

EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA PROPIEDAD SEPARADA RÚSTICA: REFERIDO A LOS TERRENOS *ONDAZILEGIS* GUIPUZCOANOS

Mikel M. KARRERA EGIALDE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad del País Vasco – Euskal Herriko Unibertsitatea

I. INTRODUCCIÓN

Una vez determinados los recursos excluidos de la apropiabilidad, queda delimitado el ámbito privado de actuación sobre las cosas. En este ámbito, la idea de propiedad constituye la inicial asignación de recursos a la persona, de lo que emana la importancia de cualquier forma de propiedad para la autorrealización del ser humano porque, en definitiva, la propiedad se estructura como actitud abstracta y potencial a disponer de las cosas que constituyen el objeto de los derechos.

Dentro de este espacio, la razón principal para iniciar este estudio deviene del afloramiento legislativo del régimen consuetudinario de la transmisión unitaria del caserío en el territorio guipuzcoano en el que se plasma una particular configuración jurídica que afecta a la asignación de esos recursos. En la articulación de la Ley de Derecho Civil de Gipuzkoa –Ley 3/1999, de 16 de noviembre-, entre los elementos del caserío se integran los terrenos *ondazilegis* conforme al artículo 151: *se entenderá por caserío el conjunto formado por la casa destinada a vivienda y cualesquiera otras edificaciones, dependencias, terrenos y ondazilegis anejos a aquélla, así como el mobiliario, semovientes y máquinas afectos a su explotación, si fuere objeto de ésta*. Esta disposición demandó, en primer lugar, explicitar el carácter de estos terrenos, habida cuenta de la indefinición jurídica existente sobre este término¹; ahora, lo que se requiere es el análisis sobre la constancia en el Registro de la Propiedad de esta práctica agraria y sus efectos.

Es conocido que la propiedad inmobiliaria ha generado en todo tiempo complejas situaciones de titularidad individual y comunitaria. En este terreno, el Registro de la Propiedad, más allá del papel de su función de defensa de las adquisiciones inmobiliarias y de la seguridad jurídica de las transmisiones y del crédito territorial, sirve también para conformar el régimen del suelo y la consolidación de las estructuras y configuraciones dominicales basadas en titularidades bien concurrentes bien colectivas que se manifestaban históricamente o que van revelándose modernamente.

Curiosamente, en ocasiones, las instituciones comienzan a cristalizarse y definirse en las leyes precisamente en el momento en que la realidad demuestra su inadaptación al resto del sistema jurídico e incluso su declive práctico y consideración de resto arcaico. En cualquier caso, la readaptación es premisa necesaria para reactivar la institución de su letargo secular y recolocar su función social en el ordenamiento vigente. Ciertamente, la institución tuvo su justificación en una economía rural de autoabastecimiento y debe adaptarse a una economía de planificación global de todos los recursos naturales y unas prácticas de explotación adaptadas a objetivos ambientales.

¹ Vid. KARRERA EGIALDE (2002).

El objeto de esta disertación se centra en el tratamiento registral del supuesto contemplado como propiedad rústica separada partiendo de la referencia a los terrenos *ondazilegis* -ondacilleguis- recogida en la práctica registral guipuzcoana. El Registro de la Propiedad, adoptando el sistema del folio real, se lleva por fincas en cuyo perímetro, delimitado por la línea poligonal de puntos cardinales, es posible en ocasiones distinguir un complejo de elementos cuya titularidad corresponde a diversas personas – titularidades separadas sobre elementos materialmente vinculados-. Desde esta consideración, conviene distinguir por un lado la propiedad inmobiliaria en su configuración objetiva –extensión vertical y horizontal-, y por otro la titularidad dominical sobre esa configuración objetiva –tipos de titularidad-. A su vez, ello lleva a distinguir y determinar como presupuestos necesarios, en primer lugar, la naturaleza del derecho -la complejidad de situaciones jurídicas que se derivan de los diversos aprovechamientos de los que es susceptible una finca exige determinar la naturaleza, extensión y condiciones de los derechos inscribibles²-; y, después, la naturaleza del objeto. A partir de esos presupuestos, hay que analizar la inscripción de los terrenos *ondazilegis* como una cuestión registral.

El desarrollo de la exposición se inicia con una reseña sobre los presupuestos necesarios que contextualizar la cuestión de los terrenos *ondazilegis*; se seguirá con las indicaciones sobre la práctica registral basada en la finca registral que, si bien en el plano horizontal su deslinde presenta escasos problemas, en la perspectiva vertical ha generado y siguen apareciendo controversias relativas a la configuración dominical; en los apartados finales se referirán los principales efectos y consecuencias de la inscripción registrada.

II. EL RÉGIMEN DOMINICAL EN LOS SISTEMAS CIVILES

Las soluciones prácticas y jurídicas al problema de la organización de la propiedad del suelo común y su función en la agricultura cantábrica atienden principalmente a la propia naturaleza del suelo. Los caracteres del suelo en la vertiente cantábrica revelan un relieve accidentado con valles pequeños y extensas zonas montañosas en el cual el modo de explotación se encauza directamente a lo práctico y provechoso. En base al criterio de utilidad, existen bienes y recursos que por sus propias peculiaridades y por razones naturales de aprovechamiento exigen fórmulas de explotación comunitaria; otras, en cambio, requieren necesariamente la propiedad individual o familiar. Estas características se conjugan con otros factores tanto económicos como ideológicos, derivados fundamentalmente de las presiones jurídicas del individualismo, que facilitan la consolidación de un régimen comunal o particular de explotación de los principales recursos naturales.

Desde el aspecto orgánico, además, los municipios rurales han ostentado características propias derivadas (a) de su propia fisonomía condicionada por sus propias posibilidades naturales; (b) de una actividad jurídica apoyada por normas consuetudinarias de espíritu propio; y (c) de la sobriedad de los recursos que exigen medios adecuados a cada caso para cumplir los fines propuestos. De este modo, lo que se denominan

² Entre las manifestaciones iniciales RRDGRN de 10 de marzo de 1878 y 4 de diciembre de 1879.

aprovechamientos comunales engloban un conjunto muy diverso de prácticas productivas y organizativas.

El tránsito de la explotación en común e indivisa a una explotación individual y parcelada es exigido normalmente por las necesidades de la propia comunidad social, indudablemente junto con otros factores y variables externos a la propia comunidad. Es por ello que la adecuación de las reglas de acceso a los bienes para su aprovechamiento genere una redefinición de los derechos reales que configuran el estatuto jurídico de las tierras comunales, que desemboca en una privatización tanto de la propiedad como del uso de los recursos naturales. Este proceso de patrimonialización de los bienes comunes o comunales por los municipios ha sido pulidamente abordado por los profesores NIETO (1964) y GARCÍA DE ENTERRÍA (1986).

Los conflictos entre las formas de propiedad colectiva e individual emanan del distinto modo de poseer y de aprovechar el bien. En el primero impera la efectividad, es decir, el aprovechamiento efectivo y real para sacar fruto a la tierra de tal modo que la titularidad no es esencial; en el segundo, por el contrario, impera fundamentalmente la validez, es decir, la defensa de la titularidad individual derivada del régimen liberal y del derecho del propietario individual consumado en la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. Es por ello que de las situaciones en que sobre un mismo bien recaen varios derechos emanan múltiples formas de régimen dominical que ahora se pretenden liquidar para reducir al mínimo la complejidad jurídica sobre un bien y simplificar la titularidad.

El Registro de la Propiedad no ha sido ajeno a ese proceso y como testigo privilegiado de la plasmación documental del patrimonio inmobiliario, se ha manifestado como un instrumento jurídico garante también de la propiedad consuetudinaria de la tierra. Al constituirse el Registro de la Propiedad como la institución destinada a tutelar la seguridad del tráfico inmobiliario, en él se inscribe y se publica el derecho de aprovechamiento que se tiene sobre el suelo a favor de su titular. Tal como ha expresado DÍEZ-PICAZO, frente a la idea de propiedad solitaria existe la propiedad gregaria en la que la propiedad vive dentro de una masa de propiedades conectadas.

1. El sistema civil guipuzcoano

Para abordar y aprehender cualquier cuestión o problema actual es necesario conocer y comprender su historia. Cualquier sistema de relaciones, sean personales o reales, se constituye por instituciones con origen histórico diverso en cada territorio y país. Los usos, las costumbres o las leyes que la sociedad establece conducen la forma de actuar de esa sociedad y los diferentes procesos económico-históricos. Estos aparecen como resultado actual y eslabón de futuro en la cadena de causas y consecuencias del largo sendero que ha recorrido y va a recorrer la sociedad. En definitiva, la realidad jurídica primordial y radical es la que surge de la misma convivencia y organización de los miembros de la comunidad social. Es una consecuencia natural del presupuesto universal de que donde existe una organización de convivencia se engendra un ordenamiento jurídico propio.

Dentro del sistema civil guipuzcoano relativo al régimen de propiedad de los recursos naturales, el presupuesto de partida es, en origen, la percepción de las utilidades de las fincas, lo que lleva a medidas de fraccionamiento de la explotación para conseguir un

uso integral y óptimo. En un territorio colonizado totalmente -caso guipuzcoano-, las prácticas de aprovechamiento de los recursos se apuran hasta el máximo de capacidad productiva mediante usos múltiples que son imprescindibles para garantizar la sostenibilidad de la explotación agraria y la pervivencia vital. De esta manera, la propiedad comunal es un apoyo de la pequeña propiedad privada, necesaria e imperiosa para muchos colectivos rurales. En principio, la apropiación individual de parcelas para su explotación agrícola no se extiende a los espacios de aprovechamiento ganadero y forestal que abarcan la mayor parte del territorio. Respecto de estas zonas, surgen prácticas comunitarias coordinadas que persiguen un aprovechamiento integral, exhaustivo y armónico del espacio que origina la creación de situaciones jurídicas que buscan formas de aprovechamiento adecuadas a las necesidades económicas y sociales de cada comunidad.

Tal como se ha señalado, en la regulación de las situaciones de propiedad las decisiones políticas que afectan al territorio guipuzcoano vienen moduladas por sus propias peculiaridades: (a) las singularidades geográficas con terrenos propicios, más que para usos agrícolas, para los recursos forestales y ganaderos; y (b) las particularidades económicas dirigidas a fomentar la actividad industrial. En este último sentido, el crecimiento del aprovechamiento individual viene exigido por la necesidad de carbón vegetal para las ferrerías y de madera para la construcción naval, lo que genera la detracción paulatina del uso colectivo de los espacios de aprovechamiento común.

En este contexto, surge la configuración de los terrenos *ondazilegis*. El insigne jurista guipuzcoano Pablo de GOROSÁBEL³ (1972: 184-185) reseñaba en 1868 que “por uno de los capítulos del reglamento formado por la provincia el año de 1738, los Ayuntamientos podían dar licencia a los vecinos particulares para plantar árboles en terrenos concejiles, utilizándose de ellos salva la propiedad de los mismos pueblos”⁴. A raíz de ello, la Juntas Generales de la provincia autorizan en 1797 “a los Concejos para distribuir entre sus vecinos los terrenos baldíos del común, a fin de poblarlos de árboles, con derecho de aprovecharse de los mismos. Los usufructuarios de semejantes terrenos debían pagar un moderado canon a los pueblos en reconocimiento de su propiedad, y quedaba salva la facultad de los segundos para recuperar los árboles pagando su valor a los plantadores”. Las reglas para la puntual observancia de las disposiciones precedentes fueron acordadas en Junta General de 1806, tras las cuales, sigue señalando el citado autor, “los pueblos se consideraron autorizados para conceder a los vecinos los terrenos concejiles baldíos, con el fin de hacer en ellos plantaciones de árboles y usufructuarlos. Semejante medio adoptado para la repoblación de los montes ha sido general en esta provincia, y de aquí viene el llamarse a estos terrenos con el nombre de *Ondacilleguis*, o sea aquellos en que solo el arbolado es de sus poseedores”.

Esta práctica de la plantación de árboles por los particulares en tierras de los concejos ha sido siempre problemática por cuanto, con el tiempo, los plantadores podían reclamar el suelo como propio. Es por ello que la reglamentación de tal práctica se proponga y se extienda en épocas en que comienza a escasear la madera y a preocupar la deforestación

³ Autor, entre otras obras, de la *Redacción del Código Civil de España, esparcido en los diferentes cuerpos de Derecho y Leyes sueltas de esta nación, escrita bajo el método de los Códigos modernos* (1832) y del *Examen de los principios del Derecho Civil español* (1834).

⁴ Sobre el Reglamento guipuzcoano de plantaciones de 1738, su fundamento, génesis, contenido y vigencia *vid.* AYERBE IRIBAR (2005).

del territorio, y se hace necesario abordar el problema de la repoblación forestal mediante medidas de promoción de plantaciones.

Es una manifestación de la rica variedad de situaciones jurídicas del suelo y que se presenta como una realidad preexistente a los intentos legislativos de clasificación de los bienes en comunes y propios. Una clasificación que, por su propia simplicidad y a pesar de su carácter posterior, no es capaz de recoger la amplia complejidad y multiplicidad que presenta la casuística de las formas de aprovechamiento y explotación⁵.

A pesar de que estas instituciones puedan recibir la calificación de anacrónicas, la realidad es que, si bien se trata de un fenómeno de arqueología socio-jurídica, aún está lejos de ser un resto fosilizado porque es algo vivo y paradigma supérstite de un especial modo de aprovechamiento de la propiedad colectiva, anquilosada y protegida en el sistema registral.

