

LOS GRAVAMENES DE LOS MONTES CATALOGADOS. DEFENSA POSESORIA Y DOMINICAL DE LOS MONTES^(*)

Por
SALVADOR GRAU FERNANDEZ
Abogado

SUMARIO

1. LOS GRAVAMENES DE LOS MONTES CATALOGADOS: 1.1. LOS DERECHOS REALES LIMITADOS, LOS LLAMADOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS, LOS DERECHOS REALES FORESTALES Y LA DOCTRINA DEL VÍNCULO FORESTAL. 1.2. DERECHOS REALES LIMITADOS (GRAVAMENES). 1.2.1. *Antecedentes históricos en el Derecho comparado.* 1.2.2. *Antecedentes de tales gravámenes en España.* 1.2.3. *Normas y criterios de nuestro Derecho Forestal en esta materia.* 1.2.4. *Derechos reales limitados de disfrute en los montes catalogados:* a) *Servidumbres;* 1.º *Servidumbres legales;* 2.º *Servidumbres voluntarias;* 3.º *Referencia especial a la comunidad de pastos en terrenos de montes públicos:* a') *La cuestión en el Código Civil;* b') *Solución de la jurisprudencia;* b) *Concesiones de ocupación;* 1.º *En interés particular;* 2.º *En interés público;* c) *Derecho real de vuelo.* 1.2.5. *Derechos reales limitados, de realización de valor, en los montes catalogados.* 1.2.6. *Los derechos reales limitados, de adquisición, en los montes catalogados.* 1.2.7. *Derecho Forestal comparado.*—2. DEFENSA POSESORIA Y DOMINICAL DE LOS MONTES: 2.1. CONTENIDO DE LA MATERIA A EXAMINAR. 2.2. ANTECEDENTES SOBRE DICHAS CUESTIONES: a) *Las Cortes de Valladolid y el juicio sumario de posesión;* b) *Comienzos del siglo XIX;* c) *Las Ordenes de 4 de abril de 1883 y 14 de enero de 1893;* d) *El Decreto de 1 de febrero de 1901;* e) *Las Instrucciones de 17 de octubre de 1925, y la reforma hipotecaria de 1927; idem de 1944-1946.* 2.3. IMPORTANCIA DOCTRINAL Y PRAGMÁTICA DE ESTE TEMA. 2.4. DEFENSA POSESORIA DE LOS MONTES PÚBLICOS. 2.4.1. *La protección posesoria de los montes públicos:* a) *La posesión de los montes públicos y el vínculo forestal;* b) *Doble aspecto de la defensa posesoria:* 1.º *La presunción posesoria derivada de la inclusión en el Catálogo;* 2.º *Aspecto adjetivo o procedimental de la defensa posesoria:* a') *Vigencia del principio de autotutela administrativa en cuanto a la posesión de montes públicos catalogados;* b') *Principio de exclusión de interdictos y procedimientos especiales respecto a la posesión de montes catalogados.* 2.5. DEFENSA DOMINICAL DE LOS MONTES PÚBLICOS: a) *En sentido amplio;* b) *en sentido estricto;* c) *defensa dominical indirecta.*

(*) Conferencia pronunciada en la Escuela Técnica Superior de Ingenieros de Montes el día 18 de octubre de 1974, en el Curso sobre Derecho y Propiedad Forestal.

1. LOS GRAVAMENES DE LOS MONTES CATALOGADOS

1.1. LOS DERECHOS REALES LIMITADOS, LOS LLAMADOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS, LOS DERECHOS REALES FORESTALES Y LA DOCTRINA DEL VÍNCULO FORESTAL

MODERNAMENTE, se habla de derechos reales limitados o restringidos para hacer referencia a los que anteriormente se consideraban, con terminología parecida, como derechos reales limitativos del dominio.

En la clasificación de WOLF, que es una de las que cita CASTÁN (1), los derechos reales limitados (gravámenes) se subdividen en derechos de disfrute (servidumbre, derecho de superficie, etc.), derechos de realización de un valor pecuniario (como las cargas reales, hipotecas, deudas, inmobiliarias, etc.) y derechos de adquisición (tanteo y otros).

Con aplicación al Derecho Forestal y, dentro ya del mismo, si lo que se trata de examinar son los gravámenes sobre los montes catalogados y no sobre los montes en general, lo que es tanto como decir los constituidos a favor de personas ajenas a la entidad pública propietaria, la clasificación mencionada es una de las que mejor pueden servir a tales fines.

En tal sentido, dentro de la primera categoría de derechos reales limitados sobre los montes catalogados, o sea, la constituida por derechos de disfrute, hay que incluir, como más fundamentales, a las servidumbres, concesiones de ocupación y al derecho real de vuelo; dentro de la segunda, la de los derechos de realización de un valor, a la hipoteca sobre los aprovechamientos; y dentro de la tercera, que es la de los derechos de adquisición, a los derechos de tanteo.

Conviene dejar claro, desde ahora, que el examen de los gravámenes sobre los montes catalogados, que en su mayoría son bienes patrimoniales del Estado o de las entidades locales, no se puede identificar con los derechos reales que recaen sobre cosas de dominio público, a los efectos de asignarles dentro de la corriente más moderna la naturaleza y el carácter de derechos reales administrativos (2), si

(1) CASTÁN: "Derecho Civil español común y foral", 1941, II, pág. 18.

(2) Para GONZÁLEZ PÉREZ los derechos reales administrativos son aquellos derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público ("Los derechos reales administrativos", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, marzo-abril 1957, pág. 415), por lo que en el caso de los montes patrimoniales catalogados, de entidades públicas, no cabe esa consideración.

bien se marque una gran aproximación a lo que por los mismos se entiende.

Solamente aceptando que un derecho real se pueda calificar como derecho administrativo, en razón a que, cualquiera que sea la naturaleza jurídica del sujeto titular del monte, presente particularidades respecto a su régimen jurídico que contrasten con el establecido por el Derecho Civil, se podría llegar a configurar como derechos reales administrativos a los gravámenes sobre los montes catalogados, lo que estaría en contra de la tesis de MIELE, según la cual únicamente el Estado u otro ente público puede ser titular de derechos reales públicos (3).

Se trata de una elaboración doctrinal, quizás muy interesante, que se ha ido abriendo camino, pero en la que todavía no existe plena coincidencia, pues aunque se admita con facilidad una aplicación del concepto de derecho real en el campo del Derecho Administrativo, cuando una entidad pública es titular de derechos reales sobre montes de propiedad privada (4), los derechos reales de los particulares sobre montes públicos, resulta más difícil configurarlos como derechos reales administrativos, dada la naturaleza privada del sujeto de esos derechos.

Tampoco resulta exacto hablar de «derechos reales forestales», que es otra denominación con la que algunos quieren calificar actualmente la naturaleza de los derechos reales constituidos sobre los montes. Por lo menos, esto no resulta exacto cuando se trata de los «derechos reales limitados» constituidos sobre ellos. Puede serlo en el caso del derecho real de vuelo, que es esencialmente un verdadero derecho real forestal.

En tales casos, el derecho real forestal no puede ser más que aquel que venga a establecer un «vínculo» de ese carácter, lo que no ocurre si se trata de una servidumbre constituida en favor de un particular sobre el monte o de una hipoteca sobre el mismo. Estos son derechos reales limitados que operan sobre el monte, aunque sea público, eso sí, pero no en un sentido que sea determinadamente forestal.

Cuando se habla del derecho real administrativo, transpasando al Derecho público la categoría de los derechos reales del ordena-

(3) MIELE: "Principi di Diritto amministrativo", I, 1960, pág. 100.

(4) Caso del derecho real de vuelo en favor del Estado, creado a virtud de consorcio de repoblación forestal, al que hacen referencia el artículo 2, apartado g), de la Ley de 10 de marzo de 1941, los artículos 5.º, apartado g) y 58 del Reglamento de 30 de mayo de igual año y el 287 del Reglamento de Montes.

miento civil privado, se pone en duda aquel concepto doctrinal sobre la base de una precariedad, una revocabilidad y una temporalidad que son notas del mismo. Sin embargo, hay quienes afirman que esas notas no obstan a tal categoría y que la verdadera diferencia entre derechos reales administrativos y derechos reales civiles es la del régimen jurídico propio de cada una de esas clases de derechos (5).

Excluido que la utilización de los bienes de dominio público, y por ello de los montes de dominio público, para el uso común general o para un uso común especial, puedan originar derechos reales administrativos, se pueden considerar utilizaciones del mismo a las que cabe atribuirles el carácter de derechos reales, tal como la utilización sin existir ocupación, constituyendo una especie de servidumbre (6) y la utilización con un derecho de uso que supone ocupación del dominio público, naciendo de un acto administrativo de concesión, tal y como ocurre en los casos de los arts. 62 al 74 del Reglamento de Bienes de las entidades locales.

La naturaleza del derecho real forestal se identifica mucho mejor con la del vínculo forestal de la doctrina italiana, que en bastantes casos sería aplicable a nuestros montes catalogados y a los declarados protectores (7).

Sin que nos podamos extender mucho en estas ideas, conviene señalar que el vínculo forestal se encuentra próximo a las servidumbres prediales, pero no se confunde con ellas. El vínculo es, ante todo, protector, esto es lo importante, en el sentido de la relación entre el bosque y el terreno o la construcción que protege. Estos son el predio dominante, mientras aquél, el bosque, es el predio sirviente. La modalidad de utilización del bosque sujeto a vínculo forestal, puede comportar obligaciones de hacer que no se concilian con el contenido de la servidumbre («servitus in faciendō consistere nequit»).

(5) MARIENHOFF: "Dominio público (Protección jurídica del usuario)", 1955, páginas 130 y sigs.

(6) HAURIU: "La jurisprudence administrative", Paris, 1929, III, pág. 280.

(7) En nuestro actual Derecho Forestal, y por lo que se refiere a los montes catalogados, la doctrina del vínculo forestal que acabamos de mencionar resulta aplicable, ya que han obtenido la declaración de utilidad pública por cumplir alguna de las circunstancias que se detallan en el artículo 25 del Reglamento de Montes, que aluden específicamente a funciones protectoras a las que sirven tales montes, en cuyo sentido aparecen como predio sirviente según los casos, de las cabeceras de cuencas hidrográficas, de terrenos amenazados de desprendimientos, de formación de dunas, de suelos sueltos o erosionables, de poblados, cultivos, canalizaciones o vías de comunicación, etc.

La misma teoría de esta doctrina del vínculo, resulta aplicable en nuestro Derecho Forestal, a los montes protectores, a los que se refieren el artículo 7 de la Ley de Montes y el 31 del Reglamento, todavía con mayor rigor si se quiere.

El vínculo forestal, por obligar a un particular comportamiento activo, no es limitación ni servidumbre en el plano privado (8).

Sobre la naturaleza jurídica del vínculo forestal FRASSOLDATI nos habla de que el aspecto positivo de hacer, que nace de la relación real con la cosa, se aproxima a las obligaciones «*propter rem*». Se trata del contenido normal del derecho de propiedad, no abstractamente, sino en base al ordenamiento positivo y en relación con el bien singular que se considera. Este contenido normal incluye la función social que la propiedad está llamada a desempeñar. En suma, el límite comprendido en el contenido normal comporta una «exigencia social permanente», mientras otros límites pueden ser debidos a una «exigencia social temporal o transitoria», y la función social comprende una y otra (8 bis).

Existe otra razón, que nos parece decisiva, y que al tratar estas cuestiones quizá no haya sido advertida por TRIFONE, para que el vínculo forestal no se pueda caracterizar de ninguna manera como una servidumbre. En efecto, si los montes afectos al vínculo forestal de carácter protector son susceptibles de estar gravados con servidumbres, entonces aquel vínculo no puede ser a su vez una servidumbre ni asimilarse a éstas, en razón al inmutable principio que las rige de que «*servitus servitutis esse non potest*».

