

Imprescriptibilidad y recuperación de oficio de las
vías pecuarias: un análisis de la Disposición
Final 1.^a de la Ley de 27 de junio de 1974*

JAVIER BERMÚDEZ SÁNCHEZ

Becario de investigación. Facultad de Derecho.
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento: 1) Problemática social; 2) Problemática Jurídica.—II. Naturaleza Jurídica de las Vías Pecuarias: 1) La imprescriptibilidad de los bienes de uso común en la Tercera Partida, Ley VII, Título XXIX; 2) Servidumbres públicas o bienes de dominio público; 3) Intrascendencia a efectos de imprescriptibilidad de las vías pecuarias; su régimen jurídico.—III. Evolución Histórica de la Legislación Pecuaria en torno a la imprescriptibilidad: 1) Disposición Final 1.^a de la Ley de 1974; 2) La Tercera Partida, Ley VII, Tít. XXIX; 3) La Novísima Recopilación; 4) Cuestiones de competencia; 5) R.D. de 13 de agosto de 1892; 6) Decreto-Ley de 5 de junio de 1924; 7) Decretos de 7 de diciembre de 1931 y de 23 de diciembre de 1944; 8) Ley de 27 de junio de 1974.—IV. Posturas Jurisprudenciales: 1) Partidaria de la usucapión; 2) Negadora de la usucapión.—V. Conclusión.

I. PLANTEAMIENTO

1. Mediante el complejo y vasto trazado de las cañadas, cordeles, veredas, descansaderos y abrevaderos fue posible durante varios siglos que la Cabaña española atravesara fundos privados, ciudades y pue-

* He de agradecer al Profesor Dr. D. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO su inestimable apoyo en la publicación del presente estudio, el primero, para mí, que ve la luz. Quiero igualmente agradecer al Prof. Dr. D. F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS Cid su infinita capacidad de plantear agudas objeciones, fruto de las cuales son estas páginas, que, en su día, fueron expuestas ante un Seminario de Profesores del Area de Derecho Administrativo de esta Facultad, dirigido por el Prof. Dr. D. ALFREDO GALLEGO ANABITARTE.

blos hasta llegar a los ansiados pastos, agostaderos e invernaderos, del Norte o del Sur respectivamente, según la época en que se encontraran, de tal forma que en un país de rudo clima, con inviernos que helaban los pastos del norte y veranos que secaban los del sur, se consiguió una necesaria complementariedad entre las diversas zonas climáticas del territorio, para que el ganado dispusiese continuamente de alimento natural, transhumancia que llegó a considerarse como la causa de la magnífica calidad de la lana de las merinas castellanas.

Para potenciar uno de nuestros recursos entonces más valiosos se fue dotando a La Mesta de una serie de «privilegios», desde el reinado de Alfonso X, que permitieran a los ganaderos el libre paso para acceder a los pastos frescos.

Ya en el siglo XVIII, los Ilustrados, y a la cabeza de ellos Campo-manes y Jovellanos, consideraron que era necesario abolir todos los privilegios que poseía el Honrado Concejo de La Mesta, que no hacían sino perjudicar el desarrollo agrícola del país, entonces firme promesa y supuesta fuente de riquezas aún sin explotar, causa final de la desertización en nuestros campos.

Al margen de dicha crítica quedaron los «caminos pastoriles», de los que Jovellanos hizo una fervorosa defensa en el Informe de la Sociedad Económica Matritense de 13 de enero de 1835 sobre la Ley Agraria, pero esa desposesión de privilegios de La Mesta, su progresivo decaimiento y su abolición final en 1827, provocada también por levantamientos populares contra los ganaderos, significó la total victoria sobre los «señores de los caminos» por parte de los agricultores, que les llevó a una usurpación continua de estas vías, cada vez ya más inseguras y finalmente sustituidas por otras más firmes y rápidas: las de hierro, tras la aparición del ferrocarril.

Hoy existe un desuso generalizado de esta red de comunicaciones de magnífico trazado, con una longitud total de 125.000 km., en superficie unas 25.000 hectáreas (1% de la superficie nacional) (1), que están siendo ocupadas de forma masiva e indiscriminada.

Efectivamente, uno de los problemas que siempre han acompañado a las vías pecuarias es su desuso en determinados casos. Pero la legislación ya previó un mecanismo que permitiera la desafectación de estos bienes de dominio público, de uso común y general, para que posteriormente pudieran ser enajenados: la declaración de innecesariedad.

Hoy la práctica totalidad de estos caminos públicos no tiene una finalidad concreta que cumplir y parece que, desafortunadamente, se va abriendo hueco la idea de que no ocurre nada porque los propietarios

(1) Datos recogidos por la Fundación para la Ecología y la Protección del Medio Ambiente (FEPMA), en colaboración con el ICONA, publicados en la Revista de Medio Ambiente «QUERCUS», n.º 68, oct. 1991, pp. 24 y ss., en las que se recogen datos históricos y bibliográficos.

colindantes (muchas veces una misma finca atravesada por estas vías) hagan suyos estos terrenos. ¿Pero es que, acaso, no sería un supuesto semejante el que un particular decidiese que un determinado camino vecinal ya no es utilizado, innecesario por tanto, y que podría usurparlo sin reacción alguna por parte del Derecho? Es necesario, partiendo de una realidad inequívoca, abordar el problema con prudencia y desde una perspectiva jurídica, pues nos encontramos con unos bienes de dominio público, y por tanto con un régimen de protección especial, ante el que no podemos cerrar los ojos en unos supuestos sí y en otros no. Hay que afrontar el problema jurídico que esta situación nos plantea.