A los efectos que interesan en este trabajo, hay que destacar dos caracteres esenciales del régimen de estos terrenos *ondazilegis*:

(1) Estos terrenos aparecen vinculados a la casa como unidad funcional en el marco de los derechos y deberes sociales que la casa tiene en relación a la comunidad; es decir, no tiene virtualidad efectiva en base a los textos jurídicos, pero la base de su práctica se deriva de esa realidad social. Los derechos pertenecen a la casa y no al individuo lo que origina confusión respecto de su calificación y problemas en su transmisión cuando se hace constar de forma registral. Es lo que sucede con los terrenos *ondazilegis* porque registralmente constan como pertenecidos de la explotación agraria. En la jurisprudencia este tipo de situación: (a) se reconoce para el sistema civil navarro por la STS de 11 de diciembre de 1987 (RJA 9420): “derecho inmemorial de sortas del que los demandados eran titulares (Casa Errandonea), como los demás propietarios de cada Casa en el término de Arruiz y que consiste en el disfrute a perpetuidad del importe del 50 por 100 del valor de los aprovechamientos forestales existentes en las parcelas comunes y asignadas a cada Casa”; y (b) aparece referido al aprovechamiento en común de los terrenos comunales por la STS de 14 de diciembre de 1979 (RJA 4138): “los aprovechamientos de helechales solían vincularse a las familias, y se transmitían de padres a hijos en capitulaciones matrimoniales, llegando a reflejarse tales aprovechamientos en escritura pública e incluso a practicarse inscripciones en el registro, pero sin que tal comunidad en el disfrute privase a los terrenos de su condición comunal”. De modo análogo, el mismo planteamiento debe realizarse respecto del aprovechamiento parcelario y permanente de los comunales.

(2) El objeto del derecho se vincula, además, a los terrenos comunales, en los que la finalidad, como se ha reseñado anteriormente, se basa en la propia idea del aprovechamiento integral del recurso. En origen, la institución deriva de un modo de propiedad colectiva orientada al autoconsumo, en el cual el titular debe de mantener ese aprovechamiento para no alterar y conservar el propio recurso como objeto. De este modo la finalidad teleológica de la propiedad de los terrenos *ondazilegis* debe

⁵ La normativa sobre bienes de las entidades locales ha reconocido siempre el disfrute y aprovechamiento de los montes comunales mediante reglamentaciones locales tradicionalmente observadas.

manifestarse mediante la actitud activa de explotación connatural a la propia institución. De los diversos aprovechamientos constatados registralmente, salvo los forestales en que el arbolado se considera propiamente como capital, el resto aparecen vinculados al autoconsumo familiar de la explotación agraria a la que se vinculan, sin fines de mercado. De este carácter, se induce una presunción *–iuris tantum*, lógicamente- de que no se adquiere el dominio de un derecho de aprovechamiento sobre una tierra que es de propiedad particular.

Indagando en los sistemas civiles del entorno, la Compilación de Navarra regula la institución de los helechales. Conforme a su régimen, se permite un uso compartido del suelo común rústico adjudicando a un particular la producción de este aprovechamiento permitiendo el uso del resto del suelo -pastos, frutos, leñas, etcétera- al resto de vecinos. Es significativo que esta institución se extienda en la Navarra húmeda en las zonas limítrofes con Guipúzcoa; por otro lado, dentro del propio sistema civil navarro tiene el mismo nacimiento que la institución de las corralizas que afecta a la Navarra seca⁶. Entre sus parámetros de configuración, cabe destacar que (a) arraiga en la presunción de que las fincas denominadas helechales atribuyen a su titular el derecho de aprovechamiento del helecho como producción espontánea de los montes comunales; (b) por lo que hace a su contenido, para el titular se establece la prohibición de cerrar, plantar o sembrar en la finca, y para el propietario del suelo, impedir o perjudicar el aprovechamiento establecido a favor del titular; y (c) por último se prevé un régimen de redención y retracto en la forma establecida para las corralizas.

2. El sistema civil codificado

Los ordenamientos jurídicos siempre tienen un carácter complejo al estar formados por un Derecho propio y otro Derecho común, sin olvidar que, en el sistema civil guipuzcoano, la mayor presencia sustancial de ese Derecho común no es razón para menoscabar el valor cualitativo del propio.

El Código civil es el depositario del bagaje conceptual y la técnica del saber jurídico-privado (personalidad, capacidad, bienes, obligaciones, prescripciones, propiedad, sucesiones, etcétera) que luego irradia no sólo al sistema jurídico privado, sino a todo el ordenamiento porque acoge instituciones que mantienen primacía y centralidad en el orden jurídico global. Este sistema civil codificado se fundamenta en la ideología y marco político del Estado liberal. Ya antes de la redacción del Código Civil, se regula la propiedad liberal -Leyes Hipotecaria, Notariado, Propiedad Intelectual e Industrial, Aguas, Minas-, y el Código Civil se basa en (a) la propiedad como referente del ámbito de libertad de acción del individuo -Derecho de cosas-, y (b) la autonomía negocial -Derecho de obligaciones- de forma que la libertad de acción se materializa a través de la libertad de contrato y de autodeterminación de su contenido. Típicamente, en el Derecho Patrimonial -Derecho de Bienes- se reconoce el derecho de propiedad privada en interés de los particulares -libres facultades del propietario-, si bien limitado en su

⁶ La Compilación navarra, con independencia del origen histórico, tipifica la corraliza como “derecho parcial sobre finca ajena” o “comunidad indivisible constituida por la concurrencia de diversos titulares dominicales” de aprovechamientos distintos sobre la misma finca. Para el supuesto de los “corralizas constituidas sobre fincas de origen comunal se presume, a no ser que resulte lo contrario, que la propiedad del suelo corresponde al municipio” (ley 37), redimible a su instancia (ley 382.2) y con derecho de retracto prioritario (ley 446).

contenido, según las leyes, por la función social que debe desempeñar el derecho de propiedad -regulado, significativamente, por la legislación de ordenación territorial y urbanística, y de protección del medio ambiente-.

En el orden liberal, para el desarrollo de las bases y principios referentes al derecho de propiedad, junto a los caracteres de derecho absoluto, abstracto y perpetuo, la propiedad unifica todo el conjunto de utilidades de que los bienes pueden ser susceptibles configurando una propiedad individual libre, exclusiva y excluyente. De este modo, la codificación configura un derecho de propiedad de los bienes deudora de esa concepción liberal en la que el propietario tiene el pleno señorío sobre la cosa con todas las posibles utilidades que existan sobre la misma. Esencialmente, a los efectos de este trabajo interesa destacar:

(1) La unidad del aspecto objetivo: el dominio fundiario en el Código Civil se dota de una fuerza de gravedad para atraer a su ámbito todo cuanto en él queda comprendido – suelo y vuelo conforman una unidad⁷-. Se consagra el criterio de relación entre elemento principal y accesorio en el que el suelo se considera principal y lo construido o sembrado accesorio. Como toda regla general, aparece modulado por criterios de moderación: límites del artículo 350 CC, indemnización del artículo 361 y buena fe en las normas sobre accesión. Esta misma opción se manifiesta en la configuración de la accesión, la especificación y la conmixción como conflictos entre propiedades individuales en los que la solución general es favorable a la propiedad que se estima principal.

(2) La unidad del aspecto subjetivo: la propiedad codificada es propiedad individual. Este presupuesto se deduce principalmente del tratamiento otorgado en el Código Civil a las formas comunales. La comunidad de bienes se organiza sobre la base del condominio romano en el que la cotitularidad de la propiedad otorga a cada condueño *la plena propiedad de su parte y la de los frutos y utilidades que le correspondan, pudiendo en su consecuencia enajenarla, cederla o hipotecarla, y aun sustituir otro en su aprovechamiento* (art. 399 CC); consecuentemente, se articula la posibilidad de adquirir el dominio individual en cualquier tiempo mediante la acción de división de la cosa común (art. 400 CC). Por su parte, la comunidad germánica en mano común o compartida se manifiesta en supuestos discutibles como la comunidad hereditaria o la sociedad de gananciales.

En definitiva, se presupone que todos los aprovechamientos de la finca permanecen unidos y pertenecen a un único titular dominical. Es de sobra conocido, que se trata de un modelo introducido en un momento histórico determinado y que pretende superar otros posibles modelos históricos subsistentes. Entre esos modelos se encuentra la

⁷ En relación a los precedentes, la STS de 28 de diciembre de 1861 señala que el Decreto de 14 de enero de 1812 sobre abolición de leyes y ordenanzas de montes y plantíos y extinción de su conservaduría etcétera y el Decreto de 8 de junio de 1813 sobre varias medidas para el fomento de la agricultura y ganadería presuponen en los dueños el dominio tanto del suelo como del arbolado. Sin embargo, la STS de 28 de junio de 1860 no acepta el pleno y absoluto dominio sobre el terreno y niega la exclusividad de los aprovechamientos, es decir, acepta la coexistencia de varios derechos sobre un mismo bien. Es sintomático que la STS de 4 de junio de 1872 entienda que la posible relación enfiteútica es “casi incompatible con la propiedad unitaria liberal”.

distribución de los diversos aprovechamientos entre varios titulares, con un origen y justificación muy diferente.

Es así que la singularidad del derecho de propiedad codificado conforme a los criterios liberales parece eclipsar las situaciones de pluralidad de derechos sobre una misma finca. Reseña ALONSO PÉREZ (1999: 504) que el legislador cumplió dignamente pero no rigurosamente el imperativo de la Base 10 para la redacción del Código Civil porque “en alguna de ellas más cumplió con el derecho romano que con el derecho patrio, y a veces más con influencias foráneas – *Code Français* o las enseñanzas de Pothier- que con las del *ius proprium*”.

Sin embargo, por un lado, tanto la Ley Hipotecaria como el Código Civil protegen y regulan la división de los dominios útil y directo, y, por otro, sigue siendo posible mantener y diseñar múltiples fórmulas jurídicas tan complejas como las precedentes⁸. En el propio sistema civil codificado es posible defender la aceptación de la posibilidad de distinguir, primero, la diversidad de cosas sobre una misma superficie y, luego, la atribución de distinta titularidad sobre esas cosas:

(1) La premisa básica del artículo 350 CC es que *el propietario de un terreno es dueño de su superficie*, a partir de lo cual se otorga la facultad de realizar –*puede hacer en él*- las plantaciones que le convengan. El espacio sobre el suelo no es una cosa y no es objeto de propiedad y sólo se concede al dueño la facultad de utilizarlo, en su caso para obtener otras cosas –*plantaciones*- cuya titularidad dominical también adquiere. Naturalmente, reconociendo que en principio se trata de una parte integrante o prolongación que no constituye un objeto jurídico distinto, ello no es óbice para aceptar la posibilidad de romper esa unidad del objeto jurídico y configurar una situación en la que confluyen dos objetos diferentes con titularidades dominicales diversas.

(2) El artículo 398.4 CC dispone lo siguiente: *cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a alguno de ellos y otra fuere común*. Se acepta la posibilidad de que una cosa aparezca constituida como una unidad económica de elementos en la que la titularidad sobre cada elemento sea distinta⁹. Del mismo modo, en la propiedad horizontal –y complejos inmobiliarios privados- existe una titularidad plural sobre ciertos elementos y otra titularidad individual sobre otros elementos de una misma unidad global; otra cosa es que, en ese caso, ambas titularidades aparezcan entrelazadas de modo indisoluble.

3. El contexto del proceso desamortizador

La RDGRN de 3 de junio de 1927 indica que, “como un reflejo o supervivencia de antiguas organizaciones sociales, cuyos beneficiosos resultados sirven de orientación a

⁸ Para una visión historiográfica del carácter imperfecto de las relaciones de propiedad en la transición del antiguo régimen a las ideas liberales, *vid.* CONGOST COLOMER (2000).

⁹ Indica PÉREZ PÉREZ (1995: 214) que “cabe pensar que el art. 398,4º, puede referirse a la ‘cosa’ como unidad económica de elementos con titularidades distintas: la plural sobre unos y las privativas sobre otros, aunque vinculados todos ellos, voluntaria o necesariamente, a un fin económico que justifica la consideración conjunta y la aplicación a esta situación de las normas sorbe administración y mejor disfrute de la comunidad, excluyéndose la aplicación de las normas generales reguladoras de la disposición y división de las cosas comunes”.

la técnica jurídica actual, los bienes comunales y, entre ellos, las dehesas boyales son tipos de propiedad corporativa en los que las facultades correspondientes a los vecinos o habitantes de un pueblo, lugar o parroquia limitan y completan los derechos dominicales del Municipio, hasta el punto de haber sostenido que son cosas cuyo dominio no pertenece a nadie, verdaderos complexos de relaciones jurídicas, surgidas de la convivencia y vecindad, situaciones económicas en cierto modo independientes de los vínculos administrativos y, por lo que a derecho privado toca, bienes que no pertenecen a una persona moral ni a varios sujetos proindiviso”.

Ya en el antiguo régimen, la entidad municipal como ente separado de la comunidad vecinal, del cual en origen era simple expresión, comienza a regular el uso y aprovechamiento de estos bienes del común y, paralelamente, a despojar la titularidad vecinal de los bienes considerándolos, no como propios del común, sino como propios de la municipalidad, y consolidándolos como tales mediante el argumento del uso inmemorial. Expresión de lo indicado es la Real Orden 22 mayo 1848 (*Publ. Colección de Leyes... del ramo de Montes*, 1859, 184-186) que manifiesta como “la legislación administrativa vigente no reconoce la diferencia que se pretende establecer entre los montes del común de los pueblos y los del común de los vecinos”. Es decir, se acepta con normalidad que la titularidad y la gestión de los comunales recaen en los municipios como entes locales.

Luego se procede a la mudanza legislativa impulsada por el régimen desamortizador basada en razones que no es procedente detallar, pero que son discutibles, tales como el dominio eminente del Estado sobre todo el territorio, el derecho a cambiar la forma de propiedad o la mala administración de los municipios, unido a factores sociales como la presión demográfica que ante la escasez de tierras provoca una agricultura de carácter intensivo y la necesidad de ampliar las tierras de labor y realizar nuevas roturaciones.