Las teorías según las cuales entre los bienes públicos se encuentran los denominados bienes patrimoniales indisponibles (9), considerando que son susceptibles de derechos reales no incompatibles con su destino, según la afortunada expresión de D'ALESSIO, y objeto de servidumbres pasivas, etc., es la que mejor se acomoda a la naturaleza que presentan nuestros montes catalogados, y los gravámenes impuestos sobre los mismos.

La doctrina del vínculo forestal aparece como unificadora, en nuestro Derecho Forestal, de los montes catalogados y los denominados protectores, lo que constituye un aspecto sobremanera interesante de la misma.

Se podría hablar de «montes públicos de vínculo forestal» y de «montes privados de vínculo forestal», con más propiedad quizá que

(8) Para una mayor ilustración en este aspecto consultar FRASSOLDATI, "L'Ordinamento giuridico forestale e montano in Italia, 1960, págs. 195 y siga.

(8 bis): FRASSOLDATI, Carlo: "L'Ordinamento Giuridico Forestale e Montano in Italia", Firenze, 1960, pág. 203.

(9) Los bienes patrimoniales indisponibles son una de las categorías de los bienes públicos, según el nuevo Código Civil italiano.

de los montes de utilidad pública, aunque ésta sea nuestra denominación clásica y tradicional, consagrada legislativamente.

El vínculo forestal lo determina la utilidad pública, pero bien entendido que en este caso, tratándose de utilidad pública se hace referencia a una especie de la misma más singularizada y concretada, con una especificación que no parece innecesaria ni mucho menos por la utilidad de concrección que puede reportar y que indudablemente reporta.

Seguimos operando en materia de legislación forestal con los mismos conceptos generales de siempre, como los de utilidad pública, tutela de la riqueza forestal, etc., como si existiera una incapacidad de cambio e innovación desde hace mucho tiempo, desde que todos esos conceptos recibieron aplicación por primera vez, cuando las circunstancias bien claro está que eran radicalmente distintas.

Únicamente se ha introducido como un concepto nuevo, aunque no lo es porque es simple terminología nueva, el de la propiedad demanial, que nos ha venido directamente importado de Italia.

Estamos frente a fenómenos nuevos tan importantes y tan trascendentales como el de la Conservación de la Naturaleza y el Medio Ambiente Natural que reclaman una atención absolutamente preferente, y esto, queramos o no, lleva consigo cambios profundos que el Derecho ha de recoger necesariamente, para acompañar, como es su misión, la realidad social. Se imponen nuevos conceptos y nuevas ideas, y si se nos permite hasta «nuevas estructuras jurídicas», porque son las que necesita imperiosamente la realidad cambiante y amenazadora que delante de nosotros se presenta.

Nos hace falta ese nuevo Derecho Forestal, y para sentar las bases del mismo hay que fijar claramente los conceptos de los que se va a servir y los principios que lo tienen que informar.

Ese nuevo Derecho Forestal ha de estar informado por los principios de nuestras Leyes Fundamentales (Principios del Movimiento Nacional, Declaraciones del Fuero de los Españoles y Puntos del Fuero del Trabajo), que proclaman a la iniciativa privada como el fundamento de la actividad económica, estimulada, encauzada y, solamente en su caso, suplida por la acción del Estado, y que la propiedad privada es reconocida y amparada por el Estado, como medio natural para el cumplimiento de las funciones individuales, familiares y sociales.

Si es la iniciativa privada la que ha de ser estimulada y encauzada, como fundamento de la actividad económica, es posible que en

el sector forestal, muy atento al cuidado, la conservación y la mejora de la riqueza forestal pública, haya faltado una acción enérgica y eficaz de impulso en el sector de la riqueza forestal privada, muy incidido desde un punto de vista de control e intervención, ampliamente limitador de las facultades dominicales.

Un nuevo Derecho Forestal que, reconociendo y amparando la propiedad forestal privada, por el mandato de nuestros textos constitucionales, sea el instrumento que haga posible todo el desarrollo que necesita.

Una clasificación de los derechos forestales la encontramos en DÍAZ DE LA RIVA y GUERRA LIBRERO (10), presentada en la siguiente forma:

A) Derechos reales forestales de las entidades públicas:

a) De carácter administrativo:

a') Sobre sus propios montes: dominio público.

b') Sobre montes ajenos:

1. Servidumbres administrativas a favor del dominio público.

2. Derecho real sobre el vuelo de montes públicos y de particulares a favor del Patrimonio Forestal del Estado.

3. Tanteos y retractos administrativos.

b) De carácter civil:

a') Sobre sus propios montes: montes patrimoniales de propiedad privada de las entidades públicas.

b') Sobre montes ajenos:

1. Servidumbres civiles a favor de las entidades públicas.

2. Tanteos y retractos civiles.

3. Hipotecas legales.

4. Posibles derechos reales sobre el vuelo de montes particulares.

(10) DÍAZ DE LA RIVA y GUERRA LIBRERO: "Montes Municipales", 1963, pág. 127.

B) Derechos reales forestales de los particulares:**a) De carácter administrativo:**

1. Concesiones sobre dominio público.
2. Tanteos y retractos administrativos.

b) De carácter civil:

a') Sobre sus propios montes: montes de propiedad privada de particulares y montes comunales de propiedad privada de vecinos.

b') Sobre montes ajenos:

1. Servidumbres civiles a favor de particulares.
2. Tanteos y retractos civiles.
3. Hipotecas legales.
4. Posibles derechos reales sobre el vuelo de montes de entidades públicas distintas del Estado. (Núm. 2. art. 296 del R. M.)

De la anterior clasificación, solamente este último grupo puede tener interés para nuestro estudio, ya que los gravámenes sobre los montes catalogados han de responder esencialmente a esas categorías que comprende, aunque alguno de ellos, como el de la hipoteca sobre los aprovechamientos, aparezca en otro grupo distinto en razón al sujeto titular del derecho.

1.2. DERECHOS REALES LIMITADOS (GRAVÁMENES)**1.2.1. Antecedentes históricos en el Derecho comparado.**

Aun cuando en el tema se trate de los gravámenes en los montes catalogados, puede ser ilustrativo, como punto de referencia, hacer alusión a los gravámenes en los montes, ya antiguamente y en otros países.

Ha sido corriente el uso de pastos y leñas. En Francia ha estudiado estos usos HENRION DE PANSEY (11), que nos habla sobre su posible origen en base a estas tres hipótesis:

(11) Citado por A. NIETO en "Bienes Comunales", Madrid, 1964, pág. 652.

a) El arbitrio de los señores para atraer vasallos a sus dominios, en un tiempo en que sin ganados, sin pastos y sin leñas no se podía vivir.

b) El poco valor de los montes en la antigüedad, semiabandonados por los propietarios.

c) La necesidad vital de estos productos para quienes no tenían propiedades.

Otra cuestión es la de la naturaleza de tales usos, que se consideraron servidumbres reales por los autores medievales y el propio DE PANSEY como usos reales y personales que pertenecen a los usuarios, en razón a los predios de los que son poseedores, según COQUILLE, y que, cuando se ejercen sobre montes del Estado, pueden experimentar graves restricciones. El principio que impera para la reducción de estos usos es el de *in tantum quod proprietas valeat*, esto es, mientras no absorbiesen la totalidad o la casi totalidad de los aprovechamientos.

Lo que fue exigido de una forma muy rígida era la prueba de su existencia y extensión, a virtud del título y sin perjuicio de las realidades posesorias (*Cum apparet titulus, ab eo possessionis, legem accipiunt*).

Las Ordenanzas francesas de Montes de 1669 consignan disposiciones muy curiosas sobre los derechos de *paturage et pacage*, como, por ejemplo, que los ganados se marquen por villas o parroquias, o que lleven esquilas. El vigente Código rural francés, de 16 de abril de 1955, dedica a la *vaine pature* un título completo del libro segundo.

Si pasamos a Italia, encontramos los que se han denominado los *usi civici*, de contenido muy diverso y que varían según las regiones. Los *ademprivii* en Cerdeña, consistente en la facultad de sacar maderas y leñas de los bosques, como ocurre en Aragón entre nosotros. Sobre su naturaleza se ha llegado a imponer modernamente la tesis de la servidumbre, de carácter personal para RAFAGLIO, o bien real y aún mixta para otros autores, que ha desembocado en la del condomino, por considerar que no se trata de una mera limitación de la propiedad. Esta consideración ha prevalecido en la legislación italiana, en la que los usos cívicos fueron objeto de una Ley de 16 de junio de 1927 para su determinación y liquidación general.

En Alemania, una Ordenanza del reino de Wurtemberg, en 1758, nos da curiosa noticia de unas reglas dirigidas a las autoridades fo-

restales, para que no molesten de ninguna manera a los vecinos cuando recojan leñas, especialmente cuando no haya escasez de madera, y prohíbe a los guardas forestales que impidan la recogida de frutos silvestres. El interés de la conservación del bosque determina que los aprovechamientos, que en principio eran libres, se limiten y se vaya desarrollando una policía forestal, señalando sitios para las cortas donde hicieran menos daño y quedando totalmente acotadas algunas partes del mismo, las «Friedewalder» (11 bis).

1.2.2. *Antecedentes de tales gravámenes en España.*

Se han conocido gravámenes sobre los montes públicos mucho antes de que existiera el Catálogo de Montes. En nuestro Derecho histórico vemos como el Rey Don Sancho de Navarra concede en 1203 a los vecinos de Elciego, Oyon, Moreda y otros pueblos, «derechos de pacer, segar, construir molinos y hornos, quemar maderas, etcétera» en los montes del término, una mancomunidad de aprovechamiento que declaró subsistente el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de enero de 1893. Encontramos en el Fuero Juzgo una servidumbre en favor de los caminantes con la condición de no arrancar los árboles grandes de raíz, pero pudiendo cortar ramas para pastos de los bueyes (12). La reproduce la Novísima Recopilación respecto a los viandantes diciendo «ni de cortar árboles que lleven fruto u otros grandes que son para las lauores, que no son de cortar». Son los Fueros municipales los que regulan muy diversas servidumbres de pastos, leñas, etcétera. Las conceden los reyes en sus propios montes por medio de cartas pueblas, en agradecimiento casi siempre a los servicios prestados por los municipios. Una verdadera servidumbre es el derecho de ramonear que Alfonso X concedió a la Mesta en 1273, extendido por los Reyes Católicos a la facultad de cortar los árboles más pequeños y ampliado por Felipe III a cortar ramas en cualquier estación seca (13).

GUAITA afirma que las servidumbres en los montes son tan antiguas como éstos (14), presentando a veces notas muy peculiares que justifican el hondo sentido jurídico económico de los pueblos.

No sería aventurado afirmar, nos dice, que lejos de disminuir, las servidumbres hayan aumentado con mil peculiaridades distintas,

(11 bis) NIETO: ob. cit., pág. 674.

(12) Fuero Juzgo, 8.º tít., 5.º, 25.

(13) GUAITA: "Régimen Jurídico Administrativo de los Montes", Santiago, 1951, págs. 187, 188.

(14) GUAITA, ob. cit., pág. 187.

sobre todo en los montes de los pueblos, aunque no falten en los del Estado, porque el legislador se ha mostrado siempre más transigente con las servidumbres que con el derecho de superficie, quizá por considerar que aquéllas atentan menos a la unidad dominical que éste (15).

En relación con las servidumbres, el principio que siguió la Ley de Montes de 1863 fue el de su subsistencia si eran compatibles con la conservación del arbolado y el de su extinción si no lo eran, previa la correspondiente indemnización. Las disposiciones administrativas que sucesivamente se dictan se encaminan, en ese mismo sentido, a comprobar su legitimidad en cada caso. Así, un Reglamento de 1878 encarga a los Ingenieros «en el detenido estudio que hagan de las servidumbres» averiguar todo lo relativo a su origen, condiciones, títulos de que hayan nacido, naturaleza, etcétera. Una Instrucción de 1890 ordena examinar si por los documentos que atestiguan su existencia acreditan ser legítimas o ilegítimas.

