

# Derecho Civil Histórico de Castilla y Constitución (Actual vigencia de los «Los Estados del Duque de Medinaceli»)

## *Historic Law of Castilian versus Constitution*

por

RAMÓN DURÁN RIVACOBIA  
*Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Oviedo*

**RESUMEN:** El estatuto peculiar de la tierra definido como «los Estados del Duque de Medinaceli» constituye un ejemplo paradigmático de la polémica vigencia de un Derecho arcaico y de corte feudal en un territorio bien definido dentro de Castilla-La Mancha. Consta en la Escritura de Concordia de 5 de mayo de 1552, rubricada por sanción regia en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Posteriormente la Ley 5/1980, de 22 de febrero, «relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma», recoge su contenido. El estudio versa sobre la naturaleza de dicho régimen, más transacción que fuero, la identificación subjetiva y objetiva de los derechos que contempla, con su posible categoría de servidumbre personal frente al dominio compartido que alguna sentencia propuso. Por último, se debate la posible inconstitucionalidad sobrevenida del sistema.

**ABSTRACT:** *The peculiar status of the land defined as «the States of the Duke of Medinaceli» represents a paradigmatic example of the controversial validity of an archaic and feudal Law in a well-defined territory in Castilla-La Mancha. It is recorded in the Deed of Concord of May 5, 1552, initialled by sanction in the Royal Decree of June 11, 1553. Subsequently, Law 5/1980, of February 22, concerning the measures to solve the problem of the historical rights in the community of Malagón and to promote its integral development, collects its content. The study deals with the nature of this regime, more transaction than jurisdiction, the subjective and objective identification that the rights that it contemplates, with its possible category of personal servitude. Finally, it argues a posible ensuing unconstitutionality of the system.*

**PALABRAS CLAVE:** Los Estados del Duque de Medinaceli. Servidumbre personal. Inconstitucionalidad sobrevenida.

**KEY WORDS:** *The States of the Duke of Medinaceli. Personal servitude. Unfounded unconstitutionality.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES.—II. MARCO LEGAL: ESCRITURA DE CONCORDIA Y ESTADOS DEL DUQUE. 1. PRESUPUESTOS: DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA EXENTO DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LAS LEYES DESAMORTIZADORAS. 2. CATEGORÍA DEL ESPECÍFICO RÉGIMEN: TRANSACCIÓN VERSUS FUERO. 3. LA FRUSTRANTE INEXISTENCIA DEL DERECHO FORAL CASTELLANO.—III. NATURALEZA DE LA DISCIPLINA DE LOS «ESTADOS DEL DUQUE». EL POLÉMICO DOMINIO COMPARTIDO Y LA SERVIDUMBRE PERSONAL: 1. LA INCERTIDUMBRE TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LA HIPÓTESIS DE NETO SIGNO FEUDAL. 2. FIGURAS REBATIDAS: A) *Usufructo*. B) *Servidumbre predial*. C) *Arrendamiento*. D) *Censo*. 3. PROPUESTA DE DOMINIO COMPARTIDO. 4. ALTERNATIVA EN LA SERVIDUMBRE PERSONAL. 5. LA USUCAPIBILIDAD DE LOS DERECHOS CONCERNIDOS.—IV. CATÁLOGO DE DERECHOS SUBSISTENTES. SU ACTUAL VIGENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA: 1. FACULTADES ACTIVAS: PASTOS, RASTROJOS Y CINEGÉTICAS. 2. TITULARES DE SU EJERCICIO.—V. LA MANCOMUNIDAD «ESTADOS DEL DUQUE» Y SU INTERLOCUCIÓN. ALCANCE FRENTE A TERCEROS DE LA POSIBLE LICENCIA DE ACTIVIDADES.—VI. CONTRASTE INSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA FIGURA. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL MODELO HISTÓRICO: 1. MEDIO AMBIENTE, CONSTITUCIÓN Y DOMINIO PRIVADO. 2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 3. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DOMINIO. 4. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DE LA ESCRITURA DE CONCORDIA.—VII. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCIÓN Y ANTECEDENTES

Con motivo de la solicitud de un dictamen tuve la ocasión de analizar el problema de la vigencia de una señalada hipótesis de Derecho Civil Histórico de Castilla en los actuales momentos. Se trata de un asunto particular, pero elocuente, que pone de manifiesto de forma oportuna un problema jurídico de cierta entidad muy olvidado por la doctrina. En él se dan cita elementos relativos a la existencia de disposiciones y estatutos que, a mi juicio, entran en abierto contraste con principios del llamado Derecho Constitucional Civil, tan en boga desde la promulgación del texto de 1978. Resulta un ejemplo característico del problema, y su vertiente práctica me imagino que ayudará mejor a la comprensión de su faceta teórico jurídica.

En el caso de referencia, una gran entidad mercantil del sector energético tenía proyectado el desarrollo de una instalación fotovoltaica en el municipio de Porzuna (Ciudad Real) sobre una extensión aproximada de 300 hectáreas<sup>1</sup>. A tal propósito, se solicitaron las oportunas autorizaciones administrativas. En el curso del procedimiento, quedó de relieve que podían existir algunas dificultades, fruto de la existencia de una disciplina jurídica peculiar en la Comarca.

Esta especificidad llamada *Los Estados del Duque* abriga un régimen de la tierra definido en la *Escritura de Concordia* de 5 de mayo de 1552, rubricada por sanción regia en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Tanto los derechos concedidos en este instrumento como sus beneficiarios arrojan una profunda situación de incertidumbre sobre su alcance práctico y naturaleza jurídica. Se define como un estatuto arcaico, anacrónico y de corte feudal, sin embargo, todavía subsistente. Además, existen acerca de la problemática diversos informes oficiales, como el de la Diputación de Ciudad Real de 2017; y el de don Alejandro RUBIO GONZÁLEZ, Abogado del Estado-Jefe en Ciudad Real de 2006 (2008, 490-511). En el plano judicial destaca por su contenido y reconocimiento la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la de la Audiencia Territorial de Albacete de 23 de marzo de 1929. Por último, también analizan la cuestión diversos dictámenes y estudios de muy destacados juristas, como el publicado por SANZ JARQUE (1976, 641) y los informes emitidos a instancia de parte por expertos del foro, cuya simple cita da cuenta de la trascendencia del asunto, así don Antonio MAURA, don Niceto ALCALÁ ZAMORA, don Eugenio MONTERO RÍOS o incluso don José Antonio PRIMO DE RIVERA.

La principal de las interrogantes que aquí se dilucidan concierne a conocer en qué medida el estatuto jurídico especial que responde al título de «Los Estados del Duque de Medinaceli» puede interferir en el ordinario desarrollo de actividades ajenas en su seno, conforme al esquema previsto por el Derecho Civil actual. Es decir, si el régimen establecido por las normas históricas constituye una especie de isla o limbo que le hacen ajeno a toda la disciplina común de las instituciones relativas a los derechos reales. Resulta cuestionable que las disposiciones antiguas

consoliden unas variedades basadas en el devenir histórico al margen del desarrollo de los acontecimientos y sin término apreciable de vigencia. Una reliquia del pasado que se fosiliza sin remedio y entra en pugna con el desarrollo económico, social y técnico en los actuales momentos de la evolución jurídica que caracteriza el Estado social y democrático de Derecho. Así lo proclama la Constitución en su primer artículo, en cuya medida *«propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político»*.

El primer asunto que debe ser tratado es el de la vigencia de la fórmula jurídica operante sobre la materia. El punto de partida constituye un panorama normativo vetusto —«fuero anacrónico», «arcaico y anacrónico», «propiedad dividida propia de una organización feudal» se define por el Informe de la Diputación de Ciudad Real de 24 de noviembre de 2017 (en adelante ID, 2017)— según no dejan de reconocer las sentencias de instancia que le ofrecen cobertura. Contempla un conjunto de derechos de difusos contornos, e incluso poco determinados en las personas e instituciones que subjetivamente puedan beneficiarse de su contenido.

Por otro lado, varias de dichas facultades han sido discutidas hasta en su propia permanencia. De dicho modo, algunas se juzgan en desuso, como el de roturar y cultivar, cortar leña y madera. Quedarían vigentes los de pastos y caza, siendo este último de muy limitada incidencia. Luego tales atribuciones al día de hoy se ven notoriamente restringidas y pueden ser compatibles con la existencia y desarrollo de actividades económicas en su seno, que no impedirían de suyo un derecho de paso establecido.

## II. MARCO LEGAL: LA ESCRITURA DE CONCORDIA Y LOS ESTADOS DEL DUQUE

Con arreglo al Informe elaborado el 19 de julio de 2006 por Alejandro RUBIO GONZÁLEZ, Abogado del Estado-Jefe en Ciudad Real (en adelante IAE, 2006), «el peculiar régimen jurídico de la propiedad en la Comarca de los Estados del Duque viene delimitado por la Escritura de Concordia de 5 de mayo 1552 aprobada por Real Cédula de 11 de mayo de 1553». Esta idea permanece incólume cualquiera que sea el examen a que se someta la cuestión. Por tanto, es un punto de arranque que nadie parece discutir, aunque yo albergue profundas dudas acerca de su actual sustento jurídico.

### 1. PRESUPUESTOS: DERECHO HISTÓRICO DE CASTILLA EXENTO DEL CÓDIGO CIVIL Y DE LAS LEYES DESAMORTIZADORAS

La génesis del estatuto especial del referido territorio se origina en la venta otorgada en Alcalá de Henares el 14 de enero de 1548 por el Príncipe Felipe

(luego Felipe II) en nombre y representación del Emperador Carlos I de España, su padre, al Mariscal de Castilla Ares Pardo de Saavedra de los territorios de los Montes y Terrenos relativos al «Estado de Malagón». Las motivaciones del acuerdo indican evidentes fines de sufragar los gastos de la guerra con Francia. Esa transmisión reserva ciertos derechos a favor del Concejo y sus vecinos, como el de la venta de la hierba, «excepto de ello perpetuamente para siempre, jamás», aunque omite otros sancionados por costumbre inmemorial frente a la Orden de Calatrava<sup>2</sup>, cuyo estatuto particular y privilegios anteriormente limitaban.

Según la doctrina común en la materia, estas normas permanecen vigentes y quedan exentas de la disciplina del Código civil, cuyas disposiciones transitorias permiten la pervivencia de regímenes específicos previos a su entrada en vigor, por ser Derecho Histórico de Castilla. En efecto, *«se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no los reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido, de igual origen»* (disp. trans. primera CC). Luego *«los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma»* (disp. trans. segunda CC)<sup>3</sup>.

De igual modo, se afirma de manera pacífica que las normas concernientes a las leyes desamortizadoras tampoco implicaron una derogación del régimen peculiar de los «Estados de Duque», como SANZ JARQUE (1976, 678) por menoriza en su estudio.

A mi juicio, y sin ánimo de entrar en estériles polémicas teóricas, no es de ninguna manera indiscutible dicha opinión sin mayores debates o reservas. Con todo, el hecho trascendente que permite superar toda esta diatriba se basa en la Constitución, cuya vigencia generalizada nadie osaría poner en duda y que contiene implicaciones jurídicas y prácticas ineludibles frente a un texto feudal, arcaico y anacrónico, como todos los expertos no hacen sino advertir. Este presupuesto no deja de ofrecer luces definitivas, como luego analizo. Quede por ahora su simple reseña para enmarcar mejor el análisis en sus justos términos.

Así es, la disposición transitoria segunda del Código civil alude a los actos y contratos sucedidos con anterioridad a su vigencia, que surtirán todos sus efectos con arreglo a su propio régimen. Ahora bien, no es un acto ni un contrato el estatuto permanente de la tierra<sup>4</sup>, máxime cuando deriva no de un acto ni de un contrato entre particulares, sino de una sanción regia de antaño que amortiza el territorio, sin sentido ahora. Los actos y contratos concretos que tenían cobertura legal en su tiempo es notorio que desplegaron sus efectos propios, mas distinta hipótesis supone la presente, por cuanto diseña un régimen inmobiliario de la propiedad y su aprovechamiento que se aísla por completo de los actuales parámetros de la evolución económica, social y jurídica de su entorno. Además,

a ello se suma un dato incontestable, como es el que arroja el análisis de las ventajas que reporta este sistema en términos de prosperidad y bien común, que aquí se debate. El examen jurídico de la circunstancia completamente al margen de los intereses sociales implicados haría un flaco servicio al marco jurídico de referencia. Con todo, es evidente que deber ser este su punto de partida.

## 2. CATEGORÍA DEL ESPECÍFICO RÉGIMEN: TRANSACCIÓN *VERSUS* FUERO

La naturaleza jurídica del Cuerpo normativo que rige la comarca conocida como «Estados de Duque», sin perjuicio de la entidad de los derechos que contempla, resulta muy difusa y controvertida. En ocasiones se ha barajado la tesis de que constituye un auténtico Fuero. Además de que dicha relevancia de ninguna manera consta de forma específica en la Escritura de Concordia en que se plasma, la idea tesis en sus actuales términos resulta inviable, al menos a mi parecer.

Sin embargo, SANZ JARQUE (1976, 674) lo respalda, pero en el sentido de que dicha Escritura constituye una norma jurídica de alcance general, aunque limitada en su ámbito de aplicación. «A su vez, este criterio fue el seguido durante los trabajos parlamentarios para la elaboración de la Ley 5/1980, de 22 de febrero, relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma» (IAE 2006).

Igualmente, se recoge la idea por la Exposición de Motivos de la Proposición de Ley presentada en el Congreso de los Diputados<sup>5</sup> y en el Senado<sup>6</sup>. Ahora bien, nada mejor que acudir a su contenido para comprender la falta de certeza en tales afirmaciones: «Esta Escritura de Concordia debe considerarse, dada la sanción real que la acompañó, más que como un documento de transacción, como un texto fundamental político-jurídico, es decir, como un fuero, y en ella se han apoyado los vecinos y Concejos para consolidar sus situaciones posesorias frente al ejercicio de derechos prácticamente nominales correspondientes al Señor o sus causahabientes, en una dualidad de posiciones que se radicalizó en el transcurso del tiempo, dando lugar a numerosos conflictos jurídicos y sociales que han originado un continuado clima de tensión en la comarca».

Es decir, que por razón de la materia y teleología claramente se ajusta mejor al esquema transaccional<sup>7</sup>. Desde luego, resuelve disputas entre Señorío y ciudadanos (que representan en este caso vecinos y Concejos). Los derechos políticos argüidos ni tan siquiera se describen y quedan velados cuando de forma reiterada se afirma que su objeto se circunscribe a cuestiones estrictas, y concernientes todas al régimen de propiedad y de carácter jurídico privado en exclusiva.