Ciertamente, el deseo de desamortizar y poner los recursos naturales en manos de particulares contribuyó a la inseguridad del concepto precedente de bienes comunales y su determinación interesada a efectos desamortizadores. De modo explícito, el artículo 4 del Real Decreto de 10 de julio de 1865 (*Gaceta de Madrid* de 12 de julio) establece que para calificar el bien como comunal –para exceptuarlo de la enajenación- debe acreditarse el dominio del municipio –mediante los títulos originarios de propiedad o la correspondiente información posesoria tramitada en el juzgado- y el aprovechamiento libre y gratuito de los terrenos para todos los vecinos en los veinte años anteriores a la Ley de Desamortización General de 1 de mayo de 1855 (*Gaceta de Madrid* de 3 de mayo y 3 de junio). De esta manera, en el origen del concepto mismo de bien comunal, para mantener la cualidad de bienes comunales y no propios del municipio se exige su vinculación al aprovechamiento libre y gratuito por los vecinos, de forma que dejan de ser comunales y se convierten en propios desde el momento en que el aprovechamiento común se arrienda o se divide en suertes o se adjudica al mejor postor¹⁰.

¹⁰ Lorenzo de SANTAYANA BUSTILLO (1742): “son muchas las obligaciones y cargas de los pueblos: Para cumplir con ellas no hay pueblo que no tenga patrimonio. A éste comúnmente llamamos propios; porque sus caudales son propios del pueblo y se consideran como dote propia que se les ha señalado para sostener las cargas de la República”. *Vid.*, en las disposiciones normativas, RO 23 abril 1858 y RD 26 enero 1887; y en las resoluciones judiciales, las SSTs 17 febrero 1904, 24 febrero 1911, 26 octubre 1911, 24 diciembre 1911, 6 abril 1921, 10 abril 1933, 3 marzo 1934, 29 junio 1935, 14 febrero 1967, 14 junio 1968, 14 noviembre 1995 (RJ 8567). Entre los últimos trabajos doctrinales, COLOM PIAZUELO (2005).

Con este criterio, primero se elude y se niega la práctica consuetudinaria que cada localidad sigue en la administración de los comunales mediante repartos periódicos¹¹, y, luego, se genera su consideración de propios y la posibilidad de enajenarlos. Sin embargo, no hay que confundir la propiedad comunal y el libre acceso, ya que un bien puede ser de carácter comunal pero no ser de libre acceso¹². En todo caso, conviene recordar que la onerosidad de los aprovechamientos de los bienes comunales es una construcción de la moderna legislación local iniciada tímidamente a partir de la ley municipal del sexenio revolucionario de 20 de agosto de 1870, y artículo 75.4 de la ley municipal de 2 de octubre de 1877.

Esta situación lo que genera y beneficia es, entre otras cosas, la enajenación del aprovechamiento como cosa distinta del propio bien, basada en las diversas razones antes aludidas, y conforme a nuevos criterios en el aprovechamiento de la tierra tendentes a abolir los usos comunitarios e impulsar su privatización. Además, es favorecida por las disposiciones normativas sobre los bienes comunales¹³ y la indefinición de los derechos de los pueblos y del Estado en los comienzos del Registro de la Propiedad.

¹¹ Vid. RD sentencia 20 septiembre 1875: “que los acuerdos adoptados por el Ayuntamiento en uso de sus atribuciones, respecto a la distribución anual, por suerte, entre todos los vecinos, de la parte cultivable del monte Peña Caballero, con único y exclusivo objeto de hacer posible el cultivo y aprovechamiento comunal, no destruyen ni desvirtúan el carácter libre y gratuito de éste, sino que lo confirman, toda vez que ningún vecino es excluido del repartimiento, el cual varía todos los años, terminando cuando se levantan las mieses, aprovechándose entonces por los vecinos en común la espiga y pastos y constantemente la mitad de los terrenos vacantes”.

¹² La STS 17 de diciembre de 1905 concreta la siguiente clasificación: “Que todos los bienes de los pueblos pueden y deben agruparse en tres clases: bienes de propios, que son aquellos que, perteneciendo al pueblo, dan algún fruto o renta en beneficio del procomún, beneficio o producto que ingresa en las arcas municipales y figura en los presupuestos, pero que nadie en particular, ningún vecino aisladamente, puede usar; otra clase, bienes comunales o de común aprovechamiento, de los cuales cada vecino de por sí puede usar o aprovecharse gratuita y libremente, cuyos productos o rentas nunca entran, por consiguiente, en el Tesoro municipal, hasta el punto de que si se utilizan de modo que produzcan rentas o recursos aplicables a los gastos municipales pierden su condición de comunes para caer en la de propios, y una tercera parte, que consiste en los bienes que, aun perteneciendo a los pueblos, no sólo los pueden usar todos y cada uno de los vecinos, sino la generalidad de las personas, que no producen ni propiamente pueden producir ningún fruto o renta, aquellos, en una palabra que son de uso público”.

¹³ La Ley de montes de 24 de mayo de 1863 (*Gaceta de Madrid* de 28 de mayo) se refiere a la existencia de aprovechamientos vecinales legítimos, y su subsistencia en los casos de enajenación cuando ni las servidumbre ni los aprovechamientos *sean compatibles (sic) con la conservación del arbolado* (artículo 9, y artículo 77 del Reglamento de 17 de mayo de 1865 - *Gaceta de Madrid* de 28 de mayo-). Por su parte, la Ley municipal de 2 de octubre de 1877 (*Gaceta de Madrid* de 4 de octubre) reconoce la existencia de los bienes comunales y el derecho de todos los vecinos a participar en los aprovechamientos comunales; sin embargo, establece una disposición turbia conforme a la cual *los vecinos adquieren el pleno dominio de la parte de los aprovechamientos comunes les haya sido adjudicada* (art. 26.2).

Además, la calificación de los bienes comunales como bienes patrimoniales a efectos desamortizadores se refleja por un lado en la legislación hipotecaria¹⁴ y, por otro, en la interpretación conjunta de los artículos 343 y 344 CC.

En cualquier caso, la desastrosa situación generada por la desamortización es objeto de reconocimiento formal primero con las medidas de suspensión de las leyes desamortizadoras de 1855 y 1856 y sus disposiciones complementarias en lo referente a la venta de bienes inmuebles y derechos reales pertenecientes a los ayuntamientos y a las diputaciones¹⁵; y decisivamente con la derogación terminante de las leyes desamortizadoras -primero por el Estatuto Municipal de 8 de marzo de 1924 y definitivamente por la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935-.

En definitiva, si bien el proceso desamortizador incluye sólo los bienes propios de los municipios, por confusión o falta de prudencia –en el mejor de los casos- se enajenaron terrenos de aprovechamiento común, convirtiendo terrenos comunales en bienes de propiedad particular. De este modo se comprende la prevención del posterior artículo 24 del Reglamento de Hacienda Municipal (Real Decreto de 23 de agosto de 1924) al prever que la facultad de enajenar los bienes de aprovechamiento común se entiende limitada en todo caso al usufructo cuya cesión será indefinida o temporal, aunque en este caso renovable.

Este proceso de desmembramiento de los montes comunales y la alteración del régimen de los comunales se produce: (1) por la enajenación del bien, previamente fiado para la constitución de censos; (2) por la enajenación del aprovechamiento (a) “a perpetuo”, o (b) “a carta de gracia” con reserva del derecho a recuperar lo enajenado previa devolución del dinero recibido y el valor de las mejoras. En esta situación lo que sucede es que, en muchas ocasiones, la deficitaria situación de la hacienda municipal imposibilita dicha recuperación; y, paralelamente, la concesión del derecho de uso temporal fomenta la tendencia a que el beneficiario del aprovechamiento se considere titular permanente de un derecho pleno sobre el bien.

Estas operaciones son favorecidas por el sentido de propiedad individual haciendo que los vecinos defiendan un eventual derecho al reparto de la propiedad comunal en lotes particulares e individuales. Este egoísmo individual de los vecinos y el poco celo de las autoridades municipales contribuyen a la apropiación por los particulares del suelo de

¹⁴ (a) RD de 19 de junio de 1863: prevenciones respecto a la inscripción el dominio de los bienes y derechos reales pertenecientes al Estado y corporaciones civiles en los nuevos libros del registro de la Propiedad; (b) RO de 20 de junio de 1863: reglas que se han de observar para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los bienes y derechos del Estado, de las corporaciones civiles y del clero; (c) RD de 6 de noviembre de 1863: reglas para la inscripción de los bienes inmuebles y derechos reales que posean o administren el Estado y las corporaciones civiles y no se hallen exceptuados de la desamortización; (d) RO de 1 de febrero de 1864: mandando que se proceda por los alcaldes a la inscripción en los Registros de la Propiedad de todas las fincas que posean los ayuntamientos, así de propios como de aprovechamiento común.

¹⁵ Al amparo de la Ley de Autorizaciones de 2 de marzo de 1917, se dicta el RD de 3 de marzo de 1917 en el que se otorga autorización para (a) preparar la constitución de las haciendas locales (b) sobre la base de su patrimonio territorial; y la RO de 27 de mayo de 1917 sobre revisión de los expediente pendientes.

los arbolados y de los helechales¹⁶. En este sentido, señala AYERBE IRIBAR (2005: 589) que “grandes parcelas de arbolado, y extensos rastos destinados a la producción de helechos y árgoma, de propiedad particular, tenían un estado legal muy dudoso pues no habían sido adquiridos por compra, lo que ponía en tela de juicio su legitimidad, pues el carácter de ‘particular’ derivaba de que sus propietarios, o los que como tal se reconocían, los venían disfrutando sin interrupción ni oposición de nadie y eran reconocidos en propiedad mediante información posesoria. Y éste había sido el fin de muchos de los *Ondacilleguis* guipuzcoanos, terrenos en los que sólo el arbolado era de sus poseedores, pero nunca el suelo”.

De este modo se origina la aceptación de la continuidad de los aprovechamientos que se refleja en la RDGRN de 3 de junio de 1927 al declarar que “la jurisprudencia contencioso-administrativa ha sentado repetidamente que la propiedad de los bienes comunes ha de acreditarse con arreglo al Derecho civil, y no pierde tal carácter por los repartimientos vecinales, o por haber sido arrendado alguno de sus productos, o por la *enajenación de partes integrantes* de escaso valor”; y en la RDGRN de 16 de junio de 1932 que acepta distintas posibilidades de configuración del derecho de propiedad por comparación a los bienes comunales: “no se da un caso de copropiedad de las vecinos que en lo objetivo reúna los caracteres de la propiedad, distinguiéndose de ella únicamente por la pluralidad de sujetos, ni siquiera de comunidad de los demás derechos distintos de dominio, ni mucho menos de desmembración de éste en forma de propiedad dividida”. Posteriormente, las SSTS de 14 de abril de 1979 y 3 de octubre de 1994 aceptan la desafectación del dominio público únicamente del aprovechamiento pero no de la titularidad.

III. EL ACCESO DE LA PROPIEDAD SEPARADA AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

1. Los presupuestos registrales

La primera referencia de arranque es la determinación del soporte físico de las titularidades jurídicas reales inmobiliarias y se sitúa en la distinción entre finca material, definida en la conocida STS de 10 de diciembre de 1960, y finca registral, es decir, todo objeto jurídico con entidad para abrir folio en el Registro de la Propiedad.

El sistema registral parte de un presupuesto básico: la historia y el estatuto jurídico de cada finca se registra en una hoja particular –folio– de cada una (art. 243 LH). Lo que determina la cuestión de qué objeto tiene la sustantividad necesaria para tener este registro particular. Con este principio de especialidad, el sistema registral exige determinar, primero, la finca como base física y, luego, el derecho inscrito como dato jurídico: (a) siguiendo la RDGRN de 7 de enero de 1994, el principio de especialidad determina la descripción de la finca como medio indispensable para lograr la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral; (b) junto a la descripción de las fincas, el modo de llevar el Registro exige determinar de modo preciso el contenido, limitaciones, condiciones y rango del

¹⁶ Este tipo de hechos es denunciado por el ingeniero de montes Antonio GANUZA (1902) en su *Bosquejo Forestal de Guipúzcoa*. Ello genera numerosos conflictos entre pueblos, ayuntamiento y particulares, reseñados algunos por AYERBE IRIBAR (2005: 586-588).

derecho real configurador del régimen jurídico de la finca. En definitiva, la finca es la unidad permanente y estable que debe revelar con exactitud las modificaciones en sus condiciones físicas y económicas, y en su estatuto jurídico.

Luego, los presupuestos básicos o determinantes de la existencia de la finca registral se deducen de que, por un lado, cada finca tendrá un número diferente y correlativo o matrícula (art. 8 LH) para completar una lista o catálogo en el que se especifican los bienes para los fines registrales; y, por otro, la primera inscripción corresponde al dominio de esa realidad objetiva inmobiliaria (art. 7 LH). Por tanto, dato fundamental es la existencia de una titularidad merecedora de un tratamiento jurídico autónomo sobre un elemento inmobiliario definido como independiente. Es así que la normativa registral establece los requisitos descriptivos mínimos para la adecuada configuración de la finca registral, entre los cuales interesa destacar la regla primera del artículo 9 LH: *la naturaleza, situación y linderos de los INMUEBLES OBJETO DE LA INSCRIPCIÓN, o A LOS CUALES AFECTE EL DERECHO QUE DEBA INSCRIBIRSE, y su medida superficial, nombre y número, si constaren del título.*

Los derechos reales exigen, por naturaleza, objetivamente la existencia de un objeto sobre el que recaer y subjetivamente tener un titular. Por lo que hace al dominio inmobiliario, en palabras de VÁZQUEZ ASENJO (2005: 100), “el registro de la propiedad da fe de la identidad individualizada del objeto dominial; no da fe de simples datos de puro hecho, pero sí da fe de la finca registral como entidad jurídica”; señala el mismo autor (2005: 99) que los datos de puro hecho son “las circunstancias objetivas de situación o descripción exacta de los inmuebles sobre los que recae el dominio o derechos reales que se asientan en el folio registral”¹⁷.

