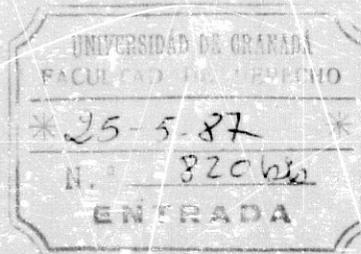


UNIVERSIDAD DE GRANADA

FACULTAD DE DERECHO

CURSO 1.986-87



LA PLANTACION COMO OBJETO DEL DERECHO

Visto

EL DIRECTOR

Ortiz

Tesis para la obtención del grado de doctor presentada por el licenciado D. NICOLAS PEREZ CANOVAS y realizada bajo la dirección de D. BERNARDO MORENO QUESADA, -catedrático de Derecho-civil.

II. DELIMITACION DE ALGUNAS CATEGORIAS JURIDICAS CON CENTRO
DE REFERENCIA EN LA PLANTACION.

1. PROPIEDAD SEPARADA DE LAS PLANTACIONES.

Este tipo de propiedad, de amplia distribución histórica en todas las épocas y zonas geográficas de muy distinta tradición cultural, no encaja muy bien en nuestra cultura jurídica, heredada del Derecho romano, donde la idea de la inseparabilidad del dominio en base a la concepción unitaria y orgánica del fundo, parece uno de los dogmas más rigurosos del Derecho de Roma. En palabras de MARDI: " el principio de que el árbol constituye un res pars fundi y por lo tanto pertenece por accesión al propietario del terreno una vez que allí ha arraigado, que se corresponde a nuestras modernas concepciones jurídicas informadas por el principio Res superficies sólo cedit, omne quod inaedificatur vel plantatur vel servitur sólo ceditur, está muy lejos de constituir un principio de carácter general o de razón natural. Antes bien, la investigación histórica y etnológica nos demuestra como la forma primordial y más espontánea de propiedad ha sido, por el contrario, aquella sobre los árboles considerados separadamente del suelo en el que están arraigados" (1). Con una probada documentación demuestra la

existencia de esta propiedad separada de los árboles en múltiples poblaciones primitivas que han superado el estado de nomadismo (2).

El Derecho germánico le era desconocido el principio de la accesión romana, como derivación necesaria de su concepción de la propiedad, que al no ser unitaria, la diferencia de la propiedad romana (3), admitía la propiedad de los árboles y en general de toda superficie vegetal separadamente del suelo; la propiedad de los árboles y siembras para los germánicos era un verdadero y propio derecho de propiedad sobre una cosa provista de autonomía jurídica, que no solo consideraban distinta del suelo sino, incluso, de mayor importancia (4).

En opinión de BENEYTO PÉREZ, el Derecho visigótico no recoge la tesis germánica de la propiedad de la plantación independientemente de la del suelo (5).

La propiedad separada de las plantaciones resurge con toda su fuerza en la experiencia jurídica altomedieval (6), cuanto más patente es la crisis del Derecho romano y su concepción unitaria (7); se manifiesta con diferentes peculiaridades a lo largo de toda la Edad Media y Moderna, con vestigios presentes en la actualidad, si bien cada día más en pugna con el esquema propietario que importa la

recepción del derecho posterior a la codificación.

No hay unanimidad en la doctrina histórica sobre las razones de este resurgir del instituto. SIMONCELLI (8) y SALIS (9) entienden, junto con FERRARA (10), que debió jugar un importante papel el Derecho germánico en un ambiente impregnado por sus ideas; así como este último cree que merece consideración la hipótesis de DI TUCCHI (11) y MARDI, que, en la línea de reacción a asignar orígenes germánicos a toda desviación en el Derecho desenvuelto en Occidente de los principios jurídicos romanos, advierten de la influencia de la cultura popular prerromana, no revelada durante el período romano por fuentes directas, pero aun latente, en un período de crisis del Derecho oficial, volvió a aflorar y afirmarse (12). Por su parte, GIARDINA a la hora de valorar las razones que influyeron en la aparición de este instituto, prescinde de estos antecedentes y lo considera típico de la época medieval (13); a esta tesis, con algunas matizaciones, se adhirió GROSSI, que, alejándose de la posición que ve en la propiedad separada de las plantaciones un instituto que responde al patrimonio jurídico de la estirpe germánica, entiende, antes bien, que se trata de una constante que, al repetirse determinadas condiciones en la Historia agraria de la humanidad, constituye una auténtica filiación de la experiencia alto-medieval, en la que influye, y no hay que minimizar, la aportación germánica (14).

105) nos ilustra con una seria investigación de múltiples casos de propiedad separada de las plantaciones, y sus especialidades según los usos y costumbres vigentes en zonas, comarcas y pueblos de España. Algunas de ellas fueron recogidas en fueros y ordenanzas locales. Se constituyen estas propiedades sobre los árboles, independientemente del suelo, tanto en terreno común como privado (15); a veces los árboles eran de propiedad colectiva (16). Tratándose de árboles privados en suelo común, a veces este autor la tendencia de los propietarios de estos árboles a apropiarse el suelo, incorporando el dominio de este al del arbolado, convirtiendo la motu proprio el suelo en una accesión de aquél, lo que originó advertencias contra tales abusos recogidas en las ordenanzas (17). Las plantaciones podían ser de especies agrarias o forestales, según la costumbre o finalidad perseguida en la disposición que las autorizaba (18), pero siempre quedaban los aprovechamientos del suelo (pastos, rastrojeras, etc.) del común de los vecinos (19). Las condiciones y modalidades del instituto variaban según los usos y costumbres: en unos lugares era un derecho de los vecinos, mientras en otros se le imponía como obligación; a veces era preceptivo pedir autorización o licencia, pagar un canon, etc.

Las modalidades de esta propiedad separada de los

árboles, como el derecho de «apostar» en Asturias, "el que compete a los vecinos de plantar, poseer y usufructuar árboles, ordinariamente castaños, en las tierras abiertas al común, cada vecino grava los troncos de los que son suyos con unas marcas especiales" (20). Y ya estudiada tan magistralmente por ALFONSO LEBLANC SANCHEZ de separación del vuelo y el suelo en Extremadura, a la que el propietario del vuelo sólo «tiene» el derecho de «apostar» o «apostonar», instituto peculiar de esa región (21). Se entiende por apostar "la operación agrícola consistente en limpiar, extinguir, desbrozar la maleza que haya en un monte, entresacando de ellas plantas determinadas para que convenientemente guiadas se conviertan en su día en árboles susceptibles del rendimiento adecuado a su especie arbórea, lo que no podría suceder en el caso contrario, es decir, dejando cubierto el terreno en toda su extensión de matas que impidan su desarrollo recíproco" (22). Y en consecuencia, es el derecho de apostar la facultad reconocida al propietario del bosque bajo, con exclusión del propietario del fondo, de quitarle de la vegetación que estorba, de podar los arbolillos guiándolos convenientemente a fin de que formen un bosque alto (23). La separación jurídica del vuelo y el suelo también se da respecto al arbolado frutal, pero no se tiene derecho a apostar, a pesar de que se pueda tener aquí la reproducción de las plantas mediante vástagos o esquejes; esta operación no se puede confundir con el

apostamiento cuando el renacimiento es parte integrante del árbol, por el contrario, los arbolillos sobre los que se completa el apostamiento son independientes de todos los árboles existentes, y constituyen entidades individuales (24).

En el momento que la propiedad de las plantaciones separadas del suelo adquieren un reconocimiento social y jurídico, desaparece todo obstáculo para ser objeto de negocio jurídico. De esta manera, pueden adquirirse, de modo originario o derivativo, por acto intervivos (25) o agorria causa (26). Se puede constituir cualquier tipo de derecho sobre estos "árboles o plantaciones", como lo prueba el uso contractual hallado y estudiado por COSTA, de gran arraigambre en el Pirineo aragonés, conocido por «empeño o venta de olivos a carta de gracia» (27).

2. ACCESIÓN INVERTIDA EN FAVOR DEL DUEÑO DE LA PLANTACIÓN.

Das leyes romanas de la época del Imperio, debidas a constituciones de TEODOSIO y VALENTINIANO, las leges rusticae (XX, 1, 4) y la Rescripta ad Prochiron mutata (p. 17),

equipararon la situación del que planta al que construye en terreno ajeno en ausencia del propietario. En ambas hipótesis, el propietario, cuando retorna, no le asiste ningún derecho para demoler la casa o arrancar la plantación, sólo el de pretender que sea asignado por el que construyó o plantó otro terreno. Con posterioridad, la Ecloga ad Procriton mutata estableció que esta adquisición del terreno a favor del constructor o plantador sólo tenía lugar cuando se tratara de un terreno impracticable, pues en otro caso el principio superficies sólo cedat no sufriría ninguna transformación. Cuando el constructor o plantador se negara a dar al dominus solus otro terreno de parecidas características al que ocupó, este tenía el derecho de demoler la construcción o arrancar la plantación o viña (28).

No considera SALIS que el principio de protección al trabajo sea el motivo principal y único que inspiran estas normas, sino más bien el favorecer el cultivo de zonas desérticas e impracticables; "un fin —señala este autor— por consiguiente de interés general y no sólo de interés particular para el constructor o cultivador" (29).

Como es de notar, la rigidez del principio romano de la accesión no se deroga, sólo se invierte, prevaleciendo ante todo el carácter unitario de la propiedad romana e

impidiendo toda posible disociación del dominio. Esta inversión de la regla superficies, vel plantatur, inaedificatur sive creditur, hanc enim ceditur la propiedad del suelo en beneficio del que plantó o construyó, con lo que adquiere prioridad la regla Accessorium sequitur principale en base a considerarse aquí principal lo plantado o construido, es una excepción que por el interés general del momento -decadencia del Imperio- encuentra justificación. De aquí que se establezcan claros requisitos, que actúan como limitaciones legales, para la inversión del principio de accesión. Veámoslos: 1. Trátarse de zonas desérticas o impracticables; 2. Hacer productiva la tierra, en abandono del propietario, por otra persona distinta a él, mediante construcciones o plantaciones, lo que supone al tiempo un asentamiento en ella; 3. Entregar, el constructor o plantador, al propietario del terreno ocupado, otro de parecidas características. Es obvio que se entrelazan motivos económicos y políticos.

Ya en la época visigótica encontramos en la Lex Visigotica (lib. IX, 1, 6) otra forma de accesión invertida, en beneficio del que planta en terreno ajeno (30): cuyo texto pasa al Fuero Juzgo (X, 1, 6) en plena Edad Media. Como regla general mantiene el Fuero Juzgo el principio de accesión romana, al establecer en la ley VII del título I del libro X, al igual que su predecesora (lex vis. X, 1, 7),

que se pierda la viña y cuanto se plantó en la tierra ajena sin conocimiento del dueño, y debe darse por contento porque no hacece el duplo (31). Sin embargo, en la ley anterior, cuando concurrían algunas de las circunstancias que en ella se prevén, permite la inversión del principio tan rigurosamente proclamado en la siguiente, adquiriendo el que plantó la tierra donde la hizo.

según la ley VI, cuando el que planta ignora que la tierra era de uso comunitario o sabiéndolo; este no se defiende queda obligado a entregar al desposeído otro tanto de tierra, añadiendo a él aquello que toco. Añade esta misma ley, a continuación, que si alguien dona, vende o cambia tierra ajena, y aquel que la recibe hace casa, viña, huerta, olivares, pomares o cualquier labor sin que el verdadero dueño la dedique, por intentar ganarla después de que el adquirente hiciese la labor, o porque esta ausente e ignora lo acaecido, dicho transmitente de otras "tierras", pero no debe perder el adquirente la labor que en aquella tierra hiciera (32).

En opinión de REDONET, este modo de adquirir es derivado del trabajo y de las plantaciones hechas, por lo que ha de entenderse sumamente favorable a los valores del campo (33).

Más tarde, en lo que BENEYTO PÉREZ denomina época de territorialización, el Fuero Viejo de Castilla (34) y el libro de los Fueros de Castilla, por virtud de una raxaña de Don Lope (35) y un juicio que hizo el alcalde de Cerezo (36), dan a entender que cualquiera puede cultivar las tierras ajenas incultas abandonadas o ariales, aunque sean privadas; y que cuando el dueño de estas tierras acude a reclamar estas trochas, su derecho se reduce a una participación "de cereal o de cuarto qual fue la tierra", si esta se había sembrado de trigo, o a la "meatad, mas quei muestre como la a plantada e criada como viñá es e deve llantar e bendimiar a medias", cuando se había plantado de viñas. Las soluciones que se dan, como puede observarse, no se asemejan a ninguna de las vistas hasta ahora: ni la pérdida total de lo sembrado o plantado, ni la accesión invertida con la correspondiente compensación del cultivador con otras tierras, ni la separación jurídica de la propiedad del suelo y el vuelo; más bien, de forma amortiguada nos recuerda el principio germánico "el que siembra, tiene derecho a recolectar" (37). A juicio de BENEYTO PÉREZ, "evidentemente, ahí se da una solución germánica; pero ¿puede afirmarse que deriva de un ruego germánico? Estimamos que en modo alguno. Esta solución jurídica más justa es, en nuestra opinión, producto de la "aequitas", del buen sentido popular encarnado en Don Lope o el Alcalde de Cerezo..." (38).

Ya en plena época de recepción del Derecho justinianeo, el Fuero Real de España en la ley I, título IV del libro III, establece tres soluciones diferentes para cuando alguien planta o siembre otra labor en tierras de "honorato" o ajena. En las tres se mantiene el principio de la accesión romana y, sobre todo, se intenta evitar la constitución de una propiedad separada sobre un mismo fondo; pero, en dos soluciones se invierte el principio de superficies solo cadit, estableciendo que cada el suelo en beneficio del que plantó en el caso: 1. Se trate de tierras de "honorato", o se ya estando partiendo la tierra, y sean plantadas por uno de los convecinos, es el que plantó se da al otro una tierra "tan buena como la que han de coger", pero si esto no ocurre o no es posible establece que se "parta aquella tierra y la labor, e cada uno dé su parte de la cosa"; y 2. Sea un adquirente de buena fe de un honorato, siempre que el verdadero dueño aun sabiéndolo no se opusiere o se encontrara ausente. El enajenante es sancionado con la obligación de entregar al dueño de la tierra plantada el duplo de esta. La tercera solución mira al plantador de mala fe o que no se halle en ninguna de las otras dos situaciones excepcionales, sancionando la pérdida del resultado de su actividad en favor del dueño del suelo, sin que por ello tenga la obligación de indemnizar. La coincidencia de esta norma del Fuero Real con la antes vista del Fuero Juzgo es manifiesta (39).

3. LA «PLANTACION» O «PLANTACION A MEDIAS»

Contrato de origen medieval que ha estado muy difundido en toda el área mediterránea, llegando hasta los albores del siglo XX. En Italia se lo conoce con el nombre de «parzionario» (40), al que se definió BRUSSI como "el contrato gracias al que un propietario de fundos incultos los concede a otros, obviamente por un periodo de tiempo congruentemente extenso, con la finalidad de que sean convertidos a cultivo y a condición que, realizada la conversión mencionada, se avenga a la división de tales fundos" (41). En España este contrato ha recibido distintas denominaciones según las comarcas: «plantación» y «complantario» en Cataluña (42), «postura» y «plantación a medias» en Jaén (43), «plantar a fondos tierras» (en Cast. La Mancha, etc.) (44).

EIBERT que ha hecho un estudio profundo y detallado de la «complantación» nos dice que "en los documentos medievales de aplicación del derecho se encuentra un contrato en virtud del cual el propietario entrega tierra al cultivador con el fin de que este ponga en ella determinadas

plantaciones; transcurrido algún tiempo, la propiedad se dividirá entre ellos " (45).

Este instituto tuvo una gran variedad, tanto en el nacimiento como en su regulación, según los dos extremos: la concesión feudal con desigualdad de las partes, una de las cuales, el señor, dicta las condiciones y el contrato civil, formado libremente por la coincidencia de voluntades. Entre ellos existen formas intermedias: en la concesión, el vasallo puede aceptar con mayor o menor libertad las condiciones, como en el desarrollo del contrato se refleja la desigual posición de las partes. Entre el contrato individual y concreto y la existencia de un régimen normativo, al que cabe adherirse, se hay una separación radical, sino gradual en unos grados (46). Pero en todas las posibles como no pocas que se podía dar de esta figura, su naturaleza jurídica, como expresa GROSSI, en tratarse de un modo de adquisición de la propiedad propia antes de que se extinga la relación y los frutos concedidos hayan sido otorgados y convertidos en fructíferos (47). Luego, su naturaleza jurídica no es la de ningún contrato-tipo de los que conocemos, es la de un contrato especial, semi genérico, con fisonomía particular y delimitada, pues "si bien presenta ciertas analogías con el contrato de sociedad, algunos caracteres de la compraventa y del arrendamiento, no puede confundirse con ninguno de ellos

" (48)

Señala FAVIANO que la «parcionaria», institución medieval basada en el «acomplantatio» esclava, tiene su precedente en el «assidatatio» romano, entendiendo por «assidatatio» al que el arrendatario se obliga a realizar determinadas plantaciones, y su origen nos transporta en las costumbres agrarias alto-medievales, por las que el trabajo es el fundamento para adquirir la propiedad. (49)

No admite GIBERT que hayan sido los presupuestos económicos los que explican el carácter último de esta institución, pues la necesidad de una rápida puesta en explotación de tierras abandonadas, así como la abundancia de las mismas, existieron antes y después del siglo X y XI, en que autor este autor la aparición de la «acomplantatio». La causa hay que buscarla, a juicio de GIBERT, en una concepción central del Derecho de la Edad Media, que permite obtener una participación en la propiedad a través del trabajo. El Derecho visigótico no recurre a la plantación en el supuesto de plantación en tierra ajena (50), pero se admite cuando se hace en tierra señorial (51). «La Lex Visigothorum refleja el tránsito del derecho romano al medieval, y en ella parece rastrearse la existencia de prácticas y concepciones que veremos triunfar plenamente en el Derecho más libre de la Edad Media; la acomplantatio»

estaba presionando sobre la legislación visigoda; implícitamente estaba ya contenida en ella. Es una creación genuina del Derecho medieval, que, como tantos otros, sólo se manifiesta acabadamente cuando este consigue desplegar sus posibilidades, libre ya de la presión de los moldes romanos antiguos, y libre todavía de los moldes de la recepción romanista de los siglos XII y XIII" (52).