En esta línea, el Informe de la Diputación de 2017 no puede ser más expresivo: «Esta Escritura venía a poner solución a los enfrentamientos surgidos

por la reivindicación de los vecinos del Concejo de Malagón y de su comarca de la conservación de determinados derechos históricos, no contemplados en el momento de la venta por la Corona de estos dominios al Mariscal de Castilla, derechos disfrutados tanto por costumbre inmemorial como por concesión real ya en la segunda mitad del Siglo XV frente a la orden de Calatrava, anterior propietaria». Transacción, pues, pura y expresa por más señas.

No en vano el documento de referencia porta por exacta rúbrica «Escritura de Concordia»; y concordia es la solución amistosa de un conflicto previo, el acuerdo entre contendientes iguales. En palabras del Diccionario —en su acepción 2ª, propia del Derecho— es «*Documento legalmente autorizado que contiene lo tratado y convenido entre dos o más partes*». Dicho convenio solo dirime disputas, aunque luego el propio Informe de la Diputación de 2017 afirme que “estos derechos se entienden a perpetuidad, y el hecho de constar con la sanción real de 1553 les confería carácter de fuero, esto es con fuerza de ley y fuente de Derecho que regiría principalmente las relaciones jurídicas relacionadas con la tenencia y propiedad de la tierra en los Estados del Duque”. Bien al contrario, la Escritura recoge ciertos derechos, pero no a perpetuidad, habida cuenta que, según el mismo Informe admite con cita de SANZ JARQUE, algunos han caducado, como el de roturar y cultivar; y otros decaen por falta de su ejercicio, así el de cortar leña y madera. Luego quedan incólumes los de pastos y caza, si bien respecto del último SANZ JARQUE aminoraba mucho su impacto: «en un 99% de los casos no se utilizan, o bien se hace esporádicamente y sin contenido económico».

En efecto, según dicho Informe de la Diputación de 2017, «cualquier controversia que se pueda derivar acerca de la propiedad o cualquier otro tipo de derecho real en los Estados del Duque constituye un litigio entre particulares, quedando su resolución al acuerdo de las partes en conflicto y según las normas de derecho privado». Como fácilmente se aprecia, su propio contenido indica la verdadera entidad de la Escritura de Concordia y los derechos que recoge.

El carácter de concordia que ponía fin a litigios históricos resulta bien descrito, pese a que lo califica de fuero, por SANZ JARQUE a lo largo de su clásico estudio histórico de la Escritura, de la que afirma ser «un acto típicamente contractual». Así se plasmó en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Con todo, reconoce que, lejos de poner fin a disputas, «las disidencias y litigios no llegaron nunca a su fin, sino que los conflictos se han ido produciendo sucesivamente desde entonces y hasta nuestros días». Circunstancia que también reseña la Exposición de Motivos de la Ley 5/1980, de 22 de febrero, relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma, indicando los «conflictos jurídicos y sociales que han originado un continuado clima de tensión en la comarca». El dato, a mi parecer, no debe pasar desapercibido. Al margen de la polémica sobre la subsistencia de la Escritura de Concordia en términos

jurídicos tras la Constitución, también ha de señalarse que no ha surtido su deseado propósito y que, por el contrario, ha sido fuente constante de pleitos y disputas entre sus protagonistas. Luego hasta en términos de su eficiencia resulta en extremo polémica. Ello debe abrir un cauce de profunda reflexión para lograr una salida del conflicto que aporte fórmulas pacíficas, exentas de incertidumbres y ajustadas al panorama constitucional vigente.

El debate sobre la naturaleza foral que algunos, muchos, pretenden para la Escritura de Concordia implica repercusiones de amplio alcance y tenor jurídico. En realidad, el estatuto de Fuero debe ser otorgado con el susodicho título y en el plano del Derecho patrio implica consecuencias de profunda raigambre, habida cuenta que no cabe la existencia de un ordenamiento foral sin la correlativa condición jurídica de sus partícipes en forma de vecindad civil<sup>8</sup>. Los Derechos forales en España, y desde hace siglos, están ligados con el llamado estatuto personal que, según expresa el Código civil, *«regirá la capacidad y el estado civil, los derechos y deberes de familia y la sucesión por causa de muerte»* (art. 9.1 CC), por eso su pauta de aplicabilidad radica en una categoría de las personas llamada vecindad civil (cfr. art. 14 CC). En el caso que me ocupa, ninguna de las materias del estatuto personal están afectadas, sino las características del estatuto real—que según el artículo 10.1 del Código civil abarca *«la posesión, la propiedad, y los demás derechos reales sobre bienes inmuebles, así como su publicidad»*—, y tampoco consta vecindad civil de referencia<sup>9</sup>.

A la postre, la Escritura de Concordia, como explica SANZ JARQUE de manera precisa en su trayectoria histórica, es una manera de resolver controversias entre las prerrogativas otorgadas a la Orden de Calatrava y los derechos correspondientes a vecinos del lugar; su conservación y defensa una vez el Emperador Carlos I vendió el territorio a un nuevo Señor, modificando sus estatus. No existe ningún vestigio de Fuero, y menos municipal, que suponga un reconocimiento de privilegios y derechos territoriales de carácter sobre todo políticos y públicos, sino mantener ciertos derechos privados en disputa. Es una norma que se conservó a lo largo del tiempo por simple inercia histórica y que ahora contraviene la concepción moderna del derecho de la propiedad reconocido en la Constitución (cfr. art. 33 CE), según en adelante analizo.

En la citada Proposición de Ley se aporta noticia de la incómoda perpetuación del régimen especial allí vigente: *«La voluntad actual de los vecinos, agricultores y ganaderos de la comarca se ha expresado en los acuerdos plenarios de los cuatro Ayuntamientos de Malagón, Porzuna, Fuente el Fresno y Los Cortijos, ratificados por la solicitud personal que, de modo individual, han formalizado la gran mayoría de los interesados, manifestando su deseo de resolver la anacrónica situación que se deriva de la Escritura de Concordia, mediante la actualización de los derechos derivados de la misma»*. Su fin es, por tanto, *«querer solucionar con ello una situación de derecho histórico, reconociendo los derechos adquiridos y subsistentes, permitiendo continuar con el*



goce comunitario de derechos tan destacados como el de pastoreo y el de caza y pesca, impulsando el desarrollo agrícola y ganadero de la comarca, terminando con una situación de continuada tensión social y poniendo en armonía la subsistencia de una propiedad comunal en favor de todos los vecinos, con la propiedad personal que los agricultores han creado con su esfuerzo a través de los años. Todo lo cual es conforme con la naturaleza social y funcional de la propiedad». Luego cualquier vínculo de dichas pretensiones con la esencia de un Fuero constituye una elucubración teórica, mientras apela el asunto de nuevo al estatuto del derecho de dominio, que de tal se trata.

Como consecuencia de las citadas propuestas parlamentarias vio la luz la Ley 5/1980, de 22 de febrero, *relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma*. Es elocuente que su propia rúbrica ignore por completo el hipotético carácter de Fuero, plantee como problema la tesitura de partida y, por último, ligue su solución con el desarrollo de la comarca, en lo que quien esto suscribe no puede permanecer más de acuerdo. Su primer artículo declara de utilidad pública e interés social y nacional *«la actualización del contenido de los derechos y situaciones jurídicas derivados de la Escritura de Concordia de cinco de mayo de mil quinientos cincuenta y dos, ratificada por el Emperador Carlos I en la Real Cédula de once de junio de mil quinientos cincuenta y tres, en la totalidad de los denominados “Montes y Terrenos de Estado de Malagón”, situados en los actuales términos municipales de Malagón, Los Cortijos, Porzuna y Fuente el Fresno, de la provincia de Ciudad Real»*. Renovación *«conforme a las necesidades y exigencias de la realidad sociológica vigente»* (art. 2). En su virtud, *«se consolidarán en favor de los vecinos y municipios que sean poseedores de hecho y en propio nombre de superficies de la finca “Montes y terrenos del Estado de Malagón” el dominio exclusivo de las superficies o fincas que aprovechen y cultiven, las cuales se conceptuarán libres de cargas, sin perjuicio del respeto debido a los aprovechamientos en común y a los derechos derivados de la Escritura de Concordia»*.

Ahora bien, dicho asunto plantea cuestiones que claramente exceden el propósito del presente trabajo. Por cuanto a este ataño, debe afirmarse que las cosas no cambian significativamente, pues de nuevo existe una iniciativa de clarificar las propiedades, en este caso mediante un muy discutible recurso a reconocer la posesión de hecho como posesión jurídica, confundiendo la natural con la civil (cfr. art. 430 CC) y además susceptible de usucapión ya ganada. No se me ocurre distinta exégesis jurídica de un fenómeno tan confuso, el de la pervivencia de los derechos históricos aún por aclarar de forma definitiva. En efecto, según el artículo 5º, *«se consolidará a favor de los vecinos de la comarca, en sus respectivas vecindades, el dominio en común, sobre las superficies de los “Montes y Terrenos de Malagón” no atribuidas de modo exclusivo a sus respectivos poseedores, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior,*

*debiéndose actualizar y reglamentar los derechos históricos de los vecinos de roturar y plantar viñas y olivos, de cortar leñas y maderas, de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor, al objeto de conseguir un adecuado y racional aprovechamiento del mismo».*

El problema es que tras esta declaración de principios todavía no se ha emprendido dicha tarea de forma sistemática y oportuna, salvo en el Real Decreto 2310/1981, de 13 de julio que se circunscribe a «que la concentración parcelaria se efectúe, no solo en los denominados “montes y terrenos de la comarca de Malagón”, sino en la totalidad de los términos municipales de Malagón, Porzuna, Fuente el Fresno y Los Cortijos».

### 3. LA FRUSTRANTE INEXISTENCIA DEL DERECHO FORAL CASTELLANO

Una vez planteado el dilema en tales términos, conviene sin embargo hacer algunas matizaciones sobre la carencia de un auténtico Derecho foral castellano, en abierto contraste con el que las poblaciones de otros territorios ostentan.

El Derecho foral se ha diseñado como una especialidad frente al común o general. Eso se contempla en el Código civil (cfr. arts. 13.2; 14.1 y 2; y 15.4 CC) y hasta en la Constitución, cuyos referencias, tomadas de aquel a «los derechos civiles forales o especiales» (art. 149.1º.8ª CE) no pueden ser más expresivas. Habida cuenta que la legislación civil adoptada en la codificación partía de la esencia castellana de nuestro Derecho privado a través del «*Proyecto de 1851*» (cfr. Base 1ª de la Ley de Bases del Código civil de 11 de mayo de 1888) la reserva en favor de los derechos forales necesariamente implicaba la renuncia sobre la propia idiosincrasia específica del Castellano, que dejaba de permanecer, disolviéndose dentro del común. Así, el artículo 5º de la dicha ley de Bases preserva el Derecho foral anterior, y contempla su futuro en el sistema de Apéndices finalmente fracasado (cfr. art. 6 de la Ley de Bases). La Base 2ª contenía un principio revelador: «*Los efectos de las leyes y de los estatutos, así como la nacionalidad, la naturalización y el reconocimiento y condiciones de existencia de las personas jurídicas, se ajustarán a los preceptos constitucionales y legales hoy vigentes*».

Considero que haberse tradicionalmente partido de la raíz castellana en las instituciones jurídicas de Derecho privado común desembocaría en repercusiones hasta cierto punto perversas para la continuidad de aquellas. Al ofrecer al patrimonio conjunto sus categorías propias, el Derecho castellano renunció a su autonomía, lo que trajo consigo que la desnaturalización padecida mediante las sucesivas reformas que hubo de recibir, le hicieran perder parte no desdeñable de su genuino sentido.

Nadie duda sobre la creciente influencia de los Derechos forales en las recientes modificaciones de la disciplina jurídica plasmada en el Código civil.

Sin perjuicio de todo ello, conservaron dichos ordenamientos sus propias señas de identidad y estas se aparejaron también para otros nuevos escenarios más que discutibles en el plano autonómico, lo que contrasta enormemente con el ejemplo de Castilla, que sacrificó para siempre su fisonomía jurídico-privada en el beneficio colectivo<sup>10</sup>.

Su origen castellano produjo a la postre una consecuencia muy negativa para el ordenamiento del que trae causa. En efecto, perdió por obra de su predominio clásico la posibilidad de regenerarse autónomamente. A su pérdida de vigencia generalizada se añade ahora una limitación ilógica, que bien valdría la pena remover pronto, para no reproducir a la inversa ciertos agravios del pasado.

En este sentido, ha hecho fortuna la expresión *Derecho castellano* refiriéndose al Código civil. A mi particular modo de ver supone un anacronismo y resulta dudoso su acierto en los presentes términos, al menos en materia hereditaria. Por el contrario, la fórmula de *ordenamiento común* resulta mucho más acertada, pues tal cosa constituye al fin.

### III. NATURALEZA DE LA DISCIPLINA DE LOS «ESTADOS DEL DUQUE». EL POLÉMICO DOMINIO COMPARTIDO Y LA SERVIDUMBRE PERSONAL

Distinta de la categoría jurídica del instrumento en sí, conviene ahora referirse a la de los derechos concedidos que contiene. Son de tal confusión que catalogarlos adecuadamente y en su conjunto representa una tarea especulativa; y, dicho sea de paso, tan discutible como infructífera, siquiera sea en el plano de las instituciones concernidas.

#### 1. LA INCERTIDUMBRE TEÓRICA Y PRÁCTICA DE LA HIPÓTESIS DE NETO SIGNO FEUDAL

Los intentos de construir un modelo abstracto sobre la base de los derechos concretos que contiene la Escritura de Concordia son, a mi juicio, fútiles, amén de arduos hasta el agotamiento. Su propio debate lo refleja de manera indiscutible. Sin embargo, como se ha hecho alguna incidencia sobre la cuestión creo que justicia reseñar someramente las fórmulas aparejadas y su debate.

Hay que tener en consideración como premisa del problema que se trata de derechos reconocidos y expresados en un documento de mediados del Siglo XVI, pero de netas entrañas feudales, muy anteriores incluso a su expresión jurídica. Eso complica extraordinariamente reconducir su régimen a fórmulas contemporáneas, que superan con creces su establecimiento con arreglo a esquemas por completo anacrónicos, tanto por el avance de la sociedad en la que se insertan, como de la ciencia del Derecho moderna y de las pautas de convivencia que

nos gobiernan. El principio democrático y una conciencia política más abierta y participativa, basada en el axioma de la igualdad, hacen del sistema recogido en la Escritura de Concordia un verdadero enigma, con raíces históricas muy ciertas, pero instrumentación jurídica perdurable repleta de incógnitas. Traducir las facultades aceptadas a términos vigentes resulta un ilusorio reto y precaria misión, además de irrelevante.