En definitiva, la definición jurídica de finca material se caracteriza por constituir un objeto unitario de un mismo derecho dominical. Pero si bien el Registro sigue el sistema de folio real, no se positiviza ninguna definición de finca registral que establezca el criterio material u otros para delimitar el objeto de la institución registral. Por ello, tras analizar los diversos parámetros normativos, se deduce que la finca registral constituye un espacio delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente que puede ser considerado como objeto unitario de tráfico jurídico y sometido a una titularidad unitaria, que recaiga sobre un bien inmueble, y que sea susceptible de abrir folio registral.

¹⁷ STS de 17 de marzo de 2005: “El Registro de la Propiedad no está dotado de base física fehaciente, y la institución no responde la exactitud de los datos y circunstancias de hecho, ni por consiguiente de los demás datos descriptivos de las fincas (Sentencias de 13-11-1987, 1-10-1991, 26-11-1992, 3-2-1993 y 1-7-1995). El artículo 38 sólo establece una presunción ‘*iuris tantum*’ a favor del titular registral y por tanto no se trata de legitimación registral totalmente plena, ya que las inscripciones registrales no dan fe de las características físicas de los inmuebles que comprenden y prevalece la realidad extrarregistral distinta cuando resulta cumplidamente probada (Sentencias de 11-6-1991, 24-2-1993, 21-4-1993 y 22-2-1996). La identificación no se logra con la expresión que figura en los títulos presentados en el pleito, ni con la de inscripción registral, ya que se requiere que las fincas se determinen de modo preciso sobre el terreno y por sus linderos y este requisito identificativo es esencial para que puedan prosperar cualquiera de las acciones del artículo 348 del Código Civil (Sentencias de 1-2-1993 y 8-10-1994)”.

El bien inmueble por excelencia es la tierra en su acepción de suelo: *son bienes inmuebles las tierras, edificios, caminos y construcciones de todo género adheridas al suelo* (art. 334.1. CC). Aplicando el artículo 334 CC a la configuración de los terrenos *ondazilegis* tenemos que:

(1) El objeto sobre el que recae el derecho tiene consideración de bien inmueble: *los árboles y plantas y los frutos pendientes, mientras estuvieren unidos a la tierra o formaren parte integrante de un inmueble* (art. 334.2 CC).

(2) El propio derecho tiene consideración de bien inmueble: *las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre inmuebles* (art. 334.10 CC).

Por tanto, su propio carácter de bien inmueble hace que sean inscribibles. De entre estos bienes inmuebles, el artículo 44.6 RH considera como verdaderas fincas a las concesiones administrativas y cuando afecten o recaigan sobre bienes inmuebles se inscribirán conforme se detalla en los artículos 31 y 60 y siguientes del Reglamento Hipotecario. En este supuesto, se distinguen la concesión y la base territorial sobre la que recae, de tal modo que tanto una como otra pueden generar una finca registral. En tal caso, lo que se inscribe es el derecho otorgado al concesionario de utilizar el terreno durante el plazo y el modo determinado en el título constitutivo, y no el derecho dominical sobre éste, entre otras razones porque se encuentra fuera del comercio privado.

Además de la argumentación propia anterior, hay que señalar que la inscripción de la propiedad separada no es una cosa peculiar porque semejante configuración técnica, es decir, elementos que pueden desvincularse de la finca de que proceden y son susceptibles de un tratamiento jurídico propio e independiente, se construye para otro tipo de aprovechamientos. Caso paradigmático son los aprovechamientos urbanísticos previstos desde la Ley 8/1990 y declarados inscribibles por el art. 307.5 de la Ley del Suelo de 1992; el desarrollo de su ordenación se prevé en los artículos 33 a 44 del RD 1093/1997 por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el registro de la propiedad de actos de naturaleza urbanística.

Es así que la delimitación del concepto de finca registral no se realiza mediante su identificación con la finca material, funcional o catastral, incluso prescinde de la distinción entre bienes muebles e inmuebles. Por ello, en el ámbito registral únicamente es posible detectar aquellos bienes que son registrables y los que no lo son. En este sentido, resulta significativa la definición de finca registral que ofrece ROCA SASTRE (1995c: 117-118) basada en un criterio descriptivo y detallado que recoge los supuestos contemplados en los artículos 8 LH y 44 RH y preceptos concordantes.

En definitiva, la normativa registral acepta que haya multitud de peculiaridades tipificadas o fincas registrales especiales:

(1) La finca funcional: aquella que se inscribe en función de su destino (arts. 8.2 LH y 44.2), es decir, constituye una unidad registral que engloba fincas materiales y elementos incorporados para obtener su función económica. Una especialidad se encuentra en la comunidad funcional de aguas, regulada en los artículos 66.6, 7 y 8 RH, que contempla la posibilidad de inscribir en el folio de la finca otros bienes afectos a la misma. Es una modalidad de configuración técnica y funcionamiento que podría ser referente para la ordenación de los terrenos *ondazilegis*.

(2) La finca consorcial, cuyo caso paradigmático es el régimen de la propiedad horizontal. Esta configuración jurídica no encaja ni en el esquema de las titularidades individuales, ni en el de la comunidad por cuotas. Por ello, el inmueble no se inscribe a favor de todos los propietarios como cotitularidad por cuotas, sino que cada propietario inscribe su respectivo objeto complejo de piso y participación respecto del inmueble.

(3) La finca concesional, constituida a partir del aprovechamiento derivado de una concesión administrativa y que se configura como finca registral distinta de la originaria extensión de terreno delimitada por sus puntos cardinales. En estos casos, estima LACRUZ BERDEJO (2001b: 65), que “los derechos llegan a tener la condición de *cosa*, y concretamente de finca, en el Registro”. De las concesiones administrativas inscribibles, se estima que han de ser las que constituyan un elemento básico de una organización económica y que implique un uso o aprovechamiento excluyente y duradero de elementos territoriales. Es lo que ocurre en el funcionamiento técnico de los terrenos *ondazilegis*.

Principalmente, hay que atender a la repercusión práctica y jurídica de la configuración de la finca funcional sobre la constancia de los terrenos *ondazilegis*. En la práctica jurisprudencial registral, la RDGRN de 24 de noviembre de 1876, respondiendo a una consulta proveniente de Guipúzcoa relativa a la inscripción de los caseríos como una sola finca, señala que pueden inscribirse bajo un solo número y como una finca las pertenencias o piezas de terreno agregadas o dependientes de los caseríos siempre que constituyan con éstos un solo cuerpo de bienes, a pesar de que los referidos pertenecidos se hallen separados entre sí y carezcan de linderos generales. En el mismo sentido, la RDGRN de 30 de septiembre de 1922 indica que los principios fundamentales del Registro de la Propiedad se refieren directamente a trozos superficiales deslindados, y comprenden, dentro de la finca determinada en forma hipotecaria, tanto las partes naturales del suelo como los cuerpos orgánicos y mecánicamente unidos al mismo, mientras constituyan una parte integrante del inmueble. Y destaca la RDGRN de 11 de abril de 1928 que cada parcela debe inscribirse aisladamente o como parte integrante de una entidad superior, y queda sometida a los derechos reales que se constituyan o modifiquen en los asientos extendidos bajo el número correlativo.

Sin embargo, esta posibilidad de crear fincas funcionales queda matizada. En este sentido, las RRDGRN de 20 de octubre de 1947 y 29 de octubre de 1977 determinan que, si bien la práctica registral no ha exigido una prueba formal de la conexión económica o unidad orgánica de explotación, no hay que dejar de afrontar el riesgo de encomendar al arbitrio de los interesados el acceso registral de las fincas y su configuración hipotecaria. Por ello, el hecho de que las porciones se encuentren en el mismo término municipal, que pertenezcan a un solo dueño o que éste les dé la misma denominación no son criterios suficientes para determinar la existencia de una unidad orgánica de las fincas.

En cualquier caso, la existencia de una casa de labor principal al cual subordinar otras fincas materiales ha sido un elemento relevante y normalmente suficiente para configurar una finca registral discontinua materialmente pero vinculada orgánicamente. Se trata de un criterio que acepta la habitual práctica que por costumbre otorga el mismo tratamiento a todas las figuras de explotación que históricamente se han desarrollado en torno a los cortijos, las masías o los caseríos. Por ello, ser parte de una finca funcional es un referente destacado para determinar físicamente el alcance objetivo de la titularidad del aprovechamiento de los terrenos *ondazilegis*.

2. La inscripción registral de la propiedad separada

Un elemento determinante de las situaciones de propiedad separada es la susceptibilidad de ser inscrita en el Registro de la Propiedad con arreglo a la legislación hipotecaria. Para esta labor, hay que partir de una primera diferenciación: (1) las situaciones en que concurren un dominio útil y otro directo sobre una finca en los cuales existe una unidad de objeto que comprende el suelo y el vuelo -el supuesto más claro y tipificado es el de la enfiteusis previsto en el artículo 377 RH¹⁸-; y (2) las situaciones en que existe una finca con divergencia de objeto: por un lado el suelo y por otro el vuelo.

Luego, hay que pasar a distinguir entre:

(1) El vuelo como elemento integrado pero separable, es decir, un derecho en el vuelo -a la plantación-. Esta situación precisa de la previa inscripción del terreno -suelo- en que radica el vuelo para verificar la de éste como objeto de negocio jurídico¹⁹. En definitiva, a la inscripción del vuelo ha de preceder siempre la del suelo, sin cuyo previo requisito no es posible extender aquélla.

(2) El vuelo como elemento separado y objeto de derecho, es decir, un derecho de vuelo o a su aprovechamiento con facultad de plantar y replantar²⁰.

En este punto, que el terreno sea parte integrante de una finca funcional no cambia la naturaleza de la cuestión porque en el sistema de folio real, cada parcela debe figurar inscrita bien aisladamente, bien como parte integrante de una superior identidad. Sin embargo, hay que proceder a analizar la posibilidad de abrir dos folios correspondientes a la misma parcela, pero con dominio separado, con la matización de que no se trata de inscribir un derecho como finca²¹, sino la finca sobre la que recae el derecho de dominio del vuelo con independencia de que se inscriba el derecho dominical -sea público o privado- sobre el suelo.

En este sentido, hay que recordar que la diversidad de situaciones jurídicas relativas a la propiedad inmobiliaria han sido recogidas paulatinamente por el Registro de la Propiedad y que se han referido anteriormente: las fincas funcionales, consorciales y concesionales. Todas ellas encuentran su justificación en la necesidad de clarificar el acceso al Registro de situaciones jurídicas derivadas de realidades sociales y económicas complejas.

¹⁸ Como declara la RDGRN de 30 de julio de 1908, siempre se ha procurado la inscripción de la propiedad aforada y de las facultades que emanan, pero exigiendo la inscripción previa de la propiedad de la finca -suelo-.

¹⁹ Entre los pronunciamientos iniciales en este sentido, RRDGRN de 12 de junio de 1863, 22 de febrero de 1864, 23 de marzo de 1864, 4 de noviembre de 1867, 22 de julio de 1874 y 30 de julio de 1874.

²⁰ En un supuesto análogo, la RDGRN de 289 de enero de 1871 acepta la inscripción de la posesión del Estado de los aprovechamientos de pastos y arbolado a su favor porque no perjudica a los que tengan o puedan tener mejor derecho a la propiedad de los terrenos hayan inscrito o no su título.

²¹ Supuesto planteado en la RDGRN de 7 de octubre de 1963 en que se otorga virtualidad inmatriculadora que abre hoja o folio a un derecho de hierbas, agostadero y espigas -calificado posteriormente de derecho real limitado de servidumbre-.

En la comunidad *pro diviso* la finca se configura mediante la división en aprovechamientos cuya titularidad exclusiva corresponde a personas distintas, de tal modo que el derecho de cada titular tiene un objeto distinto –el aprovechamiento correspondiente-. En estos casos, como señala PÉREZ PÉREZ (1995: 198-200), “no hay un objeto común, sino objetos independientes, aunque relacionados porque todos los aprovechamientos se ejercitan sobre el mismo suelo (...). Cada cotitular tiene un aprovechamiento concreto, perpetuo o indefinido en el tiempo, y la facultad de disposición del mismo, por lo que ese aprovechamiento es una verdadera propiedad”.

En las posiciones jurisprudenciales sobre su naturaleza, la STS de 9 de marzo de 1893 estima inicialmente que se trata de una verdadera copropiedad: “no puede menos que reputarse como copropietarios de cosa común al que tiene el derecho de siembra y a aquel a quien pertenece el arbolado, ya porque éste se halla adherido al terreno y no puede subsistir separado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados”. Luego, la STS de 6 de julio de 1920 reputa que es una relación jurídica análoga a la comunidad de bienes, por tanto distinta de la copropiedad. Finalmente, la STS de 8 de abril de 1965 evalúa que no puede calificarse de copropiedad, sino más bien de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa –terminología francesa- o de propiedad dividida –según la técnica alemana-.

En cualquier caso, se trata de situaciones que se cuelan por el cedazo del nuevo sistema dominical codificado y que exigen su adecuación al Registro. Cuantitativamente son casos peculiares que se han diluido en la maraña diseñada por el sistema codificado y las leyes desamortizadoras. El único modo de detectar los supuestos fácticos que han logrado adherirse al sistema registral pasa por una actualización del Registro de la Propiedad hoy día más posible que nunca por la mayor preparación técnica de los expertos –los registradores y personal técnico-, y por los medios tecnológicos disponibles –inimaginables en el momento del diseño del sistema registral inmobiliario-.