2. ¿Podría un particular ocupar un terreno de una cañada, cordel o vereda y usucapirlo tras el transcurso de un plazo determinado? ¿Qué ocurriría con los particulares que tuvieran inscritos en el Registro de la Propiedad unos terrenos sobre los que pasan vías pecuarias y que, sin embargo, no se hace mención de ellas?

Existe una jurisprudencia del Tribunal Supremo que afirmó, sin cortapisa alguna, la posibilidad de usucapión de las vías pecuarias por el mero transcurso de treinta años. Además de estos supuestos ya amparados por sentencias firmes existe una obscura y titubeante legislación que parece recoger la posibilidad de que hubo un tiempo en que, efectivamente, era legítima dicha adquisición (D. F. 1.^a L. de Vías Pecuarias de 1974).

Es un supuesto más de un bien de dominio público desprotegido, «abandonado» por la legislación (2). Evidentemente será difícil defender (como hace cierta jurisprudencia apoyándose en una particular interpretación de la confusa regulación vigente en cada momento) la prescriptibilidad treintenala de unos bienes que, sin que nadie lo dude, han sido siempre catalogados como de dominio público ya desde Las Siete Partidas, aun cuando hayan sufrido una progresiva degradación tanto en su uso social como en su evolución legislativa.

El núcleo del presente estudio trata de desmontar una equivocada concepción del término «irrevindicabilidad», aparecido en las diversas regulaciones pecuarias, que favorecía una errónea posibilidad de usucapión, ofreciendo otra, que justifica desde un punto de vista jurídico-histórico la alusión a dicho término como «irrevindicabilidad administrativa», con objeto de delimitar las competencias de la propia Administración, al indicar qué terrenos podrá recuperar de oficio.

(2) Como en su momento lo pudieron ser las costas hasta cierta jurisprudencia del T.S., SS. de 9 de noviembre de 1984 y 6 de julio de 1988, comentadas por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO y por F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, n.º 6 y 17, respectivamente, y finalmente aborrecida por la Ley 22/88, de 28 de julio, de Costas, una vez resueltas las situaciones anteriores en su Disposición Transitoria Primera, estudiada por FENOY PICÓN y por RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, en *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XLII, 1989, pp. 915 y ss. y 937 y ss., respectivamente, a las que se acerca la paralela problemática planteada sobre las vías pecuarias.

Para una posterior fácil comprensión de las sucesivas regulaciones sobre las vías pecuarias y de las dos líneas jurisprudenciales claramente diferenciadas, creo necesario el previo estudio de la naturaleza jurídica de estas vías.

II. NATURALEZA JURÍDICA

1. Partimos del incuestionable carácter de dominio público que estos bienes o servidumbres poseen y de la especial consideración de *res extra commercium*, que lleva aparejada. Así se recoge sin lugar a dudas (3), desde la Tercera Partida, Ley VII, Título XXIX:

«Plaça, nin calle. nin camino, nin defefa, nin exido, nin otro lugar qualquier femejante deftos qfea en vso comunalmente del pueblo de alguna ciudad, o villa, o castillo, o de otro lugar non lo puede ningund ome ganar por tiempo. Mas las otras cofas que fean de otra natura afsi como fieruos, o ganados, o pegujar, o nauios, o otras cofas qualequier femejantes deftas maguer fean comunalmente del concejo de alguna cibdad, o villa bien fe podrian ganar por tiempo de quarenta años. E efto es porque maguer que fean de todos comunalmente non vfan comunalmente dellas todos afsi como delas otras cofas fobredichas (...)».

donde ya se hace tajante diferencia entre las cosas que por ser *usadas* de forma común, no puede individualizarse sobre ellas un uso privado y no serán por tanto susceptibles de prescripción adquisitiva, de otras que, si bien *pertenecen* a la comunidad, sin embargo, sobre ellas no se proyecta un uso común, de tal manera que sí sería observable de forma particularizada un uso que permitiera finalmente, tras el transcurso de cuarenta años, según fija esta Ley, una adquisición en favor del poseedor.

Las vías pecuarias serían «lugares semejantes a las calles o caminos» en la medida en que soportan un uso común.

Estamos, por ello, en presencia de unos derechos de dominio público, en atención a su uso.

2. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se han mantenido dos posturas sobre su naturaleza jurídica: como *servidumbres de paso* (4) o como *bienes* de dominio o señorío público.

(3) A pesar de la tentativa funesta de tergiversar la letra de la Partida Tercera, Ley VII, Tit. XXIX, por parte de la S.T.S. de 6 de febrero de 1864, Gaceta de 11 de febrero.

(4) Así lo serían en algunos casos, según defiende MARTÍN-RETORTILLO, L., en *El proceso de apropiación por el Estado de las vías pecuarias*, Revista de Administración Pública, n.º 51 (1966), pp. 97 y ss., en especial las pp. 148-149.

a) La primera postura implica defender su carácter de *iura in re aliena*: los terrenos por los que transcurren los ganados serían de titularidad privada; un dominio limitado por un uso público, un derecho de paso de ganado.

Para aceptar esta posibilidad lo primero a digerir sería una concepción del dominio público que no sólo estaría integrada por bienes, derechos de propiedad, sino, también, por otros derechos de distinta naturaleza (5). Mas, en todo caso, nos estaríamos moviendo dentro del dominio público (6) y serían servidumbres públicas, nunca al margen del dominio público como una equivocada lectura que hace cierta jurisprudencia del art. 570 Cc, que se refiere a ellas como servidumbres, y del art. 339 Cc a contrario, dedicado a los bienes de dominio público, del que queda excluido. La exclusión es de los *bienes*, por ser tratada como *servidumbre*, no del dominio público (7).