En última instancia, la «complantatio» ha significado una asociación de trabajo y capital con resultados económicos y sociales muy beneficiosos (53).

4. «RABASSA MORTA»

En Cataluña va fraguando, a lo largo de varios siglos y por la fuerza de la costumbre, una modalidad contractual que va adquiriendo perfiles diferenciados de su progenitora, la «preussa», hasta alcanzar individualidad propia, a la que, en un momento determinado, se denomina «rabassa morta». Con ella se favoreció la plantación de viñas, mediante la puesta en explotación de terrenos incultos. Este instituto ha llegado a la obra legislativa de nuestro tiempo, regulándose en el artículo 1.656 del Código civil, talón

intermedio, pero muy significativo, en la consagración de la desnaturalización que sufrió la genina «rabassa morta» a lo largo del siglo codificador español (54).

PUIG FERRIOL Y Roca TRIAS han definido la «rabassa morta», también conocida como censo o establecimiento a primeras cepas, en los siguientes términos: "institución que surge cuando el propietario de una finca cede el aprovechamiento de la misma a un tercero, a cambio del pago de un cánón o pensión en frutos o en dinero, para que el cesionario plante viñedo en la finca, extinguiéndose esta relación jurídica que media entre cedente y cesionario cuando mueren las primeras cepas plantadas" (55).

Se trata de un instituto típicamente catalán, cuyos orígenes se encuentran en estas tierras (56). Las primeras noticias escritas que se tienen del mismo datan del siglo

XII, por lo que hay que admitir que entonces era ya conocido (57). PARES considera precedentes de la «rabassa morta», remontándose a este siglo, la «precaria», el contrato de «plantatio» y la enfiteusis temporal, que van evolucionando de una a otra progresivamente (58). Pero, cuando realmente experimenta un considerable auge y difusión es a finales del siglo XVII, llegando a conseguir tal desarrollo y esplendor durante el siglo siguiente, que la doctrina no ha dudado en considerarlo el contrato agrario

más importante del Derecho catalán, como lo prueba que la codificación pretendida se hiciera extensiva a todo el territorio español, regulándolo en el derecho común (59).

Es un requisito esencial, el tiempo que la principal finalidad del contrato, según se desprende de la propia acepción Ararassar (60), hacer plantaciones de viñas por parte del cesionario o Ararassar en la parcela de tierra que recibe del cedente. Pero, ¿cómo está la virtualidad del instituto para el propietario-cedente, si tenemos en cuenta que la expresión Ararassar (61) implica, además de la temporalidad del derecho, la imposibilidad de beneficiarse de las plantaciones hechas por el cesionario?. Si prestamos atención al momento histórico en que el contrato adquiere su generalización y máximo desarrollo -siglo XVIII-, se trata de una época donde ya están superadas las razones que podían sustentar aquellas concesiones señoriales de tierras a largo plazo o perpetuidad para ponerlas en cultivo, tales como recobración, prestaciones señoriales, vasallaje, etc. (63), típicas del feudalismo.

"Adoptando una perspectiva histórica -escribe BALCELLS en el estudio más completo y serio escrito hasta la presente- se le puede considerar un sistema de transición, característico de Cataluña, entre el censo enfiteutico típico, es decir, perpétuo, y la aparcería moderna típica,

de corta duración y demás características que se han señalado anteriormente " (63).

Creemos que la explicación podemos encontrarla en la conjunción de factores económicos, sociales y jurídicos que aparecen en el siglo XVIII en Cataluña. La «rabassa morta» responde a una situación donde, por un lado, los propietarios de terrenos se encuentran imposibilitados para la inversión de capitales, tienen necesidad de acrecentar las rentas consuntivas, pero están limitados jurídicamente para poner en venta tierras, dado el desarrollo importante que habían alcanzado las vinculaciones como el fideicomiso familiar (64); por otro lado, se trata de terrenos ásperos y frágiles, de difícil roturación, que hasta la espectacular progresión demográfica del siglo XVIII no existían las condiciones propicias, por falta de brazos, para su conversión en terrenos cultivables. Esta conversión supone la inversión de gastos y trabajo, a los que pueden socorrer los labriegos cuando el tamaño de la tierra que se le entrega tiene una proporción adecuada a sus posibilidades familiares y económicas (65). Difícilmente se podía atraer el interés de los labriegos para esta costosa tarea, si no era mediante una figura jurídica de larga duración que les permitiera compensar estos esfuerzos económicos, al tiempo que les concediera las facultades propias de los Pius in re (veracho transmisible intervivos y Amortis causa).

hipotecable, etc.) (66).

Luego, el objetivo que animó a los propietarios a realizar tales concesiones extendemos que fue obtener rentas, sin que por ello despreciaran la posibilidad de poner en explotación terrenos incultos o de mala calidad (67); así lo prueba suficientemente la crisis y práctica desaparición del instituto por la situación creada tras la muerte no natural de las copas a causa de la filoxera en el último cuarto del siglo pasado. Reconstituir el viñedo suponía grandes gastos que muchos cesionarios no estaban dispuestos o se veían imposibilitados a sufragar máximo cuando ya era patente la crisis con la sucesión caída de las cotizaciones del producto vitícola y la inseguridad del Arbasserà entre la evidente posibilidad de su desahucio; algunos cedentes, por su parte, aprovecharon la ocasión para expulsar al Arbasserà alejando la destrucción de las dos terceras partes de las copas. Esto aceleró y puso punto final al conflicto entre Arbasserà y cedentes en torno a la duración de la cesión. A partir de ese momento la decadencia de esta figura conduce a que cada vez sean más raros los contratos de Arbassa morta que se celebran; pues a medida que finalizan los ya existentes no se otorgan otros nuevos, prefiriéndose suscitárla por figuras menos problemáticas y más beneficiosas para los terratenientes como el arrendamiento o la aparcería (68), una vez

modificación de las condiciones sociales, económicas y jurídicas que determinaron su nacimiento. Por su parte, la replantación hecha con vides americanas se enfrentaba a un doble problema que debilitó aún más la posición del Arabassa. La vid americana tenía una vida productiva de 25 a 30 años, casi la mitad de la autóctona, y no admitía la práctica de renovación individual mediante las operaciones denominadas Acollgats y Acasificats por las que se impedía la muerte de las antiguas cepas, a las que se condicionaba, si quedaban infructíferas las dos terceras partes, la duración de la cesión (69).

¿Por qué, entonces, se concretó en la Arabassa morta la exigencia de plantar viñas y no otro tipo cualquiera de plantación (olivos, frutales, etc.) o, simplemente, un cultivo agrario distinto de una plantación?, es decir, ¿por qué no se señalaba exclusivamente la exigencia de poner en cultivo esas tierras yermas e ingratas, dejando libertad al cesionario para determinar la especie agrícola a cultivar?

¿Razones de índole agronómicas y edafológicas que hacen más apropiado aquel suelo para este tipo de cultivo? ¿económicas, dada la estabilidad del mercado y el precio de los productos vitícolas, con sus repercusiones favorables en el cánón a percibir por el propietario, normalmente establecido en una participación en los frutos? (70);

jurídicas, como la tradición y utilidad de esta figura? Entre las causas que motivaron la expansión del viñedo catalán, sitúa GIRALT Y RAVENTÓS la ventaja económica del producto vitícola sobre otros productos, el incremento demográfico que estimula las roturaciones, la utilidad del contrato tradicional de plantación vitícola llamado rabassa morta y la relación entre el desarrollo del viñedo y el gran comercio de exportación (71).

5. «CEDULAS DE PLANTURIA»

Son de parecidas características a la «rabassa morta» (72), si bien debieron nacer al tiempo de los foros del que son una especie. Las «cedulas de planturia» las define CASTÁN como "las concesiones que en Asturias y Galicia hacían algunas corporaciones eclesiásticas de terrenos incultos para convertirlos en viñedo, con la condición de que el cesionario había de entregar anualmente, al tiempo de la vendimia, la quinta parte («quiñón») de los frutos" (73).

Al igual que los foros, se trata de una institución feudal que hunde sus raíces en la enfiteusis romana (74).

Como el foro de las «cédulas de planturia» tiene carácter temporal, y una de las «virtudes» que se le reconocieron ha sido la de hacer fértil y productivo un terreno (75); y en estos dos datos, es precisamente donde se fundamenta la especialidad de las «cédulas de planturia» respecto al foro. Mientras en este último el tiempo de duración se establecía por «tres voces», esto es, por tres sucesiones de foreros o por la vida de tres reyes, principiando por la del reinante, a lo que solía añadirse "y veintinueve años más" (76), la vida de las «cédulas de planturia» era por el tiempo que la tierra fuera productiva, por lo que viniendo estéril revertía al suelo al concedente (77). La otra especialidad de las «cédulas de planturia» consistía en concederse para tierras aptas para viñedos (78), que el concesionario tenía obligación de plantar.

El gran parecido de las «cédulas de planturia» y la «rabassa morta» (79), se hace notar por ser ambas instituciones cesiones de larga duración, con naturaleza real y, sobre todo, por la obligación del cesionario de plantar viñas en el terreno cedido. Las diferencias entran en el ámbito de las particularidades históricas que rodean a una y otra figura.

Una diferencia parece estar fuera de toda discusión, por lo menos en su aspecto formal: el momento de extinción

de uno y otro contrato. La «rabassa morta» se extingue por la muerte de las dos terceras partes de las cepas; «las réculas de plantura» por la esterilidad del suelo (80).

Ambas formas de explotación han suscitado problemas de interpretación, que no responden tanto a criterios de interpretación jurídica de estas condiciones como a cuestiones de índole social, que se repiten como una constante, con más o menos virulencia, a lo largo de toda la historia agraria en las regiones de España, aun cuando sean diferentes las modalidades contractuales de la cesión de tierras. Responde a la confrontación de intereses entre propietarios-rentistas, que comparados en un título formal y sin ningún tipo de esfuerzo, ni económico ni humano, quieren recuperar tierras mejoradas y revalorizadas por el esfuerzo ajeno para obtener mayores y pingües beneficios, y los cesionarios que consideran estas tierras como suyas, por fuerza del trabajo, resistiéndose a perder lo que con sacrificio han convertido en fértil, para retornar, de nuevo, a la situación de gañanes y jornaleros. Es la vieja dialéctica entre propiedad y trabajo, entre la concepción romanista de la propiedad y la germanista, más viva en el pueblo llano (81).

El instituto ha reclamado la atención de la Comisión de Derecho civil especial de Galicia de 2 de diciembre de

1.963, aunque sólo haya sido prescrito en los artículos 23 y 25 si redención (82), y en el 24 el derecho de tanteo y retracto para las partes (83).

5. «MAMPPOSTERIA».

Nos revela COSTA (84) el conocimiento que tuvo de una figura jurídica de origen consuetudinario y feudal existente en Asturias, mediante la que se realiza la plantación y el cultivo del manzano y a la que se conoce con el nombre de «mamposteria». "Es la concesión -según COSTA- que el dueño de una tierra hace a otro sujeto para que la roture y plante manzanos, por la mitad del fruto que produzcan. El plantador recibe la otra mitad del fruto del suelo y los demás productos que acierte a sacar del suelo". Su duración es la misma que la de la pomerada.

La similitud, en sus rasgos más generales, con la «rabassa morta» y las «cequias de placuria» es evidente: 1. Nace por concesión o acuerdo del dueño del suelo y el cesionario. 2. Tiene contenido real. 3. El cesionario se obliga a roturar la tierra recibida y hacer en ella plantaciones. 4. El objeto sobre el que recae, generalmente,

es un terreno inculto. 5. Si canon a percibir por el cedente viene establecido en una proporción de los frutos. 6. Es temporal y se extingue por quedar infructífero el arbolado. La principal diferencia de la «mamposteria» con aduillas es la especie que se obliga plantar el mampostero.

La prueba más irrefutable de la importancia que debió alcanzar esta institución es su acogida detallada en el Fuero escrito de Viccaya (tit. XXV, ley 3). Como ha ocurrido con las dos instituciones comparadas, la mamposteria prácticamente ha desaparecido, al variar las condiciones económicas que justificaron su existencia.

7. CONTRATO «AD PLANTANDUM».

Es una especialidad del contrato «ad laborandum», por añadirse a la finalidad de roturar la tierra, la de establecer en ella plantaciones. GARCÍA VALDEAVELLANO se refiere a él al tratar de las instituciones agrarias de origen medieval, en la acepción más genérica de contratos «ad laborandum». Según este autor, «el propietario cedía el disfrute de una tierra a un labriego para que la labrase o plantase de viña y el labriego se comprometía a pagar un

censo al dueño en reconocimiento de su dominio" (85).

La diferencia más significativa de esta figura con la «complantatio», a decir de GIBERT, es la consecuencia decisiva, una vez realizadas las plantaciones, de la división de la propiedad, sus en aquella ya se producía; coincidiendo, por lo demás, en el relieve que toma, en el contrato «ad plantandum» y la «complantatio», "la obligación de practicar ciertos cultivos o mejoras de alguna manera el fundo" (86).

3. PLANTACION AL VENDER

según CB61A "en Ubeda son materia de él (contrato) la viña y el olivo, y se pacta al partir y al vender". La plantación al partir es lo ya visto más arriba como una de las múltiples denominaciones que recibía la «complantatio», y a la que en la provincia de Jaén, además de este nombre, recibía también el de Plantación a medias. A diferencia de esta, en la plantación al vender, una vez criada la plantación, no se parte la tierra sino que queda íntegra en poder del dueño del terreno, mediante pago por él al postor (plantador) de la mitad del justiprecio de

aquella, con las deducciones por concepto de anticipos y demás, según liquidación "1987".

II. BREVE HISTORIA HISTÓRICA

En un contexto histórico global comprenderemos mejor la importancia de los incentivos vistos, donde adquiere relevancia especial la actividad productora alterada sustancialmente por la concepción dominica romana, sobre la que muchos siglos después convergen al aspirar a la codificación en el siglo XIX 1881.

La actividad económica romana, centrada fundamentalmente en el noble arte de la agricultura desde el período monárquico del rey Numa (874), es ordenada jurídicamente por la concepción del dominus unius omnium. Propiedad que no permitía ningún tipo de injerencia ajena al propietario, ni del estado ni de los particulares, desvinculando el fundo jurídica y económicamente de las servidumbres y otras limitaciones de la propiedad derivadas de relaciones colectivistas. El dominio romano "era el resultado de una tendencia consciente de política agraria, que aspiraba a conseguir con medios un poco artificiosos la libertad absoluta de disponer,

económica y jurídicamente, de la propiedad inmueble, además de su máxima movilidad posible (78).

Los romanos han caracterizado esta propiedad individualista, en contraposición a la colectivista, como limitada, exclusiva y absoluta, absorbente, inmune y perpetua (79). El carácter absorbente de la propiedad en Roma encuentra su manifestación más clara en la Reatio (80) y la implantatio (81) y, en general, en toda adquisición por conunción o unión de mueble e inmueble. Esto nos demuestra la atracción material que la propiedad de la tierra ejerce sobre todo lo que entra en su recinto soberano, al tiempo que la repulsión a tolerar dentro de su esfera derechos extraños (82). El principio Asuperficiis solo creditur se convierte en una regla inderogable del Derecho romano.

Más tarde, en plena decadencia del Imperio romano, aparecen alteraciones al principio de accesión por las ya mencionadas Aluges rusticae y la REctio ad prochiron mutata, pero ni tan siquiera derogan este principio, limitándose a invertirlo, con lo que se salva el carácter unitario del dominio, cuando el peso de factores extrajurídicos exigen ocupar y mejorar con plantaciones tierras desérticas o abandonadas.