Entre las primeras Resoluciones de la DGRN se plantean los problemas derivados de las particularidades propias de esta organización de la tierra. Al mismo tiempo que se inscribe el derecho de propiedad sobre el vuelo, se viene a delimitar el suelo, creando una apariencia de inscripción de una parcela dentro de la finca funcional y otra apariencia de propiedad sobre el suelo que en realidad no existe. Hacer compatibles dichas especialidades dominicales con la nueva legislación hipotecaria ha sido una labor que se manifiesta desde los inicios del sistema registral vigente. En principio, la práctica registral se decanta por defender las especialidades jurídicas de los distintos territorios y es partidaria de la inscripción de la propiedad fragmentada²².

La inscripción de los derechos de propiedad y otros reales cuando se carecía de documentación se encauza por la técnica de las informaciones de posesión para permitir acreditar la posesión en un primer momento y, luego, la titularidad del bien. Sin embargo, la RDGRN de 30 de septiembre de 1874 es consciente de que algunas

²² *Vid*, las RRDGRN de 7 de diciembre de 1863 sobre inscripción del usufructo foral navarro; de 1 de febrero de 1877 donaciones aragonesas; de 7 de abril de 1865 sobre testamentos aragoneses; de 27 de enero de 1864, 3 de junio de 1870 y 27 de noviembre de 1882 sobre aguas; de 8 de julio de 1878 sobre minas.

técnicas, como las relaciones juradas presentadas por los interesados en registrar su derecho, pueden ser una fuente de abusos y fraudes en perjuicio de los verdaderos propietarios. En este ámbito, las inscripciones registrales se manifiestan como instrumentos de defensa de configuraciones dominicales basadas en derechos concurrentes, y lo importante es hacer constar la vinculación real de cada propiedad separada con el elemento objetivo compartido.

3. La inscripción de los terrenos *ondazilegis*

3.1. *La inscripción del terreno ondazilegi*

En el Registro de la Propiedad subsisten indefiniciones notables relativas a la especificación de los derechos inscritos, con la consiguiente inseguridad respecto al régimen jurídico de aplicación. Esta determinación debe realizarse no tanto en los regímenes generales de la propiedad como en las normas consuetudinarias y de uso que regulan el acceso a los recursos objeto del derecho. Las reglas locales que han establecido regímenes de acceso al uso de los recursos en terrenos comunales han manifestado históricamente una gran capacidad de adaptación a las situaciones cambiantes que genera una estructuración propia de derechos de propiedad que no debe identificarse precisamente con indefinición de los derechos; en suma, la figura tiene un remoto origen histórico pero regulado por costumbre propia y vigente por notoria - mediante la publicidad registral-.

Para tal tarea, conviene apelar a la flexibilidad de las normas hipotecarias, y al buen hacer de los registradores, atendiendo especialmente al artículo 3 CC cuando establece que las normas deben interpretarse según sus antecedentes, en relación con su contexto y acomodándose a la realidad social del tiempo de su aplicación, atendiendo siempre a su espíritu y finalidad.

En estos momentos no es oportuno definir y determinar la verdadera naturaleza de esta configuración jurídica. Sin embargo, es de interés subrayar una peculiaridad de los terrenos *ondazilegis* cual es su origen comunal del suelo, esto es, la ordenación técnico-jurídica de las fincas *ondazilegis* tiene su origen en el régimen de los terrenos comunales en los que se ceden en perpetuidad aprovechamientos a algún particular²³. Ello descarta cualquier idea de cotitularidad o copropiedad sobre el inmueble –el suelo- que, si bien es común como soporte material del aprovechamiento, no lo es en su configuración jurídica.

En todo caso, la titularidad del derecho no queda vinculada a la condición de vecino y su inscripción en el Registro de la Propiedad presenta sustantividad propia al aparecer como pertenecido e integrante de una finca funcional²⁴. Además, si bien en origen sólo

²³ El profesor CILLÁN APALATEGUI (1959: 196) señalaba en su tesis doctoral que “al amparo de todas estas disposiciones la propiedad cambió de manos y de signo. Uno de los más característicos es aquel que se puede observar en las inscripciones obrantes en los Registros de la Propiedad, en las que muchas de las fincas arrastran todavía la denominación de ‘Ondacilleguis’ Que proclama su procedencia”.

²⁴ Una situación de contraste se presenta en la STS de 5 de abril de 1972 (RJA 1577) donde se plantea la existencia sobre terrenos comunales de un municipio y a favor de vecinos de un “derecho real *sui generis*” al cultivo de tierras, pastoreo, hacer leña, esparto, cal y arena. Se trata

se refiere al arbolado, en el proceso desamortizador se extiende a otro tipo de aprovechamientos, fundamentalmente del helecho. En la institución del *ondazilegi* se unifican las diversas situaciones surgidas de la enajenación de bienes y aprovechamientos comunales durante las guerras decimonónicas y la desamortización posterior. En la cualificación jurídica que tienen los terrenos calificados como *ondazilegi*, con origen en el antiguo régimen, se recoge un derecho patrimonial propio modulado por el uso y la dejadez de la organización municipal que surge del régimen constitucional. Por ello, hay que soslayar el historicismo y concretar la naturaleza y funcionamiento de las instituciones con base en su actual configuración y las relaciones que generan. En este aspecto, el Registro de la Propiedad recoge esa institución tradicional y ofrece las referencias básicas del contenido de su configuración.

En este punto, hay que referirse al hecho que motiva que los terrenos *ondazilegis* se integren entre los elementos del caserío: la situación registral de estos derechos caracterizada por la falta de uniformidad, claridad y precisión y por la amplia variedad de contenido. Luego, lo que interesa es interpretar la declaración recogida por los asientos registrales, y analizar la inserción de estas fincas y su estatuto jurídico en el sistema registral inmobiliario:

(1) Por lo que hace a la terminología utilizada, las expresiones más comunes se refieren a bienes “aplicados a la misma casería en calidad de ondacilleguis” o a “terrenos ondacilleguis de su pertenencia”; o son incluidos sin más en la lista de los “pertenecidos” de la casería como “ondacillegui”, “montazgo ondacillegui” o “usufructo ondacillegui”.

(2) En lo que respecta al contenido del aprovechamiento –disfrute y usufructo- del terreno se diferencian: (a) las referencias al arbolado, explicitadas en clase y número de árboles; (b) las referencias al helecho, en su totalidad o concretadas en el número de carros a extraer del terreno; y (c) las referencias a otro tipo de aprovechamientos como hierbas, hojarasca, árgoma o frutos de los árboles.

(3) En ocasiones se llega a explicitar la titularidad de los derechos: terreno ondacillegui en “que la propiedad pertenece a la villa y el usufructo al propietario”. En la descripción pueden llegar a distinguirse, por un lado, las “tierras que le pertenecen (al caserío) en toda propiedad” o terrenos propios de la casa, y por otro “las tierras de la clase Ondacillegui -o en ondacillegui- cuyo arbolado y usufructo total pertenece a dicha casa y el suelo al ayuntamiento”.

de un derecho a favor de particulares que incide sobre unos bienes del patrimonio común del municipio. Para su calificación, ALLI ARANGUREN (1988: 116) dice que la especialidad y peculiaridad de los aprovechamientos determina la existencia de una naturaleza pública en este derecho; por su parte NIETO (1964: 314) considera que se trata de un derecho real administrativo de goce con base en el artículo 47 de la Ley de Régimen Local, y de naturaleza esencialmente pública. En la jurisprudencia, la STS de 14 de junio de 1968 -comentada por Nieto (1969)- lo califica de derecho real administrativo de goce, y la STS de 28 de octubre de 1975 establece que el derecho de los vecinos es una “propiedad cuyo contenido es el aprovechamiento o disfrute por los miembros de la comunidad”; “independientemente de sus analogías con las categorías civiles de propiedad especial, puede configurarse como un derecho real administrativo de goce, a la vez que pertenecen al municipio o entidad los bienes sobre que recae como una variedad de los patrimoniales a tenor de lo preceptuado en los artículos 182, 183 y 187 de la Ley de Régimen Local). En suma, en este caso se trata de un gravamen real limitativo del dominio del municipio y es por ello que la Legislación de Montes lo considere como servidumbre.

(4) En otros casos se ha recurrido a la calificación de *propiedad del usufructo* de un terreno para omitir el término *ondacillegui* que previamente existe sobre el objeto en cuestión; de este modo, se diseñan y plasman expresiones del tipo “helechal cuyo usufructo le pertenece en propiedad”. En estos casos, la expresión es una clara manifestación de la existencia del supuesto de propiedad separada que se configura en los terrenos *ondazilegis*²⁵.

3.2. *La inscripción del terreno comunal*

Otra cuestión totalmente distinta, aunque conexas con la anterior, es la inscripción registral de los bienes de dominio público en general y comunales en particular -del suelo en definitiva-.

Como presupuesto de partida, debe señalarse que la inscripción de la propiedad del aprovechamiento no afecta ni al carácter original de la finca como bien comunal, ni sirve como fundamento para una desafectación tácita que provoque la mutación de su régimen jurídico. Luego, en el análisis del caso particular debe recurrirse al *iter* histórico, primero, de la propia finca; y, luego, del proceso de evolución de los bienes comunales.

Situados en este segundo campo, la discusión sobre la titularidad de los bienes comunales carece actualmente de consecuencias prácticas. En todo caso, parece conveniente reseñar las diversas teorías que han marcado las etapas de este debate: (1) la teoría de la titularidad vecinal de los comunales: los vecinos se organizan como comunidad germánica y ostentan la titularidad de los bienes; (2) la teoría de la titularidad compartida: el ente local pasa a ser titular de la nuda propiedad y la colectividad vecinal tiene un derecho real administrativo sobre los bienes; y (3) la teoría de la exclusiva titularidad del ente municipal: el municipio como entidad administrativa pasa a ser el titular de los bienes comunales aunque con la limitación de destinarlos al aprovechamiento vecinal, consolidada en el régimen local y confirmada en el artículo 12 de la Ley de Montes de 21 de noviembre de 2003.

Sin embargo, históricamente, la falta de inscripción de los bienes comunales ha provocado que, en ocasiones, el Registro haya actuado contra el carácter público de algunos bienes (PAREJO GAMIR: 1975). Por el contrario, se propicia la presunción de que no se adquiere un derecho de aprovechamiento sobre una tierra que es de propiedad particular.

Por lo que hace a su régimen registral, en su tesis doctoral PAREJO GAMIR (1975) demuestra que, en el régimen del dominio público, la pretendida nota configuradora de la no inmatriculación registral o publicidad posesoria en realidad no tenía ningún apoyo consistente y emanaba de un descuido producido al concentrar en el Reglamento Hipotecario de 1915 una serie de normas de fuente diversa que originó una transformación de la dispensa de inscribir –recogida en la normativa registral

²⁵ Si siguiendo a la literalidad fuese un verdadero derecho real limitado, la configuración jurídica más adecuada hubiese sido la de servidumbre personal de helechal, de modo semejante a las corralizas navarras, en cuyo caso cabría redención (*vid.* STS 12 julio 1988. comentada por ALLI ARANGUREN: 1988).

precedente- en prohibición. Actualmente, las referencias constitucionales de la institución del dominio público y los principios de su régimen jurídico han acarreado que se atribuya a su deslinde una trascendencia específica –acto administrativo peculiar y de especial relevancia en los bienes demaniales (art. 12.2 RH)-; y en esa tarea, la posible inmatriculación en el Registro de la Propiedad del dominio público – positivizada en la reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998 (Real Decreto 1867/1998)- se presenta como una técnica de protección cualificada con arreglo a su normativa especial y a las reglas sobre el acceso de los bienes y derechos reales al Registro de la Propiedad²⁶. Tal como reseña DÍAZ FRAILE (2002: 616), esa reforma del Reglamento Hipotecario culmina las tendencias legislativa y doctrinal favorables a la inscripción registral de los bienes de dominio público. El artículo 5 RH queda redactado como sigue: *los bienes de dominio público también podrán ser objeto de inscripción, conforme a su legislación especial*. De este modo, manteniendo su carácter de bienes de dominio público, los privilegios propios que por su propio carácter disfrutaban –estatuto propio exorbitante del civil- se complementan con la eficacia que otorga la publicidad registral²⁷.

En ese proceso histórico, la falta de inscripción de los bienes comunales no impide la posibilidad de la inscripción de los derechos sobre los aprovechamientos constituidos a favor de particulares. Lógicamente, la inmatriculación por los particulares de los terrenos *ondazilegis* como elementos de la finca funcional produce sus efectos registrales y queda salvaguardada por los Tribunales mientras no se declare su inexactitud. Ello tampoco impide que, en todo caso, el bien comunal mantenga sus caracteres de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Actualmente, la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas establece un régimen registral de obligatoriedad de la inscripción de los bienes ya sean demaniales o patrimoniales (arts. 36 ss.). Incluso los propios registradores pueden instar el inicio del procedimiento de inscripción de bienes en aquellos casos en los que haya constancia de la no inscripción de alguno de los bienes públicos de su demarcación. Además, en el régimen jurídico de los bienes de las administraciones públicas está siempre presente el interés público, por cuya razón se prevén cautelas suplementarias para proteger la integridad de los bienes y evitar cualquier usurpación.

La inscripción en el Registro de la Propiedad se practicará de conformidad con lo prevenido en la legislación hipotecaria y en la citada Ley. De esta forma, la inscripción de los bienes comunales en el Registro seguirá los procedimientos comunes o bien el procedimiento privilegiado de la inmatriculación del art. 206 LH –arts. 303-307 RH-, esto es, la certificación administrativa de dominio elaborada por la propia Administración. Por su parte, los montes catalogados de utilidad pública presentan un tratamiento especial tanto en su legislación sectorial como en la registral (art. 30 RH)²⁸.