Tomando pie de las palabras de SANZ JARQUE (1974, 657), gran experto en la materia, «el problema que plantea la tenencia de la tierra en el territorio de los montes y terrenos del estado de Malagón es el de la incertidumbre e inestabilidad». «Nadie sabe con certeza su derecho; nadie está seguro sobre la tierra que aprovecha o cultiva; nadie construye ni puede construir ilusionado su empresa». Llega incluso a decir que la propiedad «no existe. No existen por ello, de modo ordinario, las facultades de disposición, de uso y disfrute y de garantía que sobre la propiedad se constituyen», «ni siquiera la posesión material continuada sobre la misma ... permite alcanzar la plena propiedad». Luego hasta excluye la usucapión. Conjunto de circunstancias que opina permanentes «hasta que no se resuelva el problema histórico que la aqueja, esto es, hasta hacer desaparecer su causa originaria que está en el desfase o inactualidad del régimen jurídico especial que rige la propiedad de la tierra» en su seno afincada.

En efecto, según se ha dicho, la doctrina en su escaso conjunto acepta que «las relaciones dominicales relativas a las fincas sitas en la comarca de los Estados del Duque no se rigen por el Código civil», sino que «están gobernadas por el Derecho Histórico Castellano» (IAE, 2006). «Por consiguiente, las relaciones inmobiliarias en la Comarca de los Estados del Duque se rigen por el Derecho Histórico y la Escritura de Concordia. A este respecto, del tenor de la Escritura, se desprende que el régimen por ella delimitado responde claramente a lo que el profesor LACRUZ BERDEJO (*Elementos de Derecho Civil*, Tomo III, Vol. 1.º) denomina propiedad dividida, propia de una organización feudal» (Ibidem).

Sin embargo, los aludidos sistemas de propiedad dividida de corte feudal son característicos de figuras institucionales que responden al esquema de censos. En su variante de la enfiteusis, trocea el dominio en dos vertientes, útil y directo (cfr. art. 1.605 CC), hipótesis que rechaza de plano la sentencia citada y traída en su apoyo. Por otra parte, la vigencia de modelos tan superados social y económicamente provocó el Decreto con fuerza de ley de 25 de junio de 1926, y su Reglamento de 23 de agosto del mismo año, sobre redención de foros y otros gravámenes de análoga naturaleza jurídica sobre los bienes inmuebles en las provincias de Galicia, Asturias y León; el Decreto de 3 de noviembre de 1931 que lo generaliza para toda España; la Ley 7/1987 que despojó al ordenamiento gallego de la figura de los foros y subforos, luego derogada por la Ley 4/1995; y la Ley 6/1990, después modificada por la Ley 5/2006 sobre el libro V del Código civil de Cataluña, que declaran redimibles todos los censos en su ámbito de referencia.

Luego el dato esencial es que las vinculaciones perpetuas quedaban extinguidas. Se abría paso a mecanismos de redención que permitieran consolidar el dominio pleno. Por tanto, mucho más proclive a su transferencia y libertad de cuantas cargas y gravámenes disminuyeran el valor del predio en el mercado u obstaculizaran su tráfico jurídico. Quedan así despojadas de una radical amortización opuesta por completo a las fuerzas sociales, políticas y económicas que caracterizan las sociedades modernas y mucho más abiertas y dinámicas.

Según el Informe del Abogado del Estado de 2006, «en todo caso, la vigencia de la Escritura de Concordia, sea cual fuere su naturaleza, ha sido reconocida por los Tribunales» y «son numerosos los pronunciamientos judiciales sobre el asunto», aunque basa su criterio prácticamente solo en la sentencia de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada en apelación por la de la Audiencia Territorial de Albacete de 23 de marzo de 1929. Es decir, que su peso jurisprudencial es del todo irrelevante desde un punto de vista jurídico, a tenor del artículo 1.6 del Código civil: *«la jurisprudencia complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho»*. Es curioso reconocer que algunas apreciaciones valorativas se transmiten de informe a informe como un mantra desprovisto a mi juicio de su pertinente adveración, lo que da muestras de que la inercia no solo se aplica para la pervivencia de las normas, sino también acerca de las instituciones en juego. SANZ JARQUE incide sobre las numerosas sentencias y también asimismo el Informe de la Diputación de 2017 alude a «múltiples pronunciamientos judiciales», aunque todos reflejan únicamente la cita de la famosa sentencia de Primera Instancia luego ratificada por la correspondiente de Audiencia.

Ahora bien, no se han disipado por ello las dudas de fondo. Como asimismo reconocen los expertos y estudiosos, «la naturaleza jurídica de los derechos derivados de la Escritura de Concordia ha sido objeto de encendidas discusiones durante los últimos ciento veinte años» (IAE, 2006). A mi juicio, el ámbito temporal esgrimido peca de muy corto, pues todos los informes inciden sobre la permanente disputa que ha engendrado en su seno. Esa incertidumbre multi-secular bien merecería de una consideración axiológica y jurídica más profunda y contrasta de pleno con los principios reconocidos en la Constitución, pues la seguridad jurídica resulta uno de sus valores fundamentales, como luego expongo. El ordenamiento jurídico moderno, avanzado y democrático está obligado a expulsar de su ámbito disposiciones que implican la subsistencia de fórmulas anacrónicas y feudales, que además implican un grado de inseguridad e indefinición que intentan perennizarse a lo largo del tiempo, máxime cuando existen mecanismos de redención factibles que impidan dicha *perpetuatio* distorsionadora.

Este modelo de signo estamental desdice de las justas expectativas del Estado social y democrático de Derecho y resulta muy ajeno a su esencia. Un simple

refrendo de la historia no justifica semejante agravio a la justicia. La tradición se muta en mera inercia despojada de todo fundamento valorativo. La mejor prueba es que, según el Informe de la Diputación de 2017, se define como una «propiedad dividida propia de la organización feudal». Aun cuando los propios términos en que se traduce constituyen a mi juicio un error jurídico, pues nadie podría mantener que un derecho colectivo en mano común de pastos y caza suponga una propiedad dividida y menos que a partir de la Constitución se consienta en el seno del ordenamiento jurídico fórmulas medievales.

Sólida prueba de la precaria proyección actualizada del estatuto marcado por la Escritura de Concordia es la variedad de dictámenes e informes a que ha dado pie, siempre con relación al debate sobre la naturaleza de los derechos que anida. En cuyo sentido, «han terciado en esta polémica algunos de los representantes más conocidos del foro español como don Antonio MAURA, don Niceto ALCALÁ ZAMORA, don Eugenio MONTERO RÍOS o incluso don José Antonio PRIMO DE RIVERA» (IAE, 2006), todas ellas figuras indiscutibles y también antiguas de la abogacía, que no doctrina, española.

Para el mejor análisis de la definición jurídica de los derechos reconocidos en la Escritura de Concordia seguiré los asertos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la sentencia de 23 de marzo de 1929 de la Audiencia Territorial de Albacete. Habida cuenta que tales pronunciamientos obran solo en el Archivo Histórico Provincial de Ciudad Real, acepto su reproducción en el Informe del Abogado del Estado de 2006, fuente a mi criterio, del todo fiable.

## 2. FIGURAS REBATIDAS

La metodología seguida en su discurso, al que reconozco un minucioso tratamiento, es rechazar diversas hipótesis, para concluir con una fórmula de residuo y omnicomprensiva, pero bastante inespecífica. En su examen seguiré idéntica secuencia de instituciones barajadas en la resolución judicial de partida.

### A) *Usufructo*

A su tenor, en primer término, no pueden los derechos conceptuarse como usufructo según su idea:

«Porque si bien afirman los demandados que los derechos de los pueblos no pueden calificarse de condominio con la casa Ducal de Medinaceli puesto que no representaron más que aprovechamientos de pastos, leñas y de terrenos

para hacer plantaciones de viñas las que así como las existentes tienen facultad de vender, pero no el suelo en que están hechas, cuyos aprovechamientos por su mucha extensión podrán llegar hasta los límites del condominio pero sin traspasarlo por faltarles los derechos inherentes a él, cuales son los de disponer y vindicar y que pueden usarse y disfrutar pero sin alterar la sustancia calificando de conformidad con un dictamen que atribuyen a don Eugenio MONTERO RÍOS los derechos de los pueblos de usufructo, pues el de cortar árboles y viñas y el plantar aunque altera la sustancia de la cosa no pierde semejante carácter por permitirlo el título de su constitución de conformidad a lo prevenido en la última parte del artículo 467 del Código civil, llegando los accionados cuando manifiestan la no aplicación al debate de las sentencias invocadas por los demandantes a sostener que los vecinos no son verdaderos dueños, ya que no pueden hacer en la finca lo que quieran según Dios y según fueron [*sic, rectius*, fueron] por no tener limitado su derecho al servicio especial que una casa inmueble puede prestar a otra o sea un [*sic, rectius*, una] servidumbre, y hasta terminan asignando a los derechos de los pueblos la denominación de arrendamiento de por vida una como primacía en la locatio o colonia a tenor de lo prevenido en la Ley 2.<sup>a</sup>, Título XLII, Partida V».

Como puede inferirse de su lectura, la sentencia no procede con el orden debido de cuestiones y en su comienzo mezcla las posibles variantes de manera impropia y confusa. Tales alternativas serán objeto de análisis después. Sin embargo, al final se ciñe al usufructo:

«Parece indudable que dada la extraordinaria extensión de los derechos de los pueblos no pueden estimarse como constitutivos de un usufructo por razón de su contenido, ya que en el mismo dictamen acompañado por los demandados se reconoce que exceden del *Jus fruendi* y tampoco merecen esta naturaleza, por la voluntad de las partes pues en ninguna cláusula de la escritura se hace consignación, además de sostener el criterio de que se trata de usufructos y admitir a continuación que se puede alterar la sustancia de la cosa amparándose para ello en el artículo 467 del Código civil, equivale a olvidar la Legislación vigente en el año 1552 fecha en que se otorgó la Escritura de Concordia y pretender que en aquella época rigiera el Código civil, toda vez que es sabido que si este cuerpo legal autoriza al usufructuario para que pueda alterar la forma y sustancia de la cosa, en cambio la anterior legislación fiel al derecho romano, mantiene intangible el *salva rerum substantiae* [*sic, rectius, substantiae*] por constituir un requisito esencial del usufructo».

En realidad, bien observadas las cosas, varias matizaciones han de realizarse a dicho planteamiento. Pensar que los usufructos con facultades de disponer son creados del vacío por el Código civil constituye una pretensión infundada. Todo

su régimen bebe de fuentes anteriores y sólidas que contemplan dicha figura, en virtud del amparo a la libertad de las partes en el título constitutivo. Es lo cierto que las Partidas no contenían una definición precisa del usufructo y que sus primeras acepciones venían ligadas con la procura de subsistencia para parientes con asiento legal específico, pero no lo es menos que reconocía también su origen *ex* voluntad de los partícipes, según demuestra GARCÍA GOYENA (1974, 228). Pretender una línea coherente del Derecho romano hasta el Código civil supone dar un salto de muchos siglos sin justificación precisa. Buena prueba es lo que la propia sentencia denomina el Derecho Histórico de Castilla, del que las citadas Partidas constituyen el mejor respaldo. Igualmente, la previsión de que la venta de los frutos de las viñas suponga una disposición del objeto, el suelo a la postre, implica un concepto muy superado a día de hoy en la doctrina del *salva rerum substantiae*, y también antes de manera significativa para las viñas, conforme a la Ley 22, Título 31, Partida 3. Precisamente la explotación agroeconómica del terreno es un ejemplo característico del usufructo, que da derecho a usar y disfrutar los bienes ajenos mediante su explotación física, sin desdoro del objeto en el plano físico, jurídico y económico. A la hora de tratar sobre los beneficiarios de los derechos establecidos en la Escritura de Concordia, podrá observarse que la propia sentencia califica la figura de aprovechamiento comunal, institución de notoria raigambre germánica y de raíces visigodas que poco se compadece con la reivindicación simplista del Derecho romano, así en global y abstracto. Hasta el mismo concepto de condominio perpetuo repulsa en su esencia frente a la copropiedad romana y se funda en el universo de las viejas costumbres locales y la disputa del dominio entre instituciones feudales, tales como el Estado del Duque, la Orden de Calatrava y los Concejos. Situación de poder resuelta de aquel modo y en absoluto compatibles con el actual horizonte social, económico y jurídico de cosas.

En mi opinión, la circunstancia que despeja el usufructo como válida opción no se deriva del haz de facultades contempladas, sino del carácter perpetuo de los concebidos en la Escritura de Concordia, completamente incompatible con la propia fundamentación jurídica del usufructo de alcance vitalicio; y, además, en las fuentes históricas indisponible por ser una fórmula que garantizaba la pervivencia de concretas personas, por lo general unidas por razones de parentesco, así la viuda, etc. Por eso era personalísimo, característica que hoy se reserva en exclusiva para el uso y habitación (cfr. art. 525 CC). Un usufructo perpetuo también amortiza la propiedad, hasta el punto de hacerla indisponible desde un punto de vista económico y hasta jurídico. Con todo, admito que, si bien cabe constituirse por voluntad de las partes, la Escritura de Concordia no refleja el *nomen iuris* y su asignación usufructuaria de ninguna manera, máxime cuando tampoco describe un conjunto de facultades abiertas en el disfrute de los terrenos, que sería característica de la figura.



### B) Servidumbre predial

Asimismo niega la servidumbre, aunque con argumentos de nuevo debátiles:

«Tampoco es adecuada la conceptualización de servidumbre que aplican los demandados porque no se trata de determinados aprovechamientos o de especiales usos y al invocar ellos el capítulo XI de la Escritura de Concordia, en el que se establece según su apreciación, una obligación de pagar canon, la circunstancia de abonar cierto precio por el aprovechamiento de una finca excluye toda idea de servidumbre a tenor de la jurisprudencia».

En el fondo, el rechazo proviene de ceñir su examen a la servidumbre predial en exclusiva. No contempla la hipótesis, como después propongo, de la personal, mucho más apta y oportuna para regir este asunto. Es lo cierto que aborda el problema de las variantes de aprovechamientos que autoriza la Escritura de Concordia, lo cual desdice de una servidumbre, pero no lo es menos que son específicos y que, por el contrario, una servidumbre general y abstracta devendría en usufructo, ya excluido. Respecto de la obligación de satisfacer el canon constituye una *contradictio in terminis* si acto seguido, como veremos, la niega tajantemente. Además, no resulta de suyo incompatible, pues la servidumbre de paso ya contemplaba una indemnización por el uso, según GARCÍA GOYENA (1974, 679), que bien puede ser de dicha especie temporal. A esto difícilmente se le puede reconvenir una jurisprudencia de la que no da pruebas mediante su cita concreta, y, en todo caso, resulta superada en la doctrina forense actual.