Posiblemente la única quiebra del principio Asuperficiis solo creditur, en el Imperio bizantino, es el reconocimiento de la exclusiva pertenencia del enfiteuta

sobre las Agriprationes (95) y frecuentemente plantaciones, enarboladas en el fundo enfiteutico (96). Pero esto, como se ha dicho, es una excepción a la regla, aun predominante, en el Derecho romano, en una situación de profunda crisis del Estado Imperial donde ya empiezan a asomar los elementos que más tarde concurrirán a la conformación del Derecho altomedieval.

Paralelamente al mundo romano se desarrollaba el mundo germánico, cuya concepción de la propiedad difiere enormemente de aquella. El Derecho germánico conocía la propiedad colectiva de la que gozaba en común el grupo político. En un momento posterior, sin dejar de ser aún propiedad común, el goce se considera, por el contrario, privado de las diferentes familias entre las que se distribuye la tierra (Agriprationes); este momento se verifica con las invasiones y las conquistas. En esta gradual evolución de la propiedad colectiva se empieza a constituir algunas formas de propiedad individual, tales como la casa-habitación, los muebles en general y especialmente las arrias y el ganado (97).

Señala Besta que "la propiedad germánica había diferido de la romana porque :a) no era absoluta y no excluía rígidamente toda ingerencia extraña; b) tenía contenido político; c) no era unitaria. No se extendía necesariamente a toda cosa; podía limitarse a parte de ella. La misma cosa podía estar en propiedad de varias personas; d) no era

siempre igual en sí misma. En el derecho romano o se es propietario en aquél modo dado o no se es. En el Derecho germánico, por el contrario, para ser propietario no fue necesario tener la cosa sujeta en todas sus relaciones ; se podía tener una propiedad más o menos amplia, limitada, vinculada, etc. ; y e) estaba estrechamente adherida a la posesión, que figuraba como la forma exterior, por todos reconocidas del derecho " (98).

En este esquema de la propiedad germánica, ¿que consideración jurídica tuvieron las plantaciones?. Si como nos dicen ALTAMIRA, AZCARATE y GARCIA VALDEAVELLANO, entre otros, los pueblos germánicos hasta que entran en contacto con Roma (99), se caracterizan por tener formas de vida propia de civilizaciones nómadas -predominio de la caza (100) y la ganadería sobre la agricultura, actividad recolectora de frutos silvestres (101), etc.-(102), es de suponer el escaso desarrollo e interés que despertaba entre ellos la actividad plantadora, que exige un tipo de vida sedentaria, un asentamiento dilatado en el tiempo (103). Casi todas sus labores agrícolas consistían en la siembra de algunas especies de cereales de rápido crecimiento y pronta recolección (104), con medios de laboreo y técnicas de cultivo muy rudimentarios (105); los demás productos que su forma de vida demandaba les venía dado por el bosque y la pradera, de cuya abundancia en aquellos tiempos no hay duda (106). Se trata, por consiguiente, de una agricultura

primitiva y en gran parte dominada por la naturaleza, adaptada a este tipo de vida nómada. El cultivo de plantaciones muy extendido en Roma, como la viña, el olivo, el sauce (107) etc. les era prácticamente desconocido, y hasta que no se produce el contacto, y un poco más tarde el asentamiento en el territorio romano, no tomará relevancia la actividad plantadora, coincidiendo con la adquisición de costumbres sedentarias (108).

En este contexto la consideración jurídica de la plantación, si pudiera contemplarse como derivación de la que tuvo la siembra, -la cual no deja de ser un planteamiento con poco fuste y científico, al no concurrir los presupuestos económicos y sociales que permiten la actividad plantadora (sobre todo el sedentarismo)-, la podemos resumir en : 1. El trabajo actúa como título de adquisición de la propiedad individual sobre lo que se siembra o planta, esto es, sólo sobre lo que es producto del laboreo o del trabajo incorporado a la tierra, pues esta generalmente pertenecía al grupo (Beitope) (109) en comunidad. De aquí se desprende el principio germánico «quien siembra tiene el derecho de recolectar», con lo que se da mayor importancia al trabajo y atribuye al cultivador la propiedad de las cosas cultivadas (110). 2. Las siembras y plantaciones son consideradas como cosas provistas de autonomía jurídica respecto al suelo, que llegan, incluso, a tener más importancia en las relaciones jurídico-privadas que este

(111). Las siembras y plantaciones no tienen el carácter de res fundae, y por tanto no actúa el principio romano de la sucesión, que, por otra parte, a los germanos les era desconocido.

Se ha querido ver, por un sector de la doctrina, la influencia de esta concepción germánica de la propiedad de las plantaciones separadas del suelo; tampoco faltan otras posiciones que se manifiestan reacias a considerar germánico todo lo que a lo largo de la Edad Media se desvía de los principios romanos, como más arriba hemos expuesto al tratar del fructus.

La Alta Edad Media se inicia en el curso del siglo III, transformando de tal modo a la humanidad y sus relaciones económicas y sociales fundadas sobre los presupuestos culturales de la civilización romana, que mucho tiempo debió correr para que se recuperara de la agonía de esta forma social (107).

En esta fase se produce un fenómeno relevante en la Historia del Derecho, conocido por «vulgarización del Derecho romano», que nos ayudará a comprender el porqué de las figuras jurídicas que se han ido delineando en torno a la plantación. Tres agentes, principalmente, coadyuvaron a esta vulgarización del Derecho romano: 1. El retroceso a una economía naturalista (112); 2. La regionalización jurídica provocada por las tendencias centrifugas que genera la profunda crisis del estado romano (114); 3. La inserción del

Derecho germánico, con un patrimonio jurídico-político de nociones muy precisas (115).

El resultado es un proceso lento y gradual de conformación de un ítem jurídico distinto, que socava y desnaturaliza los rigurosos y precisos conceptos del Derecho romano, además de elaborar nuevas formas jurídicas, mediante un proceso empirista, que se adaptan mejor a la situación social y sus exigencias económicas.

"La propiedad permanece -señala GROESSI-, pero dos circunstancias revelantísimas aparecen :1. Frente a la rigurosa tipicidad clásica, frente a un sistema de derechos reales concebidos como cerrado, rígido y estrechamente limitado, se afirma en primer lugar, la tendencia no sólo a concebir de modo asistemático el problema de múltiples relaciones reales, sino a suponerlas no ya un numerus clausus, sino como una serie abierta y potencialmente indefinida, no como una galería de tipos predeterminados y absolutamente precisos, sino como un grupo elástico de figuras amorfas, sumarias y libremente modeladas por la costumbre y de las que es claro, como mínimo común denominador, su radicación en la cosa. 2. Se constata la tendencia a calificar mayormente situaciones distintas de las del propietario, a elevar estas situaciones a reales como consecuencia de la idea matriz de la participación, la duración, el trabajo" (116).

La noción de dominium pierde su rigor técnico y su

precisión, deviene algo elástico y genérico, tanto que a menudo se acompaña de atributos como Afirmum, Perpetuum, que a los ojos de un clásico son inútiles pleonasmos que nunca hubiera pensado en añadir (117).

Las necesidades de la producción agrícola en esta etapa histórica, una vez liberada de los trabos formalistas de la propiedad romana, va a ir elaborando consuetudinariamente los mecanismos jurídicos más idóneos para la reactivación económica y el estímulo de los factores de la producción en el desarrollo de la agricultura.

Estos agentes económicos, sociales y jurídicos que van delineando la propiedad altomedieval, configuran una distinta manera de encauzar jurídicamente la siembra y la plantación, esto es, la actividad de cultivo dirigida a obtener productos herbáceos y a obtener productos arbóreos y arbustivos. La siembra por su propia naturaleza económica va unida al disfrute del terreno: de aquí que no se hable de una propiedad separada de la siembra respecto al suelo, pues el disfrute del mismo, sea a título de dominus o de non dominus, implica de por sí la propiedad de los frutos que se confunden, en un determinado momento, con la planta que los produce, si no biológicamente en todos los casos, si en cuanto que la obtención de los frutos supone necesariamente el agotamiento de la planta madre que los produce, requiriendo al serano nuevas labores y sembrado para la siguiente recolección. Hay una absoluta

identificación entre propiedad de los frutos y propiedad de la siembra, que corresponderá al que tenga la facultad de disfrute del terreno. Por el contrario, en la plantación, por la periodicidad productiva del árbol o arbusto -planta madre- en un plazo de vida relativamente largo, no se produce esa identificación, en el sentir popular, entre el disfrute del árbol y el disfrute del suelo. La plantación aún cuando físicamente dependa del suelo que le dá sustento y alimentación, puede tener una vida económica independiente de él, e incluso de los frutos que produce; de esta manera es posible que recaiga independientemente una propiedad sobre el suelo, el árbol y los frutos que este produce; pero, en este último caso, al igual que ocurre en la identificación entre disfrute del suelo y propiedad de la siembra, será consecuencia de la facultad de disfrute del árbol, cualquiera que sea el título por el que se tenga. La propiedad separada de los árboles responde a su relación estable y duradera con el suelo, su periodicidad productiva sin necesidad de renovar la planta-madre -el árbol- tras la recolección y, sobre todo, su compatibilidad con otros existentes en el terreno donde se ubica la plantación (pastos, determinadas siembras, etc.). Pero esto, de por sí, no explica suficientemente el resurgir o elaboración del instituto de la propiedad separada de los árboles en la experiencia jurídica altomedieval, si no lo conectamos con otros factores.

El fin económico-social que demandaba la actividad plantadora de árboles y arbustos frutales en terrenos improductivos, de pastos o hasta ahora dedicados a la siembra, encuentra justa compensación a través de este instituto de la propiedad separada. Se compensan suficientemente los esfuerzos y los gastos del plantador estimulándolo a emprender tal empresa, beneficiando los intereses del propietario del fundo o de la comunidad, que rescata suelos improductivos para el cultivo y sufraga la demanda de productos derivados de estas especies arbóreas o arbustivas.

La propiedad separada aparece como un instrumento idóneo para la convergencia de los intereses del propietario del fundo y del plantador. En términos de GROSSI: "su significado nos parece claro: hay una realidad geagrónica que postula una conversión del cultivo herbáceo en arbóreo, una tierra que tiene urgencia de ser estructuralmente mejorada mediante plantaciones de árboles fructíferos. Exigencia y urgencia que se podía sólo atender conforme a la facilitación del plantador, sólo mirando la seguridad de que no había plantado en vano y que los resultados de su trabajo le habría sido garantizado; esta seguridad podría consolidarse únicamente gracias al vínculo de la superficie arbórea en que radicaba, únicamente permitiendo una vida jurídica y económica del árbol particular y separada del

fundo, únicamente consintiéndole autonomía, en el plano del derecho, a la entidad árbol y desgarrándolo del riguroso principio de la accesión "(16).

El discurso altomedieval tiene una evidente carga historicista, que no va a cambiar hasta el nuevo impulso de las fuerzas que a partir del siglo XII arionen en el movimiento cultural y comercial que toma cuerpo en Europa. Estas fuerzas se pueden centrar sintéticamente en: 1. Resurgimiento de las ciudades, centros catalizadores de la difusa experiencia medieval, y contacto de la vida económica y espiritual. 2. El cambio económico que abre paso a la revolución comercial (17). Y, 3. La aparición de la universidad, que forja una doctrina culta y sutil, conocedora del Derecho romano, al que toman como punto de referencia para elaborar las categorías de un derecho típicamente medieval a través de la jurisprudencia y la Interpretatio (18). Este es el momento de arranque de la Baja Edad Media y de lo que en el ámbito jurídico se ha llamado recepción del Derecho romano o renacimiento jurídico.

El resultado es un orden genético y funcionalmente medieval, incardinado sobre la propiedad, en un intento de apropiarse del acervo de las fuentes romanas como instrumento técnico perfeccionado, pero respetando, aún

cuando también socavando, aquellas situaciones jurídicas que había creado la experiencia altomedieval. Este nuevo Derecho "derecho común" se presenta reorganizado en la forma, pero medievalizado en su contenido: instrumento autónomo adaptado a los imperativos socio-económicos de la Edad Media (121).

En suma, podemos observar que el esquema del R. dominium romano en este contexto experimenta una metamorfosis, cuyas características más notables son: 1. Frente al carácter unitario de la propiedad, aparece ahora la construcción jurídica de la propiedad dividida; sobre una misma cosa es susceptible de constituirse varias propiedades "R. utilitas R.", bien subordinadas, bien como R. pars domini R. Es objeto de la propiedad no sólo la cosa, sino cualquier utilidad económica que de ella pueda obtenerse. 2. La propiedad sale del ámbito exclusivamente privado para fundirse con relaciones de soberanía y jerarquía, para entrar en conexión con relaciones jurídico-públicas (122).

Este esquema de la propiedad va a permanecer prácticamente inalterado, con mayor o menor grado de intensidad, hasta la emergencia de los rasgos conformadores del modo de producción capitalista, que intenta elevar las categorías de la libre propiedad y el libre contrato a dogmas jurídicos de los que se harán eco los Códigos civiles.

Las Partidas, en la ley 24 del título V, II de la partida VI, al tratar "de las mejoramientos que los arrendadores hacen en las cosas que tienen arrendadas R", nos revela el contenido material de estas mejoras para las fincas rústicas: "el faciendo y labores o cosas de nuda e plantando y viñas e vides, porque la cosa vale más a la sazón que la dejan que quando la tomaron R" (123). A pesar del intento que representaba la gran obra jurídica de Alfonso X, el vehículo más claro de la penetración en España del Derecho romano a través de la nueva metodología de la recepción, de reconducir las multiformes figuras agrarias que la experiencia altomedieval había elaborado al esquema de la R locatio conductio rei R y los principios del R Corpus juris civilis R (124), se manifestará estrecho para que discorra por él todas las relaciones de producción agrarias. La recepción encontró en la doctrina del Derecho común la necesidad de adaptar esquemas romanos a figuras altomedievales, modificando su contenido típico. Diseñará la teoría del dominio dividido en la relación enfiteútica y paralelamente el tipo autónomo de la R locatio conductio ad longum tempus R, diferente de la R locatio conductio rei R romana (125) que encuentran regulación en el texto alfonsí. Por ellos transcurrirá generalmente, en cuanto cauce más idóneo a su naturaleza, la actividad plantadora constitutiva de la finalidad esencial para la que el

propietario cede el suelo a otro sujeto.

Hacer plantaciones es mejorar el fondo, que por imperativos de su propia naturaleza requiere en un tiempo extenso los resultados del trabajo; esto acarrea una inevitable consecuencia ulterior: la larga duración de la cesión, de lo que se guiará el tercer elemento característico de la relación: el otorgamiento o, si se prefiere, el reconocimiento de los caracteres de los R. ius in re R al plantador para su tutela. La doctrina del Derecho común se enfrentó a estas situaciones, que propiciaban una notable incertidumbre por el difuso confin entre propiedades y derechos reales: limitados en su confrontación con el Derecho justinianeo. Su actitud fue flexible, en el intento de reconducirlas a las fuentes romanas superando sus rigores delimitadores. ARTICULO: ante la pregunta "R. quaero quotunlex est dominium R", responde "R. quo sunt R" (R. directum et utile), para proseguir con una respuesta más contundente al cuestionarse: "R. quaero utrum utilia dominium sit unicum plura R". Sin dudar contesta "R. plura R" (126). Esta doctrina no exenta de contradicciones caló hondo en los juristas de la época, que la transmiten al cuerpo social, convirtiéndose en la exigencia organizativa de una realidad compleja por el entrecruzamiento de relaciones jurídicas privadas y públicas.

...le («ceula de plantura»), «masposteria», «rabassa
noia»), entre otras, surgen entranablemente unidas a la
actividad plantadora. Responden a la necesidad de destinar
terrenos a determinadas plantaciones, cuyas peculiaridades
vienen marcadas por heterogéneas circunstancias económicas y
sociales, configuradas según el distinto momento y ámbito
territorial en que se forjan, sufriendo alteraciones en el
largo trayecto de su evolución, más persistentes durante la
transición del modo de producción feudal al capitalista;
pero los notables atributos reales que conceden al
cesionario plantador, los aproximan a los rasgos que
delimitan los censos agrarios. El cesionario adquiere
derechos reales en cosecha propia, que escinden el dominio de
la tierra en directo y útil, con la consiguiente división de
los derechos dominicales resultantes, en el que están
mutuamente interrelacionadas las partes de la relación: el
cesionario por encontrarse estimulado para invertir en
plantaciones largos años de esfuerzo, y el cedente en cuanto
obtiene una manera segura de reproducción de rentas y,
muchas veces, otras prestaciones derivadas a su favor.

Otra figura que se presenta idónea a la actividad
plantadora es la «complantatio», de cuya eficacia real no
parecen existir dudas, tanto en el desenvolvimiento de la
relación, parangonable a lo que conocemos hoy por àius ad
rem, como en su consolidación definitiva una vez concluida.

la actividad plantadora; título formal de la adquisición a proprio iure de la finca por el plantador en contraprestación al trabajo realizado.