Se discutirá si, como tal derecho que limitaría una propiedad privada, sería necesario que apareciera inscrito en el Registro de la Propiedad mas, frente a esta tesis, siempre queda dentro del art. 5 del Reglamento Hipotecario, tanto si las consideramos bienes como servidumbres públicas, integrantes del dominio público.

Así, efectivamente, hasta el Real Decreto de 13 de agosto de 1892 se hace referencia a ellas como *servidumbres públicas* (8) pero bajo su consideración *de caminos públicos* (9) y ello, porque, efectivamente, también éstos eran considerados, de manera algo imprecisa, *servidumbres públicas* (10).

(5) Favorable a este concepto aglutinador es la postura mantenida por LUIS M.^a Díez-PICAZO en *Breves reflexiones sobre el objeto del demanio: los iura in re aliena*. Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 35, 1982.

(6) Tesis mantenida por GUAITA, *Derecho Administrativo Especial*, vol. III, p. 275, 1967, aunque se refiera al régimen anterior a 1974 como de dominio público degradado al admitir la usucapión treintenar (vid. p. 276); PAREJO GAMIR y RODRÍGUEZ OLIVER, *Lecciones de Dominio Público*, pp. 450 y ss., 1975, que realiza la conexión entre las dos posibles concepciones de las vías pecuarias, con las dos líneas jurisprudenciales contradictorias; también FUENTES BODELÓN, *Derecho Administrativo de los Bienes*, pp. 274 y ss., 1959.

(7) Responde este lacónico párrafo a una sorprendente interpretación jurisprudencial, STS 4 de mayo de 1959, recogida por MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, pp. 148-149, que concibe las vías pecuarias como servidumbres de propiedad privada (al menos unas, otras sí serían de «propiedad» del Estado) y, así, «(...) lo mismo la reivindicación que el deslinde de las vías pecuarias no deben suponer despojo o menoscabo alguno de los derechos dominicales y sus derivaciones (...)». Esto explica, de manera bastante reveladora, las «derivaciones» en lo que a usucapión se refiere y justifica el interés en exponer, de manera previa, algunas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de estos bienes y resaltar su incuestionable carácter de dominio público, ya sea como servidumbres, ya como bienes.

(8) Tal como recogen GALLEGO ANABITARTE, MENÉNDEZ REXACH, DÍAZ LEMA, *Derecho de Aguas en España*, p. 33. M.O.P.U., 1986.

(9) R.O. de 20 de marzo de 1851.

(10) Vid. ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración*, 1887, voz «servidumbres públicas», p. 786.

b) A partir del citado Real Decreto de 1892 se regulan como *bienes de dominio público*, nunca ya como servidumbres, por lo que al igual que el resto de caminos públicos parecería correcto el que nos refiriéramos a ellas como *bienes* de dominio público, aun cuando sería posible discutir sobre la naturaleza jurídica de la totalidad de la categoría «caminos públicos», que aquí no corresponde hacer.

3. En cualquier caso, de tratarse de servidumbres públicas, disfrutarían de un régimen jurídico diferente al recogido para el resto de servidumbres en el Código civil y de ahí que encontremos en el art. 570 C.c. una remisión a la normativa administrativa (por lo que no se les aplicará el art. 1959 C.c. y su prescripción treintenal); paralelamente, y añadiendo un dato significativo sobre la naturaleza de estos derechos, en el art. 1.2.º de la Ley de Vías Pecuarias de 1974 se excluye a las servidumbres en la aplicación del régimen que establece, apoyando su concepción como derechos de propiedad:

«Los preceptos de esta Ley no serán de aplicación a servidumbres constituidas o que se constituyan sobre predios privados».

Por tanto, la naturaleza del derecho que se integra en el dominio público no nos ha de confundir a la hora de aplicarle el régimen que como tal les corresponde, siendo por ello, en principio, inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Es cierto que no a todos los bienes de dominio público se les aplica el mismo régimen jurídico (11), pues se da una diversa gradación en el régimen de protección según la naturaleza del bien; claro que todos los destinados a uso público se encuentran sujetos al *señorío del Estado*, a su jurisdicción (12); el Estado no es sino el gestor de estos bienes.

En la legislación pecuaria, art. 11 y ss. de la Ley de 27 de junio de 1974, se prevé la posibilidad de enajenar las vías pecuarias, aunque esto sólo será posible cuando, previamente, se declaren innecesarias para el tránsito de ganado y las comunicaciones agrarias, al realizar su clasificación, declaración que es una desafectación, dejando de ser de dominio público antes de su venta, de forma que no queda alterado el principio de inalienabilidad que, como bienes de señorío público, les corresponde.

Más problemas plantea el principio de imprescriptibilidad aplicado a estas vías.

(11) De ahí cierta perversa interpretación, de una S.T.S. de 31 de mayo de 1988 que más adelante comentaré, del art. 132.1 C.E. cuando señala que el régimen jurídico de los bienes de dominio público se *inspirará* (y no serán por ello características imprescindibles) en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

(12) GALLEGO ANABITARTE *et al.*, *op. cit.*, pp. 327 y ss. y 340 y ss.

III. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA LEGISLACIÓN PECUARIA EN TORNO A LA IMPRESCRIPTIBILIDAD.