### C) Arrendamiento

En tercer lugar, rechaza la naturaleza de derechos arrendaticios, conclusión con la que mi acuerdo es indiscutible:

«Pues al ser la duración temporal su característica en ninguna parte de la escritura se hace señalamiento de plazo y lejos de estipularse los autos ponen de manifiesto que desde el año 1552 hasta la fecha vienen ejercitándose los derechos, aparte de que no tiene realidad este contrato sin la existencia de un precio cierto cuyo pago corresponde al que tiene el uso de la casa y aunque se acepte sobre el particular el capítulo de la Concordia que se ha mencionado, solo aparece una obligación de pago pero falta la expresión concreta de su cuantía pues aunque se habla de la costumbre esta no se conoce ni se acredita por la prueba o discusión correspondiente, y la obligación nunca tuvo efectividad o por lo menos hay que hacer semejante apreciación, por carencia absoluta de

elemento justificativo que la demuestra sin más de que actualmente ha desaparecido de la escritura de Concordia por propia voluntad de los causantes de los demandados, y según resulta de las certificaciones del Registro que obran en el pleito y en la que no consta tal obligación».

#### *D) Censo*

Por último, en el capítulo de los descartes, desestima configurarlo como censo:

«Al continuar el examen iniciado y comenzar el estudio de los derechos limitativos del dominio por los censos, fácilmente se comprende que al consistir estos derechos reales en el pago de una pensión, nota común a todos ellos a cambio de otra prestación distinta en cada uno de los tipos, semejante gravamen no se da en los derechos que a favor de los pueblos se reconocieron en el título de 1552, pues si bien es cierto y es preciso reconocer con criterio desapasionado que el Capítulo XI de la Concordia puede ofrecer alguna duda en cuanto establece “que a los labradores no se les haga impedimento en el meter de su pan en el Agosto más de como lo tiene de costumbre, que es, cuando lo vayan a medir lo hacen saber al que tuviese cargo de cobrallo”. También es indudable que los derechos reconocidos a los pueblos son amplísimos y su simple enumeración, pone de manifiesto la extensión de los mismos, sin que sobre los de cazar, arar, pescar, romper, cortar, vender, plantar viñas se establece en la Concordia el gravamen que el pago de la merced, el que está limitado únicamente para el aprovechamiento, mencionado, pero en las inscripciones practicadas a instancia de la Casa Ducal de Medinaceli en el Registro de la Propiedad desde la primera a la última, según demuestran las certificaciones aportadas al pleito, no aparece consignada aquella merced, hecho que revela de manera clara que si la voluntad de la casa Ducal al otorgar la escritura fue la de que los pueblos, pagasen el canon al practicar las inscripciones se les relevó de semejante obligación sobre cuya exigibilidad y vigencia faltan en los autos elementos y antecedentes, de forma que si al principio la obligación de pagar un canon afectó a un solo aprovechamiento, actualmente no grava ninguno y esta circunstancia por sí sola es suficiente para que calificación de censales que pudiera atribuirse a los derechos del vencido no sea adecuada, además de que el carácter de perpetuidad del censo imponía a los causahabientes de la casa Ducal en su condición de censuistas el respeto por tiempo indefinido de los derechos y obligaciones y esta nota esencial ha sido desconocida con la conducta de los demandados al solicitar las cancelaciones».

Sin embargo, considero su argumentación endeble. Si se califica el hecho como un fenómeno nítidamente feudal, la categoría de censo enfiteútico gana

enteros. El pago de merced, aunque pueda restringirse a ciertos aprovechamientos, en absoluto desdice de su existencia, sino todo lo contrario, y menos obsta que con el tiempo se renuncie. Igualmente, la posible amplitud de facultades concedidas a los titulares del dominio útil de ninguna manera lo desdice, sobre todo porque analizadas con detenimiento tampoco son tan extensas, sino el pastoreo, la caza y pesca, y las más amplias correspondientes con los viñedos, máxime cuando autorizan estas últimas su cobro.

### 3. PROPUESTA DE DOMINIO COMPARTIDO

Más llamativa resulta la exclusión cuando acto seguido la sentencia se permite aventurar el verdadero carácter de los derechos en el dominio, con arreglo a un doble criterio. El primero se cuestiona:

«Los derechos que los pueblos tienen sobre la finca Montes y Terrenos del Estado de Malagón a fin de determinar si pueden calificarse de derechos reales de posesión los disfrutados, utilizados y ejercitados constantemente, pues aunque la cuestión no tiene importancia en la actualidad, porque en virtud del tiempo transcurrido si pudieron serlo en sus comienzos hoy serían de dominio, interesa sin embargo hacer el estudio por contribuir a completar en análisis comenzado y el examen detenido de la Escritura de Concordia de 1552 pone de manifiesto que los derechos reconocidos a favor de los pueblos, expuestos de manera sintética y agrupándolos son los siguientes: Primero: *Jus fruendi*. Se les concede facultades para vender la hierba del Canto Sal, los rastrojos y las viñas meter en el Cortijo en tiempo de bellota los puercos de la vez del Concejo, cazar y pescar (capítulos 1.º, 2.º, 3.º, 4.º y 6.º). Segundo: *Jus disponendi*. Pueden también los pueblos con arreglo al título indicado, cortar leñas y maderas, arar y romper, cortar alto y bajo, poner viñas y olivares pudiendo vender estas (Capítulos 3.º y 4.º) y Tercero: *Jus Vindicandi*. Pues aunque no se consigna de manera expresa, es indudable que si los pueblos se veían despojados de sus derechos podían vindicarlos, autorizándose a cualquier vecino para prender a quien hallaren cortando, paciando o cazando abusivamente y es lógico reconocer que los vecinos tenían facultades para reivindicar del poder de los detendadores, las cosas que abusivamente hubiesen ocupado o revindicar su derecho impidiendo en lo sucesivo los abusos (Capítulo 15); y este análisis de los derechos de los pueblos revela que por razón de su contenido si bien puede afirmarse que merecen la conceptualización de posesión, también pueden considerarse de dominio y aunque se admite el supuesto de que no ha mediado título, dado el largo tiempo transcurrido desde el otorgamiento del título concordado hasta la fecha, hay que estimar en justa observancia a las normas legales, la conversión del derecho de posesión en de dominio por virtud de la

prescripción». «El examen de los antecedentes y derechos analizados parece acreditar que los discutidos materia de litigio que ejercitan los pueblos son dominio compartido a semejante conclusión se llega también en vista de otros elementos distintos de los expuestos, y dicho criterio aparece robustecido en el dictamen emitido el 29 de junio de 1888 por don Antonio MAURA cuyo luminoso informe obra en autos y en el de don Niceto ALCALÁ ZAMORA, en las sentencias del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 1888, resolución de 6 de octubre de 1925 y sentencias de 9 de julio de 1903, 6 de julio de 1920 y 9 de mayo de 1922 y hasta la propia Real Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de septiembre de 1893 porque si bien no define los derechos discutidos por no ser de su incumbencia en cambio establece en uno de sus fundamentos doctrinales la derivación del *jus disponendi* característico del dominio, pues de haberse tratado de servidumbre el expediente de rendición hubiera prevalecido, y por último como síntesis de los expuesto hace suyo el juzgado de apreciación consignada en el primer informe antes citado ya que al ser un hecho constante que los vecinos del antiguo Estado de Malagón en virtud de títulos legítimos corroborados por otros posteriores del siglo pasado y del presente y de una posesión anterior cuyo origen se declara en ellos antiguo, han ejercitado y ejercitan en la actualidad los derechos que constan en documentos legítimos y eficaces, que no pueden estimarse simplemente con cargas o gravámenes sino como algo que afecta a la sustancia del derecho de propiedad, hay que admitir que constituyen una participación efectiva en el dominio del territorio de Malagón, un condominio en el sentido vulgar de la palabra, y en este sentido al no tratarse de cargas y sí de derechos inherentes al dominio según justificación que el juzgado estima suficiente, es preciso reconocer que la cancelación ha sido practicada indebidamente por basarse en la apreciación de conceptuar los derechos como limitaciones de la propiedad a los efectos de aplicar el párrafo 2.º del artículo 401 de la Ley Hipotecaria».

En el fondo, afirmar este condominio sin reconocer su especie significa bien poco, máxime si excluye otros modelos de propiedad dividida, incluso cuando exista canon o merced. Nótese que la sentencia incluso ventila el problema por vía de usucapión. Habida cuenta que concedía una tenencia de carácter difuso, y como quiera que se ha perpetuado en el tiempo, concluye la prescripción adquisitiva. Como no se sabe a ciencia cierta el alcance del concepto de dueño, pues condominio. Así parece salvar los obstáculos, aunque de forma muy poco afortunada desde un punto de vista de técnica jurídica.

Cuando desgrana el estudio de las facultades características de la propiedad —es decir, el goce, la disposición y reivindicar según el artículo 348 del Código civil— su equívoco es ya extremo. El disfrute no admite duda, si bien no es de ninguna manera pleno, y se reduce a las «facultades para vender la hierba del Canto Sal, los rastrojos y las viñas meter en el Cortijo en tiempo de bellota

los puercos de la vez del Concejo, cazar y pescar». Cabe disponer, pero no del objeto del condominio, sino «cortar leñas y maderas, arar y romper, cortar alto y bajo, poner viñas y olivares pudiendo vender estas». Respecto de la reivindicación, extravía severamente su criterio, en la medida en que, como reconoce, «no se consigna de manera expresa», y confunde la defensa de tales derechos con la estricta reivindicación, que, a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo, supone acción específica, formal y tremendamente restringida, cuyo primer requisito es la prueba indudable del título del dominio por su vindicante, lo que aquí en absoluto sucede. Acaso en su virtud acoja la sentencia, en un recurso inédito, calificarlo como «participación efectiva en el dominio del territorio de Malagón, un condominio en el sentido vulgar de la palabra». Esto es, categoría poco técnica, imprecisa y de todo punto descomprometida, propia del vulgo.

Sin embargo, los dictámenes evacuados en la materia por insignes representantes del foro inciden en la idea, y tanto el de MAURA como el de ALCALÁ ZAMORA definen la situación como un condominio o «coparticipación en la propiedad de los terrenos sobre que recaen»<sup>11</sup>. *Contrario sensu*, ya MONTERO RÍOS hizo referencia sobre la desigualdad en el condominio por los escasos derechos que se concedían en la Escritura de Concordia, reducidos aún más por su ejercicio en el tiempo que hizo caer en desuso alguna de sus facultades.

Además, la idea de un condominio y de carácter feudal le aleja del ordinario esquema de raíz romana que acoge nuestro Derecho, si bien los aprovechamientos comunales, de origen germánico a través de vestigios visigóticos, la comunidad hereditaria y la de gananciales escapen de dicha configuración. Dicho de otra manera, el régimen general del condominio es de clase romana, mas sus versiones específicas no tanto, aunque no siempre resulten germanas. En cualquier caso, lo que se pone de relieve sería que, para el ordenamiento español, la comunidad de bienes en absoluto resulta una salida provechosa, ni jurídica ni económicamente. Por tanto, autoriza en cualquier momento a su división liquidación en términos bien expresivos («ningún copropietario estará obligado a permanecer en la comunidad»: art. 400 CC), prejuicio que se reproduce con los límites marcados al convenio de indivisión.

Sinceramente, me permito discutir la conclusión alcanzada, máxime a la luz de las muy restringidas facultades que se conceden a sus beneficiarios en la Escritura de la Concordia.

#### 4. ALTERNATIVA EN LA SERVIDUMBRE PERSONAL

A la vista de todo ello, propugno mejor la tesis de una servidumbre personal. GARCÍA GOYENA (1974, 227 y 248) explica con mucho acierto porqué los Códigos modernos la orillaron, cuya causa estriba en que la fuga del Ancien Régime impedía conservar fórmulas que indujeran a equívocos respecto de la

servidumbre de las personas o su esclavitud, según el caso. En concreto, precave del «miedo de hacer revivir ideas añejas de feudalidad», justo lo que aquí consta.

No son pocos los pronunciamientos judiciales que aceptan la categoría para situaciones semejantes a la presente, sobre todo en aprovechamientos comunales de bienes ajenos. Todas ellas, por cierto, del Tribunal Supremo, relativas a leñas y pastos a favor de los vecinos de un pueblo. Así sucede con las sentencias de 9 de julio de 1903, 30 de noviembre de 1908, 3 de abril de 1909, 30 de octubre de 1929, 14 de noviembre de 1924, 20 de marzo de 1929, 4 de octubre y 5 de diciembre de 1930.