A la propiedad separada de las plantaciones corresponde los mayores embates de la savia romanista, que alimenta el Derecho común, contra las proteóticas formas que disocian la unidad fundiaria. El proceso es desigual y combinado. Nos encontramos, que se le va envolviendo con el nombre de superficie, tomado, en opinión de SALIS, "cuando se intentó adaptar institutos de un derecho muy distinto al romano a principios peculiares de este derecho, cuando se intentó, en otras palabras, conciliar este instituto de la propiedad distinta entre suelo y superficie con el rígido principio de la accesión al terreno de todas las producciones orgánicas por éste producidas y que en él nacen ..., se intentaba hacer penetrar en nuestras instituciones jurídicas un instituto hasta entonces completamente desconocido, un instituto contra el que la conciencia jurídica de aquel tiempo reaccionó rápidamente, pero más o menos energética y claramente se limita su aplicación y difusión" (127). Este nuevo instituto de la superficie va a derivarse, por tanto, de la restauración del principio de accesión romana, pues, como muy bien hace notar DE LOS MOZOS, "no es posible concebir el derecho de superficie sin el establecimiento del principio de accesión, en toda su más

amplia expresión, ya que si la superficie no es posible cuando aquel principio se actúa de forma rígida, tampoco lo es cuando desaparece en absoluto" (128).

La omnipresencia en las Partidas del principio de accesión (129) choca con la experiencia jurídica acumulada durante siglos que tiende a disociar la propiedad del suelo y el vuelo, y que, a pesar del texto alfonsino, seguirá reproduciéndose por la pervivencia de los usos locales, recogidos en los fueros, y las costumbres populares libres del corsé jurídico de la accesión romana. En ese culto iconoclasta que profesan los juristas del bajomedievo al Corpus Iuris Civilis, no les será difícil encontrar en la superficie la referencia institucional por las que reconducir estas situaciones. Pero el intento de adaptar institutos fuera de su contexto económico y social los llevará a manipular tanto el concepto de superficie del Derecho postalésico como la propiedad separada directamente heredada del Derecho vulgar y con solución de continuidad histórica. Conceptos que al no encajar como las piezas de un rompecabezas, por responder a dos planes jurídicos diferentes (el Derecho elaborado por la doctrina del Derecho común y aquel otro más adherido a la experiencia jurídica de los operadores sociales), se utilizaron muchas veces conjuntamente en una especie de simbiosis. De esta suerte es factible explicarnos las paradójicas conjunciones de

expresiones como "el superficialio y el que tiene parte" en la rosa de la ley 74 de Ford. Si tal síntesis entre propiedad separada y superficie hubiera sido absoluta, menciones como esta hubieran sido completamente innecesarias, por inútil reiteración. No podemos entender nada más que mirando a los efectos que tienden a producir, y que luego veremos como se encuentran guiados por la concepción unitaria del suelo y todo lo que a él se halla unido orgánicamente, conformadores de la idea del fundo romano.

Efectivamente, los juristas de la época no confunden la propiedad separada y el derecho de superficie, como tampoco lo harán entre este y el dominio útil; pero lo consideran análogo, de ahí que el derecho de superficie, y a través de él la propiedad separada, se la integre en el esquema de la enfiteusis, única construcción jurídica que es capaz de salvar la violentas aplicaciones del derecho romano justificadas al modo de producción feudal. En la Glosa se pueden leer expresiones como "R. utile dominium transit in superficialiarum R.", y para BALDO la superficie es considerada entre los "R. ex contractus, ex quibus transferentur domine utile R." (130). No ajenos a esta doctrina, los redactores de Las Partidas debieron estimar innecesaria la regulación autónoma de la superficie, en cuanto que modalidad de censo habría de serle aplicada todo lo dispuesto para esta figura.

Con todo, del Jordan, a través del Derecho común, bebieron los legisladores y la doctrina legal y jurídica anterior al Código civil, desvirtuando el concepto de la propiedad separada de las plantaciones, empujándola en el derecho de superficie que se considera análogo al dominio útil. Las plantaciones y el suelo es considerada como una sola y misma cosa -un todo orgánico-, calificándose las situaciones de propiedad separada, ya sea bajo este nombre o el de derecho de superficie, de comunidad, a la que es aplicable el retracto de comuneros. El rigor conceptual cede en pro del concepto unitario del dominio romano, que socava progresivamente los cimientos de la concepción más viva en la tradición secular, aglutinada por la experiencia de considerar a las plantaciones y al suelo cosas con autonomía jurídica.

Significativo de esta infiltración es la ley 74 de Toro, recogida íntegramente en la Nueva Recopilación (131) y Novísima Recopilación (132). Dispone, al establecer en aplicación del retracto de comuneros, la "preferencia del señor del directo dominio y del que tenga parte en la cosa, al pariente más propinquo para retractarla". "Quando concurren en sacar la casa vendida por el tanto el pariente más propinquo con el señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella, porque era

común, se refiriese en el dicho retrato al señor del directo dominio, y al superficiario, y el que tiene parte en ellos, al variente más propiamente" (133). La atribución de naturaleza propia al derecho de superficie continúa manifestándose en el proyecto de Código civil de 1.881 (134) / en la Ley Hipotecaria de 1.881, que incluso considera al superficiario partícipe de la propiedad (135), confundiéndolo, que dura cabe, con el que tiene una propiedad separada sobre el suelo de la finca (136). Por lo demás este carácter enfiteutico atribuido al derecho de superficie está patente en la vieja doctrina hipotecaria (137). Se puede concluir con DE LOS MOZOS "que congruentemente con esta calificación la Ley Hipotecaria está pensando en el derecho de superficie, como una apars rei o más bien como una apars dominii que late igualmente en la idea de <<dominio dividido>>, sobre la que descansan los censos..." (138). Por su parte, la doctrina del siglo pasado, algunos muy próximos e incluso coetáneos al Código civil, evidencian esta metamorfosis. Partiendo de la identificación entre propiedad separada del suelo y derecho de superficie, a este se le juzga análogo al "contrato enfiteutico y a los derechos que de él emanan" (139), valorando al tratar del retrato de los señores directo, útil y superficiario, "con fundamento como muy ventajoso la unión de estos diferentes derechos" (140). El círculo se cierra con la jurisprudencia. El Tribunal Supremo en la sentencia

de 12 Julio 1881 declara que "en conformidad con las leyes 55, título V, Partida V, y 84, título 13, libro X, de la Novísima Recopilación, tiene el derecho de retraer la cosa vendida los que la posean en común...; considerando que tiene parte en la cosa común, en unión con el señor del suelo, el dueño del arbolado que el mismo suelo produce, existiendo entre ellos el verdadero condominio a que se refiere la Ley de Partidas" (141).

Las figuras reseñadas, mediante las que se canalizaba la actividad plantadora, se venán inmersas en la prolongada y dura lucha que afecta a los censos agrarios, en el proceso de transformación de la sociedad feudal al primer capitalismo en la segunda mitad del siglo XIX, enfrentando a censalistas, rentistas intermedios (142) y cesatarios. Propiedad fundiaria, capital agrario y trabajo campesino constituyen el centro de las relaciones sociales interesadas en la producción agrícola, a las que el programa de los liberales tratará de reconducir a las categorías jurídicas de la libre propiedad y el libre contrato, proclamando el carácter unitario, absoluto e inmune de la propiedad, cuyas relaciones con sus sujetos interesados en la utilización de la tierra han de transcurrir por el cauce del contrato, sustentado en los supuestos dogmas de la libertad e igualdad de las partes contratantes.

... se abrió el origen feudal de los censos (143), luego de imponer su extinción (144), cuyos dos posibles vías podían ser la abolición simple y llanamente (resolución adoptada tras la revolución francesa por el Code Napoléon (145), o bien la redención, en cuanto forma de expropiación que como su propio nombre indica exige la incensuación al censualista. El debate decimonónico queda encerrado en esta segunda opción, por ser el mismo bastante respetuosa con los señores territoriales y solariegos (146) y claramente perjudicial para el campesino en titularidad del dominio útil, lo que evidencia las particularidades históricas de la revolución liberal española (147). Pero no tan siquiera el balance final es el triunfo, o por lo menos el aplazamiento (148), de los derechos campesinos frente a la pervivencia del dominio directo y su fuente generadora de rentas, arrastrada del sistema de privilegios señoriales propios de la estructura feudal (149).

Los censualistas, incapaces de sostener el cprobio de su titularidad señorial como verdadera y exclusiva propiedad plena, van, por el contrario, a blandir sus armas frente a los censatarios en el terreno más propicio de mantener la situación del dominio dividido, con un doble objetivo: conservar la fuente de rentas y legitimar su propiedad, el dominio superior. Contará para ello con los ingentes favores del poder político, sobre todo de la Restauración (150), los

ordenes jurisdiccionales, especialmente el Tribunal Supremo que llegó a admitir de hecho funciones más normativas que valoradoras del Derecho (151), y de la doctrina jurídica de la época (152), sacando a la luz, incluso, en algunas localidades censuales (principalmente censos temporales, si bien todos lo eran por naturaleza (153), como la rabassa 3, la cédula de plantura 4, derechos de superficie temporales, etc.) en pro del reconocimiento de verdaderos y exclusivos propietarios, reduciéndolas a la categoría del arrendamiento (154).

El resultado final del proceso se consuma con la regulación que recibe el censo enfiteútico en el Código civil. Muy a pesar de declarar formalmente su redimibilidad en favor del censuario (155), lo hace prácticamente inviable (156), entre otras razones (el alto tipo de capitalización de la renta, prohibición de fraccionar el pago contra la voluntad del censalista y la facultad de que este se niegue a aceptarlo cuando el censuario no estuviera al corriente de las rentas) (157), fundamentalmente por la remisión a una ley especial, que no vino a promulgarse hasta mucho tiempo después (158), para la redención de aquellas censos agrarios que si bien constituían especies del enfiteútico, eran la parte más significativa de los existentes: foros, a los que se añadía por esa confusión nada casual el derecho de superficie (159).

Para terminar, de las figuras jurídicas examinadas en torno a la plantación o actividad plantadora y su inserción en unas condiciones históricas, podemos extraer a grosso modo las siguientes conclusiones: 1. La plantación es actividad mejorada de un terreno. Rendir productivo un suelo inculto y abandonado a las fuerzas de la naturaleza significa mejorarlo. Evidentemente, esta actividad mejoradora no es en estos tiempos un efecto exclusivo de la actividad plantadora, se puede decir que es algo común a casi todos los contratos agrarios que recaen sobre un fundo. Pero también es verdad que la plantación en si misma considerada le añade un plusvalor al terreno ya apto para ser cultivado. La plantación es un tipo de mejora independientemente de que vaya ligado a la puesta en cultivo de terrenos incultos, o de que se ejercite sobre terrenos dedicados a siembra y por lo tanto ya cultivados. 2. Es fuente de gastos, sin que se puedan compensar hasta que ésta sea productiva; requiere en un plazo de tiempo, mas o menos extenso, pero siempre superior a varios años agrícolas, su rendimiento productivo, momento a partir del que se empezarán a amortizar los gastos que ha ocasionado. 3. Por lo anterior, sólo se cuestiona de ordinario idoneas a su consecución, cuando se realiza por persona distinta del propietario del terreno, figuras jurídicas que concedieran la propiedad de las plantaciones separadas del suelo al plantador o cesiones de larga

duración. 4. Dicha actividad plantadora parece encontrar su cauce de desenvolvimiento en el ámbito familiar, principal fuente de gastos en una época en que estos van dirigidos fundamentalmente al trabajo. Primero la concesión y más tarde el contrato por parte de los propietarios de grandes extensiones de tierra, o por lo menos que exceden de las que ellos pueden trabajar, permite el asentamiento de familias que con su laboriosidad desarrollan esta tarea.

III. REFERENCIA ESPECIAL A LA PLANTACION FORESTAL.

Antes de iniciarse la acción humana, se estima que la Península Ibérica estaba cubierta por formaciones boscosas en un 95%. Su reducción paulatina, con mayor o menor virulencia, en el devenir histórico nos ha dejado un triste legado: actualmente se considera que la superficie forestal poblada de árboles es de un 24% aproximadamente (160). ¿Como se ha llegado a esta situación?. Múltiples factores han contribuido a esta transformación del medio natural, en el que el hombre durante miles de años se ha sentido totalmente integrado como "un eslabón más de la cadena trófica" (161).

Las causas de la destrucción de tan amplias áreas de bosque, y el consiguiente desequilibrio del medio ecológico,

ha sido un proceso gradual y multiplicador, que, en opinión de SENADOR GOMEZ, se resume en dos: la barbarie de las leyes y la barbarie de los hombres (162).

Con el descubrimiento de la agricultura se crean las bases para el progreso social, por el que la humanidad caminara hacia formas de civilización más avanzadas que la libere de la esclavitud del hambre (163), permitiéndole desarrollar sus cualidades innatas de curiosidad y experimentación técnica que le abrirá paso a la creación de la vida urbana y la revolución metalúrgica (164). La agricultura no tiene otra posibilidad de desarrollo que la roturación progresiva de zonas boscosas, lo cual, como cuestión de principios, no es rechazable mientras no intervengan otros factores propios de estructuras económicas, sociales y jurídicas que la conviertan en una actividad incontrolada y desordenada; tal vez justificable en una primera etapa histórica por la incultura y el caotismo reinante, pero no tanto en un momento posterior cuando ya es el resultado del producto consciente de una política legislativa, dirigida a obtener leyes que condicionan y sometan el interés general y colectivo al individual que determinados grupos sociales se imponen.

En la historia de la deforestación de España, hasta el

siglo X no se vislumbra ningún atisbo de intervención de los poderes públicos en el tema forestal. Hay razones, producto de la investigación histórica, que avalan las que alcanza a entender GUAITA sobre la abstención del legislador en política forestal (165): abundancia de bosques (166), población exigua, aprovechamiento de maderas y leñas reducido a una economía doméstica (167), primitivismo jurídico y organización social caótica (168).

A partir del siglo XI se abre un periodo "que en líneas generales -según GUAITA- se caracteriza por una constante preocupación de los monarcas por conservar los montes, pero esta política se limita al aspecto negativo del problema, o sea que la acción administrativa mira exclusivamente a defender los bosques, a reglamentar sus talas, a castigar los daños que en ellas se perpetren, pero rara vez se atiende a la repoblación forestal, a la defensa activa, positiva del bosque; en términos técnicos podría decirse que se ejerció una actividad de policía, pero no una actividad de fomento" (167). No obstante, en las mismas medidas protectoras o de conservación del bosque se vislumbran dos elementos contradictorios; por un lado medidas que parecen ir dirigidas a proteger al bosque contra los ataques que recibía en el doble frente de la agricultura, por el avance roturador de los colonos, y en el de la ganadería; esta adquiere un gran auge en los siglos XII y XIII, sobre todo

tras la creación de la Hesta en 1277, los ganaderos introducen el ganado en el bosque (170) con los daños consiguientes del ramoneo, llegando incluso, a incendiarlos por el afán de conseguir espacios abiertos para el ganado (171). Pero, por otro lado, tal protección en realidad es la respuesta económica de los grandes señores y terratenientes frente a ellos y sus usos gratuitos, a bedores de la remanencia que empieza a experimentar los productos del bosque —madera y leña para la construcción de navios, casas, cubas para la conservación del vino, calefacción, fuego de fraguas y talleres—; se trata, en definitiva, de una forma de obtener rentas y sacar partido de este recurso, para lo que hay que conservar de la destrucción de agricultores y ganaderos, así como excluirlo del uso, sino es mediante contraprestación (172). A pesar de todo esto, parece cierto que al final de la Edad Media se conservaba gran parte del arbolado en Castilla, por lo que hay que refutar como eficaces a este fin los primitivos métodos de conservación de las Cortes del siglo XIII y las promulgadas por Alfonso el Sabio en las Siete Partidas (P. 7, 16, 28), que más tarde se incorporaron a ordenanzas locales (173).

A partir de los Reyes Católicos (174) y en épocas sucesivas se agudizaron las destrucciones de plantaciones forestales, desordenando el cabalgar más acelerado de lo que se ha venido a llamar los cuatro apocalípticos jinetes

de la erosión: incendio, tala, roturación extensiva y pastoreo esquilante, al que más tarde se le unirá un quinto, la desertización (175).

Parece ser, como señala VIDENS VIVES, que el "hecho fundamental de la política económica de los Reyes Católicos en tierras de Castilla, es la resolución a favor de la ganadería, del dilema entre esta y la agricultura que estaba planteado desde comienzos del siglo XIII" (176).

Evidentemente esta opción no solo iba en detrimento de la agricultura (177), sino también de las plantaciones forestales. Las medidas dirigidas a evitar la roturación del bosque por los colonos y la tala de árboles para su aprovechamiento, bajo el señuelo de la protección del bosque (178), no solo retrasaban indiscriminadamente la agricultura (179), sino que ni tan siquiera conseguía esa finalidad pretendida, porque estaban dirigidas a favorecer a los ganaderos (180) y a su Honrado Consejo de la Mesta, que tenían especial interés en preservar el bosque para el alimento y abrigó del ganado y, llegado el caso, provocar incendios para extinguirlo, contra los que no se establecieron ningún tipo de castigo (181).