1. El estudio de la evolución histórica se hace necesario para llegar a entender el sentido de la Disposición Final 1.^a de la actual Ley 22/74 de Vías Pecuarias (LVP):

«Lo dispuesto en esta Ley se entiende sin perjuicio de los derechos legalmente adquiridos que hayan hecho irrevindicables los terrenos ocupados de vías pecuarias, y cuyas situaciones se apreciaran por los Tribunales de Justicia».

y ello tras afirmar en el art. 1.^o que:

«Las vías pecuarias son los bienes de dominio público destinados principalmente al tránsito de ganados; no son susceptibles de prescripción ni de enajenación, ni podrá alegarse para su apropiación el tiempo que hayan sido ocupados, ni legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto (...)».

Hemos de averiguar, en principio, qué *derechos legalmente adquiridos* son esos que hacen *irrevindicables* terrenos ocupados de vías pecuarias y que, *además*, hayan sido reconocidos en los Tribunales de Justicia (o, incluso, que lo sean en el futuro).

Tras esta escueta Disposición Final se esconde una larga serie de «agujeros negros» que las diversas regulaciones jurídicas no han sabido afrontar.

Con esta normativa recogida en 1974 resulta obvio que hoy no se admite la posibilidad de prescripción, mas se respetan los derechos adquiridos conforme a legislaciones anteriores (¿?), evitando así posibles indemnizaciones a que darían lugar como ocurre en el caso de la Disposición Transitoria 1.^a de la Ley de Costas.

Se pretende ver cuáles son estos supuestos a los que se refiere la DF 1.^a de la L. V.P. de 1974 en que se adquirieron *legalmente* unos derechos sobre vías pecuarias. Éste sería el primer punto que plantea la DF. Pero ¿es que hubo alguna legislación que permitió a los Tribunales reconocer derechos privados sobre las vías pecuarias? Parece referirse a una posibilidad de usucapión, que no menciona, pues resultaría harto contradictorio con el régimen jurídico de unos bienes de dominio público.

2. Retrocediendo en el tiempo ya me he referido anteriormente (II, 1) a la Tercera Partida, Ley VII, Tít. XXIX, en la que no se plantea

ninguna duda acerca de su exclusión del comercio de los hombres, por lo que al no ser una *res habilis* no es susceptible de usucapión.

3. Las siguientes referencias sobre las ocupaciones y usurpaciones se recogen en la *Novísima Recopilación*, menos precisa que Las Partidas, donde se alude a la recuperación a requerimiento de los «alcaldes mayores entregadores» de todas las vías pecuarias usurpadas:

«(...) visitándolas y apeándolas por sus propias personas (...)».

« (...) y sus sentencias las ejecutarán sin embargo de cualesquier apelaciones que se interpongan (...)».

(Ley 4.^a, Tít. XXVII, Libro 7 de la *Inov. Rec.*, art. 22).

Para lo que se prevén unas visitas anuales:

«Los procuradores fiscales celarán siempre el cumplimiento de esta instrucción, acudiendo al subdelegado con cuantas contravenciones entendieren: saldrán á lo menos una vez en cada año á reconocer si los pastos, pasos, cañadas, cordeles, descansaderos y abrevaderos se hallan ó no libres (...)».

Y para el supuesto de que existiese duda acerca de la dirección de la vía:

«(...) oirá el subdelegado sobre ello al promotor fiscal y demás interesados, breve y sumariamente, y con la calidad de que presenten los documentos y pruebas que tengan; y con vista de todo tomará la providencia que convenga en justicia eseucusando en cuanto pueda consultar sobre dudas, que puede y debe resolver por sí conforme á derecho, sin perjuicio del que compete á los interesados en su caso».
(art. 13, Ley 11 citada).

Esta cláusula final (sin perjuicio de...) fue interpretada por una Instrucción de la Presidencia de la Asociación General de Ganaderos de 9 de noviembre de 1858 (13) como una alusión «al de apelación o al de evicción».

4. Posteriormente, y de forma previa al RD de 1892, se suscitan numerosas *cuestiones de competencia entre la Administración* (en la vía activa y en la contenciosa) y la *jurisdicción ordinaria, semillero de*

(13) Vid. ALCUBILLA: «cañadas».

conflictos ante los que intentará reaccionar toda la legislación posterior, que deberá ser analizada precisamente a la luz de aquéllas, donde encontraremos los raíles por los que conducir correctamente nuestra posterior interpretación y dar con la clave jurídica de la alusión en las diferentes regulaciones pecuarias del término «irreivindicabilidad».

Partiendo de la lectura de numerosas Reales Órdenes, Reales Decretos y Dictámenes del Consejo de Estado, todas ellas tratando de resolver las innumerables cuestiones de competencia suscitadas (14), se puede, sin forzar en absoluto su interpretación, concluir que:

a) La Administración podía recuperar y resolver por sí sola todas las vías pecuarias usurpadas, siempre que desde la ocupación no hubiera transcurrido más de *año y día*, plazo, que delimitaba cuáles eran las *usurpaciones «recientes o de fácil comprobación»*, posiblemente relacionadas con el fijado en la Novísima Recopilación para las visitas de los procuradores fiscales, a la que antes nos referimos.

Así se recoge expresamente en los RR. DD. de 6 de junio de 1867 y 20 de febrero de 1865; RR. OO. de 23 de octubre de 1871, de 2 y 17 de julio de 1879, de 13 de marzo de 1880 y 29 de marzo de 1881, y R.D. de 5 de octubre de 1884 (2.º cdo.).

