ya hemos apuntado anteriormente, son aplicables en orden a determinar las excepciones a la aplicación de dicho principio.

Así en efecto, el núm. 3.º del art. 5.º del Reglamento Hipotecario, exceptúa de la inscripción: "Las servidumbres impuestas por la Ley que tengan por objeto la utilidad pública o comunal". Bien es verdad, que la servidumbre de que aquí se trata, no se halla impuesta por la Ley, pero se desarrolla en el mismo campo que la servidumbre o comunidad de pastos que impone el Ordenamiento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras, la cual, conforme a este precepto, queda exceptuada claramente —cualquiera que se considere su naturaleza jurídica— de la fe pública registral. ¿Por qué no pensar lo mismo de la que aquí nos ocupa? Sobre todo, cabe admitir esta posibilidad, cuando aparece privilegiada, como si dijéramos, en cuanto a las fuentes legales que la regulan, según hemos visto en el análisis de precedentes que nos han permitido señalar la dualidad de ordenamientos sobre esta materia. Igualmente hay que tener en cuenta que hasta 1961, en que se puso en práctica la exclusión del régimen común administrativo de pastos, manteniéndose de acuerdo, como también hemos puesto antes de relieve, ambos ordenamientos diferenciados —civil y administrativo— se ha venido ejerciendo el mismo derecho cuya efectividad se postula sin que en rigor hubiera podido negarse su ejercicio por aplicación del principio de fe pública registral.

(13) La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no prescriben los bienes pertenecientes al común de vecinos, así, entre otras, las SS. de 27 de noviembre de 1929 y 8 de abril de 1959. Véase para esto: GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la imprescriptibilidad del dominio público*, en *Dos estudios sobre la usucapción en Derecho administrativo*, Madrid, 1955, págs. 93 y ss., y en particular con referencia a los bienes comunales, págs. 118 y ss.; para la naturaleza de éstos es imprescindible aún el estudio de FERNÁNDEZ DE VELASCO, *Sobre la naturaleza jurídica de los bienes comunales*, en RDP, 1928, págs. 66 y ss.; también GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, II, Madrid, 1960, págs. 489-490.

En virtud de estos razonamientos que hemos venido haciendo, podemos explicarnos el tenor de la Sentencia de 8 de mayo de 1947, la cual se expresa en los siguientes términos:

“Aun cuando en el Registro de la Propiedad no aparezca inscrito sobre el fundo el derecho de servidumbre de pastos que se reclama, el hecho de venirse ejerciendo ese derecho sin interrupción con anterioridad a las más antiguas inscripciones revela una situación jurídica “de facto” del expresado gravamen con suficiente vigor para subsistir al lado del dominio inscrito”.

Añadiendo por otra parte, que:

“Sea cualquiera la opinión que tenga sobre la conveniencia de prohibir la perpetuidad de las servidumbres personales, es lo cierto que las disposiciones... no permiten suponer la prohibición de que éstas se constituyan de modo perpetuo, antes al contrario aluden a esta posibilidad...”

“Por ello... se prevé el remedio contra la duración indefinida de las servidumbres de pastos, mediante el precepto contenido en el art. 603”.

Explicándonos con esto la sentencia citada, el juego de esta eficacia y su evidente fundamento, desde dos planos distintos.

Pero sobre todo, volviendo al estudio de las excepciones del principio de fe pública registral, nos encontramos que, según el apartado 2.º del propio art. 5.º de Reglamento Hipotecario, quedan exceptuados de la inscripción: “Los bienes municipales y provinciales de dominio y uso público conforme a la legislación especial.” Y aquí, no se trata ya de una interpretación laxa, sino de una aplicación estricta de las excepciones al principio, pues en este caso, la servidumbre personal de pastos sobre determinados terrenos, en beneficio del común, es un bien municipal indiscutible, que tiene la consideración de bien de dominio público. Vamos a transcribir, sobre el particular, lo que dice de ello el Profesor Garrido Falla:

Si bien, “el art. 183 de la Ley de Régimen Local clasifica los bienes municipales en bienes de dominio público y bienes patrimoniales y, a su vez, estos últimos en “de propios” y “comunales”. Empero la propia ley aplica en su artículo 188 a los bienes comunales el régimen de los de dominio público, es decir, los declara inalienables, imprescriptibles y no sujetos a la tributación del Estado”.

Esta diferencia simplemente nominal hay que encontrarla, dice el citado autor, en el distinto origen histórico de unos y otros. En el plano del Derecho vigente resuelta su calificación jurídica, en su caso sólo depende de la existencia real, de la titularidad comunal, lo que al presente no ofrece problema alguno, y cita la Sentencia de 23 de marzo de 1957, que por referirse a un supuesto de aprovechamiento, muy semejante al de pastos, el reparto de las leñas de un monte dirigido por un Ayuntamiento en contra del criterio de los propietarios del mismo, vienen también de acuerdo con el objeto de nuestro dictamen. Concluyendo con la afirmación de que “en el momento actual, y a la vista del artículo 188 de la Ley los bienes comunales deben considerarse como de dominio público” (14).

(14) *Op. y loc. cit.* El sentido copulativo de la expresión contenida en el RH (art. 5.º, segundo), “de dominio y uso público”, no nos concierne, porque, conforme al art. 3442.º del C. c., el régimen al que hemos de remitirnos no distingue para unos y otros y, en lo que aquí interesa, una disciplina diferente.

Por tanto, a pesar de que los titulares de la propiedad de los terrenos sobre los que exista la servidumbre tengan la condición de terceros hipotecarios y no se halle aquélla inscrita, su ejercicio puede hacerse efectivo y aquéllos no pueden oponerse.