Este estado de cosas continúa en los reinados posteriores, como lo demuestra la Pragmática dictada por Don Carlos y doña Juana en 1.519, informados que "se talarán

destruyen los montes, y que no plantan de nuevo otros; y que
hay mucho desorden en lo que se para, de que resulta que no hay
abrigo para los ganados en tiempos de tormenta, y grande
falta de leña R" (182). Insistiendo Don Carlos en su
observación en las Cortes de 1785 de 1785 (183). El resto
de los Austrias mantuvo este temor por la deforestación
(184), pero no llegaron a dictar medidas eficaces que la
impidieran, entre otros motivos porque no se cumplían y,
sobre todo, porque permanecieron atados a los favores de la
Nesta (185).

El proceso de deforestación, como hemos señalado,
tenía varios flancos de ataque, algunos de los cuales solían
ser coetáneos y se remodelaban en favor de unos u otros
según el interés preponderante en cada momento. Mientras en
unas ocasiones era la defensa de los privilegios de la Nesta
frente a las roturaciones de los colonos, en otras "los
continuos apuros de la Hacienda le impulsaban a vender
licencias a los pueblos para transformar los bosques y
pastos propiedad de los municipios (Propios) y de las
colectividad de vecinos (Comunes) en tierras labradas "
(186). Otros dos se predadorze de la actividad humana,
propios de la Edad Moderna, que también van haciendo
estragos en el monte son: 1. El carbonero, que sustituye "la
extracción maderoc-leñosa como fuente energética para el uso
doméstico" (187); y 2. La regalía forestal de la Casa y

Corte Real, por cuyo privilegio podían sacar madera y leñas de los montes públicos o privados existentes cercanos a la Corte para sus necesidades" (188).

Con Felipe V se produce un cambio significativo en la política forestal, dispuesto a proteger y fomentar los bosques, "pero esta tendencia quedó anulada con creces por la política naval que siguió este monarca y que llevó a conceder grandes privilegios a la Marina, tanto sobre los montes públicos como sobre los privados" (189). Se talaron muchos bosques para la construcción naval. En 1748 Fernando VI dicta dos importantes disposiciones forestales. La Ordenanza de 31 enero "para la conservación y aumento de los montes de marina" y la Real Ordenanza de 7 diciembre "para el aumento y conservación de montes y plantíos" con medidas de policía, fomento y ordenación forestal (190), contra lo que tanto arremeterían no mucho después las ideas liberales del siglo XVIII (191). Tampoco se acaja con ellas la deforestación, entre otras razones por la lógica interna que las animaba: "garantizar en mayor medida la construcción naval" (192), postrándose al interés de la marina (193).

Los avatares políticos que se suceden en la vida nacional durante el ajetreado siglo XIX, determinan una zigzaguante política forestal con notable perjuicio para la ya maltratada foresta española. En el transcurso de un siglo

a otros se levantan las voces de los propietarios, sociedades, estamentos y propietarios liberales de la época contra el intervencionismo de la Administración en los montes particulares (194). JOVELLANOS en su defensa de los cerramientos y la más estricta libertad económica de los propietarios, hacía este alegato contra la ordenanza de Montes y Plantíos de 1748: "Es verdad que en este punto no bastará desagrar la propiedad con la libertad de los cerramientos, sino se le reintegra de otras usurpaciones, que ha hecho sobre ella la legislación; si no se derogan de una vez las ordenanzas generales de montes y plantíos, las municipales de muchas provincias y pueblos, y en una palabra, cuanto se ha mandado hasta ahora, respecto de los montes. Tengan los dueños el libre y absoluto aprovechamiento de sus maderas, y la nación logrará muchos y buenos montes ". Con la más firme esperanza, y puesto el convencimiento en la necesidad de liberar a la propiedad particular de toda ingerencia pública, como la única vía posible de conservar y fomentar la arboladura, pide que se suprima la "esclavitud" que sufren en sus árboles "que los sujeta a ajeno arbitrio, a pedir y pagar una licencia para cortar un tronco, a seguir tiempos y reglas determinadas en su tala y poda; a admitir los reconocimientos y visitas de oficio; y a responder en ellas del número y estado de sus plantas" (195).

A principios de siglo conoce la luz una nueva Real Ordenanza para el gobierno de los montes y arbolados de la jurisdicción de Marina, publicada en 1.893. A pesar de su ámbito de aplicación a los "montes y arbolados situados en una zona costera de 25 leguas de anchura, así como para masas forestales del interior utilizables para la Marina" y su corta vida, derogada dos años más tarde y reemplazada por las Ordenanzas de 1.748 nuevamente puestas en vigor, significó un notable avance en el campo de la silvicultura (194).

Instaurada el régimen liberal en 1.812, las Cortes de Cádiz por Decreto de 14 de enero del mismo año proclamó el sacrosanto derecho de propiedad, anulando las Ordenanzas que sobre montes y plantíos limitaban las facultades de los propietarios forestales (197). Por este Decreto los propietarios particulares adquirían la más absoluta libertad para administrar y disponer de sus montes, al igual que los ayuntamientos y diputaciones sobre los montes de propios (198). En los sucesivos restablecimientos de la monarquía absoluta en la cabeza de Fernando VII, las disposiciones sobre montes, en general, respetó este libre uso de los montes de propiedad particular, quedando el resto de los montes públicos bajo la vigilancia y cuidado del gobierno de la nación (199).

El Decreto de AITA es tan importante, con el que se abre una nueva etapa, de la política forestal, las Ordenanzas generales de montes de 22 de diciembre de 1.833 (200), debidas a Javier de Burgos. "Tiene -según este autor- pretensiones de verdadero Código, y alguna de sus partes, como la penal, estuvo rigiendo con intermitencia hasta 1.884" (201). Es importante esta nueva Ley de Montes porque inaugura la prescripción por la repoblación forestal, "auténtica actividad de fomento en muchos casos" (202). No obstante, el carácter liberal de esta ley, inspirada en el Código Forestal francés de 1.827, se deja traslucir en cuestiones como la ausencia de toda intervención administrativa en montes particulares que quedarán a la libre voluntad de sus propietarios, y las escasas medidas selvícolas que en ella se contemplaban (203).

Hasta 1.855, según GARCÍA ENTERRÍA, existían más de diez millones de hectáreas de montes públicos -casi una quinta parte del territorio nacional-, de los que nueve millones y medio eran de los pueblos y el otro medio millón del Estado y las corporaciones civiles. Se declaran enajenables 3.427.561 -un 7% del territorio nacional-, casi todo de los pueblos (204) (205). Gran parte de esos terrenos eran arbolados, aun cuando la ley de Montes de 24 mayo 1.863 declaraba en su artículo 23: "Quedan exceptuados de la venta prescrita por el artículo 19 de la ley de 19 mayo de 1.855

los montes públicos de pinos, robles ó hayas, cualesquiera que sean las especies, siempre que consten lo menos de 100 hectáreas. Para computar esta cabida se acumularan los que disten entre sí menos de un kilómetro " (206). Es opinión generalizada de los autores que se han ocupado del tema, señalar la desamortización como otra de las causas de la deforestación de España (207), a la que hay que añadir en esta época la guerra Napoleónica (208) y de sucesión (209), la revolución industrial y sus secuelas como la fundición de metales, el desarrollo económico-social y la explosión demográfica que acarrea "colosalismo urbano, agobiante demanda de recursos naturales que fuerzan el empleo de biocidos con efectos secundarios acumulativos en muchos de ellos, y proliferación superlativa de detritos no biodegradables" (210).

Con la desamortización, al pasar muchos montes con árboles o maderas privadas, y amparados sus propietarios en las exorbitantes facultades que les concedían las leyes vigentes, con la total intervención de la Administración Pública (211) en la conservación, ordenación y fomento de los bosques, se favoreció extraordinariamente la explotación irracional de los mismos, y por tanto las talaes abusivas dirigidas a obtener beneficios económicos a corto plazo, en un momento en que las disponibilidades del país eran escasas y la demanda estaba en aumento (212).

... tampoco faltaron los aprovechamientos fraudulentos y una galopada de la destrucción por incendios, según datos ofrecidos por las estadísticas de montes correspondientes a aquellos años. De esto, para SANZ FERNANDEZ, "Se desprende la evidencia de que, en ausencia, prácticamente, de guardería forestal, los montes españoles fueron considerados como un regalo caído del cielo del que cualquiera podía tomar cuanto quisiera", lo que "nos advierte sobre una dimensión trágica del proceso liberal español: su adversión al monte comunal y su ánimo desforestador y roturador" (213).

Bien pronto, por múltiples razones, se ha demostrado que este bien no puede quedar reducido al estrecho círculo del interés individual (214), obligándose la Administración a dictar numerosas disposiciones dirigidas a repoblar los montes (215). A decir de GRAU, la verdadera intervención administrativa en la propiedad forestal privada no da comienzo hasta 1900 con la declaración de montes protectores, acentuándose desde entonces el proceso intervencionista (216).

NOTAS TEMA I.

- (1) MARCI, Folvio, La proprietà degli alberti, su base del Iordio, in Scritti giuridici, I, Milano, 1.956, pág. 51.
- (2) MARCI, refiere los arábes un pasaje del Schar al Ahzab, tribu negra del grupo banta en la colonia del Tamy (territorios de Argel) en el Derecho consuetudinario de la Somalia meridional; el Derecho musulmán moderno, Op. cit., págs. 53 a 54.
- (3) Vid. BERTI, Enrico, La storia delle origini della storia del Diritto italiano, Milano, 1.904, págs. 88 a 90; TERRARA, Francesco, La superiorità dell'antiquità, in Scritti giuridici, III, Milano, 1.954, pág. 180. Artículo publicado en RDA, 1.941.
- (4) SALIS, Lino, La proprietà superficaria, Padova, 1.936, pág. 38.
- (5) BEAUCHÉ PEREZ, Juan, Estudios sobre la historia del régimen agrario, Barcelona, 1.941, pág. 114. En el caso de que se sienta Aggria contraria, detras de al Liber Iudiciorum (I, 2, 6), es justo que lo pierda (en otro pasaje (I, 1, 7) dice que debe darse por contento perdiendolo ya que así debería repararse la pena del culpado. Vid. infra notas 20 y 31 en este mismo capítulo.
- (6) Para Italia, SOMMI, Arrigo, en sus estudios de los capítulos 351 y 352 del Edicto de Rotari, nos dice que los historiadores, tras reconocer que la distinción entre suelo y superficies es casi constante en el Derecho bárbaro, han querido ver en el Derecho Longobardo una derivación muy grave, inducida por una influencia de la práctica y la doctrina romana; el Edicto de Rotari se habría situado respecto del derecho germánico y habría, por el contrario, exagerado el principio romano de la inaccessibilitas, agnationis y hereditatis. En el intento de defender la propiedad privada en un tiempo de escasa seguridad, y queriendo casi plantear el acto de consuetudinario de quien construya, planta o siembre en suelo ajeno, el

rudo legislador lombardo, sin distinguir, como por Derecho romano, entre el caso de buena y mala fe, prescribió, de modo general, que el constructor perdería el capital y la obra, adquiriendo esta risso jure al dueño del suelo. Solamente los intérpretes, en el siglo XI, siguiendo más correctamente las normas romanas, tomaron en consideración el caso de buena fe y acordaron para el constructor o cultivador, en tal hipótesis, el derecho de resarcimiento. Pero, esta interpretación, según SOLMI, no parece conforme ni al texto del Edicto, ni a la tendencia del desarrollo jurídico. En estos supuestos -opina SOLMI- el legislador no prevé el caso de buena o mala fe, ni afirma que las plantaciones y construcciones puedan hacerse exclusivamente por el propietario del suelo, sino que pretende golpear al que arbitrariamente construye o planta en suelo ajeno sin tener derecho. A la conclusión que llega SOLMI, es que existiendo este derecho o autorización del propietario, el constructor o plantador puede adquirir la propiedad separada de lo construido o plantado; por lo tanto, el que construye, ara, planta o siembra en suelo ajeno, facienda non sua, pierde la obra y los frutos, pero le es admisible probar al trabajador que la obra suya era legítima, y entonces el riguroso principio superficies solo cedit encuentra una limitación, reconociendo legitimidad a la adquisición de la propiedad separada. Il diritto di superficie nei documenti del medioevo, RDC, 1.918, págs. 471 a 499.

- (7) Señala MARDI: "el rigor del principio superficies solo cedit se atenúa en el derecho del bajo imperio en lo que se refiere a las construcciones ¿puede decirse lo mismo para las plantaciones? Un indicio podría advertirse en el hecho de que algunas categorías de plantas venían afectadas por el impuesto independientemente del terreno en que estaban arraigadas. No menos sintomático es la última tendencia del derecho romano de considerar las Ameliorationes, las más frecuentes de arbolado, efectuadas en el fundo enfiteútico como objetivo por sí corriente, económica y jurídicamente de exclusiva pertenencia del enfiteuta" *Op. cit.*, pág. 57. En el mismo sentido lo expresa también FERRARA, *op. cit.*, pág. 172.

- (8) SIMONCELLI, Vincenzo, Il principio del lavoro come elemento di sviluppo di alcuni istituti giuridici, en Scritti Giuridici, II, Roma, 1.938, págs. 314 a 344.

- (9) SALTIS, op. cit., págs. 36 y 39.
- (10) FERRARA, op. cit., págs. 170 y 173. En un artículo anterior lo atribuye a la influencia del Derecho germánico. Diritto di rachatique e di superficie, en Scritti giuridici, III, Milán, 1.954, pág. 173. Publicado por vez primera en Ford italiano, 1.925, 1.
- (11) DI TUCCI, Di alcune accessioni e di alcune forme della proprietà immobiliare nel M.E., en Studi economico giuridici di Cagliari, IV, 1.925, págs. 5 y ss., citado por FERRARA, op. cit., pág. 173.
- (12) MARZI, op. cit., págs. 43 a 66.
- (13) GIARDINA, La cosiddetta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, en Storia del Diritto, II, Palermo, 1.966, pág. 423.
- (14) GROSSI, Faolo, Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale, en Corso di Storia del Diritto, Padova, 1.982, pág. 127.
- (15) COSTA, Joaquín, Colectivismo agrario, Madrid, 1.915, págs. 277 a 283.
- (16) Ibidem, págs. 310 a 317.
- (17) Ibidem, pág. 283.
- (18) Ibidem, nota en pág. 282: "Así recomendaba que se hiciese, dentro de límites prudenciales la Instrucción que acompaña a la Real Orden de Felipe II, fecha 22 de febrero de 1.567, dirigida al corregidor de

Plasencia, a fin de que se lograra con más rapidez la repoblación forestal". En el mismo sentido, señala COSTA, en la misma página, que Campomanes al redactar el Fuero para las nuevas poblaciones de Sierra Morena, aprobado por Real Cédula de 1.º de julio de 1.767, facultó a los colonos a plantar cada uno por cuenta propia los árboles que existieran en lo baldío y lo público, para tener madera en los propios usos o comerciar con ella.

(17) *Ibidem*, pág. 282.

(20) *Ibidem*, pág. 280.

(21) LEAL GARCÍA, Alejo, Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres, en Boletín del Instituto de Reforma Agraria, 1.934, págs. 444 y ss.

(22) MARTINEZ PARDO, Alberto, El derecho de apostar o apuestonar. Notas sobre su contenido y alcance, RDP, 1.922, pág. 272.

(23) MAROI, op. cit., pág. 75.

(24) *Ibidem*, pág. 75.

(25) No es este el caso de la figura francesa del Aconvenant, Abail à congément o dominio Acongeable actualmente todavía en vigor, recibiendo regulación en el título III del libro sexto (arts. 704 a 925) del "Code rural" de 15 abril 1.955, ratificado por ley de 3 abril 1.956. Según GALIS, por este contrato "al colono le viene dado en arrendamiento el terreno, al tiempo que se le vende la superficie (árboles, rascos y plantaciones) a exclusión de los árboles forestales, los nogales y castaños". DE JUGLART, que ha estudiado el Aconvenant en los departamentos de Afinistère, Amorpinuná y Acótes du Nord, nos dice que

"es un contrato en virtud del cual el arrendador o Arrendier concede, mediante una renta, anual o renta convenida, y por una duración generalmente de nueve años al tomador o Arrendatario la explotación de tierras o derechos fundiarios de los que conserva la propiedad". Continúa este autor: "El arrendador transmite en esta ocasión al tomador la propiedad hipotecaria de edificios y superficies o derechos reparadores, es decir de construcciones, talas, árboles, a excepción de bosques madereros, abonos, simientes, en una palabra las mejoras aportadas al suelo desnudo". Al finalizar el arriendo, el arrendador está facultado para expulsar al tomador, reembolsándole el valor de las cosas que componen la superficie del terreno (cavas, plantas, árboles, etc.). Efectivamente, más que una venta definitiva de la plantación y en definitiva de la superficie, adquiriendo el arrendador la propiedad sobre ella en forma de depósito del suelo, lo que se constituye es un depósito en poder del arrendador sobre una suma que representa el valor de tales superficies, el cual debe restituir al arrendatario, si procede (caso de no destruirlos o deteriorarlos), una vez concluido el contrato. Vid. SALIS, op. cit., págs. 41 a 45, DE JUGLART, Michel, L'exploitation rurale, Paris, 1.949, págs. 145 a 147.