Con referencia a los montes catalogados, un R.D. de 10 de octubre de 1902 dispone que aunque los montes públicos no pueden ser objeto de enajenación total o parcial cabe, sin embargo, y también por razón de utilidad pública, el establecimiento en ellos de servidumbres legales o especiales, siempre que no mermen de modo considerable sus condiciones forestales.

1.2.3. *Normas y criterios de nuestro Derecho Forestal en esta materia.*

El Poder público se ha mostrado siempre respetuoso, como se puede apreciar, con la existencia de servidumbres en los montes públicos, pese a que pudo adoptar la norma contraria y haber ido abiertamente a ir las haciendo desaparecer, desgravando la riqueza pública forestal. En esa norma o principio de respeto ha tenido que influir decisivamente la consideración de que si bien constituyen un gravamen para los montes, no es menos cierto que en casi todos los casos se impone respetarlas, por el considerable y muchas veces irreparable perjuicio que su desaparición iba a irrogar a sus beneficiarios. La única excepción al mantenimiento de ese principio consiste en que surja incompatibilidad entre la existencia de la servidumbre y la conservación del arbolado.

(15) *Idem.*, pág. 188.

Esa postura del Poder público, manifestada en las disposiciones dictadas en esta materia, ha venido a favorecer la simbiosis entre normas de Derecho público y otras de Derecho privado, que respecto a los gravámenes en los montes catalogados se muestra continuamente. Así contemplamos servidumbres de interés privado en los montes públicos y, al propio tiempo, sobre los montes de propiedad privada de los entes locales aparecen otras como la de paso de ganado que se asienta en terrenos de dominio público, como son las Vías Pecuarías.

Cuando se habla de la necesidad de que las servidumbres, para poder subsistir, han de ser compatibles con la conservación del arbolado, en los montes catalogados, se está haciendo prevalecer sobre ellas el vínculo forestal de esos montes, cuya doctrina recibe así aplicación en nuestro Derecho Forestal.

Nuestra Ley de Montes vigente regula los gravámenes en los montes catalogados en los arts. 16 al 24, que se desarrollan en los 13 al 18 y 149 al 181 del Reglamento.

De una manera expresa no se refiere más que a las servidumbres, englobando a todos los otros gravámenes bajo la dicción general de los «demás derechos reales que graven los inscritos y registrados» en el Catálogo de Montes, comprendidos así en una enunciación abierta que no los detalla ni especifica.

El Reglamento alude a ellos en el Tit. V del libro I, utilizando la expresión de «gravámenes» que la Ley no utiliza, singularizando no solamente a las servidumbres, sino también a las hipotecas, mencionadas expresamente, y tratadas en los arts. 151 al 154 con mejor sistema que en la Ley, en la que aparecen disgregadas del capítulo destinado a las servidumbres y los demás derechos reales y contenidas en el párrafo 2 del art. 2.º.

Los criterios que se marcan en nuestra Ley de Montes respecto a los gravámenes en los montes catalogados, puede decirse que son dos principalmente:

- a) *El de autodefinition de gravámenes.*
- b) *El de no exigencia de previa inscripción registral.*

El primero se encuentra enunciado en el párrafo 2 del artículo 16, en la forma siguiente:

«La Administración determinará a tales efectos (los de simple reflejo en el Catálogo) la condición jurídica de las servidumbres y demás derechos reales actualmente existentes.»

El principio no deja de ser ciertamente ambicioso, si se penetra bien en el fondo de ese precepto legal. Es evidente que con ese mandato impuesto en la Ley, los autores del Reglamento tenían materia suficiente para haber extraído consecuencias y haber formulado desarrollos bastante más decisivos e importantes de los que, muy modestamente y con una gran timidez, han formulado.

La determinación de esa condición jurídica de las servidumbres y los demás derechos reales que es una función netamente jurídica, revestida si se quiere de un matiz calificador, era susceptible de haber llegado a proporcionar mayor robustecimiento al Catálogo de Montes, aún sin llegar a que, en lugar de limitar los efectos de la inclusión de un monte en el mismo, al establecimiento de la presunción posesoria de hecho, como ahora ocurre, los extendiese a una presunción de legitimidad y existencia de los gravámenes sobre los montes catalogados en la forma en la que constasen en el mismo, que hoy por hoy no consta establecida.

El artículo 150 del Reglamento se limita a exigir en estos casos el previo informe de la Abogacía del Estado. Pero si la Administración tiene que determinar la condición jurídica de las servidumbres y demás derechos reales, hubiera sido mejor que ese informe del abogado del Estado, verdadera calificación jurídica, efectuada por quien representa a la Administración, lo hubiera hecho vinculante y decisivo, a tal efecto de aquella determinación.

El otro principio, de no exigencia de la previa inscripción registral, sólo tiene dos excepciones, una en el caso del derecho real de vuelo adquirido por el Patrimonio Forestal del Estado, hoy ICONA, mediante los consorcios de repoblación forestal, ya que en este caso es obligatoria la inscripción a tenor de lo determinado en el artículo 11, 5 de la Ley de Montes, y otra, en el caso de la hipoteca sobre los aprovechamientos de los montes catalogados, en el que es también obligatoria para la constitución de la hipoteca.

Esta no exigencia de la previa inscripción en los demás casos a efectos de hacer valer frente a la Administración las servidumbres y otros derechos reales se explica por el respecto de la Ley de Montes hacia el principio de voluntariedad de la inscripción, que informe nuestro Derecho Hipotecario.

Respecto a las servidumbres concretamente, los principios de la Ley de Montes son los siguientes:

- a) *Necesidad de justificar su legitimidad y existencia.*
- b) *Supeditación de la servidumbre al vínculo forestal.*

La necesidad de justificar la legitimidad o existencia de una servidumbre sobre un monte catalogado viene impuesta, en los casos en que los antecedentes documentales no sean suficientes, por la aplicación del principio declarado desde antiguo de que la propiedad se presume libre mientras no se pruebe lo contrario, como la doctrina del Tribunal Supremo ha venido poniendo de relieve (16). Viene a ser un principio complementario del que hemos denominado de autodefinitión de gravámenes, si bien referido ahora a las servidumbres solamente. A la determinación jurídica de las mismas en cuanto a su contenido y extensión, beneficiarios, origen y título, que es a lo que se refiere el artículo 16 de la Ley de Montes, hay que llegar, en efecto, partiendo de su legitimidad y existencia, que vendrán justificadas por su origen y título, tanto como por la forma en la que se estén ejercitando o se puedan ejercitar. Sin justificar la legitimidad y la existencia, en los casos de no resultar debidamente justificadas una y otra, difícilmente se podría llegar a una determinación jurídica. Por eso entendemos que este principio de necesidad de justificación opera como complementario del más general de autodefinitión de gravámenes.

La supeditación de la servidumbre al vínculo forestal es algo que viene establecido desde antiguo en nuestro Derecho de Montes. Hablamos de vínculo forestal en el sentido que ya hemos mencionado anteriormente, de la necesidad de conservación del arbolado en razón a la función protectora que ejerce el monte. Tanto la Ley de Montes de 1863 (17) como el Reglamento de repoblación de 1878 (18), dictado en cumplimiento de la Ley de 11 de julio de 1877, y la Instrucción de 31 de diciembre de 1890 (19) hacen referencia a la extinción de las servidumbres si resultan incompatibles con la conservación del arbolado. En el Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado se sigue el mismo principio, llegando incluso a permitir la expropiación de las servidumbres (20).

(16) SS. de 7 de abril y 30 de junio de 1874, 13 de diciembre de 1875, 19 de enero de 1883, 12 de mayo de 1891, etc.

(17) Artículo 9.º de la Ley de Montes de 1863.

(18) Dicho Reglamento se refiere a los "medios de redimirlos en el caso previsto por la Ley, de ser incompatible con la existencia de los montes" (art. 7.º).

(19) Se refiere al punto "hasta donde puede ser su ejercicio compatible o incompatible con la conservación y mejora del suelo del monte" (art. 4.º).

(20) Artículo 86 del Reglamento de 30 de mayo de 1941.

1.2.4. *Derechos reales limitados de disfrute, en los montes catalogados*

Nos referiremos, en primer lugar, a las servidumbres y, posteriormente, a las concesiones de ocupación y al derecho real de vuelo.

a) Servidumbres.

Se puede afirmar que con las servidumbres, «jura in re aliena», se da, en esa confrontación que surge entre lo público y lo privado, tan abundante en el Derecho Forestal, un fenómeno inverso al que se da con el derecho de propiedad. En lugar de la ecuación propiedad forestal privada igual a propiedad privada menos restricción de interés público, lo que tenemos con las servidumbres es propiedad forestal pública igual a propiedad forestal menos restricción de interés privado, siempre que la servidumbre venga constituida a favor de particulares.

Vamos a distinguir entre servidumbres legales y servidumbres voluntarias, siguiendo así la distinción tradicional, aunque muchos la rechacen diciendo que no se debe hablar de servidumbres legales sino de restricciones al derecho de propiedad (21).

Los modos de extinción de las servidumbres están determinados en el artículo 546 del Código Civil y a ellos hay que agregar, cuando de los montes catalogados se trata, el de la declaración de incompatibilidad, con el fin de utilidad pública del monte, del artículo 18 de la Ley. En este caso la norma de Derecho público se impone a la de Derecho privado y determina la extinción, en interés forestal, de una relación jurídica civil de servidumbre. Sin embargo, la Ley de Montes que dispuso que en el Catálogo se reflejasen tales derechos, debió haber dispuesto también que del mismo modo se reflejase su modificación o su extinción por cualquier motivo.

1.º Servidumbres legales

a') Servidumbres de aguas: regida por los artículos 552 al 563, ambos inclusive, del Código civil y supletoriamente por la Ley de Aguas de 13 de junio de 1879 (arts. 64 y sigs., 69 y sigs., 35, 36, 39, 112, 120 a 124, 129, 130, 226, 102 a 106, 192 y sigs., 107 y 109, 75, 77 a 101, 88, 79 y 80, 83, 96 párrafo 1.º, 90 y 92, 105 y sigs., 1,

(21) Entre quienes la rechazan, BRUCZ, RUGGIERO, COLIN y CAPITANT, etc. Sin embargo, CASTAN dice que razones de utilidad y necesidad imponen la existencia de esos derechos limitativos del dominio a que llamamos servidumbres, que unas veces deben su origen a la voluntad misma del propietario y otras a la ley ("D. Civil español común y foral", 1941, II, pág. 266).

78, 254 y 258), ya que según el artículo 563 del Código el establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas se regirán por la Ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en el Código.

Se distinguen, entre las de aguas, la llamada servidumbre natural de aguas, «servitus aquae recipendae», impuestas sobre las riberas de los ríos en interés de la navegación, flotación, pesca y salvamento, la de estribo de presa, de saca de agua y abrevadero, la de acueducto y la de parada o partidor.

Muchas de las servidumbres legales corresponde otorgarlas a la propia Administración. Entonces el título de su constitución es la concesión misma otorgada. Así ocurre con las de aguas, como la impuesta en interés de la navegación y flotación, la de camino de sirga, la de estribo de presa y de parada o partidor, la de saca de agua, la de abrevadero y la de acueducto.

Conviene advertir que la falta de título se ha interpretado como falta de documento o medio de prueba justificativo del nacimiento de las servidumbres.

Conviene destacar que la de abrevadero en una dehesa sea cualquiera su origen, lleva aparejada la de paso (Sent. de 27 de marzo de 1896).

Igualmente que la de acueducto tiene siempre carácter de servidumbre aparente por disposición de la Ley, de acuerdo con su naturaleza propia, no importando que en la práctica se utilice el sistema de tubería o edifique sobre el acueducto el dueño del predio sirviente. (Sent. de 14 de abril de 1914).

b') Servidumbres de paso: regida por los artículos 564 al 570, ambos inclusive, del Código Civil, en general, y en particular las de paso de ganados, las de abrevadero, descansadero y majada, por las ordenanzas y reglamentos del ramo y, en su defecto, por el uso y costumbre del lugar, según lo que dispone el artículo 570 del Código (22).