Por ilustrar mejor la idea, la jurisprudencia más próxima también favorece dicha opción y su acierto. Según afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1959:

«Determinadas servidumbres personales, cuando son muy extensos los derechos concedidos a los titulares, como ocurre en el caso de autos, pueden confundirse con el derecho real de superficie y hasta con el condominio, como sostienen muchos tratadistas y define en casos concretos la jurisprudencia de esta Sala; no es menos cierto que las circunstancias concurrentes en el caso contemplado excluyen la posibilidad de tal confusión y debe ser calificado como servidumbres personales y ello por las razones siguientes: A) por su origen, ya que, por conformidad de las partes, se desprende que la casa ducal propietaria de los terrenos y del señorío, otorgó a los entonces sus vasallos para sí y sus descendientes, a título gratuito y por mera liberalidad para que pudieran subsistir los aprovechamientos de referencia con la expresa y determinante declaración de que, a más de los aprovechamientos que se reservaba, seguía conservando la propiedad absoluta, el pleno dominio, sobre las tierras cuya utilización parcial cedía; B) porque ese mismo pleno dominio fue reconocido en su sentencia y en cuya escritura de compromiso antiguas que si bien no aparecen en los elementos suministrados a la Sala, consta su existencia y contenido por conformidad sobre ello de ambas partes contendientes; C) porque el condominio precisa la participación de los comuneros en todas y cada una de las partes del todo a que afecta la comunidad, en participación fija y determinada, pero indivisa y en el caso de autos no solo pertenece a dueño del terreno la totalidad de su nuda propiedad y se reserva el íntegro disfrute del vuelo y de sus productos, sino que también limita el aprovechamiento que concede respecto del suelo-pastos, barbechos, siembra, etc., en determinadas épocas del año, reservándose también el aprovechamiento de alguno de los pozos existentes y otros muchos derechos y aprovechamientos; D) porque ninguno de los titulares puede solicitar la división o participación, en cuanto por el título de concesión se cede el derecho a todos y cada uno de los vecinos de los pueblos afectados, sin traba, ni limitación alguna y por ende cada uno es titular y puede utilizar la totalidad de la concesión por lo que existe una comunidad, una copropiedad indiscutible de todos los vecinos en cuanto al aprovechamiento, pero nunca entre ellos y

el propietario de los terrenos; y, por último, porque sin la conformidad de los titulares y aun contra su voluntad puede adherirse la titularidad del derecho al aprovechamiento con solo lograr la cualidad de vecino de los pueblos aceptados, extremo reñido con toda idea de copropiedad, no pudiendo los titulares adquirir mayores derechos que los que correspondan como vecino por compra a sus convecinos, los restantes titulares, ni puede tener acción para poner término a la indivisión al persistir en cada vecino por el hecho de serlo, el derecho al aprovechamiento, conforme al título de constitución, doctrina que excluye tanto la idea de condominio como la de derecho de superficie, por muy extensos que sean los derechos concedidos a los vecinos de los pueblos recurrentes, como efectivamente lo son si bien es cierto que conforme a lo dispuesto en los artículos 187 y 188 de tan repetida Ley de Régimen Local los bienes comunales son inalienables e imprescriptibles, no lo es menos que ese privilegio, por serlo, ha de interpretarse en forma restrictiva, como excepción que es de la norma general; y teniendo en cuenta que la definición que la misma ley da de los bienes comunales es la de aquellos cuyo aprovechamiento corresponde a los vecinos y el dominio pertenece al Municipio y en el caso que se resuelve, este dominio jamás ha correspondido a los Ayuntamientos, manteniéndose siempre en propiedad de particulares; no puede ofrecer duda que los bienes litigiosos no pueden reputarse como comunales, no les alcanza el privilegio de referencia».

Pueden observarse paralelismos evidentes: amplitud de facultades concedidas («servidumbres de pastos y la de leñas», «gravámenes de caza, barbecho y siembra»), Casa Ducal propietaria, escritura de compromiso, etc. Todo ello sobre la base de una idea prioritaria que actúa como principio: «las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales contrarias a la desmembración del dominio».

La servidumbre personal, por consiguiente, ofrece mejores perspectivas para su encaje jurídico en el asunto que me ocupa. No se trata ya de pronunciamientos antiguos que pudieran estimarse superados. La sentencia del Tribunal Supremo 808/2001, de 26 de julio es bien expresiva «conformado un tipo dentro de los “iura in re aliena” innominado», «se estaría no ante el derecho tipificado, sino ante “una relación jurídica de gravamen sobre una cosa de otro con visos de encuadramiento, acaso, en una servidumbre personal y positiva”». Como añade la sentencia del Tribunal Supremo 1146/2006, de 7 de noviembre:

«Ya lo expresaba así la sentencia de 24 de febrero 1984 en estos términos: “El espinoso problema planteado por los artículos 600 a 602 del Código civil en orden a la distinción entre ‘servidumbre’ y ‘comunidades’ de pastos y leñas, respecto del cual y durante mucho tiempo la doctrina de esta Sala no ha mantenido criterios constantes, comienza resolverse con la sentencia de 2 febrero de 1944 que señala como nota distintiva entre ambas figuras el hecho de que la titularidad dominical del predio o finca en cuestión pertenezca a uno o varios de los interesados en su aprovechamiento o a la totalidad de quienes se reúnan

para disfrutarla comunitariamente, apareciendo en el primero de estos casos la figura de la ‘servidumbre’ y en el segundo la de la ‘mancomunidad’ ya que hay dominio compartido por todos los interesados sobre cosa propia e indivisible”. Con lo cual sigue la doctrina de la sentencia anterior de 2 de febrero de 1954 y es reiterada por la posterior de 16 de febrero de 1987». En efecto, «la sentencia de instancia, pese a no declarar que se trata específicamente de un derecho real de servidumbre, lo considera como un derecho de los vecinos que pesa como gravamen sobre la finca [...], el cual, debidamente calificado jurídicamente, no es otra cosa que un derecho de servidumbre personal derecho que puede ser objeto de inscripción».

La propuesta de las servidumbres personales encaja *ex opportune* para explicar los obstáculos que ofrece la usucapión en este supuesto, porque siendo aparente no lo es continua; y, con arreglo al artículo 537 del Código civil, «*las servidumbres no aparentes o las discontinuas, sean o no aparentes, solo podrán adquirirse en virtud de título*». Asimismo, se comparece muy bien con el haz de facultades reconocidas en la Escritura de Concordia y elimina las insuficiencias que otros modelos esgrimidos ofrecen. Por último, también contiene perspectivas alentadoras en cuanto a la redención como posible fórmula superadora de incertidumbres históricas, que allanaría el camino a la incómoda perpetuación del sistema.

Con todo, el estudio de la naturaleza de los derechos resulta más teórico que real, confuso, polémico e infructífero y de ninguna manera incrementa el valor del análisis más certero. Este coincide con el examen concreto de los derechos contenidos en la Escritura de Concordia y su pervivencia contemporánea.

## 5. LA USUCAPIBILIDAD DE LOS DERECHOS CONCERNIDOS

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la de 23 de marzo de 1929 de la Audiencia Territorial de Albacete, considera que los vecinos adquirieron su derecho firme a costa de la usucapión, pues la Escritura de Concordia refleja un conjunto de facultades posesorias difusas en el plano de su definición jurídico-institucional.

Así dice que «los derechos que los pueblos tienen sobre la finca Montes y Terrenos del Estado de Malagón a fin de determinar si pueden calificarse de derechos reales de posesión los disfrutados, utilizados y ejercitados constantemente, pues aunque la cuestión no tiene importancia en la actualidad, porque en virtud del tiempo transcurrido si pudieron serlo en sus comienzos hoy serían de dominio». *Simile modo* en apariencia opera la Ley 5/1980, de 22 de febrero, relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma, pues, a resultas de su artículo 4, «*se consolidarán en favor de los vecinos y*



*municipios que sean poseedores de hecho y en propio nombre de superficies de la finca “Montes y terrenos del Estado de Malagón” el dominio exclusivo de las superficies o fincas que aprovechen y cultiven, las cuales se conceptuarán libres de cargas, sin perjuicio del respeto debido a los aprovechamientos en común y a los derechos derivados de la Escritura de Concordia». Igualmente, «se consolidará a favor de los vecinos de la comarca, en sus respectivas vecindades, el dominio en común, sobre las superficies de los “Montes y Terrenos de Malagón” no atribuidas de modo exclusivo a sus respectivos poseedores, conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, debiéndose actualizar y reglamentar los derechos históricos de los vecinos de roturar y plantar viñas y olivos, de cortar leñas y maderas, de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor, al objeto de conseguir un adecuado y racional aprovechamiento del mismo» (art. 5).*

Curiosamente SANZ JARQUE (1976, 657 y 696) incurre a mi juicio en severas contradicciones cuando primero rechaza el fenómeno de la usucapión — «no existen por ello, de modo ordinario, las facultades de disposición, de uso y disfrute y de garantía que sobre la propiedad se constituyen», «ni siquiera la posesión material continuada sobre la misma... permite alcanzar la plena propiedad»— para después admitirla. También el Informe del Abogado de Estado de 2006 adolece de parecida incongruencia. Primero alega que «los distintos comparecientes invocan que son los titulares del pleno dominio sobre sus parcelas por usucapión. Semejante pretensión excede el marco jurídico determinado por la Escritura de Concordia y la sentencia de 28 de junio de 1927», pero más tarde asegura que «la determinación de si han consumado la usucapión es una competencia exclusiva de los Tribunales civiles según los artículos 9 y 22.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

Lo que no tiene sentido, según creo, es argüir que los derechos invocados constan en la Escritura de Concordia de 5 de mayo de 1552 luego rubricada en la Cédula Real de 11 de junio de 1553, para después reconocer que tales derechos se gestan por usucapión. Es una completa falta de lógica uncir semejantes ideas contradictorias en un mismo discurso. Acaso suceda que no se acierte a la hora de calificar la naturaleza de tales atribuciones. A mi juicio, estas dificultades se allanan considerando que constituyen servidumbres personales. Entonces su título de concesión es legal y no consolida por su tenencia efectiva. Es más, siendo, con arreglo al artículo 532 del Código civil, aparentes [*«se anuncian y están continuamente a la vista por signos exteriores, que revelan el uso y aprovechamiento de las mismas»* (pfo. 4)] y discontinuas [*«se usan a intervalos más o menos largos y dependen de actos del hombre»* (pfo. 3)], como aduje, solo se adquieren por título y queda excluida la usucapión (cfr. art. 539 CC).

A su vez consta el problema de su carácter perpetuo, que se argumenta sin reparar en la usucapión que de raíz la desmiente, aunque considero que puede superarse dicho dilema contemplando la redención de la servidumbre como forma válida para extinguirse (cfr. art. 546.6 CC).

#### IV. CATÁLOGO DE DERECHOS SUBSISTENTES. SU ACTUAL VIGENCIA OBJETIVA Y SUBJETIVA

A mi juicio, la única óptica sobresaliente y útil en el examen de la figura deriva del análisis de las concretas facultades que se conceden en la Escritura de Concordia y su régimen de pervivencia jurídica. Tanto porque de su formulación trae causa el documento de referencia, cuanto por las repercusiones que al día de hoy le son predicables.

Hay que reconocer la profunda indeterminación que atañe a la naturaleza del conjunto de los derechos contemplados en la Escritura de Concordia, según se ha visto, por tratarse de una mera secuela histórica basada en el poder de la Corona, entendido como dueña del territorio. En su virtud, era libre de disponer a su arbitrio del solar patrio y sus componentes, hecho que contradice de pleno el actual sentido de la institución monárquica desde hace muchos siglos. Igualmente, la incertidumbre alcanza de forma perniciosa y distorsionadora sobre los titulares de tales derechos.

Como quiera que se trata de un texto datado en la primera época del Renacimiento, con cerca de cinco siglos de antigüedad, las atribuciones que confiere asimismo responden a dicho carácter estamental propio de la Edad Media recién superada por entonces, pero que aún perpetuaba su esencia, con el vestigio feudal que le resulta propio. Así, se afirma que pertenecen las facultades y su ejercicio al Concejo, a cada vecino como individuo y a su conjunto en cuanto aprovechamiento comunal. Un cúmulo trinitario de competencias subjetivas que dificultan su autonomía oportuna, por el ejercicio conjunto y acumulativo que permite.

Bien puede comprenderse que tal estatuto de titularidades compartidas podría constituir sin las debidas correcciones un ejemplo amortizador reforzado, del todo incompatible con el sentido de la propiedad recogido en el artículo 33 de la Constitución y en el ordenamiento jurídico español, como al final expongo. Pretender efecto semejante con la simple cobertura en una sola sentencia de instancia, confirmada por la de Audiencia, que se dictó hace casi un siglo es un dato muy elocuente de la entidad de cuanto aquí se trata. Existe una rigurosa quiebra de principios por consideraciones históricas que nunca pueden oponerse a las sociales si verdaderamente creemos en una sociedad democrática, de Derecho y avanzada.

##### 1. FACULTADES ACTIVAS: PASTOS, RASTROJOS Y CINEGÉTICAS

El autor que mejor ha sabido traducir en la práctica el catálogo de derechos reconocidos a los vecinos y al Concejo fue SANZ JARQUE, a quien debemos el más profundo estudio en la materia. Con eso no afirmo que coincida en

todas sus ideas, ni mucho menos, pero hay que concederle lo que por justicia se merece.

A su juicio, la Escritura de Concordia recoge algunos derechos, pero no todos han logrado consolidarse a lo largo del tiempo. Según el propio Informe de la Diputación de 2017 reconoce, algunos han caducado, como el de roturar y cultivar, y otros decaen por inobservancia de su ejercicio, así el de cortar leña y madera<sup>12</sup>. Luego quedan vigentes los de pastos y caza, si bien respecto del último SANZ JARQUE (1976, 699) aminora mucho su impacto: «en un 99% de los casos no se utilizan, o bien se hace esporádicamente y sin contenido económico».

Esas atribuciones traen consigo también otras auxiliares que las hagan factibles, del estilo de derecho de paso para efectuarlas, y han de ser permitidas en la práctica con la mayor flexibilidad que favorezca su ejercicio.

En esta línea también abunda la Ley 5/1980, de 22 de febrero, *relativa a las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma*, que contiene algunos extremos que considero de interés acerca de los derechos individuales concedidos. Así, versa del mantenimiento y conservación de los derechos históricos, cuyo artículo 6.2 cifra en «*de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor*». Además, afirma que «*la reglamentación de los derechos de pastos y rastrojeras se procurará acomodar, en general, a lo dispuesto en el Reglamento de seis de junio de mil novecientos sesenta y nueve. La de los derechos de caza menor y pesca fluvial también se procurará acomodar a lo dispuesto en las Leyes de cuatro de abril de mil novecientos setenta y de veinte de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, así como en sus respectivos Reglamentos de veinticinco de marzo de mil novecientos setenta y uno y de seis de abril de mil novecientos cuarenta y tres, teniendo en cuenta los derechos históricos de los vecinos que figuran en la Escritura de Concordia*» (art. 6.3). Hecha la oportuna puesta al día debería citarse la Ley 7/2000, de 23 de noviembre de *Ordenación del Aprovechamiento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de Castilla-La Mancha*.

Esto comporta de alguna manera reducir el marco que cita el siguiente artículo sobre las facultades discutibles, «*consistentes en los derechos históricos de los vecinos de roturar y plantar viñas y olivos, de cortar leñas y maderas, de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor*» (art. 7.1, pfo. 2). Tal parece que solo los pastos y rastrojeras, la pesca y caza menor continúan vigentes (y con la significativa mengua que las últimas padecen en la práctica). Es interesante advertir esto, por cuanto los derechos que concede a sus titulares pueden ser en gran medida compatibles con diversas instalaciones de nueva factura en su seno, que reporten beneficio económico y social a su entorno sin perjuicio del esquema jurídico previamente trazado.

## 2. TITULARES DE SU EJERCICIO

En cuanto a los beneficiarios de los derechos descritos, conviene advertir que ya el Informe del Abogado del Estado de 2006 concluía «de acuerdo con el Considerando Cuarto de la sentencia de 1927 y siguiendo el criterio de los artículos 4 y 5 de la Ley 5/1980 de 22 de febrero, serán condóminos los Ayuntamientos, los vecinos a título individual o los vecinos en común, esto es, como derechos comunales».