Es necesario resaltar que esta «recuperación de oficio» se denomina entonces, también, «reivindicación de la Administración» tanto en los RR.DD. de 6 de junio de 1867 y 20 de febrero de 1865, como en el R.D. de 5 de octubre de 1884: se alude a la «reivindicación administrativa» y no a la «irreivindicabilidad civil». Esto es: no significa que cuando excedan las ocupaciones de año y día la Administración no pueda reivindicarlas ante los tribunales ordinarios, sino que no las podrá recuperar *por sí sola* y será competencia de la jurisdicción civil.

b) La Administración será, según la regulación de esta época, la competente para llevar a cabo los deslindes y los problemas que ello suscite (como recogen los arts. 10 y 11 del RD de 3 de marzo de 1877 sobre la organización de la Asociación de Ganaderos), pero no cuando se discuta la existencia misma de la «servidumbre» (15). En este supuesto estábamos ante una acción negatoria de servidumbre, por su naturaleza, propia de la jurisdicción ordinaria. Viene recogido en los RR.DD. de 20 de abril de 1883 y 13 de mayo de 1884 que resuelven dos cuestiones de competencia entre los gobernadores provinciales de Toledo y Ávila, respectivamente, con la jurisdicción ordinaria, en los que se recoge la doctrina del Consejo de Estado (contraria de la mayoría y la minoría) sobre cuál será el definitivamente competente aunque, finalmente, resuelvan en favor de la Administración.

(14) Compiladas en el Diccionario ALCUBILLA, voces «cañadas» y «servidumbres públicas».

(15) Usando terminología previa a 1892.

En estos supuestos en que la Administración no podía «reivindicar por sí sola» las usurpaciones, sino que eran de competencia de la Jurisdicción civil, el juez competente entraría a conocer sobre la existencia o no de la «servidumbre», no sobre la usucapión, que quedaba siempre excluida. Se limita la competencia, se excluye a la Administración en favor de la Jurisdicción civil mas no se aplica la «ley común» de las servidumbres del Código civil en perjuicio de la administrativa como, posteriormente, se intentará argumentar en un ataque de confusión sufrido por cierta jurisprudencia.

5. El RD de 13 de agosto de 1892 (16) enlaza directamente, como se recoge en su «Preámbulo», con Las Partidas en lo que se refiere a imprescriptibilidad de las vías pecuarias, haciendo así frente a los que pretextaban la posesión de año y día, confundiendo los términos de la disputa generada, antes comentada (sustituyendo «irreivindicabilidad administrativa» por la «irreivindicabilidad civil», siendo ésta equivalente a la admisión de la usucapión). Así se expresa en el «Preámbulo» y no deja lugar a dudas su art. 13:

«Las vías pecuarias, los abrevaderos y los descansaderos de la ganadería son bienes de dominio público, y son imprescriptibles, sin que en ningún caso puedan legítimarse las roturaciones hechas en ellos.

En el caso de existir plantaciones ó edificaciones de larga fecha dentro del perímetro de una vía pecuaria ó descansadero, la Asociación, sin perjuicio de las facultades é iniciativas que á la Administración corresponden para la defensa y reivindicación de los derechos que al Estado pertenezcan, instruirá el oportuno expediente, a fin de preveer, de acuerdo con el ocupante de buena fe, al servicio de la ganadería, debiendo elevarlo, una vez terminado, al Ministerio de Fomento para la resolución que proceda».

En el párrafo 2.º se deja a salvo la reivindicación (aquí civil) por parte de la Administración, de los derechos que le corresponden al Estado, aun cuando haya pasado «largo tiempo», por lo que no ofrece duda ni excepción la imprescriptibilidad. Esta normativa aborda, por tanto, de forma correcta y clara el problema que se les planteaba; sin embargo, será a partir de aquí cuando las disposiciones se redactarán de forma confusa, generando horribles desvelos para una jurisprudencia incapaz de adentrarse en estudios jurídico-históricos.

(16) Tras el RD de 3 de marzo de 1877 de reorganización de la Asociación General de Ganaderos, en cuyo art. 8.º recoge la definición de cañadas, cordeles, veredas, coladas y pasos.

6. El «gazapo» se introduce en el R. Decreto-Ley de 5 de junio de 1924 en cuyo art.1.º se hace referencia al término irreivindicabilidad (según definiendo, administrativa, como en los RR.DD. de 6 de junio de 1867, 20 de febrero de 1865 y 5 de octubre de 1884) como imposibilidad de recuperación de oficio:

«Las vías pecuarias son bienes de dominio público y están destinadas al tránsito de los ganados. En tal concepto, no serán susceptibles de prescripción y no podrá alegarse para su apropiación el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que sean objeto. Corresponde a la Administración el restablecimiento y reivindicación de las vías pecuarias usurpadas, cualquiera que sea la fecha de su ocupación, salvo los casos en que se haya legitimado, conforme a las leyes, el derecho adquirido, haciéndose la adquisición irreivindicable».

La primera parte del precepto no ofrece dudas: «no podrá alegarse para su apropiación el mayor o menor tiempo que hayan sido ocupadas»; *corresponde a la Administración* su restablecimiento y reivindicación, salvo los derechos adquiridos irreivindicables.

Es, ciertamente, no sólo una regulación confusa sino de una carencia de rigor jurídico absoluta.

A ello hemos de unirle lo que refiere el art. 9 del mismo R. Decreto-Ley *para los supuestos de deslindes* por la Administración:

«Los propietarios colindantes podrán concurrir al acto de deslinde, haciendo las alegaciones y presentando los documentos que estimen oportunos al comenzar las operaciones. Las informaciones posesorias presentadas por los propietarios colindantes no tendrán valor ni eficacia para impedir la reivindicación de terrenos usurpados a las vías pecuarias, si no se acredita por ellas posesión quieta y pacífica durante treinta años, en armonía este precepto con el artículo 1.º».