La últimamente mencionada, que es la de vías pecuarias, ha sido recientemente objeto de regulación en la Ley de 27 de junio de 1974, según la cual son bienes de dominio público, destinados principalmente al tránsito de ganado, no susceptibles de prescripción ni de enajenación, ni pudiendo alegarse para su apropiación el tiempo que

(22) Se ha declarado que procede la servidumbre de paso cuando el que quiere ser predio dominante no tenga salida de carro, aunque la tenga por un monte que no permita la de carro (Sent. de 23 de febrero de 1900).

hayan sido ocupados, ni legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto.

Su enajenación viene supeditada a la declaración de innecesariedad, cuando en todo o en parte no tengan utilidad para el tránsito de ganados, ni sirvan para las comunicaciones agrarias, pero sin que tal declaración pueda afectar a situaciones creadas al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, sin perjuicio de la facultad de la Administración para ejercitar las acciones judiciales oportunas.

La servidumbre de paso es normalmente de las no aparentes, pero si existe un signo de su existencia, como un pasadizo, por ejemplo, entonces es ya aparente.

c') Servidumbre de distancias para plantaciones: regida por el artículo 591 del Código Civil, que prohíbe plantar árboles cerca de una heredad ajena, sino a la distancia autorizada por las ordenanzas o la costumbre del lugar, y, en su defecto, a la de dos metros de línea divisoria de las heredades si la plantación se hace de árboles altos, y a la de cincuenta centímetros si la plantación es de arbustos o árboles bajos.

En relación con este precepto se dictó el Decreto de 19 de octubre de 1967, aprobando las Ordenanzas sobre distancias de plantaciones forestales respecto a las fincas colindantes.

Se ha hecho notar que en esta servidumbre los dos predios son a la vez dominantes y sirvientes, lo que denota que se trata, más que de servidumbre, de relaciones especiales de vecindad entre las fincas.

d') Servidumbre llamada de invasión de ramas e inmisión de raíces: regida por el artículo 592 del Código Civil.

e') Servidumbre de árboles medianeros: regida por el artículo 593 del Código Civil.

f') Servidumbre de paso de corriente eléctrica: regida por la Ley de 18 de marzo de 1966 y el Reglamento de 20 de octubre del mismo año.

2.º Servidumbres voluntarias

Servidumbre de pastos: regulada por los artículos 600 y 603 del Código civil, según los cuales se regirá por el título de su institución y se podrá redimir mediante el pago de su valor a los que tengan

derecho a la servidumbre. Las servidumbres de pastos son reconocidas sobre los bosques del Estado en Italia (23).

3.º Referencia especial a la comunidad de pastos en terrenos de montes públicos

a') *La cuestión en el Código Civil*

Nuestro Código Civil asigna la condición de servidumbre voluntaria a la comunidad de pastos en terrenos públicos, ya pertenezcan a los Municipios ya al Estado, estableciendo que se regirá por las leyes administrativas (24).

Se refiere a la servidumbre de pastos como susceptible de redención forzosa (25), lo que si, respecto a la que se encuentra constituida sobre un predio de propiedad particular, no ofrece dificultad de aplicación alguna, suscita en cambio la cuestión de si esa misma norma ha de ser aplicable cuando se trate del monte público perteneciente a un Municipio. De un lado, si la comunidad de pastos en terrenos públicos ha de regirse por las leyes administrativas, según el artículo 601 del Código Civil y porque según el artículo 550 todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para utilidad pública «o comunal» ha de regirse por las Leyes y Reglamentos especiales que las determinan y solamente, en su defecto, por las disposiciones del Código, hay que excluir en estos casos la aplicación de aquella norma civil sobre redención forzosa. De otro, el que la aplicación de esa norma civil se pueda invocar, aunque se trate de terrenos públicos sobre los que se encuentra constituida la servidumbre, al no efectuarse en aquella distinción alguna, ni hacer referencia a los montes de propiedad particular exclusivamente, como en el artículo 604 ocurre, el que precisamente por expresar que lo dispuesto en el artículo anterior es aplicable a las servidumbres establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular, se puede interpretar en el sentido de que se trata de una norma de extensión, en cuanto a esos aprovechamientos en los montes de propiedad particular, de lo ya dispuesto respecto a terrenos públicos.

(23) PORRINI: "L'Amministrazione forestali", V. págs. 493-495.

(24) Artículo 601 del Código Civil.

(25) Artículo 603 del Código Civil.

b') Solución de la jurisprudencia

La jurisprudencia se ha orientado en el primer sentido: la redención forzosa no es de aplicación cuando se trata de un monte público (Sent. de 19 de noviembre de 1949), reforzando la exclusiva aplicación, en tal caso, de las leyes administrativas. Como también, porque cuando se trata de una finca particular, tal circunstancia impide la aplicación del artículo 550, esto es, la remisión a las Leyes y Reglamentos especiales de todo lo concerniente a servidumbres por razón de utilidad pública o comunal (Sent. de 9 de febrero de 1920).

Parece lógico, en efecto, que si el propio ordenamiento civil reconoce una especialidad para las comunidades de pastos en terrenos públicos, y determina que en esa materia rijan las leyes administrativas, no haya de ser una excepción el que se trate del caso de redención forzosa, en el que también reciban aplicación.

Podemos ya concluir que cabe afirmar la existencia de tal servidumbre legal, de régimen administrativo, como gravamen que puede afectar a los montes públicos.

c) Concesiones de ocupación

Las ocupaciones de carácter temporal en montes del Catálogo, cuya autorización permite el artículo 20 de la Ley de Montes, se ajustan al mismo principio de supeditación al vínculo forestal, que hemos señalado en cuanto a las servidumbres, esto es, la compatibilidad con el fin y la utilidad pública a que estuviese afecto el monte. Determinan el pago de un canon anual si la duración no excede de treinta años, revisable cada cinco, o el pago de una indemnización equivalente a lo que correspondiere como justo precio en el caso de expropiación, si la duración fuese mayor, incluso por plazo indefinido, según lo que dispone el artículo 175 del Reglamento.

Respecto a los expedientes de ocupación y servidumbres sobre montes catalogados, sintéticamente hemos de decir que se debe distinguir entre las que tienen por objeto el interés particular y aquellas otras que obedecen a un interés público.

1.º En interés particular:

Las autorizaciones para ellas pueden ser firmes o provisionales por razón de circunstancias de urgencia.

El otorgamiento corresponde al Ministerio de Agricultura, según el artículo 168 del Reglamento de Montes, y en el expediente se ha

de acreditar la compatibilidad de la ocupación o servidumbre con el fin y la utilidad pública del monte. Después de la Memoria, audiencia en el expediente y elevación del mismo a la Dirección del ICONA, la tramitación posterior es distinta según que se trate de montes del Estado o de entidades locales y establecimientos públicos, ya que en este último caso ha de prestar su consentimiento la entidad interesada. Prestado el consentimiento, la autorización se concede o se deniega por la Dirección del ICONA. Si la entidad propietaria se opone, el expediente se da por terminado, comunicando a los interesados que no da lugar a lo solicitado.

2.º En interés público:

Las regulan los artículos 178 al 181 del Reglamento de Montes y el 87 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado.

Se distingue entre expedientes de ocupación o servidumbre por razón de obras o servicios públicos, como consecuencia de concesiones de aguas, minas o de cualquier otra clase y los motivados por finalidades relacionadas con la defensa nacional. La tramitación varía también según se trate de montes del Estado o de una entidad local o establecimiento público, teniendo en cuenta, en este último caso, que una u otro hayan prestado o no el consentimiento y que exista o no conformidad entre el Ministerio del que dependa la obra o servicio y el de Agricultura, en cuyo último supuesto la resolución queda encomendada al Consejo de Ministros.

c) Derecho real de vuelo.

Regulado en el artículo 2, g), de la Ley de 10 de marzo de 1941, en el artículo 11, 5), de la Ley de Montes, artículo 5, g), y 58 del Reglamento de 30 de mayo de igual año, y 287 del Reglamento de Montes (26).

El derecho real de vuelo ha existido en el Derecho consuetudinario español desde muy antiguo. Existe noticia de la existencia de esta institución en el Derecho del Alto Aragón, donde era conocido un contrato por el que el propietario de un predio rústico poblado de frutales se reservaba la explotación del arbolado directamente para él y cedía el beneficio del suelo por un tiempo para determinado

(26) Mediante el consorcio, el propietario de un monte constituye un derecho real de vuelo a favor del Patrimonio Forestal del Estado, que faculta a éste, mientras dure el contrato para poseer el monte, repoblarlo y aprovechar su arbolado, reservando al propietario el derecho a una participación en el valor neto de los productos que se obtengan (art. 287 del Reglamento de Montes).

cultivo. También se encuentra fundado en la separación de vuelo y suelo el contrato del empeño o venta a carta de gracia, que servía como medio de obtener crédito el dueño sin obligar el suelo, que seguía siendo suyo en pleno dominio, practicándose en dos formas distintas, la denominada a medio fruto, en que se vendía la mitad del árbol, y la llamada a fruto entero. En Asturias, el llamado derecho de poznera, es el que consiste en el de plantar árboles en terrenos del común. Figuras parecidas encontramos en San Vicente (Badajoz) y en Valencia de Alcántara (Cáceres).

GUAITA señala cómo ha sido y es en nuestros montes mucho más corriente que el caso de la enfiteusis, la existencia del derecho de superficie, modalidad discutida por los civilistas, pero que aparece con evidencia en nuestra legislación de montes (27).

En una Real Orden de 12 de enero de 1914 se le considera como una verdadera copropiedad, apoyándolo en las palabras con las que empieza el artículo 350 del Código Civil al decir que el propietario de un terreno es «dueño de la superficie», por lo que si ésta pasa a otra parsona, es claro que aquél se desprende del carácter de dueño de la superficie, que recaerá en otro con análogo carácter de dueño, conservando no obstante el primero el carácter de propietario.

Por nuestra parte, y como ya hemos afirmado anteriormente, hay que considerar al derecho real de vuelo como el más característico derecho real forestal.

1.2.5. *Derechos reales limitados, de realización de valor, en los montes catalogados*

Según nuestro Derecho Forestal, existe la posibilidad, de acuerdo con lo autorizado en el artículo 2.º 2) de la Ley, de constituir garantía hipotecaria sobre los aprovechamientos de los montes catalogados, de tal modo que la ejecución sólo pueda dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado. Por consiguiente, no se trata de un gravamen sobre el monte, sino de un gravamen sobre su aprovechamiento.

En el mencionado precepto se incurre en una lamentable confusión. Los montes catalogados son no solamente inalienables, sino inembargables también. Sus aprovechamientos son, en cambio, perfectamente enajenables, y el que se consideren hipotecables no puede

(27) GUAITA: *Ob. cit.*, pág. 183.

constituir excepción a la inembargabilidad del monte, como supone el artículo 2.º, 2) de la Ley, sino a la del aprovechamiento.

La imprecisión sube de punto cuando, después de hablar de garantía hipotecaria sobre los aprovechamientos, se habla no de aprovechamientos gravados, sino del «monte gravado», que es un monte que no se puede hipotecar.

El problema es otro: es el que representa el objeto sobre el que recae la afección real de la hipoteca, puesto que se trata de unos aprovechamientos cuyas rentas o productos son inembargables por corresponder a la entidad local propietaria del monte. Parece que lo que se ha querido señalar como excepcional ha sido la hipotecabilidad de tales aprovechamientos, cuyas rentas o productos son inembargables.

Ahora bien, si conforme al artículo 107, 5.º de la Ley Hipotecaria se pueden hipotecar los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas, «y otros semejantes» de naturaleza real, cabe considerar incluidos entre esos derechos semejantes que pueden ser hipotecables, como lo ha hecho la Ley de Montes, los aprovechamientos de los montes catalogados, siempre y cuando se liberen, a efectos de la ejecución, de las prescripciones que impiden su traba y realización. Esto es lo que ha hecho el artículo 2.º de la Ley de Montes.