- (26) Vid. SALIS, op. cit., págs., 29 y 34; FERRARÁ, La superficie delle..., op. cit., pág. 176. En el mismo sentido ha de entenderse la referencia que hace SANCHEZ ALBORNOZ, Claudio, en su estudio de los contratos de arrendamiento en el reino Asturleonés, al señalar que con el fin de retribuir el ejercicio de la actividad mejoradora se practicaba también la simple atribución de las mejoras en propiedad o, al menos, se autorizaba su disposición autónoma al concesionario. Contrato de arrendamiento en el reino Asturleonés, en Cuadernos de Historia de España, X, 1.940, pág. 332 y 357, citado por VATTIER FUENZALIDA, Experiencia del Derecho Intermedio sobre los contratos ad meliorandum, RDA, 1.977, págs. 222 y 226. Este último autor, partiendo de los testimonios documentarios estudiados por SANCHEZ ALBORNOZ en el trabajo antes citado, afirma que "vienen a señalar la persistencia en España de una clara dirección de política legislativa en orden a estimular el ejercicio de la actividad mejoraticia, funcionalizando la disponibilidad de sus resultados por parte del repoblador, para hacer más atractiva e incentivar la actuación del repoblamiento y la ejecución de las obras de mejora requeridas". Op. cit., pág. 226.

(27) COSTA, Joaquín, Credito hipotecario sobre arbolado, en Derecho consuetudinario y economía popular de España, I, Barcelona, 1.990, págs. 270 a 283.

(28) SALIS, op. cit., págs. 24 y 25.

(29) *Ibidem*, pág. 25.

(30) Blas Visigothorum, X, I, 6: "Asi vineam aut domum quis in consortio terras construxerit. Si quis domino sciente vel consentiente vineam in consortio terras plantaverit aut domum fecerit, vel certe si ipse, qui vineam plantat vel domum facit, ignoraverit quod partio fieri deberet, in cuius terra vineam plantavit, restituat, et qui posuit vineam securus obtineat. Si vero domino contradicente plantaverit, iuste perdat, qui rem alienam domino contradicente plantavit. Similiter etiam et de edificiis fortis servetur. Hoc tamen dicimus, ut, si quicumque alteri terram vendiderit aut donaverit sive computatam acceperit, que tamen reperitur quoniam quidem non sive accepisset, qui dedit, si ille, qui terram ipsam acceperit, in eadem terra domum edificaverit aut vineam plantaverit sive oliveta, hortus vel pomeria fecerit, sive etiam si qui utilitatis ibi ad laboris adiecerit, et dominus terre illius, cui terra ipsa debita fortasse manebat, callidus se servare contestari noluverit, ut in postea dum laboratum ibi fuerit aliqui possit, dum hoc ipse, cuius eadem terram esse sciverit, eorum iudice propulsaverit, ad auctorem, qui terra labores suos exerceat, id, quod laboravit, nullo modo perdat". Al comentario D'OPS, Alvaro reseña: "Se trata aquí de una plantación de viña (o edificación) en la tierra del consorte, lo que me sigue pareciendo tener relación con el reparto de las heredes entre godos y romanos. Si el que planta (o edifica) lo hace contra la voluntad del consorte propietario del terreno, pierde lo que plantó (o edificó), pero si lo hace con consentimiento de aquél o ignorando que el suelo es ajeno (lo que debe probar por testigos o juramento), aquella porción plantada (o edificada) se hace de su propiedad. Esto, naturalmente, supone una excepción al principio antiguo superficies solo creditur, pero una excepción

ya conocía el derecho romano vulgar, como nos muestra, p. ej. la Reptioe Galfr 2, I, 4, al decir (traicionando el modelo clásico): RSi quis in solo nostro sine nostro permisusu domum aedificaverit ad eum cuius terra es domus aedificata pertineat, lo que implica que, si da el permiso, el dueño pierde la propiedad de la tierra plantada o edificada. Ahora, lo que especialmente interesa en esa ant. 6 es que el que adquiere así la propiedad por Replantatio (o Restructio) debe indemnizar al propietario con Raliut tantum terrearis meriti. Evidentemente, aquí no se trata de terreno de bosque, sino de un terreno que ha sido dividido en la proporción de dos a uno, y, sin embargo, la indemnización se hace en otro trozo igual: lo mismo que cuando se cultiva una parte del bosque común. Esto prueba, a mi modo de ver, que esa indemnización con el Raliut tantum no se debe a una virtual o visión legal de la tierra a medias, sino a un criterio de pura compensación. En cierto modo, podría verse ahí un caso de usurpación del terreno, una Rinvasio, penada corrientemente con el Aduplum, y por eso en la ley que Leorigilgo agrega (ant. 7) a la que estamos examinando, en la que se extiende el mismo principio al que planta una viña en terreno, no del consorte, sino ajeno, se dice que el obligado a entregar otro tanto debe reconocerse satisfecho quod ad duplacionem rei non addicitur qui aliena pervassisse dinoscitur. Naturalmente, no se da la Rinvasio, en el primer caso, porque hay consentimiento del dueño o al menos buena fe, y en el segundo, donde la mala fe podría permitir tal configuración, porque la cosa no es totalmente ajena, sino de un Rconsors". El Código de Eurico, en Estudios visigóticos, II, Roma-Madrid, 1.960, págs. 177 y 178.

(31) Lex Visigothorum, X, I, 7: "RSi vineam in aliena terra quis plantat, in qua sortem non habet, Qui vineam in alieni fundi territorio, ad quae ipse consors non est, sine permissione domini, sive pervis aut forsitan domino recessente vel absente, plantaverit, etiam si ei contradictum non fuerit, vineam, quam plantavit, amittat; qui sufficere ei debet, quod ad duplacionem rei non addicitur, qui aliena pervassisse dinoscitur". Sobre este vid. lo señalado en la nota anterior por D'ORS. Fuero Juzgo, X, I, 7: "RSi algun omne pone una vinya en heredad aliena en que non ha ninguna suerte, Qui faz non segurado el sengo en la tierra, maguer que ga lo non defendiese, pierda todo quanto hy plantado, ca bastarle deve que non peca el

quilo, porque tomó tierra ajena por fuerza".

- (32) Fuero Juzgo, X, 1, 4: "Asi algun omne faz alguna casa en heredad ajena, en que non ha parte. Si alguno de los compañeros face vinna ó casa en heredad de su compañero, ó sabiendolo, sin poder mostrar por su juramento ó por testigos, de otro tanto de otra tal tierra á su compañero, é finque á él aquello que tomó. E si ficier la casa ó la vinna contra defendimiento de su compañero, deve perder quanto hy ficiere, ó quanto hy plantare. Mas esto enaxados en esta ley, que si algun omne dá tierra ajena ó la vendiere, ó la diere en canio, tal que nunca fue en su poder caquel que la diósi aquel que la tomó ficiere en aquella tierra casa, ó vinna, ó huerta, ó arredos, ó pumarés, ó ficiera hy alguna labor, et caquel cuya es la tierra, por engano no la quier demandar, porque daxe despues ende el labor que hy ficiere el otro, ó non lo sabe; pues se le agueste á quien fue dada la tierra pudier esto mostrar ante el celli, aquel que se la dió pache otras dos tales tierras é non deve perder su labor que ficiere en aquella tierra". Sobre esta y la X, 1, 7 del Fuero Juzgo, vid. DE LOS MOZOS, Jose Luis, El derecho de superficie en general y en relación con la plantación urbanística, en Tratado de Derecho urbanístico, Madrid, 1.974, págs. 67 a 69 y VENTIER FUENZALIDA, op. cit., págs. 229 a 231.

- (33) REDDRET, Luis, Historia jurídica del cultivo, 1, Madrid, 1.911, pág. 243 y 244.

- (34) Fuero Viejo, 4, 3, 3: "Esto es fuero de Castilla. Que si alguna tierra yace erial, e la labra algund labrador; e quando viene el tiempo de coger el pan, viene suo duenno de la tierra, e quier la segar, e levar el pan della, deve el que labro, levar el pan della, e al duenno darle suo derecho de tercio o de quarto, qual fuan la tierra, maguer que la aya labrado sin mandato de suo denno".

- (35) Libro de los Fueros, tit. 187: "...Et jusgara don Lope que una tierra que as sia aria e labraula un labrador e vinnia a tiempo de coger el pan el duenno de la tierra e queria lo segar, e levar el pan, deve el labrador levar el pan et al duenno dar qual fuesse la tierra de tercio ó de quarto, maguer non gela mandó labrar su duenno".

(36) Libro de los fueros, tit. 233: "Esto es por fuero de Fereso: que sy un omne a una tierra e viene otro omne e la planta vinna, et el que cuya es non yela defiende nin gela manda plantar e reyendolo, e viene a tiempo cuya es la tierra entra en la tierra que es plantada vinna, et dise aquel que le plantó quel de la meatat, et dise el otro que non gela deve dar, que el non manda en su tierra plantar vinna. Et jusgó el alcalde de Cereso quel de la meatat, mas quel muestre como la a plantada e criada como vinna es e deve liantar e vendimiar a medias".

(37) Vid. supra, pág. En opinión de BENEYTO PEREZ, con estas soluciones "se va, como es lógico, no a un arrendamiento, sino a una aparcería". Op. cit., pág. 176.

(38) Ibidem, págs. 113 y 114.

(39) Fuero Real 3.4.1: "Asi algun topa pusiere vifa en tierra agena, quier defendiendolo el señor, quier no, pierda la vifa al que la puso, e sea si pusiere arboles, o ficiere otra labor: e si algunas cosas destas ficiere en tierra, o heredad que haya de consumo con otros que no sea partida: e si no fuere partida e non lo supieren, dele otro tanto de tierra, e tan buena como la que han de consumo: e si no le diere, y parta aquella tierra, y la labor e cada uno de su parte de la cosa. E si alguno vendiere, o cambiare, o diere tierra agena a otro, que no supiere que es agena, e qual recibiere, o pusiere vifa en ella, o arboles, o ficiere otra labor, y el dueño lo supiere, e lo non contraxiere, haya la tierra e lo que en ella fizo, este que la recibió, e aquel que la enagenció desde la tierra poblada e su dueño".
Vid. DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 69.

(40) Con el nombre de placatione a complant la refiere DE FED, A., para las zonas del Adelfinato y la ANivernessa, llegando a alcanzar gran frecuencia en su uso alrededor del siglo X para la plantación de viñedos, a la que se había obligado el tomador de la tierra, una vez transcurridos 5 o 7 años desde la

celebración del contrato y ocupación por éste del terreno cedido. "devolvía al concedente la mitad del terreno mejorado, y retenía para sí la otra mitad, en plena y libre propiedad". Por una teoría del contrato agrario. Roma, 1.938, pág. 147.

(41) GROSSI, op. cit., pág. 122.

(42) BALLARV JUVANY, José, nos da noticias de él, señalando que "la costumbre que seguían en la Marca de España, respecto de este punto, en los siglos X, XI y XII, pueden condensarse en los siguientes conceptos. Un propietario cedía una porción de tierra a título de precario por durante siete años a un labrador para que la plantase de viña y la cultivase. Al terminar este plazo dividían la viña en dos partes, de las cuales una era para el propietario y la otra para el labrador. Si este quería enagenarla había de ofrecer primeramente al propietario de la otra mitad. Los frutos de la viña durante los siete años se dividían por mitad entre el propietario y el labrador, o bien el propietario recibía la cuarta parte. Algunos propietarios cedían la vendimia de uno de los siete años al labrador...". Orígenes históricos de Cataluña, II, Anadia de San Cugat del Vallés, 1.964, pág. 660.

(43) COSTA, Joaquín, da detallada y cumplida cuenta de estos contratos agrarios en el inicio de nuestro siglo en la provincia de Jaén, analizando sus aspectos económicos, sociales y jurídicos. Fue un instrumento jurídico sónico para la plantación de olivos en esta provincia, extendiéndose, para la plantación de viñas, a la Mancha y provincia de Valencia. Plantación a medias, en Derecho consuetudinario y economía popular de España, II, Barcelona, 1.902, págs. 335 a 345.

(44) SANCHEZ MARTINEZ, Manuel, al referirse a los contratos agrarios en el Estado cordobés, durante la dominación islámica, señala el contrato de Amúgarasañ que "interesaba, sobre todo, a la arboricultura y, según el cual, la propiedad a tenor de una cuota prevista se dividía, a partir del momento en que la plantación empezaba a rendir". Historia de Andalucía, I, Madrid, 1.980, pág. 318.

- (45) GIBERT, Rafael, La <complantatio> en el Derecho medieval español, en AHDE. XIII, 1.953, pág. 737. GARCIA VALDEVELLANOS, Luis, por su parte, nos dice que "por el contrato Rad plantandum o acomplantia de la Francia medieval, muy usado en Cataluña, el dueño cedía a un labriego una tierra para que la plantase, dividiéndose los frutos entre plantador y dueño durante un determinado plazo de tiempo y, transcurrido éste, la mitad de la tierra plantada pasaba a ser del plantador y la otra mitad, ya en explotación, quedaba para el dueño". Curso de Historia de las instituciones españolas, Madrid, 1.973, pág. 250. Vid. el resumen que hace VATTIER FUENZALIDA, recopilando y sintetizando las aportaciones al estudio de la acomplantatio de algunos de los autores citados en este trabajo, op. cit., pág. 220 y 221.
- (46) GIBERT, op. cit., pág. 741.
- (47) GROSSI, op. cit., pág. 122. FERRARA que lo denomina contrato Rad partionem, nos dice que "por éste se daba una tierra Rad laborandum, sobre la que el concesionario, plantaba una viña: antes de esto pagaba un canon tenue al propietario de la tierra, después le daba una porción del vino recogido y cuando la viña era adulta se dividía a mitad: una parte era dada al propietario del suelo, la otra al plantador, en exclusivo dominio". Op. cit., pág. 172.
- (48) CERRILLO Y QUIEZ, Francisco, Plantación, en Diccionario de Derecho privado, II, dirigido por DE CASSO y Cervera, Barcelona, 1.950, pág. 2.925. Este autor lo considera una manera de asociación agrícola.
- (49) FIVAND, I contratti agrari in Italia nell'alto medio evo, Torino, 1.904, pág. 283. BENEYTO PEREZ, apuntando que a lo largo de la Edad Media surgen los contratos típicos romanos, señala que "de la colonia parciaria sale el contrato "ad partionem", nacido para la roturación de fundos, de este surgen el de plantación que en su forma de medias están frecuente en nuestros cartularios". Op. cit., pág. 181.

(50) *Alam. sigotborun.* X, I, 6 y X, I, 7. Sobre ellos vid. notas 30 y 31 en este mismo capítulo.

(51) *Lex Visigothorum*, X, I, 9: "De silvis inter Gotum et Romanum indivisa relictis. De silvis, que indivise forsitan residerunt, si a Gotus sive Romanus sibi eas adsumerit, fecerit fortasse culturas, statimque, ut, si adhuc silva superest, unde pars meriti terra eius, cui defuit, partem debeat compensare, silva excipere non recuset. Si autem pars meriti, que compensetur, silva non fuerit, quod ad culturam eorum est dividatur". En relación a los bosques que permanecieron indivisos con la invasión de los godos, esta ley viene a decir que "si uno de los *consortes* roturó una parte del bosque, debe resacar al otro con una parcela *partis meriti* del bosque común, que pasará a ser exclusiva de aquel, y si no hay una parcela equiparable debe dividirse la parte roturada". En opinión de D'ORS, "de esta ley se ha deducido que las *silviculture* solían dividirse por mitad, ya que la apropiación, por cultivo, de una parte debe ser compensada con otra igual. Sin embargo, en primer lugar, esta división a medias es supletoria de la que pudieron acordar las partes, y nada obliga a que siempre fuera así. Aunque el uso solidario del bosque indiviso haga pensar, a primera vista, en un reparto a medias como el más natural, no hay que olvidar que este uso no dejaba de tener cierta proporción con las respectivas fincas de labor de ambos *consortes*, que se hallaban en una relación de dos a uno, y, como veremos, no faltan indicios de que esa misma proporción fuera respetada para distribuir la explotación del bosque por ambos consortes. Por lo demás, cuando nuestra ant. habla de dividir la parte de bosque que ha sido roturada, en el supuesto de no quedar bosque suficiente, esa división debemos suponer que es la propia de toda tierra cultivada, es decir, de dos a uno, y no a medias. Y esta observación nuestra aparece corroborada por la comparación con lo dispuesto en al ant. 6" (se refiere al texto X, I, 5, comentado por el autor, que nosotros transcribimos en la nota 30 de este capítulo). Op. cit., págs. 176 y 177.

(52) GIBERT, op. cit., págs. 765 a 767.

(53) COSTA, op. cit., págs. 336 y 340.