La inscripción de estos bienes comunales no se halla contradicha por la presunción del artículo 38 LH, que en el caso de los terrenos *ondazilegis* protege la titularidad registral del derecho de vuelo, pero no la del suelo. Esto es, cualquier expediente de oficio sea de

²⁶ Sobre el régimen registral peculiar de los bienes públicos, *vid.* PAREJO GAMIR (2002).

²⁷ Por todos, PAREJO GAMIR (2002: 43-65).

²⁸ Por todos, PAREJO GAMIR (2002: 145-169).

deslinde o de reintegro posesorio del suelo no entra en contradicción con los asientos registrales y el régimen de protección de las titularidades publicadas.

3.3. *La cuestión de la inmatriculación conjunta o separada*

En la casuística jurisprudencial, se hallan supuestos de inscripción del derecho dominical sobre el aprovechamiento de hierbas, pastos y agostaderos sobre un terreno tras acreditar la posesión a título de dueño en expediente conforme al artículo 397 y 402 LH²⁹; de la posesión en concepto de dueño del arbolado, equiparado al título de dominio a efectos de ejercitar el derecho de retracto en caso de venta de la propiedad del suelo³⁰; del derecho de propiedad que existe sobre el vuelo de un inmueble³¹; “el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad”³².

Señala LACRUZ BERDEJO (2001a: 378-379), que en la propiedad dividida por aprovechamientos los titulares tienen la facultad de solicitar la inmatriculación del inmueble e inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad. Esta idea se manifiesta partiendo de una configuración jurisprudencial en la que cada titular tiene una propiedad exclusiva sobre su aprovechamiento y una copropiedad o comunidad sobre el inmueble³³. Por tanto, en esta concepción la solución técnica más adecuada es la previa inmatriculación del inmueble –el suelo- para la posterior inscripción de los derechos dominicales exclusivos sobre los diversos aprovechamientos que recaen sobre dicho inmueble. En este sentido, la doctrina dictada por la DGRN exige, reiterada y uniformemente, como requisito indispensable para la inscripción del vuelo (en la mayoría de los casos, del arbolado), la previa inscripción del dominio de la misma finca sobre la que radica, sin la cual no es posible extender la inscripción de aquél³⁴, salvo que sea a favor del Estado³⁵.

No es el caso que se plantea en la configuración jurídico-técnica de los terrenos *ondazilegis* donde, como se ha señalado antes, no existe propiamente ninguna situación de condominio sobre el inmueble –el suelo- de referencia.

Para la inmatriculación de la finca, el artículo 7 LH establece que la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los

²⁹ STS de 9 de julio de 1903, *JC*, t. 96, n° 25, pp. 140-147.

³⁰ STS de 27 de noviembre de 1906, *JC*, t. 105, n° 144, pp. 821-828.

³¹ STS de 9 de julio de 1988 (*RAJ* 5601).

³² STS de 23 de junio de 1998 (*RAJ* 4744).

³³ *Vid.*, asimismo, PÉREZ PÉREZ (2004: 201-204). Siguiendo esta configuración, ROCA SASTRE (1995b: 306) señala que “en el fondo del régimen de propiedad horizontal late una situación de comunidad *pro indiviso* en cuanto a la propiedad en sí del edificio y de un derecho exclusivo *pro diviso* de aprovechamiento del mismo a favor de cada partícipe. Lo que ha ocurrido es que en dicho régimen, este derecho *pro diviso* de aprovechamiento de una porción señalada del edificio, por obra del propio régimen, *se transforma* en un derecho de *propiedad privativa separada* de cada piso o local”.

³⁴ Entre las iniciales, RRDGRN de 12 de junio de 1863, 5 de septiembre de 1863, 22 de febrero de 1864, 23 de marzo de 1864, 4 de noviembre de 1867, 22 de julio de 1874, 2 de octubre de 1884 y 30 de julio de 1908.

³⁵ RDGRN de 29 de enero de 1871.

procedimientos generales regulados en los artículos 198 y siguiente de la Ley Hipotecaria, de modo que los titulares de derechos reales limitativos no pueden acceder al folio registral si previamente no existe el asiento dominical. En este caso, el derecho de propiedad puede inscribirse haciendo constar las facultades dominicales, pero habrá que citar a los demás titulares concurrentes, conforme exigen los artículos 201.3 y 4 LH y 278 RH.

En cuanto se trata de propiedades separadas, se plantea la cuestión de la necesidad de la inscripción en el mismo folio registral o la posibilidad de inscripción en diferentes folios.

Una sola finca material puede acceder al registro como dos entidades hipotecarias diferentes³⁶. En este caso, la realidad física se ve afectada por una dualidad jurídica que crea entidades diferenciadas: por un lado una finca comunal y por otro una finca particular no autónoma sino inserta en una finca funcional -en la práctica los terrenos *ondazolegis* aparecen como pertenecidos de un caserío con lo que la titularidad del terreno propiamente viene determinado por la vinculación a la titularidad de una casa-. De este modo, es factible la inmatriculación separada de cada uno, con las circunstancias expresadas en el art. 9 LH y 51 RH y con la conveniencia de detallar el contenido y límites del aprovechamiento, ya que no existe norma que imponga la necesidad de inscribir en un mismo folio los dos derechos dominicales, uno sobre el suelo y otro sobre el vuelo, de un mismo inmueble.

En estos casos, para mantener la finalidad que persigue el principio de folio real, la referencia recíproca del terreno es necesaria tanto para la conexión histórica como para la unidad económica de la finca funcional porque delimita un objeto registral no coincidente materialmente -una misma finca comunal puede englobar a varios terrenos *ondazolegis* de distintas titularidades-.

En cualquier caso, parecería más lógico, como solución extrarregistral, que la inscripción de los dos dominios se recoja en el mismo folio real³⁷. Un supuesto parejo lo recoge el artículo 377 RH, que podría alegarse por analogía, al establecer que “en el caso de hallarse separados el dominio directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito”.

Por lo demás, en la dinámica del derecho, los títulos para constituir, transmitir, modificar o extinguir los derechos son los generales (arts. 3 LH y 34 RH) y quedarán consignados del modo normal (art. 243 LH) y todo asiento quedará bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley (art. 1.3 LH)³⁸.

³⁶ Sobre la admisión de un sistema de pluralidad de folios registrales *vid.* ROCA SASTRE (1995b: 295-368).

³⁷ POVEDA MURCIA (1949: 167).

³⁸ La RDGRN de 7 de octubre de 1963 (*BOE* de 5 de noviembre; texto completo en *Anuario de la Dirección General* de 1963, pp. 59-63) deniega una solicitud del titular de un derecho de aprovechamiento inscrito de hacer constar una mayor cabida como resultado de una medición pericial de la finca por estimar que la primera inscripción de tal derecho no tenía carácter dominical y sostener que es un derecho real limitado de servidumbre. No entra a analizar el verdadero problema de la naturaleza del derecho del titular y es criticada por la doctrina, ya que todo asiento registral produce efectos mientras los Tribunales no declaren su inexactitud, por lo que el titular puede obtener la inscripción del exceso de cabida de la finca inmatriculada al ser

4. Los efectos de la inscripción registral de la propiedad del aprovechamiento

Tras constatar la existencia de estos derechos, procede analizar los efectos que han ido generando particularmente por su acceso al Registro de la Propiedad.

El Registro de la Propiedad, siguiendo a AMORÓS GUARDIOLA (1998), es una institución cuya finalidad típica, primaria y esencial es dotar de publicidad a determinados actos y situaciones jurídicas –la posibilidad de su conocimiento (elemento objetivo), no el efectivo conocimiento (elemento subjetivo)- lo que determina el valor fundamental de la publicidad registral en el marco de la publicidad jurídica en general y en la dinámica de los derechos reales inmobiliarios en particular por su eficacia oponible a terceros. De este modo, reseña el autor (1998: 92), “toda la historia del actual Registro de la Propiedad se debate o desenvuelve alrededor de esta idea de publicidad, o sea, de hacer fácilmente notorio a todos el estado jurídico y económico, en un momento dado, de una cosa, especialmente inmueble, y de los derechos constituidos sobre ella”.

La publicidad registral, como hecho jurídico existente y autónomo por sí mismo, se apoya en que, no las situaciones fácticas –datos de hecho-, pero sí las situaciones jurídicas inscritas son correctas y conformes con la legalidad tras la calificación del registrador. En general, como consecuencia de la publicidad registral: (1) se deriva el principio de legitimidad: el titular registral tiene legitimación para actuar; y (2) emana, no sólo la seguridad de los derechos subjetivos, sino primordialmente la seguridad del tráfico jurídico: el registro es un instrumento de publicidad para obtener esa finalidad última de seguridad en el comercio. En este sentido, la STS de 12 de diciembre de 1988 (RAJ 9428) declara que “a todos los efectos legales no existe más verdad sobre el dominio y demás derechos reales que la proclamada por el registro”; y la RDGRN de 5 de abril de 1983 (RAJ 2265) se refiere a la función –respecto del Registro Mercantil- de “atribución de veracidad a los actos y contratos que publica”. El profesor CORRAL DUEÑAS (2002: 17) reseña la “expresiva, aunque parezca exagerada, conclusión de que lo que no aparece en el folio de la finca es como si no existiera en el mundo”.

Particularmente, de la protección judicial de los asientos (art. 1 LH) emana el principio de legitimación registral que aparece plasmado en el artículo 38 LH. Este principio supone una presunción de veracidad –existencia y exactitud- *iuris tantum* de las declaraciones registrales³⁹:

(1) Sobre el contenido y titularidad del derecho (art. 38 LH): presunción de que quien aparece como titular en el registro lo es de conformidad con el Derecho civil para realizar actos de dueño. La publicidad de esta declaración refleja: (a) un ámbito positivo: declaración sobre la existencia del derecho y su contenido; y (b) un límite negativo: el titular no puede alegar diferente o mayor derecho que el inscrito, ni puede convalidar un derecho distinto del publicado⁴⁰. De este modo, la prueba de lo contrario

una mera rectificación procedente si se cumplen los requisitos que se exigen para llevarla a cabo.

³⁹ Ya en la STS de 9 de marzo de 1889 se determina la fuerza probatoria de la inscripción después de haberse formado *expediente de información posesoria*.

⁴⁰ Precisamente, la SAP de Guipúzcoa de 10 de febrero de 2003 (JUR 2003\115943), después de calificar el suelo como comunal por la prueba de su inclusión en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública –con la consiguiente presunción posesoria de la entidad pública- y frente a la

corresponde al que lo alega, derivando de ello una defensa cualificada ante posibles usurpaciones de derechos ajenos⁴¹.

(2) Al mismo tiempo, de la inscripción en el Registro emana una presunción de posesión pública, pacífica, ininterrumpida y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento⁴². De esta forma, el registro de los terrenos *ondazolegis* garantiza, en su caso, la adquisición del derecho manifestado, y evitar situaciones como la declarada en la STS de 23 de junio de 1998 (RAJ 4744) que admite aplicar la usucapión -en el supuesto concreto la usucapión ordinaria y *contra tabulas*- en favor del dueño del suelo para adquirir el derecho de vuelo sobre las fincas inscrito en el Registro de la Propiedad cuyo dominio pertenece a otro titular -que, por tanto, no es tercero hipotecario (*vid.* art. 36.3 LH)-.

(3) Sobre las cargas: para que surtan efectos contra terceros deberán constar inscritas (art. 13 LH).

(4) La protección tercer adquirente (art. 34 LH). Esta verdad y exactitud oficial es la misma tanto para el titular como para los terceros.

(5) Sostiene la jurisprudencia registral que el principio se extiende a los datos físicos: “sin prejuzgar ahora sobre el ámbito de la legitimación registral y su extensión a los datos físicos del inmueble contenidos en los asientos del Registro, ello no impide que en principio sus pronunciamientos sobre esta materia -según constante doctrina de este Centro- hayan de tenerse en cuenta, en tanto no sean desvirtuados o impugnados por quienes se sientan lesionados en su derecho” (RDGRN de 9 de abril de 1991 -RAJ 3140-). Por el contrario, en orden a la eficacia del Registro, la jurisprudencia, tras distinguir entre los datos de hecho y los datos de derecho, concluye que la legitimación y publicidad registral no alcanza a los datos de mero hecho porque el sistema registral se basa en datos reales pero no exhaustivos; sin embargo, realiza a su vez alguna matización a tal doctrina: (a) la inscripción es título que prevalece para determinar la entidad material de una finca en el régimen del deslinde; y (b) la inscripción de la finca preconstituye una prueba de los hechos -prueba confesoria y plena respecto del que lo estableció-. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal Supremo es dubitativa y

pretensión de una usucapión *secundum tabulas* de la propiedad exclusiva por el titular del terreno ondacillegui, declara que “lo que se transmite en los actos que tienen acceso al registro no es la propiedad de la finca, ni se dice que está gravada por un derecho real a favor de tercero, sino que lo que se transmite es precisamente el usufructo y el arbolado, al tiempo que se reconoce que la propiedad corresponde a un tercero, que es muy distinto”. Sin entrar a definir la naturaleza jurídica de la institución y su configuración técnica, deduce de las escrituras e inscripciones registrales que “la propiedad de los bienes es del Ayuntamiento, pero los particulares adquieren el derecho de usufructo de los mismos, así como el derecho de propiedad del arbolado que allí planten”.