ROCA SASTRE considera incluidos en dicho artículo, como derechos análogos a los de pastos, aguas y leñas, a todas las otras servidumbres personales (28), lo que no deja de indicar que los aprovechamientos pueden ser también hipotecables.

1.2.6. *Los derechos reales limitados, de adquisición, en los montes catalogados.*

Incluimos en este grupo los siguientes:

a) El derecho de tanteo concedido a las entidades locales en el párrafo 3 del artículo 38 de la Ley de Montes, al efecto de poder adjudicarse directamente en las subastas de los aprovechamientos de montes catalogados los de sus predios, sino estuvieren consorciados y los licitadores no ofreciesen el precio índice.

b) El derecho de refundición de dominios, del artículo 23 de la Ley de Montes, a favor del dueño del vuelo, cuando el suelo perte-

(28) ROCA SASTRE: "Instituciones de Derecho Hipotecario", 1941, III, pág. 126.

nezca a un particular y el vuelo sea de la propiedad del Estado o de alguna entidad pública.

Este derecho ha sido casi una constante en nuestro Derecho Forestal que ha marcado una clara tendencia a la refundición de dominios, lo mismo en las antiguas ordenanzas de 1833 (29) que en la Ley de Montes de 1863. La línea se interrumpe con la Ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941 ante la necesidad de favorecer la política forestal de repoblación, por medio de los consorcios, a virtud de los cuales se separan el dominio del suelo y el del vuelo.

c) Derecho de incorporación a predios del Estado, de los terrenos enajenables lindantes con ellos, procedentes de vías pecuarias declaradas innecesarias, según lo dispuesto en el artículo 14, uno, de la Ley de 27 de junio de 1974.

d) Derecho de tanteo a favor de las entidades locales para adquirir la totalidad o parte de terrenos enajenables de vías pecuarias, que linden con sus bienes, según lo dispuesto en el artículo 14, dos, de la Ley antes mencionada.

1.2.7. *Derecho Forestal comparado.*

a) Código Forestal de Túnez, de 4 de julio de 1966:

Se ocupa de los derechos de uso forestal en los artículos 46 al 56, diciendo que consisten, para el usuario, en el derecho de utilizar gratuitamente para sus necesidades y por razón de domicilio, ciertos productos de los montes. Por su no ejercicio efectivo durante diez años se consideran renunciados y, por tres condenas por infracciones del Código, se pierden tales derechos.

b) Código Forestal de Francia, de 29 de octubre de 1952:

En el artículo 58 prohíbe conceder derecho de uso alguno, sea cual fuere su carácter y pretexto, sobre los montes pertenecientes al Estado. Posibilita, en el artículo 60, la redención de toda servidumbre de uso de maderas y leñas que los grave, merced a la cesión de determinados cuarteles de terreno forestal («cantonnement»). La acción encaminada a redimir los montes públicos de las servidumbres de uso que los graven por dicho procedimiento sólo podrá ser ejercitada por

(29) Artículo 10.

el Estado y no por los usuarios. Las demás servidumbres de uso, así como las de pastoreo, bellotera y montañera en los mismos montes no podrán transformarse en cesión de cuarteles de terreno forestal, pero sí redimidas mediante indemnización.

c) Ley Federal de Montes de Suiza, de 11 de octubre de 1902:

Según su artículo 21, las servidumbres y cualesquiera otros derechos sobre los productos secundarios que gravan los montes públicos e impidan su ordenación racional, se redimirán mediante expropiación si fuese necesario. Según el artículo 23 los montes públicos no podrán gravarse con nuevos derechos o servidumbres contrarios a una ordenación racional sin la autorización del Consejo Federal y del Gobierno cantonal.

2. DEFENSA POSESORIA Y DOMINICAL DE LOS MONTES

2.1. CONTENIDO DE LA MATERIA A EXAMINAR

Entrando ya en la segunda parte del tema, a saber, la defensa posesoria y dominical de los montes, lo primero que nos puede llamar la atención es que se hace referencia a ella como algo especial y separado de la defensa posesoria y dominical, en general y para toda clase de bienes.

Puntualicemos ya que se trata, en todo caso, no de los montes en general, sino de los montes públicos exclusivamente. Con ello quiere decirse que la singularidad o la especialidad que existe no es debida en este aspecto, aunque pueda serlo en otros, a que la propiedad forestal sea una propiedad especial como a veces se sostiene, o una propiedad con una regulación especial, como entendemos por nuestra parte (30), que aboque a una singularidad en el aspecto de la defensa posesoria y dominical, sino que procede en este caso de la naturaleza específica del titular de los montes públicos. Más adelante trataremos de explicar lo que realmente determina aquella singularidad defensiva, bastándonos por el momento con dejar establecido que esa singularidad existe y que se encuentra consagrada legislativamente.

Cuando hablamos de defensa posesoria de los montes públicos nos referimos a los medios de los que dispone la Administración al objeto

(30) S. GRAU: "Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes", 1966, pág. 50.

de mantener el estado posesorio en favor de las entidades públicas a las que les pertenezcan y, de defensa dominical, en cuanto a lo que constituye medio no de defensa de la posesión, sino del propio derecho de propiedad sobre esos montes también.

Como se articula esa defensa de los montes públicos en cuanto a la posesión y la propiedad de los mismos, los caracteres que presenta, lo que ha sido y lo que es, es lo que vamos a hacer objeto de examen.

Dividiremos la materia examinando, en primer lugar, cuanto afecta a las cuestiones relativas a la defensa posesoria de la riqueza forestal catalogada y refiriéndonos después a lo que es propio de la defensa dominical.

La primera parte, o sea, la destinada a la defensa posesoria, comprenderá los antecedentes sobre dicha cuestión, el estudio de la presunción posesoria derivada de la inclusión en el Catálogo, y el del principio de autotutela posesoria definido en nuestra legislación forestal.

En la segunda parte, destinada a la defensa dominical, nos ocuparemos de las normas y excepciones que rigen al respecto, en materia procedimental, en los litigios sobre propiedad que afectan a los montes públicos.

2.2. ANTECEDENTES SOBRE DICHAS CUESTIONES

a) *Las Cortes de Valladolid y el juicio sumario de posesión.*

Se podría considerar como antecedente remoto de la recuperación posesoria de montes públicos lo que en 1325 dispusieron las Cortes de Valladolid para que los concejos, ciudades, villas y lugares que hubiesen sido de hecho desposeídos de sus términos, fuesen restituidos «sin alargamiento de audiencia y juicio» (31), lo que es buena muestra de como ya en aquella época eran motivo de preocupación los alargamientos de los juicios. De ahí que en 1480 se llegase a un verdadero juicio sumario de posesión, creando para ello los llamados pesquisidores o jueces extraordinarios que colaboraban con la justicia ordinaria.

b) *Comienzos del siglo XIX.*

Ahora bien, sin remontarnos excesivamente en el tiempo y sin querer hacer la historia completa de la lucha contra las usurpaciones

(31) Nov. Recopilación, 7, 21, 1.

padecidas casi siempre por los montes públicos debemos situarnos a mediados del pasado siglo, cuando para luchar contra los innumerables abusos y ocupaciones clandestinas de esos montes, se adoptan medidas de Gobierno de carácter marcadamente excepcional.

Durante esa agitada época, que arranca del Decreto de 14 de enero de 1812, derogado en 1814 en que resucitaron las Ordenanzas de Montes y revivido en 1836, se marca un vaivén de disposiciones que no permiten apuntalar la defensa de su propiedad y de su posesión que tan imperiosamente estaban reclamando los montes públicos.

c) *Las Ordenes de 4 de abril de 1883 y 14 de enero de 1893.*

No es extraño que, en esas condiciones, la defensa de los montes públicos se singularizase y se llegase a hacer excepcional. El primer paso para ello lo dio una Orden de 4 de abril de 1883, cuando era ministro de Fomento Gamazo, dirigida fundamentalmente contra los detentadores que utilizaban el camino de las informaciones posesorias para hacer suyos terrenos públicos forestales. Por dicha Orden se les niega todo valor y eficacia a tales efectos, a no ser que acrediten la posesión no contradicha durante treinta años y que esto sea a ciencia y paciencia de los dueños de los predios. Se puede afirmar que así se formó la doctrina que iba a regir durante una época prolongada, para fundar las decisiones administrativas en los casos de posesión en montes públicos. Al propio tiempo la inclusión en el Catálogo cobra en consecuencia un valor absoluto, y ello motiva que, a no tardar, se produzca una reacción claramente contraria, que nace en la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo.

A dicha Real Orden ministerial de Gamazo sigue otra de Moret dictada en 14 de enero de 1893 en la que, refiriéndose a la primera, dice que de haberse cumplido, habría por lo menos garantizado lo que entonces quedaba de riqueza forestal. Esto deja patente lo poco propicio de aquella en lo que a los montes públicos respecta.

d) *El Decreto de 1 de febrero de 1901.*

La situación llega a revestir tales caracteres que se explica la aparición de un Decreto como el de 1 de febrero de 1901, en el que figura una declaración rotunda y terminante: «La inclusión de un monte en el Catálogo de los exceptuados de la desamortización por causa de utilidad pública, no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, pero acredita la posesión a favor de la entidad a quien aquel asigna su pertenencia». Así es como queda proclamado el principio de auto-

definición posesoria, que se instaura en nuestro Derecho Forestal y que alcanza rango legal en la Ley de Montes de 1957.

Al hacer artículo de fe, o poco menos, lo que respecto a la posesión resulte del Catálogo, la Administración no dudó en adoptar una actitud muy poco propicia a tener en cuenta datos, elementos y mucho menos razones o fundamentos jurídicos que probasen algo en contra de tal presunción de posesión. El rigor exacerbado en tal sentido, tendiendo a hacer de aquella presunción una verdadera presunción «*juris et de jure*», contra la que ya no se admitía prueba alguna en contrario, hubo de ser frenado por el Tribunal Supremo para reducir a sus justos límites la aplicación de esa norma, de tal forma que no resultasen dañados intereses que resultaban protegibles.

Así lo muestra toda una corriente jurisprudencial, de la que son expresión sentencias como las dictadas en 18 de octubre y 25 de noviembre de 1918, 15 de enero de 1919, 16 de abril de 1921 y 18 de noviembre de 1927, entre otras muchas.

A través de ellas, se reconoce que la presunción posesoria del Catálogo no es más que una presunción «*juris tantum*», e incluso se admiten las informaciones posesorias como justificativas de posesión, en contra de lo que había venido ocurriendo.

e) *Las Instrucciones de 17 de octubre de 1925, y la reforma hipotecaria de 1927; idem de 1944-1946.*

Cuando se dictan las Instrucciones de 17 de octubre de 1925 sobre el régimen de los montes de los pueblos, el material probatorio, en cuanto a la posesión se refiere, experimenta una ampliación. Baste a nuestro propósito decir que declara admisibles en los deslindes los títulos auténticos de dominio inscritos en el Registro de la Propiedad, la posesión no interrumpida por más de treinta años y debidamente acreditada, y los datos que existan en los archivos del Distrito y del Ayuntamiento respectivo (32).

Con referencia a esto, una Sentencia del T. S. de 11 de enero de 1933, interpreta que la expresión «posesión debidamente acreditada» no implica que sólo puedan aceptarse las informaciones posesorias inscritas hace más de treinta años, sino todas las justificaciones que en Derecho puedan ser probanza del derecho posesorio, racionalmente apreciado. También la Sentencia de 13 de febrero de 1936 declara que no existe limitación en cuanto a la forma de acreditar ese estado posesorio.

(32) Artículo 22 de dichas Instrucciones.