Ante esta regulación caben dos posibles interpretaciones:

a) Es absolutamente contradictorio, pero frente a la imprescriptibilidad recogida en el art. 1.º se permitirían supuestos excepcionales (que no son en realidad excepción sino que rompen y contradicen de plano el principio antes recogido que alude a usurpaciones «de cualquier tiempo») en los que tras posesión quieta y pacífica durante treinta años se consolidaría la apropiación de ese terreno y la Administración

no podría reivindicarlo, ni ante los Tribunales civiles, con lo que se admitiría la usucapión en favor del particular.

Ello, además de contradicción absoluta, que vulneraría la más mínima lógica, implicaría una ruptura total con la tradición jurídica que arrancaba de Las Partidas, pues se quiere individualizar un uso sobre un terreno sometido precisamente a un uso común que, como más arriba expliqué (II,1), rompe la lógica de la Partida Tercera, Ley VII, Tít. XXIX. Pero ¿cómo podremos aislar un uso privado y concreto a efectos de cómputo para la usucapión sobre algo que es usado comunally y que por tanto no es *res habilis* para ello?

Vendría a ser una solución imposible en el mundo jurídico aun cuando admisible entre las ficciones literarias por las que parece inclinarse esta regulación a la luz de la interpretación anterior. Además, ¿conforme a qué leyes se habría podido legitimar y excluir, incluso, el anterior R.D. de 13 de agosto de 1892 que enlaza con Las Partidas?

b) La segunda interpretación posible (única en realidad) sería acogernos a esos RR.DD. citados que empleaban el término *irreivindicabilidad administrativa*. De tal forma que, tras el principio de imprescriptibilidad, lo que se recoge, originado por los históricos problemas de competencia, es la imposibilidad de la Administración de recuperar *por sí sola* los terrenos ocupados en un tiempo no «reciente y de fácil comprobación» (como recoge la regulación tradicional) y así se fija el plazo de 30 años en un artículo, el 9.º, donde se refiere literalmente a la *reivindicación por la Administración, de la posesión, en el deslinde*. Lo único que modificaría esta normativa sería, no la imprescriptibilidad, sino el concepto de «ocupaciones recientes y de fácil comprobación», que ya no serán las de año y día sino las de 30 años (quizá porque la Administración no era tan activa como se intentó con aquellas visitas anuales que los procuradores fiscales debían hacer según se señalaba en la Novísima Recopilación), y sobrepasado, será competente la jurisdicción civil (17).

7. En cualquier caso, sea cual sea la interpretación que acojamos, esta regulación es sofocada por los Decretos de 7 de diciembre de 1931 y de 23 de diciembre de 1944. En ambas normativas se recoge, de forma aparte, lo que es imprescriptibilidad de lo que se refiere a competencia de la Administración o de la jurisdicción civil, eliminando la alusión a los treinta años:

Art. 1.º: «Las Vías Pecuarias son bienes de dominio público, y están destinadas al tránsito de los ganados; no serán susceptibles de prescripción ni podrá alegarse para ser apropiadas el mayor o menor tiempo que hayan sido ocu-

(17) En la actual Ley de Vías Pecuarias de 1974 desaparece el plazo máximo de la Administración para recuperar de oficio los terrenos usurpados (art. 2.2).

padas, ni en ningún caso podrán legitimarse las usurpaciones de que hayan sido objeto.

Art. 2.º Corresponde a la Administración el restablecimiento y reivindicación de las Vías Pecuarias usurpadas, cualesquiera que sea la fecha de su ocupación salvo los casos en que se haya legitimado, haciéndose la adquisición irrevindicable».

a) Caso de que entendiéramos que la legislación de 1924 introducía, como ficción literaria, la prescriptibilidad (palabra que no se menciona sino para ser negada), estos preceptos de 1931 y 1944 vendrían a jugar como una especie de Disposiciones Finales (serían por tanto equivalentes a la DF 1.^a de la Ley de 1974), en los que se *corta* la posibilidad de usucapión pero se respetan los derechos adquiridos. En cuyo caso no habrían transcurrido nunca los necesarios 30 años pues, antes de 1924, no se preveía esa posibilidad (RD de 1892 que enlaza con Las Partidas) ni, tampoco, tras 1931 ó 1944, de tal forma que el Derecho se habría «vengado» ante esa tergiversación literaria, no permitiendo el cómputo del fatídico plazo de usucapión.

b) Sin embargo, sigo considerando que lo correcto es distinguir la irrevindicabilidad administrativa de la civil, esto es, el problema de la *competencia* (que en esos casos de más de treinta años era civil) del de la *ley aplicable* (que siempre será la específica de las vías pecuarias y nunca la común del Código civil con su usucapión). No hemos de perder de vista que estas regulaciones hacen frente a la fuerte polémica sobre las competencias, comentada, de la segunda mitad del siglo XIX y que se supone tratan de atajar; de ahí que estos párrafos comiencen siempre con «corresponde a la Administración» (incluyendo el R.D-L de 1924): se le da unas competencias y se dice que lo que quede al margen, ya no *corresponderá* a la Administración sino a los jueces ordinarios; pero éstos, obviamente, habrán de aplicar la normativa específica, que prevé el carácter extracomercial de las vías pecuarias. Se excluye la competencia administrativa, no la normativa aplicable. Lo que no es sino expresión concreta de lo que resulta general y nunca cuestionado para todos los bienes de dominio público y las facultades de recuperación por parte de la Administración frente a la jurisdicción civil (18).