Esa combinación de competencias individuales y colectivas hace de la materia una tesitura de difícil conciliación, pues cada uno de los vecinos podría imponer su derecho al margen de los acuerdos que las entidades públicas pudieran alcanzar para ceder aprovechamientos a cambio de instalaciones económica, social y ecológicamente más rentables y sostenibles. A eso se refiere SANZ JARQUE cuando indica que tal régimen arruina las expectativas de una empresa pujante para el territorio de la comarca.

## V. LA MANCOMUNIDAD «ESTADOS DEL DUQUE» Y SU INTERLOCUCIÓN. ALCANCE FRENTE A TERCEROS DE LA POSIBLE LICENCIA DE ACTIVIDADES

Sin embargo, debe señalarse como interlocutor válido en la cuestión la Mancomunidad creada en su seno. Por Orden de 4 de febrero de 2002 de la Consejería de Administraciones Públicas de la Comunidad de Castilla-La Mancha se publican los *Estatutos de la Mancomunidad de servicios Estados del Duque*, que integra el Municipio de Porzuna. El organismo se constituye de forma voluntaria, como ejercicio del derecho de asociación de los entes municipales (cfr. art. 44 de la Ley 7/1985, de *Bases de Régimen Local*; y art. 39 de la Ley 3/1991, de *Entidades Locales de Castilla-La Mancha*) y tiene conferida «plena personalidad jurídica para el cumplimiento de sus fines», que se cifran, entre otros, en «la gestión del patrimonio medioambiental» (nº 2), y la «Regulación y gestión de bienes comunales (Estados del Duque)». A este propósito, como es lógico, logra capacidad jurídica «para adquirir, poseer, reivindicar, permutar, gravar o enajenar toda clase de bienes, celebrar contratos, establecer y explotar obras y servicios públicos».

Considero el hecho de un extraordinario relieve, porque la dispersión de intereses y titulares —además sometidos a posibles fluctuaciones, conforme varíe la población del vecindario— haría imposible conseguir un mínimo de acuerdo que aporte certeza sobre una explotación favorable, mediante concesiones de terreno y servicios a cambio de las naturales ventajas en términos de trabajo y explotación económica rentable para la comarca. En suma, para su desarrollo pacífico y libre de incertidumbres respecto de iniciativas provechosas.

El Informe de la Diputación de 2017 incide mucho sobre la idea de que un posible otorgamiento de licencia de actividad no supone discutir los derechos particulares que les pudieran corresponder a los vecinos, que permanecen incólumes. A este fin, insiste acerca del «derecho bastante» que debe acreditar quien la solicite, sin perjuicio de que obren facultades ajenas en vigor.

Es evidente que las licencias y el proceso de su otorgamiento no suponen un juicio acerca de los posibles derechos individuales subsistentes en los terrenos afectados, pero no lo es menos que la licencia como acto administrativo no puede concederse a la ligera, como tampoco implica que los organismos actuantes queden del todo al margen de la eficacia de los actos administrativos que producen. Evidentemente, los derechos privados no quedan comprometidos, mas de todo punto resulta notorio que los actos administrativos vinculan a los propios poderes públicos que los otorgan y que se hallan en la obligación de defender su eficacia, licitud y efectividad práctica. Luego a ellos corresponde poner de su parte cuanto puedan para llevar a buen término la iniciativa que juzgan favorable para su entorno de competencia. Las administraciones adquieren deberes precisos para la salvaguarda del bien común, que tienen conferida institucionalmente, por encima de los intereses particulares que pudieran oponerse. No existe, a mi juicio, bien común sin tener en cuenta el de los particulares, pero su carácter conjunto supera con mucho la suma de dichas individualidades. Comporta un plus valorativo a tener muy presente, pues el desarrollo humano, social, laboral y hasta económico de la Comarca merece asumir pretensiones que afectan al colectivo por encima de lo concreto.

El sistema de licencias administrativas constituye un modelo reglado que asegura en la esfera del Derecho las atribuciones de los organismos oficiales competentes en cuanto al control de licitud y oportunidad de las actividades privadas en el espacio público. Por un lado, afianza la pertinencia de dichas iniciativas y, asimismo, el ajuste al interés general del que son garantes las entidades públicas. A su vez, resulta un mecanismo que hace partícipe al Erario público de las explotaciones particulares de los bienes comunes. Como es lógico, no aseguran de suyo la completa exclusión de derechos que terceros puedan tener reservados, que se conservan en su esencia y alcance; pero sin permitir, un espacio completamente ajeno a la efectividad de los actos administrativos firmes. Estos vinculan a los organismos que los dictan, que tienen la obligación de procurar su eficacia práctica oportuna. Por lo tanto, sin perjuicio de que puedan existir derechos de particulares exentos a su influencia, es evidente que no suponen una mera declaración de principios irrelevante ni permiten que queden por completo al albur de las circunstancias, como si fueran dictados con independencia de los hechos. La licencia comporta que las actividades permitidas se ajustan a Derecho y son proclives al bien común.

En el caso que nos atañe, resulta del todo comprensible que una explotación económica rentable donde antes no había ninguna, la creación de riqueza

y empleos constituye un incentivo para el territorio y la población en la que se inserta. Incorpora un dato significativo para el bien común, cuya promoción corporativa corresponde a las entidades públicas radicadas en su seno.

Dicho de otro modo, la mera conservación inmovilista de derechos históricos difusos en sus atribuciones y beneficiarios, que se tacha de anacrónico y hasta feudal queda por completo excluida de una sociedad moderna y democrática que promueve la Constitución. Además, condicionaría la propia esencia de los órganos públicos, tal y como ahora son concebidos por una sociedad avanzada en valores y principios.

Se trata de un estatuto jurídico extraordinario, fundado en poderes medievales, por mera transacción con una Casa Ducal, a causa de la venta de un territorio por el Rey al Mariscal de Castilla para sufragar la guerra de predominio en la Europa del siglo XVI y que guarda íntima relación con los beneficios y privilegios otorgados en su día en tributo a la Orden de Calatrava. Repudia tanto a la lógica como a la razón, a la justicia y al Derecho que con dichos presupuestos pueda impedir el desarrollo efectivo de actividades acordes con el desarrollo sostenible del medio ambiente característico del siglo XXI, de una economía favorable al territorio en que se implanta y con evidentes réditos al ámbito de referencia traducidos en riqueza y empleos. En síntesis, haría muy flaco favor tanto al conjunto de los vecinos afectados, como a las instituciones públicas democráticas, cuyo propósito es garantizar el bien común. Frente a ello se alzan normas arcaicas y de neto corte feudal reconocidas así hasta por las sentencias que les ofrecen cobertura. Esas disposiciones diseñan un grupo de derechos de difusos contornos e incluso poco determinados en las personas y entidades que subjetivamente puedan lucrarse de su contenido.

## VI. CONTRASTE INSTITUCIONAL Y JURÍDICO DE LA FIGURA. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DEL MODELO HISTÓRICO

Queda por último el análisis de la cuestión a mi juicio más trascendente en la disciplina. Es decir, el encaje de la figura y de los derechos históricos en el panorama constitucional vigente. Se trata de un examen jurídico, pero también axiológico, en la línea de cuanto las Administraciones Públicas competentes deben valorar a la hora de una hipotética concesión de las autorizaciones oportunas para el desarrollo de iniciativas ajenas en su seno.

### 1. MEDIO AMBIENTE, CONSTITUCIÓN Y DOMINIO PRIVADO

Por razón de la materia, el tipo de actividad promovida —instalación fotovoltaica— se corresponde con la defensa del medio ambiente, que constituye

uno de los principios capitales del desarrollo sostenible y de la riqueza en términos efectivos y contemporáneos. La búsqueda de fuentes energéticas que disminuyan el pavoroso efecto invernadero, el calentamiento global y palíen en la medida de lo posible las nefastas consecuencias del cambio climático, producido por la sobreexplotación de combustibles fósiles o sucios, representa uno de los mayores retos a los que nos enfrentamos en las sociedades avanzadas, en el marco económico y social moderno.

El derecho al medio ambiente como integrante de los de tercera generación ocupa el esfuerzo de los poderes públicos y permanece muy por encima de los intereses individuales que puedan frenarlos o discutirlos. El propio artículo 45 de la Constitución dispone que «todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo». Esa conjunción de derecho-deber, que sería en el ámbito del Derecho privado representativo de un estatus, resulta evanescente por su establecimiento sistemático dentro del Capítulo III del Título I (*«De los derechos y deberes fundamentales»*) de la Constitución, entre los *«Principios rectores de la política social y económica»*. Dicho contexto resulta bien significativo; señala, siquiera sea en el terreno de las pautas, el camino a recorrer, aunque sus dimensiones prácticas no implican derechos individuales esgrimibles a título particular ante los tribunales de justicia de manera directa o inmediata. En efecto, según el artículo 53.3 CE, *«el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen»*. Ahora bien, si comportan, sin lugar a dudas, un referente inmediato que vincula la conducta de los poderes públicos, lo que tratándose de la solicitud de autorización administrativa tiene implicaciones específicas que no es posible omitir.

El propio artículo 45.2 CE no hace sino reforzar la idea en el específico campo que aquí obra. *«Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva»*. Compete a las Administraciones o autoridades públicas hacer efectiva la garantía del derecho a una vida saludable, gracias a un empleo racional de los *«recursos naturales»*, entre cuyo elenco la energía solar es del todo prioritaria para *«defender y restaurar el medio ambiente»*. Por un lado salvaguardar y por otro prevenir. Ambos efectos se anudan con el recurso a fuentes energéticas limpias, verdes, naturales, sostenibles y novedosas. Tal es la senda que marca el futuro del planeta y de la humanidad en sus venideras generaciones, a las que no podemos legar un hábitat arruinado en sus expectativas. En su virtud, el precepto no solo dicta reales presupuestos de conducta, sino que incide asimismo en su repercusión frente a terceros, por cuanto integra y exige *«la indispensable solidaridad colectiva»*.



Este asunto desborda, por otra parte, la consideración normativa concreta del texto constitucional y se adentra en sus principios y entraña. La ecología entendida como un emergente sistema de valores asimismo guarda íntima correspondencia con el Estado social y democrático de Derecho que proclama nuestra Constitución en su mismo comienzo (cfr. art. 1.1 CE). Los sacrificios que debemos emprender como colectivo nos alcanzan a todos y un justo balance de derechos y deberes se impone más allá de requerimientos sobre la base de atribuciones subjetivas en juego.

Aparte, no se trata de iniciativas más o menos abstractas o evanescentes, sino muy concretas y efectivas. Sería paradójico impedir el desarrollo de una fotovoltaica, pues, sin perjuicio de su beneficioso efecto en los términos globales de la defensa del medio ambiente, también logra repercutir de manera directa como incentivo inmediato en los territorios en que se implante. La creación de riqueza y empleo localizada se concilia muy bien con el beneficio a más largo plazo que reporta. Esta sabia combinación de intereses individuales y colectivos no permanece al margen de las autorizaciones solicitadas, sino que más bien las impulsa decisivamente. Confrontar derechos feudales, anacrónicos y obsoletos con tales axiomas urgentes y prioritarios produciría verdadera inquietud. Desde una perspectiva tan jurídica como valorativa también arroja resultados notorios, máxime cuando los derechos y facultades reconocidos pudieran ser compatibles y hasta en su caso concurrentes en su juiciosa coordinación.

Nadie puede permanecer ajeno al propósito que como sociedad nos marcamos, entre otras cosas por imperativos conjuntos ineludibles. El bien común no es solo la suma de bienes individuales, aunque tampoco exista un resquicio de aquel sin su exacta contemplación. Con todo, el universo de los intangibles, de los intereses difusos, de los imponderables gana terreno decididamente. En tal panorama, la perspectiva de los derechos individuales, privados y subjetivos resulta escasa, confusa, limitada y hasta errónea. Por ello, a los poderes públicos corresponde la defensa del bien común en sus diversas esferas de referencia. Su fundamento en el principio democrático disipa las dudas e incertidumbres que pudiese arrojar la inercia histórica, un pasado redivivo de forma impropia e improductiva, no solo en términos económicos a corto plazo, que también. No es una herencia gravosa e inmutable, sino un dato previo, un presupuesto para el avance a nuevas metas y fines.

El propio «*Preámbulo*» de la Constitución radica su razón de ser en la garantía de «*la convivencia democrática*», «*la justicia la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran*», «*proteger los derechos humanos*», y «*promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida*» —no en vano la rúbrica que define como entrada el contenido del citado artículo 45 CE alude a la «*Calidad de vida*»— y «*establecer una sociedad democrática avanzada*». En el desarrollo de tales premisas en su «*Título Preliminar*» aboga por el imperio de la ley establecida en su mismo texto: «*los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la*



*Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»* (art. 9.1), en cuya exacta correspondencia se requiere «*a todos los españoles, particulares y autoridades, que guarden y hagan guardar esta Constitución como norma fundamental del Estado»* (disp. final). Por tanto, «*quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución»* (disp. derogatoria, 3). Así, el propio artículo 9.3 diseña las debidas condiciones básicas del ordenamiento jurídico: «*la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»*. Ha de reconocerse que tanto «*la jerarquía normativa»*, como «*la seguridad jurídica»* y «*la publicidad de las normas»* arrojan un test de cumplimiento deficiente para el caso que me ocupa. Luego las apelaciones a «*la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos»* alcanza una intensidad insólita para este supuesto.

## 2. EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO DE PROPIEDAD EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ahora bien, no solo desde una perspectiva más abstracta se obtienen conclusiones válidas para el análisis de la cuestión. Los derechos concedidos a los beneficiarios en la Escritura de Concordia infieren directamente sobre las facultades del dominio. Sea cual fuere su naturaleza, de la que ya nos hemos ocupado *in extenso*, sus concretas atribuciones pueden interferir de manera significativa sobre la propia esencia del derecho de propiedad. Si se caracterizan como perennes e irredimibles vaciarían de contenido su estatuto jurídico, haciendo imposible un desarrollo sostenible, social y económico, de la comarca, que quedaría prácticamente a expensas de una estructura feudalista, medieval, anacrónica y arcaica. Por eso el análisis desde la óptica del derecho de propiedad también arroja luces elocuentes sobre la materia.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional que versa del asunto, a tenor de la sentencia 37/1987, de 26 de marzo, en su Fundamento Jurídico 2º, «*ciertamente, el derecho a la propiedad privada está reconocido en el artículo 33 de la Constitución y le es aplicable la garantía del necesario respeto a su “contenido esencial”, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 del propio Texto constitucional. El problema radica, sin embargo, en determinar cuál sea ese contenido esencial»*. «*A este propósito, es oportuno empezar por recordar sucintamente lo que desde tempranas fechas este Tribunal ha declarado ya sobre el concepto del “contenido esencial” de los derechos a que se refiere el citado artículo 53.1 de la Constitución»*. «*Esta noción viene marcada por el elenco de “facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea recog-*

noscible como perteneciente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose, por decirlo así. Todo ello referido al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales”. Determinación que [...] puede ser expresada como “aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De este modo, se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección” (sentencia 11/1981, de 8 de abril, FJ 10º)».