54) El proyecto de Código civil de 1.851 incluía la «rabassa morta» entre los gravámenes análogos al censo, al que dedicaba el nº 9 del art. 1.563: "El contrato en cuya virtud el dueño del suelo ha cedido su uso para plantar viñas, y por el tiempo que viviere en las primeras cepas, fenecce el derecho a los sesenta años, si no se ha estipulado lo contrario, bien se conserven las primitivas en todo o en parte, o bien se hayan plantado otras". Al respecto de él dice GARCÍA SUYENA, Florencio: "se ha conservado y mencionado esta especie de contrato o establecimiento por ser frecuente y de grande utilidad en Cataluña: llámese Rabassa morta o à primeras cepas: y en él se paga tambien laudemio". Concordancias, notivos y comentarios del Código Civil español, II, Zaragoza, 1.974, pág. 816. Una exposición muy completa sobre los avatares sociales, políticos, económicos y jurídicos que sufrió el instituto en el proceso de transformación decimonónica al modo de producción capitalista, motivo de desavenencias y conflictos sociales entre Rabassaires y señores de la tierra, en el arco catalán, puede encontrarse en la obra de BALCELLS, Albert, El problema agrario en Cataluña. La cuestión rabassaire (1.890-1.936), Madrid, 1.980, págs. 44 s 55. Según BALCELLS, "tácitamente el Código civil consideraba, por tanto, a la rabassa morta como una enfiteusis, en contra de la propaganda de algunos portavoces de los propietarios, pero, en cambio, sancionaba la pérdida de su duración indefinida, característica tradicional que comportaba que el país poseyese la tierra mientras la conservase productiva y, por lo tanto, perpetuamente si era trabajador y honrado". Op. cit., pág. 34. vid. el ilustrativo y documentado trabajo que hace SALVADOR CORDECH, Pablo, sobre la Exposición de los rabassaires y propietarios en torno al art. 1.563,9 del proyecto de Código civil de 1.851, que "constituyen las críticas muy distintas planteadas en función de intereses contrapuestos: los rabassaires pretenden asimilar su condición a la del censatario normal y corriente pero, subsidiariamente, solicitan simplemente la prolongación de la duración del contrato. Los propietarios pretenden asimilar la condición del rabassaire a la del arrendatario o, como mucho, a la del aparcerero". La conciliación y su historia. Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes, Barcelona, 1.965, págs. 101 a 110. En las págs. 53 a 66 desarrolló el autor los precedentes en el conflicto Rabassaire que originaron propuestas normativas

hasta su regulación en el Proyecto del 1.851.

- (55) FUGUERRIOL, Luis y ROCA TRIAS, Encarna, Fundamentos del Derecho civil de Cataluña, IV, 19, Barcelona, 1.981, pág. 261. Según TOG, consisten estos establecimientos en que "el poseedor de una pieza de tierra la establece para plantar de viña, mientras existan las primeras cepas, muertas las cuales, o inútiles, fenece el contrato, y vuelve la cosa al primitivo dueño, o su sucesor". Tratado de la Cabrevación, Cap. 10, citado por TURAN Y SAC, Manuel, Memoria de las Instituciones de Derecho civil de Cataluña, Barcelona, 1.883, pág. 126. BARRACHINA Y PASTOR, señala que también se establecía este contrato, aunque con muy poca frecuencia, con la obligación de plantar olivos. Derecho foral español, II, Castellón, 1.912, pág. 167. PELLA Y FORGAS, José, por su parte, indica: "si bien en general se aplica la rabassa morta a viñedos, a veces ha sido otorgado tal contrato respecto de otras plantaciones, como avellanos u otros cultivos". Derecho civil de Cataluña, IV, Barcelona, 1.943, pág. 310.

- (56) La figura agraria de la Acoplantà o arrendamiento Rà complantà desarrollada en algunas zonas de Francia tiene algunos rasgos similares a la rabassa morta. DENISART, a finales del siglo XVII, decía que "se trataba de un campo en el que se ha concedido el disfrute a alguien con la carga de plantarlo de árboles y particularmente de viñas y de dar una parte de los frutos al propietario del terreno". En los comentarios de las Acoutumes del Oeste francés la define PULLAIN DUPAC como "un arrendamiento a perpetuidad o por un tiempo determinado por el cual el propietario de una heredad la traslada al tomador con la carga de plantar viñas o de mantener las que están plantadas, de cultivarlas como buen padre de familia y de dar al arrendador la porción de la vendimia que está estipulada en el contrato". Una sentencia de 7 de agosto de 1.837 de la Corte de la Casación francesa definió la propiedad exclusiva del arrendador. Las disquisiciones sobre la naturaleza del contrato Rà complantà se agudizan a raíz de la crisis del viñedo nantés. Los propietarios sostienen que la muerte de las viñas significaba la rescisión del arrendamiento. El tribunal de Nantes en una sentencia de 4 de diciembre de 1.893 da respuesta favorable a los propietarios, afirmando que el arrendamiento Rà complantà no transfiere ningún

derecho sobre el terreno, por lo que la destrucción de las viñas autoriza al propietario a obtener la restitución del terreno. Sobre esto vid. DE JUGLART, op. cit., págs. 141 a 144. El Regil à complantà se encuentra regulado actualmente en el Código rural francés en el título IV del libro VI (art. 929 a 934).

- (57) BROCA Y AMELL, José, afirman que se conserva alguna escritura de principio del siglo XVI, otorgada en la costa de Levante, en que ya suena la frase Rabassa morta. Instituciones del Derecho civil vigente, II, pág. 118, citado por SANTAMARIA, Victorino, La rabassa morta, y el desaucho aplicado a la misma. Villafrañca del Panadés, 1.293, pág. 50. TOS dice que SOLSDNA, autor patrio, que escribió en la segunda mitad del siglo XVI lo reconoce, y señala que el contrato de «rabassa morta» admite cualesquieras pactos y condiciones, por lo que es evidente que, aún cuando en su época no fuese muy usual, o no se le considerase digno de mención por estimarlo como una forma de enfiteusis común, no era ya desconocido; lo cual por lo mismo no autoriza a decir que no tiene gran antigüedad. Op. cit., núm.7, nota del cap. 10, citado por DURAN Y BAS, op. cit., pág. 127. De 1.164 cita de BROCA, Guillermo há, un documento cuyos rasgos jurídicos son los propios de la «rabassa morta». Historia de Derecho de Cataluña especialmente de civil y exposición de las instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la jurisprudencia, Barcelona, 1.985, pag. 244. (reeditado de la primera edición de 1.912). Basándose en idénticas fuentes, de esta fecha parte HERNANDEZ MORENO, Alfonso, para quien ni TOS dice que SOLSDNA hable ya de «rabassa morta», ni verdaderamente este último lo menciona; tampoco tiene su origen en la costa de Levante, sino tierra adentro, en la comarca del Gironés. Un contrato agrario del Derecho español: la rabassa morta, RDA, 1.975, págs. 630 a 634.

(58) PARES, Sebastián. La rabassa morta, RDP, 1.924, pág. 221.

(59) PARES, op. cit., pág. 220.

(60) SANTAMARIA, señala que Rrabassaa equivale a roturación en la lengua catalana. Op. cit., pág. 60. BALARI

JOVANY, entiende que Arabogañ significa cepa. Op. cit., I, pág. 352.

(61) SANTAMARÍA, expresa: "significándose por la palabra Rmorçañ, o a primeras cepas, que la duración del contrato no se extiende a un término mayor que el de la vida de aquellas (cepas)". Op. cit., págs. 60 y 61.

(62) "En algún contrato se percibían todavía vestigios feudales, como el deber del rabasser de asistir a misa con el dueño, de entregarle pollos, huevos o frutos en Navidad, Pascua, etc., e incluso la obligación del masover de amamantar a los hijos de la del propietario, si esta no tenía leche. Algunos propietarios utilizaron su situación como instrumento de caciquismo durante el último tercio del siglo XIX y el primer tercio del XX, coaccionando a sus masovers en tiempos de elecciones para que votasen al partido o candidato que ellos apoyaban". BALCELLS, op. cit., pág. 36.

(63) BALCELLS, op. cit., pág. 34. Vid. notas en pág. Junto a la opinión de este autor es muy aclaradora de la naturaleza de este contrato los comentarios de GIRALT Y RAVENTÓS, Emili, en la introducción a la primera edición del libro citado, a las que hacemos referencia en las mismas notas a las que reenviamos.

(64) Es de anotar en este sentido la respuesta del Cabildo de Tarragona al punto 3º -medios de mejorar nuestra legislación desterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección-, de la consulta hecha al país por la Comisión de Cortes de 1.809: "Más lo sería la reforma y regulación de los vínculos y fideicomisos de que se ha abusado, de tal suerte que apenas se halla finca que no esté sujeta a alguna vinculación moderna, o antigua, de lo que se sigue la incertidumbre con la que proceden los compradores, al tiempo de la compra, por más vigilantes y cuidadosos que sean en el examen de los títulos de la procedencia de la alhaja que se compra...".Tarragona, 27 de setiembre de 1.809, Archivo de Cortes, leg. 6, num. 24. Selección de respuestas hechas por ARTOLA GALLEGO, Miguel, Los orígenes de la España contemporánea, II, Madrid, 1.976, pág. 271.

(65) Según DURAN Y BAS: "Las pequeñas suertes requieren pocos brazos y escasos capitales para trabajarlas y fecundarlas; y una familia, aún sin muchos individuos, puede bastar para el cultivo de tierras poco extensas. Frugales estas familias, viven de la misma tierra; y el cultivo se hace con más baratura y menos riesgo de los capitales, que si el propietario tiene que pagar jornal al trabajador". Op. cit., págs. 117 y 118. PARES; indica "las causas que primordialmente contribuyeron al desarrollo de la rabassa morta: a) el gran incremento que alcanzó en nuestro país el cultivo de la viña. b) La escasez de numerario en que ordinariamente se encontraban los propietarios de mansos, que, atentos a la conservación y acrecimiento del patrimonio, evitaban su desmembración, destinando el metálico al pago de dotes, deudas hereditarias y demás atenciones igualmente apremiantes, viéndose así, de ordinario, sin los elementos necesarios para hacer directamente la plantación de la viña, por cuyo motivo debieron solicitar el auxilio de la clase labriega, que se prestaría a hacerlo mediante la concesión a rabassa morta. c) La misma idea de la conservación del patrimonio, robustecida por el extraordinario desarrollo del fideicomiso familiar -pues no pudiendo enajenar, por efecto del fideicomiso, ni siendo posible arrendar, porque nadie cultiva en arrendamiento terrenos de roturación difícil-, introdujo la necesidad por parte de los propietarios de acudir al contrato de rabassa morta. d) La bondad económica del sistema de explotación agrícola que implica este contrato, pues, como hemos dicho, no solo atiende a asociar el capital y el trabajo, sino que también a convertir el trabajador en cuasi propietario. e) Por ser la rabassa morta el más importante de los contratos de cultivo indirecto; de ahí que lo adoptaran los hacendados no agricultores para convertir en viñedos aquellas extensiones de sus haciendas que no pudieron cultivar directamente".

(66) Vid. VICEN VIVES, J., Historia económica de España, Barcelona, 1.969, pág. 465.

(67) ANES, GONZALO, El Antiquo Régimen los Borbones, en Historia de España Alfaguara, IV, Madrid, 1.975, pág. 164.

- (68) Casi todos los autores desarrollan una explicación de este conflicto social, si bien en la interpretación del mismo no siempre coinciden. Vid., por su amplitud de detalles históricos, COSTA, Joaquín, Colectivismo agrario en España, op. cit., págs. 491 a 501. Más sucintamente trata el tema PARES, op. cit., págs. 223 a 224. PUIG FERRIOL y Roca TRIAS, hacen una exposición del conflicto muy completa y desde una perspectiva diferente a los demás. Op. cit., págs. 270 a 273. La más laudable presentación y explicación del conflicto nos la proporciona BALCELLS, op. cit., pág. 59 y ss.; un resumen del mismo, coincidente prácticamente con este, nos lo proporciona GIRALT Y PAVENTOS en la introducción a la primera edición del libro último citado, pág. 15 a 17. Sobre una interpretación de la cuestión centrada en la separación producida a lo largo del siglo XIX entre las modalidades enfiteuticas del foro y la rabassa morta, por mor del enfrentamiento entre los intereses sociales en pugna y su reflejo en la superestructura jurídica, vid. CLAVERO, Bartolomé, Foros y rabassas, en El Código y el fuero. De la cuestión regional en la España contemporánea, Paracuellos del Jarama, 1.982, págs. 83 y ss.
- (69) TATJER CLARA, Juan, Rabassa morta, en Diccionario de Derecho Privado, II, op. cit., pág. 3.235. PELLA Y FORDAS, así lo hace saber: "Pero desde la invasión de la filoxera que destruye los viñedos han sido reconstituídos no así este contrato, que lentamente ha ido tomando la forma y denominación de un contrato de arrendamiento a parte de frutos, y no se escritura ya ante notario como antiguamente". Op. cit., pág. 308. Vid. el estudio de PUJOL ANDREU, Josep, sobre las causas económicas que influyeron en la crisis del sector vitícola a finales del siglo pasado y principios del presente con sus importantes secuelas en el conflicto «rabassaire». La crisis de sobreproducción en el sector vitivinícola catalán, 1.892-1.935, en Historia agraria de la España contemporánea, III, Barcelona, 1.986, págs. 317 a 346.
- (70) DOMÍNGUEZ ORTIZ, Antonio, refiriéndose al incremento que experimenta el viñedo en los siglos XVI y XVII, pone de manifiesto que "es otro de los rasgos de la evolución agrícola del siglo XVI-XVII, y en gran

parte se hizo a costa de la superficie triguera. Las ventajas de las sustituciones eran evidentes; el viñedo además de más productivo es más seguro, da cosecha todos los años, exige menos mano de obra y no depende tanto de la coyuntura climática". El Antiguo Régimen: los Reyes Católicos y los Austrias, en Historia de España Antigua, 14^a, Madrid, 1.974, pág.159. Según TAMAYOS, Ramón, "el cultivo de la vid ofrece la doble ventaja de no exigir mucho trabajo y de producir cosechas considerables en terrenos poco aptos para dar otro fruto". Estructura económica de España, I, Madrid, 1.982, pág. 205.

(71) GIRALT Y RAVENTÓS, Enlla, La viticultura y el comercio catalán del siglo XVII, II, Barcelona, 1.952, págs. 159 a 176.

(72) LANINDE ABADIA, Jesús, considera la «habasaorta» y las cédulas de plantura, junto a los foros, como modalidades de censos. Iniciación Histórica al Derecho español, Barcelona, 1.970, pág. 657.

(73) CASTAÑERAS, José, Derecho civil español, común y foral, II, 28 edición revisada y puesta al día por MARIN PEREZ, Pascual, Madrid, 1.978, pág. 350.

(74) JOVE Y BRAVO, Rogelio, Los foros, Madrid, 1.881, págs. 1 y ss.

(75) JOVE Y BRAVO, llega a la conclusión de que si bien la enfiteusis es por naturaleza perpétua, el foro lo es temporal, pero no se puede esto absolutivizar visto que existen enfiteusis temporales y foros perpétuos. Op. cit., pág. 20 y ss. Sobre un estado de la cuestión y posiciones sobre el tema de manera sustantiva, vid CASTAÑERAS, op. cit., pág. 328.

(76) COSTA, op. cit., pág. 328.

(77) JOVE Y BRAVO, op. cit., pág. 49.

- (78) AGUILAR Y GARCIA, Antonio, El contrato y el derecho real de foro, Madrid, 1.911, pág. 133.
- (79) Como modalidad de los foros y guardando notable analogía con la «rabassa morta» en la PUI6 PERA, Federico, las cédulas de planturio. Esta es diferencia del instituto catalán, según el autor, en que el cesionario adquiere el dominio útil del terreno. Compendio de Derecho civil español, II, Pamplona, 1.972, pág. 755. Más no es tan claro ni acentado por la doctrina en general este criterio diferenciador, desde el momento que de la «rabassa morta», en sus orígenes y en la regulación recibida en el Código se desprende caracteres análogos a la enfiteusis, de la que se señalan algunas particularidades propias, que han sido motivo de discusiones por recordar algunos aspectos de su configuración jurídica en el Código civil al arrendamiento rústico allí regulado.
- (80) Según JOVE Y BRAVO, "la condición reversiva de las cédulas de planturiado ocasiona dudas muy profundas; se trataba de fijar si la tierra estéril para los efectos de la reversión, habiéndose considerado tal cuando ya no prendiesen ni encontrasen jugo en ella nuevas cepas, o si la esterilidad se entendería en absoluto, o lo que es lo mismo, cuando el suelo aforado no diese frutos aún dedicado a otro cultivo de distinta especie". Resuelve este autor que la primera es la solución más conforme a derecho y al principal objeto del contrato, la viticultura, "pues en rigurosa lógica desapareciendo el objeto desaparece el contrato que solo para él se otorgó". *Op. cit.*, págs. 177 y 178. Para CASTAN TOBERAS la reversión debió producirse, si bien no puede precisarse si por esterilidad del suelo para las vides o para todo tipo de cultivo, puesto que "el Colegio de Abogados de Oviedo decía en su informe de 1.874 que este sistema de contratación puede asegurarse que ha concluido". *Op. cit.*, pág. 351.
- (81) Decía en la segunda mitad de la centuria pasada CASTRO BOLANOS que "si se tiene en cuenta que en tan largo periodo de tiempo se crearon infinitos intereses, y aún derechos incompatibles con el despojo de los foreros; si se considera que esta cuestión, más que de derecho, es social, y hasta de existencia para la

inmensa mayoría de las familias de Galicia y Asturias, no será aventurado augurar que, sea cualquiera el término al referido expediente, nunca tendrá lugar la reversión". Estudios sobre el foro, considerado en su doble concepto de contrato y de derecho real, Lugo, 1.873, pág. 79.