8. A pesar de que una interpretación más o menos digna no resulta muy difícil de realizar, una línea jurisprudencial se empeñó por defender aquella ficción literaria a la que antes aludimos y de ahí que la regulación de 1974 tuviera que cortar de raíz algo que ya estaba tiempo atrás bien resuelto (al menos desde 1931). De ahí que, al igual que en

(18) Y así se observa el uso del término «irrevindicabilidad administrativa», p. ej. en la reciente sentencia de 5 de noviembre de 1990, Azdi. 8739, FFJJ 3.º y 4.º, referida a un deslinde, no de una vía pecuaria sino, de un tramo de una avenida.

1931 y 1944, tras afirmar el carácter imprescriptible de las vías pecuarias incluya una disposición final en la que se refiere a los posibles derechos adquiridos conforme a legislaciones anteriores y reconocidos por Tribunales de Justicia. Lejos de la ciega polémica competencial suprime el párrafo de «corresponde a la Administración» y recoge sólo la supuesta posibilidad conforme a legislaciones anteriores de usucapión. Es algo paralelo a lo que se hacía en 1931 y 1944, sin enfrentarse a si existen o no esas situaciones, eludiendo una regulación necesaria, derivada de sus presupuestos. Esta Disposición Final impide definitivamente que se den «nuevas» situaciones que puedan ser consideradas como de irreivindicabilidad (civil), si bien a costa de permitir a los tribunales que reconozcan la usucapión con base en supuestas normas permisivas anteriores.

La polémica sigue, por tanto, viva y la eficacia del presente estudio queda patente.

Recoge, desgraciadamente, el polémico término «irreivindicable» con vocación civil. Posibilidad que, como se ha visto, nunca pudo forjarse correctamente, por lo que habrá de ser otro el derecho que se les haya reconocido. En el Reglamento para su desarrollo de 3 de noviembre de 1978, en su art. 24. 3, se delimita la competencia administrativa:

«El deslinde aprobado y firme declara, con carácter definitivo, el estado posesorio a reserva de lo que pudiera resultar en caso de juicio ordinario declarativo de propiedad».

IV. POSTURAS JURISPRUDENCIALES

Surge, por tanto, la normativa de 1974 ante una línea jurisprudencial (19) que seguía aplicando la prescripción treintenual del art. 1959 Cc a las vías pecuarias, línea que, de no cortarse, podría seguir actuando en el futuro, a tenor de la DF 1.^a LVP de 1974, reconociendo situaciones surgidas al amparo de normas anteriores.

Se distinguen dos posturas jurisprudenciales de forma inequívoca: una arranca de la modélica STS de 10 de junio de 1946, que es seguida

(19) Estamos citando siempre sentencias del TS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, que se han pronunciado, sobre cuestiones de propiedad, propia de la jurisdicción civil, de la que no parece existir ninguna sentencia referida a estos temas, aunque sí encontramos jurisprudencia contencioso-administrativa que desestima un recurso por entender que la competente sería la Sala de lo Civil. En definitiva se presenta de nuevo la vieja polémica que en materia de vías pecuarias ha existido sobre la competencia, si bien hemos de entender que las Salas de lo Contencioso-Administrativo se han pronunciado en virtud de lo previsto en el art. 4 de la Ley de la Jurisdicción C-A, como cuestión prejudicial, por lo que no presenta efectos jurídicos materiales de cosa juzgada.

por las de 18 de abril de 1956, 11 de octubre de 1957, 14 de junio de 1958, 4 de noviembre de 1963 y 8 de mayo de 1965, que parten de la no consideración de las vías pecuarias como servidumbres «por lo que no les será oponible el argumento de su inexistencia ante su no inscripción en el Registro de la Propiedad, pues son bienes de dominio público y no lo requieren». En esta línea, posteriormente, se basarán las recientes SSTs de 10 y 12 de junio de 1991.

1. La segunda y opuesta a la anterior, ampara la prescripción de las vías pecuarias en la alusión de las diferentes normativas de 1924, 1931 y 1944 a la irreivindicabilidad (entendida como «civil») de los derechos legalmente adquiridos, entendiendo por tales los amparados por la legislación hipotecaria y por el art. 1959 Cc (en relación con el art. 9 del R D-L de 1924). Esta postura aparece en las SSTs. de 22 de marzo de 1958, 26 de diciembre de 1958, 4 de mayo de 1959, 12 de junio de 1959, 6 de marzo de 1961, 28 de noviembre de 1961, 10 de noviembre de 1962 y con un claro y reciente exponente en la STS de 31 de mayo de 1988, carente de gran apoyatura jurídica. Reconoce, sin prudencia alguna, que la Administración es la que debe desmontar la presunción de la inscripción registral (F.J. 3.º) y que son

«usucapibles por los particulares por un plazo treintenal...(pues)... no es que haya contradicción o antinomia entre el art. 1 y el art. 2, es que éste matiza, recorta, modula o gradúa el alcance del primero. Por todo lo cual es claro que la sentencia impugnada tiene que ser confirmada, dado que desde 1894 habrían transcurrido con exceso esos treinta años de posesión y la prescripción estaría consumada (art. 1959 Cc)». (F.J. 4.º, *in fine*).