Pero, además, es que no son terceros, porque, evidentemente, carecen de la *buena fe* que les exige, para beneficiarse de la fe pública registral, el propio artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

V. TIEMPO, MODO Y FORMA DE PROCEDER

Vamos a agrupar aquí unas breves consideraciones sobre lo que, en términos generales, podemos considerar como presupuestos de orden procesal de la actuación a seguir para obtener la efectividad del derecho de servidumbre de pastos en beneficio del común de ganaderos de P.

En primer lugar, a pesar de la naturaleza imprescriptible de los bienes comunales, como una consecuencia de la configuración legal de su naturaleza jurídica, y a la vista de la caracterización del artículo 183 de la Ley de Régimen Local, resultará que, por aplicación del artículo 55 del Reglamento de Bienes, las Corporaciones Locales no podrán recuperar *por sí* los comunales una vez transcurrido un año desde que se hubiere producido la usurpación, lo cual es una consecuencia de la aplicación de la *posesión de año y día* (art. 460-4.º del C. c.), no correspondiendo propiamente a este caso, pero que, en definitiva, no haciendo posible la recuperación por *actos de propia autoridad*, ni tampoco por procedimientos de efectación posesoria, dado el transcurso de más de un año desde 1961, y la falta de aptitud para la tutela interdictal de las servidumbres discontinuas y no aparentes, deja libre la vía del proceso petitorio correspondiente: es decir, el juicio declarativo que por su cuantía corresponda, no afectando, por otra parte, el tiempo al ejercicio de la acción por su naturaleza imprescriptible.

La competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria, sin que esto pueda suscitar problemas, a pesar de la Sentencia de 22 de septiembre de 1962, resolviendo el recurso contencioso-administrativo anterior, porque la materia es diferente y ello nos lo confirma alguna expresión de la propia sentencia y sin lugar a dudas el artículo 11 del Reglamento de Pastos.

Tratándose de bienes comunales, debe de intervenir en su defensa el propio Ayuntamiento, como se deduce lógicamente de su especial régimen jurídico. Asimismo, la Sentencia antes citada de 23 de marzo de 1957. Por ello, aunque los beneficiarios de tal derecho de servidumbre sean los ganaderos, corresponde la actuación al Ayuntamiento y no a la Hermandad Sindical de Agricultores y Ganaderos, cuyo ámbito, profesional y administrativo, no alcanza a sustituir al municipio en la titularidad de sus bienes y derechos. No debe, por otra parte, preocupar, para la efectividad del derecho que se trata de reclamar, el que se encuentre o no debidamente catalogado, pues esto no puede tener más que una eficacia interna, en relación con las disposiciones que establezcan la catalogación, pero no para producir consecuencias jurídicas que puedan alterar su propia naturaleza. En el mismo sentido hay que interpretar aquí la exigencia del artículo 35 del Reglamento de Bienes, respecto de su inscripción en el

Registro de la Propiedad, lo que, por otra parte, está de acuerdo con el artículo 5.º citado del Reglamento Hipotecario.

Por último, entendemos que estarán legitimados pasivamente ante el proceso que al efecto haya de promoverse, exclusivamente los propietarios de los terrenos gravados con la servidumbre, sin que sea preciso demandar también a la Junta de Fomento Pecuario, pues no existe entre ellos *litis consortio* pasivo. El artículo 11 del Reglamento de Pastos, al determinar la competencia, nos confirma en esta opinión y, además, las reglas que establece el propio Reglamento en orden a determinar las especialidades respecto del régimen común, de cada localidad o comarca (arts. 6 a 8 del Reglamento), nos indican, por analogía, que para la ejecución de sentencia, en su día, el propio Ayuntamiento o la misma Hermandad pueden gestionar, judicial o extrajudicialmente, su cumplimiento, dando conocimiento a la Junta de Fomento Pecuario, que, como elemento pasivo, nada puede, sustancialmente, objetar. Por otra parte, la vía de reclamación previa, en el caso de que la hubiera en este caso, ha sido suficientemente ejercitada.

CONCLUSIÓN

En virtud de todo lo expuesto y alegado, el Letrado que suscribe dictamina lo siguiente:

1.º El ordenamiento vigente, en materia de pastos, hierbas y rastrojeras, hace posible la coexistencia de la ordenación de la Ley y Reglamento de Pastos, y el régimen particular de que se trate, como el que existe en este caso debido a normas puramente civiles, que configuran una servidumbre personal de pastos sobre los terrenos en cuestión, con contenido semejante al de aquel régimen jurídico, y en beneficio del común de ganaderos, en orden al aprovechamiento de las hierbas, pastos y rastrojeras de los mismos, conforme a las disposiciones municipales correspondientes.

2.º Este derecho se puede hacer valer por el Ayuntamiento, actuando los intereses comunales a pesar de que el título de su constitución no se halle inscrito en el Registro de la Propiedad y, en cambio, tengan en él inscrito los propietarios de los terrenos su derecho de dominio, y todo ello aunque haya tenido lugar el expediente administrativo de exclusión de esos terrenos del régimen común de pastos en beneficio de sus propietarios, y a pesar de que el recurso contencioso-administrativo haya sido fallado en contra, pues esta es cuestión civil, de competencia exclusiva de los Tribunales ordinarios, cuya tutela puede actuar el Ayuntamiento en defensa de los bienes comunales, mediante el juicio declarativo ordinario que por su cuantía corresponda.

Este es mi dictamen que gustosamente someto a cualquiera otra opinión más autorizada.