Pero indudablemente el «climax» de las inscripciones de posesión se alcanza con la reforma que se opera en 1927 de la Ley Hipotecaria. Según la misma, las inscripciones de posesión anteriores a la promulgación de la Ley y las que se hagan en lo sucesivo, se convierten en inscripciones de dominio transcurridos diez años desde la fecha de la inscripción, siempre que en el Registro no aparezca asiento alguno posterior de información o certificación posesoria o demanda que la afecte o contradiga (33). Ya se comprende que al amparo de esa norma hipotecaria fuesen innumerables las posesiones que, convertidas en títulos de dominio, acudieron a los expedientes de deslinde reclamando terrenos en montes públicos, con razón en algunos casos, pero injustificadamente en otros, en los que esa norma sirvió de portillo abierto para lograr convertir en dominio más de una posesión defectuosamente adquirida.

Desacreditada la información posesoria, incluso a los ojos de los propios hipotecaristas, aquella norma facilitadora de la conversión, en inscripción de dominio, de la inscripción de posesión, desaparece en la reforma de la Ley Hipotecaria de 1944 y 1946.

Pero en esa misma reforma se introduce la novedad que representa el famoso art. 41, según el cual las acciones reales procedentes de los derechos inscritos podrán ejercitarse por el procedimiento que señalan los párrafos siguientes del propio artículo, contra quienes, sin título inscrito se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, siempre que por certificación del Registro se acredite la vigencia sin contradicción alguna, del asiento correspondiente.

La posibilidad que se le concede al titular inscrito contra el que no lo es, como puede ocurrir si se trata de una entidad local que no haya inscrito en el Registro los montes que le pertenezcan, provoca una verdadera alarma, al estimarse que ha quedado debilitada la posición de la Administración en la defensa de los montes del Catálogo si, al no estar inscritos, no cuentan con otra protección que la proporcionada por la presunción posesoria del Catálogo, que no va a ser suficiente contra la derivada de los arts. 1.º y 38 de la Ley Hipotecaria. Más adelante volveremos sobre esta cuestión, al ocuparnos, en el aspecto adjetivo o procedimental del punto relativo a la exclusión de interdictos y procedimientos especiales.

(33) Artículo 399 de la Ley Hipotecaria, según la reforma del R. Decreto-ley de 13 de junio de 1927.

2.3. IMPORTANCIA DOCTRINAL Y PRAGMÁTICA DE ESTE TEMA.

El tema de la defensa posesoria y dominical de los montes públicos lleva consigo una considerable importancia, lo mismo si se examina desde un punto de vista doctrinal, que si a lo que se atiende es a su relevante interés pragmático.

Desde el punto de vista doctrinal, porque ha sido este uno de los temas claves del Derecho Forestal. Se dan cita en el mismo conceptos tradicionales que provienen del Derecho civil, en lo que a la posesión, su fundamento, su protección y sus efectos se refiere, como también en lo relativo a los bienes de dominio público, y los de propiedad privada del Estado y las demás entidades públicas. Otros, que se manifiestan en el Derecho Hipotecario sobre el valor y los efectos de la inscripción, o los que derivan de los principios de legitimación, publicidad y fe pública registral, consustanciales con el Registro. Y, confluyendo con ellos, los que son propios del Derecho Administrativo de los tiempos modernos, en sus últimas concepciones científicas, sobre el dominio público y su naturaleza jurídica, los denominados bienes demaniales, las afectaciones y desafectaciones del demanio, las consecuencias de la ejecutoriedad y de la autotutela, prerrogativa de decisión previa y, tantos otros conceptos, que han adquirido ya por completo carta de naturaleza.

El Derecho podemos decir que no se ha sustraído o ha podido ser influido por esa cada vez mayor precisión de las ciencias físicas, y exige ahora unos planteamientos y unos análisis cada vez más rigurosos y precisos. La técnica jurídica se ha depurado también y plantea unas exigencias cada vez mayores.

Una clara muestra de lo que decimos la vamos a tener al examinar este tema de la defensa posesoria y dominical de los montes.

Si eso ocurre en el plano doctrinal y de los principios, no queda atrás la importancia que históricamente ha tenido y que en la actualidad sigue teniendo, la defensa posesoria y dominical de los montes públicos, en su vertiente práctica, realista y de los hechos.

El valor cada vez mayor de la riqueza forestal pública, al elevarse el precio de los productos y ganar en extensión las áreas que se han ido repoblando, el aumento progresivo en el número de montes catalogados, la clara incidencia de esas y las demás masas forestales en los problemas del entorno o medio ambiente natural que obligan a conservarlas y mejorarlas, el creciente interés que presenta la adecuación y acondicionamiento de los lugares naturales a los usos recrea-

tivos que de ellos se demandan, nos hace ver y nos sitúa ante una necesidad imperiosamente defensiva, en el sentido estrictamente jurídico, de la posesión y el dominio de esa riqueza patrimonial pública, una gran parte de la cual pertenece a las entidades locales, que obtienen de ella beneficios económicos de apreciable consideración.

Si hay que evitar las usurpaciones en los montes públicos, haciendo frente a la codicia de quienes alevosamente las cometen, bajo apariencias que tratan de mostrar como legales lo que no son más que apropiaciones totalmente abusivas y muchas veces escandalosas, la defensa posesoria y dominical de esos montes, para dejar a salvo los derechos de las entidades propietarias, se comprende bien el interés que encierra, la transcendencia que tiene y lo mucho que representa.

2.4. DEFENSA POSESORIA DE LOS MONTES PÚBLICOS.

La defensa posesoria de los montes públicos y su tratamiento doctrinal, legal y jurisprudencial, va a constituir la primera parte de las dos en que dividimos el contenido de este segundo tema.

La defensa posesoria vale por sí misma, en cuanto a garantizar el estado posesorio de hecho. Más sirve también como un primer estadio o fase inicial de la defensa dominical. Por eso, cuando nos ocupemos de ella, haremos referencia a la que se puede denominar defensa dominical indirecta, a consecuencia de la defensa posesoria.

2.4.1. *La protección posesoria de los montes públicos.*

a) La posesión de los montes públicos y el vínculo forestal.

Ninguno de los temas del Derecho Forestal ha alcanzado la categoría de cuestión verdaderamente rutilante, que el tratamiento de la posesión en los montes públicos ha llegado a tener.

Se ha hecho de su consideración el punto principal de referencia no sólo en cuanto al Catálogo y la presunción posesoria que establece, sino en lo relativo a la prescripción de particulares frente al mismo.

Sin desconocer la importancia del estudio de la posesión en el Derecho Forestal, creemos que no se debe volcar, sin embargo, todo el peso de la problemática del régimen de los montes sobre una institución netamente civil, cuando, a mayor abundamiento, lo que el Derecho Forestal considera de la posesión no es más que el mero hecho posesorio que por medio del Catálogo se constata, siquiera de tal constatación se derive una presunción «*juris tantum*» que obligue a la

Administración a mantener el estado posesorio que así resulta acreditado.

Lo que principalmente se tiene que considerar no es la posesión como tal, como el hecho posesorio aisladamente considerado y desconectado de toda otra circunstancia. Se tiene que considerar ese hecho posesorio, relevante en el Derecho Forestal, cuando aparece indefectiblemente unido a la circunstancia, que es el elemento esencial y determinante en este caso, de la utilidad pública declarada para el monte, que ha originado, como tal declaración, la inclusión del mismo en el Catálogo y como consecuencia, pero en un plano accesorio, casi podríamos decir que complementario y de garantía, la aparición de la presunción posesoria. En el primer plano lo que se muestra es la declaración de utilidad pública, capaz de desencadenar después otros variados efectos de mayor o menor rango, y categoría. Con esa declaración de utilidad pública lo que tenemos creado es el vínculo forestal al que sirve el monte, que es lo fundamental para el Derecho Forestal.

Reconducido de esta manera el tema posesorio, el Derecho Forestal estudia y examina la posesión en los montes públicos bajo el doble punto de vista de su constatación como hecho y de su defensa y protección, pero siempre, esto es lo importante, en función del vínculo forestal al que nos hemos referido, hasta el punto de que si este llega a faltar, por desafectación de la utilidad pública, el que la posesión continúe como hecho es algo que deja de interesar y no impide ni que el monte salga del Catálogo ni que la presunción posesoria, por ello mismo, desaparezca.

Cuando hemos tratado de precisar el verdadero carácter del Catálogo, hemos dicho que constituye un Registro de afectaciones de montes a la utilidad pública, por entender que en esa forma se determina mucho mejor su verdadero y esencial contenido que si se le considera como un Registro de posesiones administrativas.

b) Doble aspecto de la defensa posesoria.

Podemos afirmar que, en nuestra legislación forestal, la defensa posesoria de los montes catalogados presenta un doble aspecto. Se atiende por una parte a la protección que dispensa una presunción de carácter posesorio, que deriva del hecho mismo de la inclusión de un monte en el Catálogo, para hacer inatacable esa posesión por lo menos administrativamente, salvo una prueba suficiente en contrario. Es, puede decirse, el aspecto sustantivo o material de la defensa posesoria

de los montes públicos en el orden administrativo. Por otro lado, la existencia de esa presunción se complementa con una norma legal, de carácter procedimental, que prohíbe tajantemente la utilización de interdictos o de procedimientos especiales cuando se trata de montes catalogados. Se salvaguarda así a los mismos, en el aspecto adjetivo, contra las acciones interdictales de carácter sumario y provisional y contra las demás acciones reales contradictorias del dominio que a virtud de procedimientos especiales, como el del art. 41 de la Ley Hipotecaria, se dan en nuestro ordenamiento.

A esos dos aspectos, el sustantivo o material y el adjetivo o procedimental, de la defensa posesoria de los montes catalogados, nos vamos a referir.

1.º *La presunción posesoria derivada de la inclusión en el Catálogo.*

Tocamos aquí el que hemos denominado aspecto sustantivo o material de la defensa posesoria de montes catalogados.

«La inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado, o por la entidad pública a cuyo nombre figure, sin que esta posesión pueda ser combatida ante los Tribunales de Justicia por medio de interdictos o de procedimientos especiales. Uno y otra serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes por los Gobernadores civiles en todos los casos.» Tal nos dice el precepto del art. 10 de la Ley de Montes.

En consonancia con el mismo, el art. 65 del Reglamento expresa:

«La inclusión de un monte en el Catálogo no prejuzga ninguna cuestión de propiedad, pero constituye una presunción de posesión a favor de la entidad a quien aquél asigna su pertenencia.»

Y el artículo 66, también del Reglamento, complementa al anterior en desarrollo de lo dispuesto en el 10 de la Ley, diciendo:

«La presunción de posesión que otorga la inclusión en el Catálogo no podrá ser destruida por medio de interdictos o de procedimientos especiales seguidos ante los Tribunales de Justicia que, en su consecuencia, carecen de competencia para conocer de ellos en relación con montes catalogados.

Mientras no sean vencidos en juicio de propiedad, el Estado o las entidades a cuyo nombre figuren montes en el Catálogo serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes por los Gobernadores civiles en todos los casos.»

Vemos así como en el art. 10 de la Ley se engloban dos aspectos de la presunción de posesión en orden a los montes del Catálogo, que después el Reglamento hace objeto de dos arts. distintos. Tanto del primer párrafo del art. 10 de la Ley, como el 65 del Reglamento están contemplando como efecto característico del Catálogo, el del otorgamiento de la presunción posesoria. Pero mientras el primer párrafo del artículo 10 de la Ley se limita solamente a eso, el 65 del Reglamento no alude en primer lugar a que el efecto del Catálogo sea otorgar la presunción posesoria, sino a afirmar una vez más el carácter administrativo del Catálogo al decir que la inclusión en el mismo «no prejuzga ninguna cuestión de propiedad», ya que, según el art. 6 de la Ley es un Registro público «de carácter administrativo», excluido lo cual, esto es, el prejuzgar de ninguna manera cuestiones de propiedad, nace del mismo la mencionada presunción de posesión.