⁴¹ Es pieza esencial para responder a las exigencias de que habla la STS de 8 de abril de 1965 (RAJ 2151): “para la delimitación de las respectivas facultades de cada uno de esos propietarios de diversos aprovechamientos sobre una misma finca, hay que partir de que, como unánimemente proclama la doctrina científica, lo mismo los casos de limitación, que los de desintegración o división de la propiedad, son excepcionales, y contrarios al concepto unitario de la misma y han de ser, por ello, debidamente probados”. Partiendo de ello, añade que “el ejercicio simultáneo y contrapuesto de dos derechos de propiedad distintos y concurrentes sobre la misma finca, exige una completa y perfecta delimitación de ellos, evitando colisiones y que el uno pueda invadir y hacer efectiva la anulación del otro”.

⁴² La RDGRN de 20 de febrero de 1891 señala que “inscrito a favor de D. (...), como aparece estarlo, el derecho de aprovechamiento de pastos, monte y bellota del terreno y arbolado (...), ese asiento debe surtir todos sus efectos mientras no se cancele y sea cual fuese el juicio que el Registrador tenga acerca de la procedencia o improcedencia del mismo”.

normalmente considera que el principio de legitimación no es aplicable a los datos físicos; sin embargo, algunas sentencias han admitido aplicar el artículo 38 LH a los datos físicos jurídicamente significativos (resumen técnico de la doctrina en la STS de 7 de abril de 1981 –RAJ 1524-)⁴³. Ciertamente, en el Derecho patrimonial la verdad siempre está expuesta a ser probada, y la descripción registral ha de considerarse prueba cualificada respecto de los hechos materiales -descripción de la finca-⁴⁴.

En suma, la propia inscripción delimita el objeto sobre el que recae, otorga la calificación jurídica del derecho y los efectos registrales oportunos.

5. La vigencia de la inscripción: la extinción del derecho y su constancia registral

Previamente hay que recalcar que la perpetuidad es la cualidad fundamental del derecho de propiedad para distinguirla del derecho de aprovechamiento. Sobre esta idea hay que matizar, en primer lugar, que la propiedad temporal en puridad no existe porque, como dice MONTÉS (1980), generalmente se produce bien por una cláusula de aplazamiento de la transmisión de la propiedad, o bien por la fijación de una cláusula –condición o término- resolutoria; es decir, como consecuencia del derecho de disposición. Y, en segundo lugar, como señala CUESTA SÁENZ (1988: 68 y 71), la perpetuidad no es absoluta e incondicionada por no corresponder al derecho en sí, sino a las facultades contenidas en el párrafo primero del artículo 348 CC. En este sentido, la perpetuidad -tendencia de la propiedad- se refiere a las facultades del propietario -el contenido esencial de la propiedad se refiere a la facultad de goce vinculada a un mínimo beneficio económico -, y no al objeto sobre el que recae.

La tendencia a la perpetuidad viene a significar que el derecho de propiedad se vincula a la existencia de la cosa misma –material y jurídicamente- sobre la que recae el derecho, y que responde al presupuesto básico de que no puede haber derecho real sin objeto. Esta perpetuidad matizada del derecho de propiedad genera que el derecho no se pierda por el no uso de la cosa. Sin embargo, la duración física de la cosa sí que determina la del derecho: éste existirá mientras exista la cosa, con independencia del uso. De este modo, hay que tener en cuenta que el no uso sí puede acarrear la pérdida de la cosa y la consiguiente desaparición del derecho por falta de objeto sobre el que recaer. Por tanto, es posible que la continuidad del objeto dependa de la actividad del titular -de su derecho de aprovechamiento-.

Partiendo de estas premisas, sobre la extinción por no uso hay que matizar: (a) respecto del suelo, que el no uso comunal no es suficiente para iniciar la usucapión por el propio carácter del bien; y (b) respecto del vuelo que la perpetuidad es un requisito natural del derecho de propiedad pero no necesariamente esencial -la perdurabilidad de la propiedad queda sometida a una eventual transformación en derecho de crédito a un equivalente económico u otras posibles causas de extinción-.

⁴³ Un análisis detallado del alcance de la publicidad registral sobre la descripción de las fincas en ROCA SASTRE (1995a: 543-551) y MORALES MORENO (2000: 61-138).

⁴⁴ Por contra, el Catastro tiene finalidad meramente contributiva, se basa en la mera finca material, obviando la idea de fincas funcionales y especiales, y se realiza por declaración unilateral interesada.

En origen los aprovechamientos que constituyen el contenido del derecho dominical sobre el vuelo de los terrenos *ondazilegis* son importantes para la vida agrícola y ganadera de los habitantes del lugar. Ciertamente, se trata de una institución originada y desarrollada dentro de una economía agrícola básicamente de subsistencia del propio cultivador que actualmente se encuentra superada; en el momento presente se estima que los cultivos han de ser racionales para que la explotación agrícola pueda competir en una economía de mercado, cada vez más liberalizada y globalizada. Además, la evolución del Derecho Agrario en los últimos años da a entender que la consideración de principal debe recaer en el aspecto más dinámico o activo, es decir, en la explotación efectiva, por lo que un eventual criterio importante de valoración deberá atender al destino o actividad económica principal de la finca, dentro de los principales, partiendo de que el suelo en sí mismo, al fin y al cabo, es una entidad física pasiva que requiere interactuar sobre él. En este sentido, la institución analizada ha de ser un instrumento jurídico que resuelva los intereses particulares de relevancia económica pero también los intereses públicos de explotación racional y conservación; especialmente desde que constitucionalmente toda la riqueza del país, en sus distintas formas, se subordina al interés general -exigencia legal del aprovechamiento racional de todos los recursos naturales con independencia de su titularidad-.

La facultad de percibir algunas utilidades de la cosa puede convertirse en requisito intrínseco para el mantenimiento del bien en sí, de tal modo que el no uso puede perjudicar y destruir esas utilidades y aprovechamientos, y en definitiva la propia cosa. En suma, la desaparición de la utilidad acarrea la del objeto mismo.

La causa principal de tal hecho puede derivar, aparte de otras causas ajenas –naturales o jurídicas-, de la propia responsabilidad del titular del derecho manifestada materialmente en el no uso de la utilidad y jurídicamente en el abandono. Es decir, el hecho de desvincularse de toda relación de aprovechamiento con la cosa –equiparado al abandono efectivo-, con independencia de considerarlo en su caso como renuncia del derecho de propiedad, incide de modo natural en la propia subsistencia del bien. De este modo, desaparecida la base objetiva necesaria del derecho real por incidencia de la voluntad negativa del propio titular, también desaparece el derecho dominical.

En este caso no se trata de que el poseedor y titular dominical del aprovechamiento se someta a un régimen de la propiedad en que se establezca la obligación de ocuparse del aprovechamiento y se sancione a la propiedad inactiva. El punto de partida se sitúa en una idea de propiedad activa por naturaleza, no por exigencia jurídica, de tal modo que la inactividad lleve necesariamente a la ineptitud para servir el destino asignado. Esto es, el total abandono durante un largo período de tiempo acarrea de modo natural la inexistencia biológica del aprovechamiento y consecuentemente del propio objeto de derecho real. Ciertamente, algunos aprovechamientos –por ejemplo el helechal- son de producción espontánea, y de difícil eliminación; más factible es el caso en que el aprovechamiento exige una actividad continuada y regular de mantenimiento artificial de la producción.

Complementariamente, hay que traer a colación el argumento teleológico a que responde la institución del *ondazilegi*: la técnica de los aprovechamientos colectivos y simultáneos está especialmente adaptada a la agricultura de subsistencia y a las situaciones de autoconsumo. Esta referencia constituye un mecanismo de prueba adicional a la propia falta de uso del bien porque permite atender a la propia actividad

de la finca funcional a la que se vincula el terreno *ondazilegi*. El concepto de pertenecido conlleva a la idea de funcionalidad, es decir, unidad de destino económico, unidad orgánica e idoneidad del uso a que debe destinarse en relación a una actividad económica conjunta a la que se subordina. El abandono propio de esta actividad superior englobadora es indicio cualificado de la falta de actividad en la explotación de los elementos individuales.

En definitiva, la prueba de la desaparición del bien por abandono conduce a la pérdida del derecho de propiedad sobre el aprovechamiento correspondiente⁴⁵, y en el plano registral a la extinción completa de la finca inmatriculada: la desaparición de la entidad hipotecaria es causa de cancelación de las inscripciones (art. 79.1 LH). Más que por la desaparición física o material de la finca, la extinción se refiere a circunstancias que afectan a las fincas especiales; casos paradigmáticos de esta configuración son la caducidad de las concesiones, la extinción del derecho de aguas o la destrucción del edificio en la propiedad horizontal.

Para terminar y relacionadas con la extinción del derecho dominical, conviene recordar las facultades atribuidas al titular del derecho de propiedad separada por la jurisprudencia:

(a) En primer lugar, el derecho de tanteo y retracto. En principio hay que señalar que esta facultad deriva de una norma consuetudinaria propia y notoria: “cosa conocida”⁴⁶. En el sistema civil común, la jurisprudencia acepta sin reparo el derecho de retracto en el régimen de la propiedad separada. Para ello aduce la analogía con la comunidad y busca la consecuencia jurídica de la refundición del dominio de la finca en un exclusivo titular, a pesar de usar una técnica jurídico-formal poco acertada porque la razón de la aplicación de la analogía no debe basarse en la equiparación de la propia situación con la comunidad, que puede ser también defendible, sino, como se ha recalado, en la identidad de la razón de la utilidad del retracto para consolidar el dominio pleno que como principio general persigue el Código Civil. De este modo, partiendo de la concepción de la propiedad del Código Civil, debe favorecerse la extinción de estas situaciones; por otro lado, el retracto de comuneros tiene como finalidad responder a los planteamientos económicos y agrarios modernos, lo que constituyen base suficiente para justificar, si no por aplicación del régimen de la comunidad, sí por aplicación analógica.

(b) En segundo lugar, la consolidación por acrecimiento o *vis atractiva* de cada derecho de propiedad sobre el resto; es decir, desaparecido el derecho de alguno, los demás amplían su derecho hasta consolidar la propiedad plena⁴⁷.

⁴⁵ Ideológicamente, responde a la filosofía de la ocupación del colectivismo agrario según Joaquín COSTA (1983: 13): “el derecho del tenedor o poseedor depende sólo del hecho del cultivo: al punto en que éste cesa, caduca y se extingue aquél (...). La tierra que, después de haber sido ocupada y laboreada mucho o poco tiempo, vuelve a quedar inculta, puede ser ocupada nuevamente por quien quiera, sin que al ocupante anterior le asista acción de ninguna clase para oponerse”.

⁴⁶ *Vid.* KARRERA EGIALDE (2002: 47, nota 109). Conforme al artículo 1.2 de la Ley de Derecho Civil Foral del País Vasco, “la costumbre que no sea notoria deberá ser probada”.

⁴⁷ La STS de 8 de abril de 1965 (RAJ 2151) declara que “el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos, de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones contenidas en el dominio, pero sin que, por esto aparezca uno como propietario y el otro como titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, sino que cada uno de los dos titulares es limitado por el derecho de otro, de manera que, desapareciendo el derecho de uno de ellos, el del otro se amplía sin más, para convertirse en propiedad plena, otra vez”.

VI. PROSPECTIVA

Para acabar este estudio, las referencias manifestadas deben llevarnos a plantear elementos de análisis para entrever o conjeturar las expectativas de futuro que presenta esta institución propia del sistema civil guipuzcoano.

En primer lugar, en el plano fáctico del régimen de tenencia en el territorio guipuzcoano, se constata: (1) por un lado que la mayoría de la provincia (el 83%) es de propiedad privada; y (2) por otro que la incidencia de los montes públicos (el 17% restante) es más acentuada en la margen colindante con Navarra, precisamente donde actualmente tienen su vigencia los terrenos *ondazilegis*. Esta situación se presenta como el resultado de la evolución histórica desde la propiedad colectiva a la propiedad individual y particular⁴⁸.

En su origen, el impulso de los terrenos *ondazilegis* es una opción de política forestal para optimizar el aprovechamiento íntegro de los montes y de los bosques dentro de los distintos regímenes de aprovechamientos de los bienes colectivos. Se trata de abordar un problema universal con soluciones propias y adecuadas a la realidad del momento; esto no quiere decir que esta opción jurídica sea original ni exclusiva de Guipúzcoa, porque semejantes o parecidas soluciones se encuentran también en otros territorios peninsulares. Hoy día, sin embargo, puede percibirse como una manifestación de la misma solución, o de un problema: el problema de la fragmentación jurídica añadida a la fragmentación física de las parcelas agrarias o forestales.

Algún principio de avance se puede extraer de la Norma Foral de regulación de los Montes de Gipuzkoa de 8 de julio de 1994 (*BO de Gipuzkoa* de 15 de julio). En su artículo 108 establece que *la administración forestal fomentará la agrupación de montes o terrenos forestales, públicos o particulares, con objeto de conseguir una ordenación en la planificación y gestión de carácter integral*; y en su artículo 109 que *cuando la mejor y más racional planificación y gestión del aprovechamiento de los montes o terrenos forestales situados en una determinada zona, aconseje alteraciones en el régimen jurídico de su propiedad, la administración forestal podrá promover de oficio la concentración parcelaria, que se llevará a efecto conforme a la legislación vigente en la materia. En todos los proyectos de concentración parcelaria se definirán las unidades de vegetación que deban ser conservadas*. Es decir, la agrupación de terrenos forestales para ordenar la gestión integral debe entenderse referida tanto a la fragmentación física como a la fragmentación jurídica -separación del vuelo y del suelo-, porque se recomienda a la administración forestal acometer las alteraciones en el régimen jurídico de la propiedad para racionalizar la gestión y el aprovechamiento de los montes y terrenos forestales.