Luego el análisis del contenido mínimo por esencia parece ofrecer luces en la disciplina. Nótese que un derecho de propiedad sometido a unas limitaciones cuyo alcance no es posible poner ni hasta *nomen iuris* ya desdice de su autonomía característica y despliegue jurídico efectivo. El conjunto de obstáculos que afronta el dominio lo hace impracticable o al menos mengua su desarrollo. En suma, dificultan su ordinaria proyección más allá de cuanto es justo, lógico y razonable. Las referencias a las condiciones inherentes para una sociedad democrática sortean esquemas medievales y de corte feudal anidadas en su seno, que desnaturalizan la categoría de la propiedad sobre la base de unos esquemas anacrónicos y arcaicos, de hace casi cinco siglos. A ello además conviene añadir que las limitaciones se predicán de un colectivo difuso de titulares que comprenden tanto a los Ayuntamientos, como a los vecinos, todos y cada uno en particular y también en cuanto colectivo. Si se permite que cada variante subjetiva en dicha condición supedita la existencia y nacimientos de derechos individuales oponibles de suyo, convierte la propiedad en una situación tan inestable que hace imposible cualquier progreso fructífero y oportuno del dominio inmobiliario de la Comarca en que radique.

En una perspectiva complementaria, ya no respecto al modo en que los derechos establecidos puedan afectar a los titulares del dominio y despojarles de su haz mínimo de facultades y atribuciones características, la doctrina del Tribunal Constitucional también apela sobre las limitaciones que afectan a cualquier propiedad, en cuanto a los fines que la gobiernan y configuran. Esa óptica permite concluir en el sentido de cuál debe ser la conducta que guíe a las Administraciones de las que dependa la posible licencia de actividades relativas a la explotación económica del territorio.

### 3. LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DOMINIO

El estudio del contenido esencial como elemento básico e indispensable según el entorno democrático vigente conduce a «la garantía del derecho de propiedad

establecida en el artículo 53.1, en relación con el artículo 33 de la Constitución. Para ello es necesario partir de la regulación constitucional del derecho de propiedad privada que se contiene en el citado artículo 33 al objeto de indagar la naturaleza jurídica de tal derecho o el modo como la Norma fundamental lo concibe. Tras enunciar y reconocer “el derecho a la propiedad privada y a la herencia” en el apartado 1.º de este artículo, el apartado 2.º establece que “la función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes”, y en el 3.º de tales apartados se garantiza finalmente que “nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto en las Leyes”. Estos tres apartados del artículo 33, que no pueden ser artificiosamente separados, revelan la naturaleza del derecho a la propiedad en su formulación constitucional. Se trata de un derecho reconocido, como ha declarado este Tribunal en la sentencia 111/1983 —FJ 8.º— desde la vertiente institucional y desde este último punto de vista, un derecho subjetivo» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

El establecimiento del dominio bajo el imperio de su función socializadora se contempla en la sentencia citada —y otras que contiene, con notorio alcance de verdadera jurisprudencia mantenida en el tiempo y reiterada en sus ideas—, y entraña evidentes repercusiones relativas al caso de referencia. Así, «como elemento estructural de la definición misma del derecho a la propiedad privada o como factor determinante de la delimitación legal de su contenido pone de manifiesto que la Constitución no ha recogido una concepción abstracta de este derecho como mero ámbito subjetivo de libre disposición o señorío sobre el bien objeto del dominio reservado a su titular, sometido únicamente en su ejercicio a las limitaciones generales que las Leyes impongan para salvaguardar los legítimos derechos o intereses de terceros o del interés general. Por el contrario, la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del «contenido esencial» de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a este subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

En suma, no se trata ya del análisis del problema desde la perspectiva de los derechos individuales concurrentes en el objeto, lo que ya es mucho<sup>13</sup>, sino

de las resultas de su convergencia en términos sociales y colectivos, de bien común, de interés general, de servicio a la comunidad que hace mucho más trascendente y prioritaria las actividades del propietario, entendido más allá de mero *dominus* independiente de sus circunstancias y entorno. Es decir, que su concreto ejercicio en absoluto resulta inocuo para el análisis de la preferencia de derechos y situaciones. No son facultades o atributos individuales los que aquí se ventilan, sino el fin buscado en su desarrollo efectivo. La función social no solo limita el derecho como un requisito externo, sino que lo configura en su misma esencia. Por eso la propiedad ha dejado de compartir un esquema único en su misma noción básica y cabe definirla como la mayor soberanía que se reconoce con arreglo al objeto sobre que recae y del entorno físico, económico y social en que se inserta. No es idéntica en un mueble o en un inmueble; y, para este caso, ya sea rústico, ya urbano, y sin quedar al margen de la calificación que obtenga en los planes de urbanísticos o hasta en la llamada PAC (Política Agraria Común). Puede valer entonces prácticamente nada o mucho, dependiendo de las circunstancias concretas del caso.

Así, «la progresiva incorporación de finalidades sociales relacionadas con el uso o aprovechamiento de los distintos tipos de bienes sobre los que el derecho de propiedad puede recaer ha producido una diversificación de la institución dominical en una pluralidad de figuras o situaciones jurídicas reguladas con un significado y alcance diversos. De ahí que se venga reconociendo en general aceptación doctrinal y jurisprudencial la flexibilidad o plasticidad actual del dominio que se manifiesta en la existencia de diferentes tipos de propiedades dotadas de estatutos jurídicos diversos, de acuerdo con la naturaleza de los bienes sobre los que cada derecho de propiedad recae» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

Es evidente que toda restricción de derechos constitucionales, y el de la propiedad lo es desde la perspectiva del artículo 33 CE, requiere como presupuesto que se respete para tales intervenciones el principio de proporcionalidad<sup>14</sup>. En el terreno axiológico, y por los intereses que se contraponen, queda muy salvaguardado, según se ha expuesto, mas tampoco en la práctica puede discutirse. Según el Informe de la Diputación de Ciudad Real de 2017, a solicitud del Ayuntamiento de Porzuna, en cuyo término municipal radicaría la instalación de la fotovoltaica, 30.321 de sus hectáreas pertenecen a los denominados «Estados del Duque de Medinaceli en la Comarca de Malagón», y tan solo 300 estarán afectadas por la instalación productora de alternativas energéticas, renovables o verdes. Por tanto, difícilmente aminora los derechos que a los vecinos pudieran corresponder, cuyo censo alcanza una cifra oscilante de cerca de 3500 vecinos en el año 2016 según el INE. Además, varias de las facultades que les competen han sido discutidas hasta en su propia vigencia. De tal modo, se dicen en desuso el de roturar y cultivar, cortar leña y madera. Permanecerían los de pastos, rastros y caza, y este muy reducido. Luego las atribuciones al día de

hoy se ven extraordinariamente limitadas y muchas pueden ser compatibles con la existencia y desarrollo de la instalación fotovoltaica de referencia, que no impediría un derecho de paso razonable y oportuno, máxime cuando su precisa extensión se circunscribe a menos del 1% del territorio y en absoluto mengua de forma significativa dicha posibilidad.

Por consiguiente, «resulta oportuno hacer notar que la incorporación de exigencias sociales al contenido del derecho de propiedad privada, que se traduce en la previsión legal de intervenciones públicas [...], es un hecho hoy generalmente admitido. Pues, en efecto, esa dimensión social de la propiedad privada, en cuanto institución llamada a satisfacer necesidades colectivas, es en todo conforme con la imagen que de aquel derecho se ha formado la sociedad contemporánea y, por ende, debe ser rechazada la idea de que la previsión legal de restricciones a las otrora tendencialmente ilimitadas facultades de uso, disfrute, consumo y disposición o la imposición de deberes positivos al propietario hagan irreconocible el derecho de propiedad como perteneciente al tipo constitucionalmente descrito». «Es cierto, en cualquier caso, que la traducción institucional de tales exigencias colectivas no puede llegar a anular la utilidad meramente individual del derecho y que, por tanto, la definición de la propiedad que en cada caso se infiera de las Leyes o de las medidas adoptadas en virtud de las mismas, puede y debe ser controlada por este Tribunal Constitucional o por los órganos judiciales, en el ámbito de sus respectivas competencias. Pero, de nuevo en este supuesto, la referencia a que ha de atender el control jurídico por una u otra jurisdicción habrá de buscarse en el contenido esencial o mínimo de la propiedad privada entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como practicabilidad o posibilidad efectiva de realización del derecho, sin que las limitaciones y deberes que se impongan al propietario deban ir más allá de lo razonable» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

Es decir, la razonabilidad y el *minimum* propio del dominio viene dictado por el momento y las circunstancias tenidas en cuenta, mas sobre la base de los incentivos y necesidades colectivas características de la sociedad moderna y avanzada. En todo caso, las limitaciones que otros puedan imponer en suelo ajeno nunca podrán despojar a sus titulares de un haz imprescindible de atribuciones que permita definir como propiedad la detentada en su patrimonio. Si se les arrebatara la disposición, ni se permite usucapir por entero y se afirma que los gravámenes resultan perennes se trataría de un estatuto jurídico formal e inane. Entender los derechos atribuidos en la Escritura de Concordia de aquel modo simplemente anula o hace irreconocible la propiedad aneja. El derecho de pastos y rastrojos, y el de caza y pesca reivindicable por cualquier vecino y en todo tiempo consumiría el contenido del dominio de forma perpetua y sin disposición posible. A ello hay que añadir que oponerlos como un paredón inmovible para frenar iniciativas sociales prioritarias, habida cuenta de su

origen y naturaleza feudal sería un completo despropósito, completamente contrario a los imperativos constitucionales traducidos a la práctica por el Tribunal Constitucional en la doctrina expuesta.

Tratándose para el caso que nos ocupa de una comarca bien definida y con un terreno dedicado a las actividades fundamentalmente agrícolas conviene advertir que «la transformación antes dicha ha afectado de una manera más intensa a la propiedad inmobiliaria, tanto a la que recae sobre suelos susceptibles de aprovechamiento urbanístico como a la propiedad de tierras agrícolas o forestales, lo que es fácilmente explicable, entre otras razones, por el carácter no renovable o naturalmente limitado en su extensión de este tipo de bienes y por la trascendencia económica que ofrece como soporte físico de las actividades productivas. Por ello, y aunque nuestro Texto Constitucional no contenga ninguna previsión específica en relación con la propiedad agraria, al contrario de lo que ocurre con otros tipos de bienes inmuebles o recursos naturales (arts. 45 y 47), debe rechazarse de entrada, por infundada, la pretensión de los recurrentes de identificar el contenido esencial de la misma atendiendo exclusivamente a lo que el Código civil, declinando el siglo XIX, dispuso con carácter general en su artículo 348, porque tal pretensión no tiene para nada en cuenta las modulaciones y cambios que ha venido sufriendo desde entonces el instituto de la propiedad privada, en general, y de la propiedad agraria, en particular» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º). A la vista de semejante declaración casi huelga concluir en orden a las atribuciones marcadas por un documento como la Escritura de Concordia de origen medieval, de características feudales y cifrado en la primera parte del siglo XVI.

En fin, «no puede compartirse la tesis de que una regulación de la propiedad rústica que, atendiendo a estos principios, no haga impracticable ni prive de protección a los intereses individuales inherentes al dominio delimitado por su función social sea en sí misma contraria al derecho reconocido en el artículo 33 de la Constitución, pues tal intervención normativa no entraña una desnaturalización de aquel derecho constitucional que lo haga irreconocible como perteneciente al tipo descrito, tanto desde el punto de vista histórico como por relación al conjunto de intereses que la propiedad privada incorpora como institución jurídica» (STC 37/1987, de 26 de marzo, FJ 2º).

Luego, como reconoce la reciente sentencia del Tribunal Constitucional 93/2015 de 14 mayo, en su Fundamento Jurídico 13º, «el derecho constitucional afectado es, por tanto, el de propiedad privada (art. 33 CE), que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir»; «haz de facultades que integra este tipo de derecho de propiedad privada y, al mismo tiempo, a definir la función

social del mismo, que son, como hemos visto, los dos elementos básicos que conforman el derecho de propiedad».

Ahora bien, habida cuenta que depende íntimamente de las circunstancias concretas, «no determina la Constitución cuál sea este contenido esencial de los distintos derechos y libertades, [de modo que] las controversias que al respecto puedan suscitarse han de ser resueltas por este Tribunal» (STC 37/1981, de 16 de noviembre, FJ 2) conforme a los criterios enunciados en su jurisprudencia (por todas, SSTC 11/1981, de 8 de abril, FJ 8; y 112/2006, de 5 de abril, FJ 10)» (STC 93/2015 de 14 mayo, FJ 13º).

#### 4. LA INCONSTITUCIONALIDAD SOBREVENIDA DE LA ESCRITURA DE CONCORDIA

Esta competencia del Tribunal Constitucional en cuanto al control de constitucionalidad de las leyes, en cierta medida se comparte por el Tribunal Supremo mediante un mecanismo conocido como la inconstitucionalidad sobrevenida de normas anteriores a su promulgación. Se trata de un instrumento de práctica infrecuente, pero no del todo esporádico. Se registran sentencias sobre derechos reales de garantía inmobiliaria [cfr. SSTS 324/1999, de 20 de abril; 703/2008, de 14 de julio; y 373/2009 de 25 de mayo (con voto particular)], contratos locaticios (cfr. STS 833/2011, de 17 de noviembre), títulos nobiliarios (cfr. SSTS 1112, 1113 y 1115/1997, de 12 y 13 de diciembre; 129 y 248/1999, de 19 de febrero y 26 de marzo; 251/2008, de 3 de abril; y 649 y 660/2009, de 15 y 21 de octubre), sucesiones (cfr. SSTS 34/1986, de 10 de febrero y 321/1992, de 6 de abril) y filiación (cfr. SSTS 224/1995, de 17 de marzo y 776/1999, de 21 de septiembre<sup>15</sup>).