Al efecto que dicha presunción produce es a lo que se refiere después el art. 66 del Reglamento, siguiendo ya el dictado del art. 10 de la Ley, si bien al haber establecido este que dicha posesión, la del Catálogo, no podrá ser combatida por medio de interdictos ni de procedimientos especiales, ante los Tribunales de Justicia, determina expresamente y como consecuencia que «carecen de competencia para conocer de ellos en relación con montes catalogados».

El precepto del art. 10 de la Ley de Montes se puede calificar de mimético.

Si leemos el art. 38 de la Ley Hipotecaria, «se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos», y nos fijamos en el art. 10 de la Ley de Montes, «la inclusión de un monte en el Catálogo otorgará la presunción de su posesión por el Patrimonio Forestal del Estado o por la entidad pública a cuyo nombre figure», observaremos enseguida un marcado paralelismo.

Pero ese paralelismo en la forma de expresión no evita una radical divergencia en el fondo.

Si, a todos los efectos legales, se presume que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo, la inclusión en el Catálogo de Montes lo único que otorga es una presunción de posesión, más no a efectos civiles, sino a efectos administrativos, que son los únicos que el Catálogo puede producir. El efecto administrativo más claro de la presunción de posesión catalogal es el de que sea la propia Administración la encargada de mantener la posesión que el Catálogo asigna

a los montes. Si los efectos de la presunción fuesen del orden civil habrían de ser los Tribunales y no la Administración quienes se encargasen de hacer que fuese respetada.

En el Catálogo no surge más que una presunción de posesión material y efectiva del monte, sin llegar a establecer una presunción del derecho de poseer («jus possidendi»). Según el Catálogo sólo se puede afirmar que la entidad propietaria tiene la posesión material del monte, no que le corresponde jurídicamente dicha posesión, en el sentido de derecho a poseer. Como el Registro de la Propiedad es un registro jurídico, en el que funciona el principio de legalidad, de ahí que en el mismo se constaten derechos. El Catálogo de Montes, que es un Registro administrativo, constata meramente situaciones de hecho. Esta es la radical divergencia entre uno y otro precepto, aunque el del art. 10 de la Ley de Montes se nos presente como mimético al del art. 38 de la Ley Hipotecaria.

Esto nos lleva, una vez más, a la necesidad de la inscripción de los montes públicos en el Registro de la Propiedad, como medio seguro y eficaz de su defensa dominical.

2.º *Aspecto adjetivo o procedimental de la defensa posesoria:*

En este aspecto adjetivo o procedimental, hemos de hacer referencia tanto a la vigencia del principio de autotutela, en cuanto a la posesión de los montes públicos catalogados, como al de exclusión de interdictos y procedimientos especiales para combatir la posesión catalogal.

a') Vigencia del principio de autotutela administrativa, en cuanto a la posesión de montes públicos catalogados.

Hemos visto que el art. 10 de la Ley de Montes, establece que el Patrimonio Forestal del Estado (hoy ICONA) y las entidades públicas a cuyo nombre figuren incluidos en el Catálogo montes de utilidad pública, «serán mantenidos en la posesión y asistidos para la recuperación de sus montes, por los Gobernadores civiles en todos los casos».

Era lo que ya disponía la Real Orden de 4 de abril de 1883 (34) como medio protector de la posesión en el orden administrativo respecto a los montes públicos.

(34) Dispone en su artículo 1.º que los Gobernadores mantengan al Estado, los pueblos y los establecimientos públicos en la posesión de aquellos terrenos montuosos comprendidos en las relaciones dadas por los Ayuntamientos en la clasificación del año 1859, o en el Catálogo de 1872, y en que se hayan ejercido actos posesorios.

En el orden de los principios, este derecho o facultad de autotutela que ostenta la Administración como una prerrogativa a ejercitar por la misma, se desprende de la propia naturaleza jurídica del dominio público. ZANOBINI afirma, en efecto, que la Administración tiene el derecho de defender las cosas públicas contra los que perturban la posesión, si bien el «jus excludendo alios» que en el Derecho privado coloca a las partes en paridad jurídica frente al juez, en el Derecho público lo ejerce la Administración por actos de soberanía unilaterales, siendo inmediatamente ejecutivos, es decir, sin intervención judicial (35).

También D'ALESSIO nos dice que los poderes jurídicos atribuidos por el ordenamiento a la Administración para la defensa de la propiedad pública, permiten a aquella defender su derecho usando de la autotutela, lo que obliga al particular que pretenda oponerse a asumir la iniciativa del juicio en la que será actor frente a la Administración (36).

La legislación y jurisprudencia españolas han admitido corrientemente esa potestad de oficio de la Administración para recuperar sus bienes patrimoniales, siendo curioso, como señala CLAVERO ARÉVALO, que las dudas hayan sido menores en relación con la admisión de tal facultad respecto a los bienes patrimoniales que en relación con la misma referida a los bienes de dominio público (37).

Son expresión de ello Sentencias como la de 27 de enero de 1917, según la cual «La Administración viene obligada a mantener en la posesión de un monte al Estado o Corporación que la ostenten y justifiquen, mientras no sean vencidos en el juicio correspondiente de propiedad». El R. D. de competencias de 3 de julio de 1908 dice que «no sólo es de la competencia de los Gobernadores mantener la posesión a favor de la entidad que el Catálogo acredita, sino que la defensa de esa posesión es un deber que en modo imperativo les impone el art. 11 del Reglamento de 1865 y el 10 del R. D. de 1901».

Se refería ya a que es a las autoridades administrativas a las que corresponde mantener el estado posesorio constituido, un antiguo R. D. decisorio de competencias de 23 de mayo de 1872.

En el mismo sentido se pronuncian la Sentencia de 24 de febrero de 1908, 21 de diciembre de igual año, la de 25 de junio de 1907, et-

(35) ZANOBINI: "Corso di Diritto Amministrativo", 1940, I, págs. 198-199.

(36) Citado por MENDOZA OLIVÁN: "El Deslinde de los Bienes Administrativos", 1968, página 246.

(37) DÍAZ DE LA RIVA y GUERRA LIBRERO: "Montes Municipales", Madrid, 1963, página 154.

cétera, entre las antiguas y, la de 3 de mayo de 1960, la de 3 de diciembre de 1947, las de 22 de marzo y 19 de abril de 1958, etc., entre las modernas.

Por medio de este principio de autotutela posesoria puede decirse que el Catálogo funciona a favor del Estado o de las entidades públicas dueñas de montes con la eficacia de un interdicto de retener o recobrar la posesión (38).

b') Principio de exclusión de interdictos y procedimientos especiales, respecto a la posesión de montes catalogados.

Desde el punto de vista pasivo, esto es, de las acciones contra la posesión de montes según Catálogo, este principio de exclusión de interdictos, del ejercicio de acciones reales del art. 41 de la Ley Hipotecaria y de procedimientos especiales, es el que completa el cuadro del sistema de prerrogativas en favor del Estado y las entidades públicas propietarias de montes catalogados, incluido dentro del que se ha denominado régimen exorbitante del demanio.

Esta prohibición de interdictos y de procedimientos especiales en el caso de los montes catalogados figura, como hemos visto, en las prescripciones del art. 10 de la Ley de Montes y en el 66 del Reglamento.

Por otra parte, existe una exclusión del ejercicio de acciones, en el párrafo 6) del art. 11 de la Ley al disponer que «la pertenencia o titularidad que en el Catálogo se asigne a un monte, sólo podrá impugnarse en el juicio declarativo ordinario de propiedad y ante los Tribunales civiles, no permitiéndose el ejercicio de las acciones reales del art. 41 de la Ley Hipotecaria con referencia a montes catalogados o parcelas que de los mismos formen parte». En el mismo sentido se pronuncia el art. 68 del Reglamento.

Los montes públicos catalogados quedan así a salvo de los procesos sumarios de tipo provisional, como son los interdictos, que para la defensa de la posesión se encuentran establecidos en la Ley de Enjuiciamiento civil. Es más, no se permite el ejercicio de las acciones reales del art. 41 de la Ley Hipotecaria, que constituye un supuesto para el que ha sido la propia Ley Hipotecaria la que ha establecido un procedimiento especial, cuyas normas de tramitación detalla.

El art. 41 de la Ley Hipotecaria ha sido un precepto polémico, pero

(38) GRAU: "Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes", Madrid, 1966, páginas 145 y 146.

entendemos que más polémico todavía se debe considerar el art. 11, párrafo 6), de nuestra Ley de Montes, que prohíbe el ejercicio de las acciones reales establecidas en dicho art. 41.

Si hacemos esta afirmación es porque, curiosamente, el propio preámbulo de la Ley de Montes nos descubre una fórmula distinta a la establecida en la Ley. Mientras en el art. 11, 6), se prohíbe el ejercicio de las acciones reales del art. 41., en el preámbulo lo que se dice es que en la Ley se regula la posibilidad de entablar contra la Administración Forestal el procedimiento establecido para ejercerlas... Esa posibilidad ha quedado enunciada en el preámbulo y se desvanece por completo en el texto legal, de tal manera que el artículo 11, 6), se muestra en perfecto desacuerdo con aquello mismo que en el preámbulo lo tenía que justificar, lo que no deja de ser ilustrativo.

Tendríamos que extendernos demasiado, para analizar a fondo el contrasentido de esa prohibición y si no hubiera sido mucho mejor, y más respetuoso, sobre todo con el principio de legitimación registral, el haber establecido otra fórmula distinta, quizá incluso esa misma prohibición pero con carácter temporal solamente y por vía de excepción, pero nos tenemos que limitar a dejar manifestada la opinión de que, la forma en la que ha sido establecida, no se puede estimar acertada (39).

2.5. DEFENSA DOMINICAL DE LOS MONTES PÚBLICOS.

La defensa dominical de los montes públicos cabe considerarla tanto en un sentido amplio como en un sentido estricto. En un sentido amplio, es defensa dominical de los montes públicos todo cuanto tiende a dejar asegurado el derecho de propiedad que sobre ellos se ejerce por las entidades públicas propietarias. En un sentido estricto, solamente lo que tiende a la defensa del dominio por medio del ejercicio de las acciones o excepciones correspondientes.

Cabe considerar también una defensa dominical directa y una defensa dominical indirecta. Directa, si es propiamente el dominio como tal lo que se defiende. Indirecta, si por el camino de una defensa no propiamente del dominio o por los caracteres que a éste se le asignan en este mismo el que resulta defendido.

(39) Sobre esta misma cuestión vid. GRAU, "Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes", págs. 8 a 11 y 169 a 171.

a) *Defensa dominical de los montes públicos, en sentido amplio:*

Vamos a distinguir los siguientes casos:

1.º La constituida por el ejercicio de la acción de delimitación de los predios forestales, o sea, el deslinde, en cuanto deriva de la facultad de autodelimitación que le corresponde a la Administración, cuando se trata de los bienes inmuebles de dominio público en general (40) y de los montes públicos en particular. Su estudio le corresponde al Derecho Forestal constituyendo una importante parte del mismo.

2.º La determinada por los efectos de la inscripción de los montes públicos en el Registro de la Propiedad, obligatoriamente dispuesta en el art. 11, 1) y 3), de la Ley de Montes, para los incluidos en el Catálogo, deslindados o pendientes de deslindar, respectivamente. Es, sin duda, la forma más eficaz de garantizar el dominio de las entidades públicas sobre los montes que les pertenecen. La inscripción obligatoria de dichos montes en el Registro de la Propiedad es una medida que, como dice GUAITA, obedece, sin duda alguna, al intento de salvaguardar el patrimonio forestal, sustrayéndolo así a otras inscripciones, informaciones posesorias o expedientes de dominio que puedan llevar a cabo los particulares (41).