Además de aludir a una fecha, 1894, bajo una legislación, R.D. de 13 de agosto de 1892, en su art. 13, que en ningún caso alberga un posible supuesto de usucapición, negado tajantemente, representa esta sentencia toda una contradicción con lo explicado hasta ahora y con la otra línea jurisprudencial. Sin embargo la DF 1.ª LVP de 1974 parece no impedirlo.

2. Frente a los argumentos de las SS. enmarcadas en la de 1988, las SS. originadas por la de 1946 defienden:

a) al no ser una servidumbre no tiene por qué aparecer en el Registro de la Propiedad (SS. de 18 de junio de 1958, 2.º Cdo.; de 4 de noviembre de 1963, 5.º Cdo.; o de 8 de mayo de 1965, 6.º Cdo.);

b) que «(...) el deslinde no hace otra cosa que desplazar la carga de la prueba sobre quien pretende el dominio de enclaves sitios dentro de la zona deslindada.» (STS de 12 de junio de 1991);

c) que la presunción del art. 38 LH «(...) tiene naturaleza «*iuris tantum*» y, como tal, susceptible de prueba en contrario... al particular

que se oponga a la adscripción de los terrenos controvertidos, corresponde probar, no al Estado, los hechos obstativos de la misma... sin que a los efectos pretendidos baste con ampararse en la presunción que la inscripción registral goza, la cual por las razones expuestas carece de fuerza relevante a los efectos invalidantes del acto del deslinde cuestionado.» (FJ 3.º, *in fine*, STS de 10 de junio de 1991);

d) que la salvedad de la normativa existente implica que «(...) sólo se puede oponer a la facultad reivindicatoria de la propia Administración (20), en primer lugar, la infracción por ella de algún precepto administrativo establecido y cuyos trámites se hayan infringido y, en segundo lugar, el desconocimiento por los que juzgaron en el restablecimiento de las vías pecuarias de algún derecho de los que dejan a salvo las aludidas disposiciones, cuando su aplicación es terminante en esta misma jurisdicción que no haga necesario remitir a una u otra parte a las acciones declarativas que sobre propiedad correspondan únicamente a los Tribunales de orden civil» (Cdo. 2.º) y que «Respecto de las pruebas que se hacen del Registro de la Propiedad... no es lo mismo tampoco hipotecariamente considerado que hubiera llegado a tener la condición de tercero o que por ser inscripciones a título universal o gratuito, pueda hacerse la declaración de irreivindicables aun contra la Administración Pública y para bienes de dominio público, que no necesitarían de inscripción alguna para ostentar un derecho privilegiado en orden a la imprescriptibilidad...» (FJ 7.º, STS 11 de junio de 1946).

Quizá, por todo ello, se encontrara la clave en la distinción entre «reivindicabilidad administrativa» y «reivindicabilidad civil», utilizada por los RR. DD. de 5 de octubre de 1884, 6 de junio de 1867 y 20 de febrero de 1865, recogida expresamente en la jurisprudencia: así en la espléndida STS citada de 5 de noviembre de 1990 (FFJJ 3.º y 4.º, referida a un camino público).

Tampoco tendría cabida en la supuesta salvedad a la imprescriptibilidad una posible referencia a la inmemorial, sólo reconocida por la jurisprudencia para *res habiles* prescritas en tiempo anterior a la existencia del Código civil (21).

V. CONCLUSIÓN

El régimen jurídico de las vías pecuarias ha sido similar desde su regulación en 1892 hasta ahora, originado por la concepción que sobre

(20) En el acto de deslinde por tanto.

(21) Sobre la posibilidad de usucapir los bienes de dominio público *vid.*, en su apoyo, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho Administrativo*, Tecnos, 1974. Frente a ello, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, *Derecho de Aguas...*, pp. 158 y ss.

la imprescriptibilidad de los bienes sometidos a uso público se expone en Las Partidas.

Una cosa será el acto de deslinde, donde la Administración ha recuperado por sí sola unos terrenos para el dominio público, recurrible, para invalidarlo, vía contencioso-administrativa, alegando infracción de algún trámite o *con justificación suficiente* del dominio privado (argumentos ambos que en esta vía únicamente decidirán sobre el estado posesorio); estas alegaciones serán eficaces en la medida en que la Administración se haya excedido en sus facultades de recuperación de oficio (supuestos de «irrevindicabilidad administrativa», que, históricamente se encontraban en la posesión de más de treinta años, por no ser ya «reciente o de fácil comprobación» y supuestos de tercero hipotecario). Otra muy diferente el que, vía civil, se discuta si un terreno es de dominio privado o de dominio público, para lo que nunca se admitiría la posibilidad de unos bienes de «señorío público» posteriormente adquiridos por usucapión.

De ahí que la DF 1.^a LVP de 1974 carezca de cualquier eficacia jurídica, al no ampararse bajo normativa ninguna, situaciones de irrevindicabilidad civil.

Queda, una vez aquí, abierta la polémica sobre la conveniencia de mantener vivos unos caminos que tuvieron un cometido muy concreto, hoy no encontrado (o no buscado). Si nos decidiéramos sobre su «inutilidad» pública (lo que a mi modo de ver luego lamentaríamos) no hemos de olvidar que sería obligatoria, al no ser posible la usucapión (por dejadez administrativa), su previa declaración de innecesariedad (su salida del dominio público) para lo que habría que tener en cuenta hoy ya no sólo los fines ganaderos sino también los agrícolas, introducidos por la Ley de 1974, en sus arts. 1 y 11. ¿Es que, acaso, no podrían adscribirse, además, a otras finalidades de uso público, que las tenemos y muchas?