Se trata de apostar por una política de estructuras amoldada a los criterios de explotación de los recursos naturales -criterios de conservación, racionalidad y solidaridad colectiva (art. 45 CE)-, lo cual requiere una postura valorativa sobre la funcionalidad de las prácticas tradicionales juridificadas. En principio, cualquier

⁴⁸ Sobre la evolución del bosque guipuzcoano en la Edad Moderna *vid.* ARAGÓN RUANO (2001) y AYERBE IRIBAR (2005).

instrumento jurídico que permita los cultivos arbóreos y las repoblaciones forestales debe ser, cuanto menos, conservado; y, en su caso, sustituido por otros que garanticen esos mismos criterios de explotación. En último término, la puesta en marcha del instrumento jurídico de la concentración parcelaria es algo que reclaman todas las parcelas agrarias guipuzcoanas, no solamente las forestales, para enfrentarse a la fragmentación física, y parece que su uso exclusivo para alterar el régimen de propiedad separada sólo en el ámbito forestal y sólo para acometer la fragmentación jurídica aportaría escasos resultados prácticos y sociales.

Los terrenos comunales siempre han estado bajo un ordenamiento formal o informal que regula el aprovechamiento del recurso. La supervisión del acceso a estos bienes y su uso da lugar a complejas situaciones que se adecuan a las circunstancias económicas y sociales de cada territorio, lo que genera una constante adecuación y adaptación a los nuevos factores socio-económicos; de ahí la necesidad de redefinir este tipo de propiedad.

A pesar de la larga etapa iniciada con el liberalismo a favor de la propiedad privada para el desarrollo del aprovechamiento agrario, se mantienen fenómenos jurídicos residuales que recogen una organización económica y social de los espacios agrarios surgidas en otras épocas y circunstancias, pero que acaso constituya vía alternativa, complementaria y válida para una explotación de los recursos naturales adecuada a las actuales circunstancias: globalización, medio ambiente, reforestación.

En todo caso, conviene ahondar en otro aspecto de la justificación de este tipo de trabajos de investigación. Ciertamente, los políticos (los legisladores) vascos parece que se sitúan en un plano de cuasi-olvido respecto del Derecho privado y civil, por lo menos de preocupación de baja intensidad. Los motivos alegables pueden ser diversos, tal vez, en la perspectiva más optimista, porque el sistema civil está muy bien consolidado y las cuestiones civiles se encuentran adecuadamente encauzadas. En todo caso, asistimos a una realidad social ineludible: de hecho, tras conseguir un Estado del bienestar donde las cosas públicas están decentemente organizadas y las luchas estrictamente sociales son muy sectoriales, las personas buscan su realización en su entorno más inmediato: el propio desarrollo de la personalidad, la filiación, la familia, sus bienes. Por ello, empiezan a reclamar respuestas concretas y eficaces a la que el legislador debe atender. Se trata en definitiva de una situación que no debe llevar a la precipitación, pero sí al estudio y al debate de todas esas posibilidades de actuación que tienen los poderes públicos -el poder legislativo y el poder ejecutivo especialmente- para enfrentarse a las nuevas exigencias de las personas sobre su entorno más inmediato.

Con esto se quiere manifestar que este trabajo muestra una realidad sectorial que para muchos es muy lejana e incluso desconocida, pero que para los afectados es muy inmediata y urgente. En este sentido, la razón del trabajo es responder a una situación fáctica y acercar esta realidad a los poderes competentes para valorar su incidencia, su importancia y su futuro, y a los agentes jurídicos para calibrar su configuración.

Esta última razón enlaza con las posibilidades de actuación sobre las realidades jurídico-civiles de los poderes públicos guipuzcoanos. Los datos trascendentales que deben recalcar desde el punto de vista de política legislativa son: la competencia en materia de montes, y la competencia en materia civil:

(1) Respecto de la competencia de la Diputación Foral de Guipúzcoa en materia de montes, conviene referirse, en primer lugar, al propio ámbito físico de la competencia, y, después, al ámbito competencial sustantivo. Un somero vistazo a la geografía guipuzcoana detecta fácilmente la realidad de que la mayor parte del territorio puede considerarse espacio rural (el 93% del territorio), en el cual predomina el monte, y en éste se practica casi exclusivamente la silvicultura, el cultivo del bosque. Esta impresión se confirma en las cifras estadísticas: el 60% del territorio guipuzcoano tiene un uso forestal arbolado. Junto a esta importancia cuantitativa, nadie duda ya del valor cualitativo del espacio rural para la sociedad como marco de desarrollo de funciones sociales -de distribución demográfica y de colonización del territorio-, económicas, medio ambientales y culturales -preservación de patrimonio cultural, histórico y arquitectónico-.

El responsable público directo de la gestión de ese 93% de espacio rural y de ese 60% de bosque y del cumplimiento de los valores cualitativos del mundo rural es el propio Territorio Histórico. La distribución competencial de la Ley de Territorios Históricos así lo avala, ya que, en lo que hace a la materia agraria, establece como competencias *exclusivas* de los órganos forales el régimen de los bienes provinciales y municipales, tanto de dominio público como patrimoniales o de propios y comunales; montes, aprovechamientos y servicios forestales y pastos, guardería forestal y conservación y mejora de los suelos agrícolas y forestales.

(2) Por lo que hace a la competencia civil, si bien previamente en el plano teórico habría que reseñar las consideraciones sobre la titularidad de la competencia -el órgano legislativo común vasco o los órganos legislativos forales-, en la práctica el protagonismo del impulso y la materialización ha corrido de cuenta de los órganos forales, aceptando que la culminación del *iter* legislativo recaiga sobre el Parlamento vasco. Esta competencia de la conservación, modificación y desarrollo de la legislación civil de los Derechos civiles preexistentes tiene, en estos momentos en Gipuzkoa, su principal campo de cultivo en la ordenación del caserío y del patrimonio familiar. Sobre este desarrollo, declara el Tribunal Constitucional (sentencias 88 y 156 de 1993) que la noción constitucional de «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento; permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquellos Derechos. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen *instituciones conexas* con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta, según los principios informadores peculiares del Derecho foral.

En definitiva, la materialización del régimen jurídico de los terrenos *ondazilegis* y las fórmulas de aprovechamiento a través del instrumento jurídico-técnico de la propiedad separada del suelo y del vuelo sólo puede venir de la preocupación de los poderes públicos guipuzcoanos.

Pero para la consolidación de esta configuración jurídica es indispensable la participación del sistema registral inmobiliario. En un primer momento para hacer aflorar esta realidad registral y después para su nítida constancia formal en la complicada cuestión de la coordinación entre datos físicos y jurídicos sobre situaciones que pueden parecer confusas. En este último sentido, como sintetiza VÁZQUEZ ASENJO

(2005), las posibilidades de las nuevas tecnologías deben orientarse a diseñar un sistema de trazo único o dato único territorial de diferentes capas de información sobre el mismo polígono geográfico, tanto en sentido horizontal como vertical, y con todos los datos materiales de hecho y de derecho que conforman el estatuto jurídico del inmueble.

Ello confluye además con otro objetivo perseguido largamente por los poderes locales: la recuperación y defensa de los bienes comunales de las usurpaciones en beneficio privado. En esta línea, reseñaba MARTÍN-RETORTILLO (1970: 178-180) que “todo lo que sea poner trabas para la defensa y recuperación de los bienes municipales, puede considerarse como constituyendo una nueva desamortización”. Con la defensa de los terrenos *ondazilegis*, el Registro de la Propiedad se ha manifestado, paralelamente, como un instrumento garante del propio dominio comunal.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALLI ARANGUREN, Juan Cruz (1988): “Naturaleza jurídica y redención del derecho de pastos sobre los bienes comunales a favor de los vecinos de otro municipio. Comentarios a la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 1988”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 6, pp. 109-122.

ALONSO PÉREZ, Mariano (1999): “La propiedad en el Código Civil”, en *Historia de la Propiedad en España. Siglos XV-XX* (coords. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenio Torijano), Madrid, Centro de Estudios Registrales.

AMORÓS GUARDIOLA, Manuel (1998): *La teoría de la publicidad registral y su evolución*, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.

ARAGÓN RUANO, Álvaro (2001): *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Donostia-San Sebastián, Aranzadi Zientzi Elkartea.

ARGUDO PÉREZ, José Luis (1992): “La transmisión hereditaria de aprovechamientos vecinales en el derecho aragonés y navarro”, en *I Congrès d’Historia de la Familia als Pirineus*, En valira, Centre de Trobada de les Cultures Pirinenques, pp. 261-266.

AYERBE IRIBAR, M^a Rosa (2005): *Servicio Forestal de Guipúzcoa (I). Desde los orígenes a 1925*, Donostia-San Sebastián, Diputación Foral de Gipuzkoa.

CILLÁN APALATEGUI, Antonio (1959): *La comunidad foral de pastos en Guipúzcoa*, San Sebastián, Publicaciones de la Excm. Diputación de Guipúzcoa.

COLOM PIAZUELO, Eloy (2005): “Los bienes comunales”, en *Derecho de los bienes públicos* (Dir. Julio V. GONZÁLEZ GARCÍA), Valencia, Tirant lo Blanch.

CONGOST COLOMER, Rosa (2000): “Sagrada propiedad imperfecta. Otra visión de la revolución liberal española”, *Historia Agraria*, nº 20, pp. 61-93.

CORRAL DUEÑAS, Francisco (2002): *La finca y sus modificaciones*, Valladolid, Lex Nova.

- COSTA, Joaquín (1983): *Colectivismo agrario en España II*, Zaragoza, ed. Guara.
- CUESTA SÁENZ, José M^a (1988): “Notas sobre la prescripción extintiva de la acción reivindicatoria”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo IV*, Madrid, Colegios Notariales de España, pp. 63-93.
- DÍAZ FRAILE, Juan María (2002): “La relación de los bienes comunales y de dominio público con el registro de la Propiedad”, en *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente* (coords. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenio Torijano), Madrid, Centro de Estudios Registrales, pp. 599-626.
- GANUZA, Antonio (1902): *Bosquejo Forestal de Guipúzcoa y Proyecto de organización del Servicio de Montes*, fuente documental en Archivo General de Gipuzkoa, JD IT 1858/1171.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1986): *Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, Ed. Estudio, Santander.
- GOROSABEL, Pablo de (1972): *Noticia de las Cosas Memorables de Guipúzcoa o descripción de la provincia y de sus habitantes; exposición de las instituciones, fueros, privilegios, ordenanzas y leyes; reseña del Gobierno civil, eclesiástico y militar; idea de la Administración de Justicia, etc*, tomo II, Bilbao, Ed. La Gran Enciclopedia Vasca, 3^a ed. Vid. formato electrónico en www.ingeba.euskalnet.net/klasikoa/noticia/marnotie.htm
- KARRERA EGIALDE, Mikel Mari (2002): *La propiedad separada del suelo y del vuelo: los terrenos Ondazilegi*, Donostia-San Sebastián, Diputación Foral de Gipuzkoa.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis (2001a): *Elementos de Derecho Civil III. Derechos reales: volumen segundo*, Madrid, Dykinson.
- (2001b): *Elementos de Derecho Civil III bis. Derecho Inmobiliario Registral*, Madrid, Dykinson.
- MALUQUER DE MOTES BERNET, Carlos J. (2002): “La consideración de los bienes comunales por la jurisprudencia a partir de la publicación del Código Civil”, en *Historia de la Propiedad en España. Bienes comunales, pasado y presente* (coords. Salustiano de Dios, Javier Infante, Ricardo Robledo, Eugenio Torijano), Madrid, Centro de Estudios Registrales, pp. 573-597.
- MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo (1970: 178-180): “Notas de jurisprudencia. Conflictos jurisdiccionales”, *Revista de Administración Pública*, nº 61, pp. 143-196.
- MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis (1980): *La propiedad privada en el Sistema del Derecho civil contemporáneo*, Madrid.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel (2000): *Publicidad registral y Datos de Hecho*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.

NIETO, Alejandro (1964): *Bienes comunales*, Madrid.

- (1969): “Bienes comunales: refundición del dominio forestal del suelo y vuelo (Sentencia de 14 de junio de 1968)”, *Revista de Administración Pública*, nº 60, pp. 125-132.

PAREJO GAMIR, Roberto (1975): *Protección registral y dominio público*, Madrid, Edersa.

- (2002): *Cuestiones hipotecarias de Derecho Administrativo*, Madrid, Colegios Notariales de España.

PÉREZ PÉREZ, Emilio (1995): *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.

- (2004): *La propiedad inmobiliaria, sus formas y su inscripción registral*, Barcelona, Bosch (2ª ed.).

PÉREZ-SOBA DÍEZ DEL CORRAL, Ignacio, y Miguel Ángel SOLÁ MARTÍN (2004): “La tragedia de los comunales: legalidad y realidad de los montes comunales en España”, *Revista Española de Estudios Agrosociales y Pesqueros*, nº 203, pp. 187-232.

POVEDA MURCIA, José (1949): “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, pp. 149-169.

ROCA SASTRE, Ramón M^a, y Luis ROCA-SASTRE MUNCUNILL (1995a): *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral, t. I*, Barcelona, Ed. Bosch.

- (1995b): *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral, t. III*, Barcelona, Ed. Bosch.
- (1995c): *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral, t. IV*, Barcelona, Ed. Bosch.

RUIZ DE LA CUESTA CASCAJARES, Rafael (1989): “De las belenas (etxeko’ artes) y de los helechales, en el Derecho foral de Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, nº 7, pp. 159-172.

SANTAYANA BUSTILLO, Lorenzo de (1742): *Gobierno político de los pueblos de España, y el corregidor, Alcalde y Juez en ellos* (Estudio preliminar por Francisco TOMÁS Y VALIENTE), Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1979.

VÁZQUEZ ASENJO, Óscar Germán (2005): “Efectos identificativos y descriptivos de la finca registral”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, nº 7, pp. 99-117.