Sobre la tesis equivocada de que los montes públicos son bienes de dominio público y que, por consiguiente, no tienen acceso al Registro, ha habido quienes han negado que fuesen inscribibles en el Registro de la Propiedad. Ahora bien, la patrimonialidad de los mismos se encuentra ya hoy ampliamente admitida (42), según la naturaleza que en principio les reconoce la Ley de Montes, sin perjuicio de la demanialidad de los adscritos a algún uso o servicio público. Ya una sentencia de 13 de enero de 1908 decía que si no consta que un monte está destinado a un servicio público o al fomento de la riqueza nacional no puede ser de dominio público.

b) *Defensa dominical de los montes públicos, en sentido estricto:*

La defensa dominical de los montes públicos, en el sentido concreto de la expresión, es la actuada por medio del ejercicio de las

(40) Ya que, como dice INCROSSO, el deslinde es uno de los medios de tutela jurídica del demanio, "Demanio", cit. 435.

(41) GUAITA: *Ob. cit.*, pág. 96.

(42) Así CLAVERO ARÉVALO, en "La inalienabilidad del dominio público", Sevilla, 1958, página 126, nota 84.

acciones encaminadas a la defensa del dominio. Doctrinalmente se distingue en el Derecho civil, entre las acciones que se dan:

1.º Para reprimir una perturbación total (reivindicatoria y la antigua rescisoria de dominio).

2.º Para reprimir una perturbación parcial (negatoria, de «aquae pluvia arcenda», de daño temido y de denuncia de obra nueva).

3.º La de señalamiento de límites («finium regundorum»).

Como defensas indirectas, figuran las acciones posesorias (publiciana e interdictos) y la «ad exhibendum».

Ahora bien, nos hemos ocupado ya desde el punto de vista del Derecho Forestal, de la defensa posesoria, ya que en cuanto a ella la Administración goza del privilegio de la autodefensa y también, como defensa dominical en el sentido amplio, de la facultad de autodelimitación que igualmente le es propia, por lo que la defensa del dominio de los montes públicos en el sentido concreto al que ahora nos referimos queda limitada al ejercicio en el orden civil de las acciones defensivas del dominio que tienen por objeto reprimir una perturbación total. Su estudio no sería propio de este lugar, porque nos separaría del ámbito del Derecho Forestal.

Lo que sí hay que indicar es que, articulada la defensa posesoria por una parte, como ya hemos visto, y establecida la prohibición de interdictos y procedimientos especiales por otra, se concitan para hacer que sean los particulares los que asuman el papel de parte actora en los juicios civiles sobre propiedad de terrenos en los montes catalogados, de tal modo que sólo raramente serán el Estado o las demás entidades públicas propietarias quienes hayan de asumir esa calidad procesal.

Aún en ese aspecto, en orden a las demandas en juicio civil contra las entidades públicas poseedoras de montes catalogados, existen determinadas reglas de carácter procesal que se han establecido en la Ley de Montes. Esas reglas se refieren:

1.º A la competencia: modificando la norma general, queda atribuida la competencia territorial a las poblaciones en donde exista Audiencia.

2.º A la excepción dilatoria de falta de reclamación previa en vía gubernativa, que es la 7.ª del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento civil: su carácter ha sido modificado y en lugar de funcionar

como tal excepción dilatoria o perentoria en su caso, se ha convertido en causa de inadmisión «ad limine» de la demanda.

3.º A la formación de litisconsorcio pasivo necesario, por razón de la entidad pública titular y de la tutela que ejerce el Estado: existe la necesidad de emplazar al Estado y a la entidad pública titular del monte. La Ley de Montes se fija sólo en este aspecto, en el caso de demanda por razón de terrenos de montes catalogados de los que aparezca como titular una entidad pública distinta del Estado y no del caso en el que sea éste el titular del monte, porque en este caso será el Estado solamente el emplazado.

c) *Defensa dominical indirecta:*

Además de la defensa posesoria, a la que ya nos hemos referido, hay que atribuir el carácter de una defensa dominical indirecta, en cuanto a los montes de dominio público, a la constituida por su imprescriptibilidad, que no se da en cambio para los montes públicos patrimoniales (43).

REPERTORIO DE AUTORES CITADOS

BRUCZ: (21).
 CASTÁN: (1).
 CLAVERO ARÉVALO: (37), (42).
 COLIN Y CAPITANT: (21).
 COQUILLE: I.2.1.
 D'ALESSIO: I.1., (36).
 DÍAZ DE LA RIVA: (10), (37).
 FRASSOLDATI: I.1., (8 bis), (8).
 GARCÍA DE ENTERRÍA: (43).
 GONZÁLEZ PÉREZ: (2).
 GUAITA: (13), (14), (15), (27), (41).
 GUERRA LIBRERO: (10), (37).
 HAURIU: (6).
 HENRION DE PANSEY: (11).
 INCROSSO: (40).
 MARIENHOFF: (5).
 MIELE: (3).
 NIETO, A: (11), (11 bis).
 PORRINI: (23).
 RAFAGLIO: I.2.1.
 ROCA SASTRE: (28).
 RUGGIERO: (21).
 WOLF: I.1.
 ZANOBINI: (35).

(43) Sobre esta cuestión, GARCÍA DE ENTERRÍA, "Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo", Madrid, 1974, págs. 134-135.

RESUMEN

Los gravámenes en los montes catalogados constituyen la primera parte de este trabajo. Después de citar la clasificación establecida por Wolf para los derechos reales limitados, entra el autor en las discutidas cuestiones de los llamados «derechos reales administrativos» y los «derechos reales forestales». Es examinada la naturaleza del «vínculo forestal», de la doctrina italiana para sostener que aparece como unificadora en nuestro Derecho Forestal, de los montes catalogados y los denominados protectores, afirmándose que constituye un aspecto sobremanera interesante de la misma, ya que «el vínculo forestal lo determina la utilidad pública, pero más singularizada y concretada».

Sobre las normas y criterios de nuestro Derecho Forestal, en orden a los gravámenes en los montes catalogados, se concretan los principios de autodefinition de los mismos y el de no exigencia de previa inscripción registral. Específicamente, para las servidumbres se examinan los de la necesidad de justificar su existencia y el de supeditación al vínculo forestal. Después, con una sistemática rigurosa, se efectúa el examen detallado de los derechos reales limitados de disfrute en los montes públicos (servidumbres legales y voluntarias, con una especial referencia a la de pastos, concesión de ocupaciones y derecho real de vuelo). Posteriormente se examinan los demás derechos reales limitados de realización de valor (gravamen hipotecario de los aprovechamientos) y los de adquisición, constituidos por los diversos derechos de tanteo existentes, el derecho de refundición de dominios y el de incorporación de predios por razón de colindancia.

En cuanto a la defensa posesoria y dominical de los montes públicos, se hace un examen muy detenido de los antecedentes sobre tales cuestiones. El autor enlaza la posesión en los montes públicos con el vínculo forestal, considerando esto de la mayor importancia y reconduciendo así el tema, siempre tan importante, de la posesión, a ese nuevo enfoque del mismo en el aspecto del Derecho Forestal. La defensa posesoria es examinada en sus dos aspectos, sustantivo y adjetivo o procedimental. En el primero con referencia a la presunción posesoria derivada de la inclusión en el Catálogo, del que no surge más que una presunción de posesión material y efectiva del monte, sin llegar a establecer una presunción del derecho de poseer (*jus possidendi*).

En el aspecto adjetivo o procedimental de la defensa posesoria son examinados los principios de autotutela administrativos en cuanto a la posesión de montes públicos catalogados y el de exclusión de interdictos y procedimientos especiales en esta materia.

La defensa dominical la estudia distinguiendo los casos de defensa dominical de los montes públicos en sentido amplio y en sentido estricto, para terminar con una alusión a la defensa dominical indirecta.

RESUME

Les charges sur les forêts classées constituent la première partie de ce travail. Après avoir cité la classification établie par Wolf pour les droits réels limités, l'auteur entre dans les questions fort discutées de ce qu'on appelle les «droits réels administratifs» et les «droits réels forestiers». Il examine la nature du lien forestière de la doctrine italienne pour soutenir qu'elle apparaît comme unifiant dans notre Droit forestier les forêts classées et ce qu'on appelle les «protecteurs». Il affirme qu'elle en constitue un aspect extrêmement intéressant puisque c'est l'utilité publique qui détermine le lien forestière, mais plus singularisée et plus précise».

Sur les normes et les critères de notre Droit forestier en matière de charges sur les forêts classées, l'auteur précise les principes d'autodéfinition de celles-ci et celui en vertu duquel on n'exige pas l'inscription préalable

dans le registre ad hoc. Il examine, en particulier, en ce qui concerne les servitudes, les principes sur la nécessité de justifier leur existence et celui de la subordination au lien des forêts. Puis l'auteur examine suivant une rigueur méthodique et en détail les droits réels limités de jouissance dans les forêts de l'Etat (servitudes légales et volontaires avec une référence particulière à celle des pâturages, à la concession d'occupations et au droit réel de coupe). Puis il examine les autres droits réels limités de réalisation de valeur (impôt hypothécaire sur l'exploitation) et ceux d'acquisition constitués par les différents droits d'option existants, le droit de remaniement des domaines et celui d'incorporation de propriétés pour des raisons de contiguïté.

Quants à la défense possessoire et domaniale des forêts publiques, il fait un examen très détaillé des précédents sur ces questions.

L'auteur établit un rapport entre la possession dans les forêts et le lien de la forêt en considérant que ce fait a la plus grande importance et en reconduisant ainsi le sujet si important de la possession par cette nouvelle façon de l'envisager du point de vue du Droit forestier. La défense possessoire est examinée sous ses deux aspects substantif et adjectif ou procédural. Dans le premier, en se référant à la présomption de la possession, dérivée de l'inclusion dans l'Inventaire, dont il ne ressort qu'une présomption de possession matérielle et effective de la forêt sans arriver à établir une présomption du droit de possession (*jus possidendi*).

Dans l'aspect procédural de la défense de la possession, il examine les principes d'autotutelle administrative, quant à la possession de forêts publiques classées et celui d'exclusion d'interdictions et de procédures spéciales en cette matière.

L'auteur étudie la défense domaniale en distinguant les cas de défense domaniale des forêts publiques au sens large et au sens strict, puis il termine en parlant de la défense domaniale indirecte.

SUMMARY

The first part of this work deals with the taxes on the catalogued forests. After quoting the classification established by Wolf for limited real rights, the author goes on to discuss the so-called «administrative real rights» and «forest real rights». He examines the nature of the «forest entail», of the Italian doctrine to sustain which appears as a unifier in our Forest Law, of the catalogued forests and the so-called protectors, and declared that it forms an exceptionally interesting aspect of the same, as «the forest entail is determined by the public utility, but more particularized and concretely expressed».

On the rules and criteria of our Forest Law with regard to the taxes on the catalogued forests, he describes the principles of their self-definition and that of not requiring previous registration. Specifically for rights of way he examines those of the need to justify their existence and of their subjection to the forest entail. Later, following a strictly schematic plan, he makes a detailed examination of the limited real rights of enjoyment in public forests (legal and voluntary rights of way, with special reference to that of pastures, concession or occupations and real right of flight). Subsequently he examines the other limited real rights of realising value (mortgage lien on forest products) and those of acquisition, constituted by the different existing preferential rights to purchase, the right of refusion of domains and that of incorporation of properties because of contiguity.

With regard to the possessory and proprietary defence of public forests, he makes a very detailed examination of the background of such questions. The author connects possession in public forests with the forest entail, which he considers of the greatest importance and this leads the subject of possession, always so important, to this new approach to it in the aspect

of Forest Law. Possessory defence is examined in its two aspects, substantive and adjectival or procedural. In the former with reference to presumption of possession derived from inclusion in the Catalogue, from which there arises no more than a presumption of material and effective possession of the forest without arriving at establishing a presumption of the right to possess (*jus possidendi*).

In the adjectival or procedural aspect of the possessory right, the author examines the administrative principles of selfguardianship with reference to the possession of catalogued public forests and that of exclusion of injunctions and special procedures in this matter.

The proprietary defence is studied, distinguishing the cases of proprietary defence of the public forests in a broad sense and a strict one, to conclude with an allusion to indirect proprietary defence.