La base normativa del recurso se obtiene de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Su artículo 5.1 establece que *«la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos»*. En su virtud, el artículo 6 LOPJ ordena que *«los Jueces y Tribunales no aplicarán los reglamentos o cualquier otra disposición contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa»*. La fórmula ordinaria es la cuestión de constitucionalidad promovida por los órganos judiciales cuando *«considerare, en algún proceso, que una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución»* (art. 5.2 LOPJ), o mientras *«por vía interpretativa no sea posible la acomodación de la norma al ordenamiento constitucional»* (art. 5.3 LOPJ). Ahora bien, para el caso del Tribunal Supremo, *«en todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional. En este supuesto, la competencia para*



*decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo, cualesquiera que sean la materia, el derecho aplicable y el orden jurisdiccional» (art. 5.4 LOPJ).*

Este cauce será relevante cuando se quiera esgrimir ante los tribunales los derechos concedidos por la Escritura de Concordia contra el desarrollo de actividades autorizadas por las oportunas concesiones administrativas.

«Sin embargo, estos derechos están plenamente vigentes, se rigen por propia normativa y el único cauce legal para solucionar ese anacronismo es la aplicación de las medidas de la Ley 5/1980, de 22 de febrero» (IAE 2006), de la ya se ha tratado. El hecho parece indicar que una norma jurídica con rango legal ordinario y posterior a la propia Constitución reconoce su estatuto, pero a mi juicio no sucede así al margen de otras consideraciones. La citada Ley en su caso contempla y no transforma la eficacia *in natura* de las disposiciones de que trae causa. Con ello se induce que, si dicho régimen resulta en esencia susceptible de declararse sobrevenidamente inconstitucional, para nada variaría dicha consideración el hecho de ser contemplado en norma jurídica posterior a la Carta Magna. Dicho de otro modo, la Ley de 1980 contempla el estatuto de referencia sin variar en absoluto su ignota y discutible naturaleza que permanece incólume, con sus pros y con sus contras.

## VII. CONCLUSIONES

I. Los «Estados del Duque» contemplan un régimen específico de la tierra definido en la Escritura de Concordia de 5 de mayo de 1552, rubricada por sanción regia en la Real Cédula de 11 de junio de 1553. Constituyen estatuto jurídico extraordinario, fundado en poderes medievales y de neto signo feudal, anacrónico y arcaico. Repudia tanto a la lógica como a la razón, a la justicia y al Derecho que con dichos presupuestos pueda impedir el desarrollo efectivo de actividades acordes con el desarrollo sostenible del medio ambiente característico del siglo XXI, de una economía favorable al territorio en que se inserta y con evidentes réditos al ámbito de referencia medido en riqueza y empleos.

II. La Escritura de la Concordia resulta un acabado ejemplo de instrumento de naturaleza transaccional y no un Fuero, ya que huye de dicha denominación, y no contempla derechos y privilegios de carácter público. Tampoco atañe al estatuto personal, sino real, pues no reconoce vecindad civil determinada en sus titulares (cfr. arts. 9.1, 10.1 y 14 CC).

III. La categoría de los derechos que contempla en favor de los Concejos, de cada vecino y de todos como aprovechamiento comunal resulta de muy difícil calificación. La sentencia de Primera Instancia de Ciudad Real de 28 de junio de 1927, confirmada por la de la Audiencia Territorial de Albacete de 23 de marzo de 1929 descarta el usufructo, la servidumbre predial, el arrendamiento y el censo. Lo califica de condominio en el sentido vulgar del término. Por mi



parte, y tomando pie de jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo, lo califico mejor como servidumbre personal. Permitiría resolver el problema de la usucapión imposible, por ser aparente pero discontinua (cfr. arts. 532 y 539 CC), y asimismo autorizaría su posible redención (cfr. art. 546.6 CC) que allana el grave problema de su carácter perpetuo incompatible con la Constitución.

IV. La Escritura de Concordia recoge ciertos derechos, pero no todos han logrado consolidarse a lo largo del tiempo, habida cuenta que algunos han caducado, como el de roturar y cultivar, y otros decaen por inobservancia de su ejercicio, así el de cortar leña y madera. Luego quedan vigentes los de pastos y caza, si bien este último aminora mucho su impacto. Esas atribuciones traen consigo también otras auxiliares que las hagan factibles, del estilo de derecho de paso para efectuarlas y han de ser permitidos en la práctica con la mayor flexibilidad que favorezca su ejercicio. La Ley 5/1980, de 22 de febrero, *relativa las medidas para resolver el problema de los derechos históricos en la comarca de Malagón y para promover el desarrollo integral de la misma*, los cifra en «*de pastos y rastrojeras y de pesca y caza menor*».

V. La doctrina del Tribunal Constitucional en cuanto al contenido esencial del derecho de dominio arroja resultados elocuentes. La conservación de derechos feudales compromete la propiedad hasta desdibujar sus perfiles. Si se caracterizan como perennes e irredimibles vaciarían el núcleo de su estatuto jurídico. Las condiciones inherentes a una sociedad democrática excluyen de suyo tales esquemas anacrónicos y arcaicos, de hace casi cinco siglos.

VI. Sobre la base de los artículos 5 y 6 LOPJ al Tribunal Supremo compete la declaración sobrevenida de la inconstitucionalidad de las normas. Este cauce será bien significativo cuando se quiera esgrimir ante los tribunales los derechos concedidos por la Escritura de Concordia contra el desarrollo de iniciativas rentables donde antes no había ninguna, pues la creación de riqueza y empleos constituye un incentivo para el territorio y la población en la que se inserta. El fomento de fuentes energéticas limpias, verdes, naturales, sostenibles y modernas radica en el artículo 45 CE como «*derecho al medio ambiente*», principio rector de la política social y económica que debe informar las actuaciones de los poderes públicos (cfr. art. 53.3 CE). En su virtud, el precepto apela y exige «*la indispensable solidaridad colectiva*». En términos generales, artículo 9.3 CE diseña las debidas condiciones básicas del ordenamiento jurídico. Ha de reconocerse que tanto «*la jerarquía normativa*», como «*la seguridad jurídica*» y «*la publicidad de las normas*» arrojan un test de cumplimiento deficiente para este caso.

## ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- SPI de Ciudad Real de 28 de junio de 1927
- SAT de Albacete de 23 de marzo de 1929

- STS de 17 de diciembre de 1888.
- STS de 21 de abril de 1896.
- STS de 29 de septiembre de 1900.
- STS de 26 de noviembre de 1901.
- STS de 9 de julio de 1903.
- STS de 30 de noviembre de 1908.
- STS de 3 de abril de 1909.
- STS de 9 de julio de 1910.
- STS de 30 de junio de 1914.
- STS de 8 de marzo de 1916.
- STS de 6 de julio de 1920.
- STS de 9 de mayo de 1922.
- STS de 14 de noviembre de 1924.
- STS de 20 de marzo de 1929.
- STS de 30 de octubre de 1929.
- STS de 4 de octubre de 1930.
- STS de 5 de diciembre de 1930.
- STS de 2 febrero de 1944.
- STS de 12 de noviembre de 1959.
- STS de 24 de febrero 1984.
- STS de 10 de febrero de 1986.
- STS de 16 de febrero de 1987.
- STS de 6 de abril de 1992.
- STS de 17 de marzo de 1995.
- STS de 12 de diciembre de 1997.
- STS de 13 de diciembre de 1997.
- STS de 19 de febrero de 1999.
- STS de 26 de marzo de 1999.
- STS de 20 de abril de 1999.
- STS de 21 de septiembre de 1999.
- STS de 26 de julio de 2001.
- STS de 7 noviembre de 2006.
- STS de 3 de abril de 2008.
- STS de 14 de julio de 2008.
- STS de 25 de mayo de 2009.
- STS de 15 de octubre de 2009.
- STS de 21 de octubre de 2009.
- STS de 17 de noviembre de 2011.
- STC de 11 de abril de 1981.
- STC de 26 de marzo de 1987.
- STC de 20 de marzo de 1997.
- STC de 14 de mayo de 2015.

## BIBLIOGRAFÍA

- DURÁN RIVACOBIA, R. (2005). El anonimato del progenitor. En J.M González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I. Madrid: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico (1361-1410).
- (2008). Derecho Civil, reforma estatutaria y territorialidad. En F.J. Gómez Gállico (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi (69-90).
- (1993). La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 121-144.
- (1996). *Derecho Interregional*, Madrid: Dykinson.
- DURÁN RIVACOBIA, R. y GARCÍA LLERENA, V.M. (2011). Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet. *Actualidad Civil*, núm. 10, 1090-1130.
- DURÁN RIVACOBIA, R. y MENÉNDEZ MATO, J.C. (2017). *La transacción expresa y tácita*. Pamplona: Aranzadi.
- GARCÍA GOYENA, F. (1974). *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza.
- REGLERO CAMPOS, L.F. (2001). Comentario a las disposiciones transitorias 1ª a 13. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*. Pamplona: Aranzadi (2218-2227).
- RUBIO GONZÁLEZ, A. (2008). Naturaleza jurídica de los derechos derivados de la Escritura de Concordia de 1552 relativa a los Estados del Duque en la comarca de Malagón. *Anales de la Abogacía General del Estado*, núm. 2006. 490-511.
- SANZ JARQUE, J.J. (1976). Sobre la tenencia de la tierra en general y en los montes y terrenos del Estado de Malagón en particular. *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, Vol. II. Madrid: Tecnos (641-702).

## NOTAS

<sup>1</sup> Por poner en adecuado contexto la circunstancia jurídica resulta oportuno referir los aspectos básicos de población y territorio que le atañen. Hechos que ayudan a conseguir la mejor óptica para las decisiones que puedan adoptarse acerca de su óptima solución. El ordenamiento jurídico no puede operar al margen de los datos sobre los que se diseña. Un conjunto de reglas abstractas que desconocieran la base fáctica cuya disciplina pretende, constituye la peor de las medidas imaginables. El servicio del Derecho a las personas y realidades que contempla resulta un presupuesto indisponible. Si a resultados de su régimen se producen notorias distorsiones hay que poner remedio a la deriva, por injusta y antisocial. Las normas deben guardar respeto a las finalidades que las respaldan y nunca exigir una ciega obediencia muy lejana de su propósito.

Un oportuno ejemplo registra el caso a que aludo. Dentro de los Estados del Duque se sitúa al Ayuntamiento de Porzuna, en la Provincia de Ciudad Real. Según fuentes oficiales del Municipio, en su página web, en el año 1960 tenía 8.189 habitantes, y conforme a los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística, en el año 2016 eran 3.661 vecinos. Es decir, su población se ha visto mermada en este periodo hasta quedar reducida en un 60%. Esta cifra indica cuál es el verdadero ámbito subjetivo de referencia, en cuanto a las personas que pueden ostentar en teoría el ejercicio de los derechos que indicaré acto seguido y que

podieran verse afectados. Como después se justifica, los derechos aún vigentes en su esfera jurídica se ven muy restringidos en sus actuales parámetros.

En cuanto al ámbito territorial, según el Informe de la Diputación de 2017 que cito luego, el Ayuntamiento de la localidad de Porzuna comprende una extensión de 30.321 hectáreas pertenecientes a los denominados «Estados del Duque de Medinaceli en la Comarca de Malagón». Es decir, que medido en términos de ocupación afecta la iniciativa que comento a menos del 1% de la Comarca.

<sup>2</sup> No en vano su Cruz consta en el escudo del Ayuntamiento de Porzuna.

<sup>3</sup> El Tribunal Supremo se ocupó desde temprano en diversas ocasiones de la cuestión, muy peculiarmente acerca de materias sucesorias, como en las sentencias de 21 de abril de 1896, sobre cláusulas *ad cautelam* testamentarias; de 29 de septiembre de 1900 y 8 de marzo de 1916, sobre nulidad de memoria testamentaria; 26 de noviembre de 1901, sobre nulidad de testamento; 9 de julio de 1910, sobre reclamación de mejora; 30 de junio de 1914, sobre nulidad de testamento ológrafo.

<sup>4</sup> Como afirma REGLERO CAMPOS, «la expresión “actos y contratos” debe entenderse en un sentido técnico, de decir, como una acepción más específica dentro de la categoría más amplia de los hechos jurídicos» [REGLERO CAMPOS, L.F. (2001). Comentario a las disposiciones transitorias 1ª a 13. En R. Bercovitz Rodríguez Cano (coord.), *Comentarios al Código civil*. Pamplona: Aranzadi (2220)].

<sup>5</sup> Cfr. BOCG de 1 de diciembre de 1978.

<sup>6</sup> Cfr. *Ibidem*, de 20 de octubre de 1979.

<sup>7</sup> Como recientemente y con amplitud he tenido la ocasión de analizar: cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. y MENÉNDEZ MATO, J.C. (2017). *La transacción expresa y tácita*. Pamplona: Aranzadi.

<sup>8</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. (1996). *Derecho Interregional*, Madrid: Dykinson (155 y sigs.).

<sup>9</sup> Acerca de la significación jurídica de los estatutos personal, real y formal, cfr. más ampliamente, DURÁN RIVACOBÁ, R. (1993). La doctrina estatutaria en el Fuero Nuevo de Navarra. *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 15, 121-144.

<sup>10</sup> Cfr. DURÁN RIVACOBÁ, R. (2008). Derecho Civil, reforma estatutaria y territorialidad. En F.J. Gómez Gállego (coord.), *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*, Vol. I, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi (69-90).

<sup>11</sup> Cfr. SANZ JARQUE, J.J. (1976, 688.).

<sup>12</sup> Cfr. *Ibidem* (1976, 698).

<sup>13</sup> Ambas perspectivas individual y social en absoluto se contraponen. Como afirma la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997 de 20 de marzo, en su Fundamento Jurídico 7º, hablando del «contenido esencial de los derechos (art. 53.1 CE), técnica cuyo objeto, como hemos reiterado desde la STC 11/1981, consiste en garantizar el derecho frente a los eventuales abusos o exorbitaciones de los poderes públicos, en particular y en primer término, del legislador, cualquiera que este sea, en su tarea reguladora. El contenido esencial constituye, pues, una garantía constitucional en favor del individuo, algo a respetar por el legislador en cada caso competente».

<sup>14</sup> Cfr. ampliamente la doctrina del Tribunal Constitucional acerca de la proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales, en DURÁN RIVACOBÁ, R. y GARCÍA LLERENA, V.M. (2011). Defensa civil de la propiedad intelectual e identificación del usuario de Internet. *Actualidad Civil*, núm. 10, 1090-1130.

<sup>15</sup> Cfr. su estudio en DURÁN RIVACOBÁ, R. (2005). *El anonimato del progenitor*. En J.M. González Porras y F.P. Méndez González (coord.), *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I. Madrid: Universidad de Murcia, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico (1361-1410).

(Trabajo recibido el 21-11-2018 y aceptado  
para su publicación 1-4-2019)