(82) Como advierte en señalar ABRERA LOPEZ, Carlos, "al apuntar el art. 223 a las cédulas constituidas antes del Código civil, o se marca la imposibilidad de constituir las después del Código, o se excluye de la redención forzosa a las posteriores; el primer término del dilema es original; como en virtud de la libertad de contratación nada impide conceder terrenos para plantar vegetales, resulta inconcebible la excepción de los viñedos, solo explicable si dimanase de la Administración, en régimen de selección de cultivos, pero inadecuada en un cuerpo legal de Derecho privado. Si la finalidad del artículo es la de negar subsistencia a la plantación como institución foral, desplazándola a la general contratación solo se habría conseguido privar a los cultivadores de la imprescindible legal de los derechos de redención forzosa; las razones que para ello haya tenido la compilación, no se nos alcanzan". El derecho foral gallego, Santiago de Compostela, 1.970, págs. 47 y 48.

(83) El Real Decreto-ley de 25 junio 1.926, desarrollado por el reglamento de 23 agosto del mismo año, ya había declarado redimible, entre otras figuras, las cédulas de plantación. El mismo fue declarado vigente por Decreto de 31 mayo 1.931 y Ley de 30 diciembre del mismo año.

(84) ABRERA señala que "cultivaban principalmente la avena para su consumo y la cebada para fabricar la cerveza". Op. cit., pág. 116.

(84) VIE, COSTA, *Plantación a medias*, en *Derecho sucesoración y economía popular en España*, II, Barcelona, 1.902, págs. 126 a 128.

(85) GARCIA VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pág. 150.

(86) GIBERT, *op. cit.*, pág. 705.

(87) COSTA, *Plantación a medias*, *op. cit.*, pág. 336 y 337. Vrd. también TERRILLO Y GUILLET, Francisco, *Plantación*, en *Diccionario de Derecho privado*, II, *op. cit.*, pág. 2.985 y 2.986. De peculiaridades similares es el conocido en San Fernando y Chiclana de la Frontera (Cádiz), si bien pudieran estar extendidas en otras zonas de Andalucía, por contrato «a renta y mejora», del que nos da cuenta ESCOBAR, Eloy, *Modelado por el uso y la costumbre "es aquel en cuya virtud el propietario de un terreno apto para el cultivo lo cede a otra persona, por tiempo determinado y canon cierto y periódico, con obligación por parte del cesionario de hacer en dicho terreno mejoras proporcionales al valor del mismo, de los cuales deviene propietario, y con derecho por parte del cedente a dar por terminado el contrato en cualquier momento, abonando a aquel el valor de dichas mejoras"*. Entre las mejoras que se encontraba autorizado el cesionario a hacer se hallaban las de hacer "árboles, cepas y demás plantíos duraderos". *El contrato a renta y mejora*, RDP, 1.947, págs. 763 a 767.

(88) Hay que resaltar como ha sido suficientemente expuesto por la doctrina más reciente, que las categorías jurídicas no son ahistoricas y, por tanto, no es correcto transplantar mecánicamente el concepto romano de dominio al que fragua en los Códigos civiles de la etapa liberal. Como expresa RODRÍGUEZ, Stefano, al estudiar la derivación de la propiedad en el RDPdeA, "de este modo, el derecho nuevo encontraba una ulterior razón de legitimidad, al presentarse como el trámite para volver a enlazar con la experiencia cultural que, en la tradición del Occidente, había terminado por simbolizar el momento mismo de la juridicidad; y la difusión y la persistencia de la tradición romanista, atribuyendo a algunas

construcciones el sentido de una concreción histórica de algunos principios eternos e inmutables, permitió significativas posibilidades de concordancia con el filón iusnaturalista, que constituye el componente fundamental del movimiento intelectual que aquí se examina. La apelación al Derecho romano, aunque después se juzgara poco rigurosa, estaba armada de inudable valor persuasivo y permitía acudir a un modelo no teórico para distinguir entre formas legítimas y formas no legítimas de propiedad". El derecho romano. Estudios sobre la propiedad privada, trad. esp. de Díez-Picazo, Paracuellos del Jarama, 1.986, págs. 76 y 77.

(87) LOPEMO, Julia. Historia de la agricultura en Europa y América, Madrid, 1.975, pág. 176.

(90) PEREZ MORA, Esteban. Historia agraria española, Madrid, 1.981, trad. esp. de v.A. GONZALEZ, pág. 85.

(91) IGLESIAS, Juan. Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Ediciones de Llobregat, 1.979, págs. 238 y 246.

(92) D. 41, 1, 9, pr.; Inst. 2, 1, 32; Gayo 2, 75.

(93) D. 41, 1, 7, 13; D. 41, 1, 26, 2; Inst. 2, 1, 31; Gayo, 2, 74.

(94) BONFANTE, Instituciones de Derecho romano, Trad. española de Luis Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, w/f, pág. 261.

(95) D. 4, 66, 3 y 4, 65, 2, dadas en Constantinopla en el 529 y 528, respectivamente, de nuestra era. De algunos pasajes del Código de Justiniano, también se ha deducido una cierta relajación del principio de accesión en el Derecho romano postclásico. Según el D. 41, 59, 7, adquiría la propiedad el que hubiere convertido en fértil y productivo mediante cultivo un fondo patrimonial, siempre a salvo el canon.

Medida que se aplica a los fundos privados desiertos, según el C. 11, 59, B, cuando fueran abandonados por sus dueños y al ocuparte los pusiera en cultivo, al transcurrido un bienio el verdadero dueño no los reclama, restituyendo previamente lo que gastó el cultivador. Vid. GUILARTE ZAPATERO, Vicente, El derecho de superficie, Pamplona, 1966, pág. 30, y DE LOS MOTOS, op. cit., pág. 45.

(96) CORRELLA, Arturo, al tratar de la enfiteusis en el Derecho romano, a la que asigna sus orígenes en las provincias del Imperio y no en Roma, nos dice que "el fin y la causa de esta institución se revelan en el nombre con que se la designa. Según su etimología, la palabra Agrophyteusis, compuesta de Agro y Phiteuo, significa la acción de plantar. La roturación de los terrenos yermos y la extensión y mejora del cultivo en general fueron las necesidades que vino a satisfacer y el objeto que se propuso llenar el contrato enfiteutico". Historia jurídica de las diferentes especies de censos, Madrid, 1892, págs. 128 y 129.

(97) BENEDETTO, Maria Ada, Allodio, en Novissimo Digesto italiano, I, Torino, 1957, págs. 166 y 167.

(98) BESTA, op. cit., págs. 89 y 90.

(99) "El contacto con la cultura romana, la recepción del cristianismo, la conquista del territorio romano, el robustecimiento del poder real y los efectos de la distribución de los terrenos de cultivo determinaron profundas modificaciones en las relaciones económicas del pueblo". BRUNNER y VON SCHWERIN, Historia del Derecho germánico, trad. española de José Luis Alvarez, Barcelona, 1936, págs. 31 a 33.

(100) No obstante, ha de tenerse en cuenta lo señalado por BRUNNE y VON SCHWERIN: "los germánicos practicaban la caza; pero ello no permite situarles en la etapa cultural de los pueblos cazadores. La ganadería constituía el punto central de su vida económica". Op. cit., pág. 9.

(101) Las principales fuentes de su alimentación, según TACITO y CESAR, eran la leche y la carne de sus ganados, los frutos silvestres y el producto de la caza. TACITO, Germania o De moribus germanorum, cap. 8, 11 y cap. 17; CESAR, C.J., De bello gallico, libro 6, cap. 21 y libro 4, cap. 1. Citados por CORBELLA, op. cit., pág. 158.

(102) ALTAMIRA, Rafael refiriéndose al carácter nómada de los pueblos germánicos, cuya principal fuente de vida era la cría de ganados y la caza, expresa: "...esto hacía necesario la comunidad del extenso terreno preciso para la caza y pastos en la tribu. Y efectivamente, siendo para los germanos más importantes que el suelo arable y la estabilidad que lleva consigo la disposición de dilatados terrenos, con libertad de abandonarlos cuando se hicieron inútiles para sus necesidades, y viviendo socialmente sobre la base de la comunidad de vida de la tribu, determinaban ambas el carácter de sus establecimientos, el género de existencia ambulante, pronto a la emigración -como se muestra incluso en el tipo de sus casas, desmontables y portátiles-, y sus relaciones con la tierra, sobre el que todavía no ejercen aquel derecho de propiedad, consecuencia de la vida sedentaria y de la constante incorporación del trabajo al suelo, sino una especie de posesión que abandonan cuando les conviene. El principio de comunidad en el disfrute era por esto menos seguido que lo que lo hubo de ser en el periodo agrícola y sedentario..." Historia de la propiedad comunal, Madrid, 1.929, pág. 116. DE AZCARATE, Guersindo, nos dice que "los germánicos pasaron por aquella serie de estados porque, según hemos visto, han pasado todos los pueblos. Parece que cuando se encontraron por primera vez con los romanos, conservaban todavía las costumbres guerreras propia de los pueblos cazadores, eran en lo esencial pastores, y sólo comenzaban a dedicarse a la agricultura". Ensayo sobre la Historia del derecho de propiedad, 1, Madrid, 1.879, pág. 155. Para GARCÍA VALDEAVELLANO, en "la vida económica de los mismos (germánicos) predominó la ganadería sobre la agricultura y que la posesión del ganado era la base principal de la riqueza, siendo su agricultura muy superficial y fundamentada en el sistema llamado economía de las praderas (Afeldgrasswirtschaft), según el cual, al cultivo de cereales en un campo sucedía el dejar crecer la hierba en el mismo, ya porque la hierba se dejase crecer después de

transcurrir un determinado plazo, forma esta de agricultura que exige grandes superficies llanas". Op. cit., págs. 167 y 167. En esta misma línea se expresan BRUNNER, y VON SCHWERN, para quienes "con todo, nos encontramos a los germánicos en los tiempos históricos en la condición de pueblos pastores nómadas. Tienen domicilios y cultivan las tierras de labor, aunque ciertamente no de un modo intensivo sino sólo superficial y es presumible que lo hiciera según el método llamado por los economistas de economía de pastores". Op. cit., pág. 9.

(103) VICENS VIVES, J. en este sentido al referirse a la conquista del suelo a través de la agricultura, lo pone de manifiesto: "tanto estos cultivos (plantaciones de viñedos y olivares como aquellos árboles frutales) requieren tradición ininterrumpida, con tendencia a la estabilidad del hogar y al individualismo agrario, que ya se reflejó en Italia, por un mismo proceso de adaptación geográfica, en los principios especiales del Derecho romano, que se basa en la propiedad individual". Op. cit., pág. 30. TACITO describía las tierras que ocupaban los germanos como bastante férciles y poco favorables a los árboles frutales, dada las condiciones de clima y suelo determinados por su situación geográfica. Op. cit., cap. 2, p. 2, cap. 4, cap. 5, p. 1 y 2 y cap. 6, p. 1. Citado por CORBELLA, Op. cit., pág. 147.

(104) ALTAMIRA señala que "cultivaban principalmente la avena para su consumo y la cebada para fabricar la cerveza". Op. cit., pág. 116.

(105) Vid. AZCARATE, Op. cit., pág. 151.

(106) Así lo indican entre otros, PLANIG, Hans, Principios del derecho privado germánico, traducido por Carlos Melón Infante, Barcelona, 1.937, pág. 117. Vid. TACITO, Op. cit., cap. 5 p. 1 y 2 y cap. 6, p. 1. Citado por CORBELLA, Op. cit., pág. 147.

(107) En opinión de DATONE: "a la pregunta de qué predio es el mejor, respondo esto: en una extensión de cien

yugadas en el mejor emplazamiento de todo el terreno, la viña es el cultivo preferente, sobre todo si es productora de abundante vino; en segundo lugar, una huerta de regadío; en tercero un bosque de sauces; un olivar, en cuarto; en el quinto, praderas; en sexto una haza de terreno plantado de trigo; en el séptimo, octavo y noveno, bosque talar, alameda y encinas respectivamente". De agricultura, trad. esp. de FÉRALES ALCALA, Ana M^a., Granada, 1.976, pág. 48 a 51.

(108) GARCIA VALDEAVELLANO: "de los romanos aprendieron más tarde el cultivo intensivo, la horticultura y la viticultura". *Op. cit.*, pág. 167.

(109) Sobre la ASINERA Vid. BRUNNER y VON SCHWERTIN, *op. cit.*, pág. 11 a 14, y GARCIA VALDEAVELLANO, *op. cit.*, pág. 168.

(110) SALIS, *op. cit.*, pág. 27.

(111) SCHUPFER, Francesco, allogio en Digesto italiano, II, 28, Torino, 1.893, pág. 477.

(112) El estado visigótico y su derecho es considerado un epigono del Imperio romano, continuación de su decadencia. Vid. AZARATE, *op. cit.*, pág. 169; GARCIA DE CORTAZAR, José Angel, La época medieval, en Historia de España Alfoquara, II, Madrid, 1.977, pág. 18.

(113) Hay un decaimiento, cuya manifestación más clara es el traslado del centro de gravedad de la ciudad al campo, en cuanto centro político y económico de las decisiones. Esta nueva fase ni tan siquiera adquiere del mundo antiguo las formas exteriores del aparato económico propio; ni la industria, ni el sistema monetario y ni siquiera la forma de agricultura en relación directa con el aumento de los territorios incultos, retorna a un tipo prevalentemente de economía extensiva, declinamiento de la arboricultura, vuelta a una actividad ganadera de crianza de animales pequeños, etc. Vid., entre otros, KUCZINSKI,

JURGEN, Pre-historia de la economía, Madrid, 1.974, pág. 87 a 100; LUELMO, op. cit., págs. 211 a 217;
GARCIA DE CORTAZAR, op. cit., pág. 233; GROSSI, op. cit., págs. 44 a 50; BLOCH, Marc, Historia rural
francesa, Barcelona, 1.978, págs. 74 a 75.

(114) GROSSI lo explica de la siguiente manera: "la enfermedad del robusto tejido estatal romano lo debilita; orientaciones de la práctica, tendencias regionales y provinciales, en suma centrífugas, afloran y aflora la exigencia de estructurar un derecho no tanto como articulación lógica, como sistema racional y abstractamente configurado, sino como realidad empírica estrechamente adherida a la cambiante realidad económico-social y por estar condicionada, inidóneo para para presentarse como sistema, sino antes más bien como coacervo de datos e institutos con soluciones dictadas por el buen sentido histórico y contingentemente necesitadas". Op. cit., pág. 36.

(115) GROSSI, op. cit., pág. 37 a 39.

(116) *Ibidem*, pág. 104 y 105.

(117) *Ibidem*, pág. 105.

(118) *Ibidem*, pág. 272.

(119) GARCIA VALDEAVELLANO, op. cit., pág. 272.

(120) PEREZ PRENDES, José Manuel, Curso de historia del Derecho español, Madrid, 1.973, págs. 424 a 434;
GROSSI, op. cit., págs. 135 a 139.

(121) Refiriéndose a la recepción del Derecho Justiniano a partir del siglo XII en las formaciones sociales

del occidente europeo, señala VATTIER FUENZALIDA que "comienza a reaparecer en las relaciones agrarias el esquema meramente obligacional de la Allocatio-conductio clásica y, con ella, la reaparición de la disciplina romana de los Rempensae para el comportamiento mejoraticio agrario. Pero esta recepción, según podrá apreciarse, no permanece en estado puro, sino que, por el contrario, rápidamente se contamina con los elementos feudales todavía imperantes, hasta el punto de hacer generar un nuevo tipo contractual que, a pesar de su sorprendente actualidad es tan característico del periodo inmediatamente posterior a la Recepción como puede ser la Allocatio-conductio rei ad longum tempus". Op. cit., pág. 180 y 181.

(121) Vid. DE AZCARATE, Gueraíndo, Ensayo sobre la historia del derecho de propiedad, II, Madrid, 1.879, págs. 14 y ss.; GARCIA DE CORTAZAR, op. cit., págs. 221 y ss.

(122) Transcribimos el texto íntegro de la P. 5.8.24: "De los mejoramientos que los arrendadores fazen en las cosas que tienen arrendadas como el señor las deve refacer al arrendador. Mejoran a las vegadas, los arrendadores, los heredamientos, e las otras cosas que tienen arrendadas, faziendo y lauores o cosas de nuevo, e plantendo y arboles o vinna, porque la cosa vala más de renta a la sazón que la dexan que quando la tomaron, e porende es derecho, que así como quando fazen danno en la cosa arrendada, que son tenuta de lo mejorar; bien así les deve ser conocido, e qualardonado, el mejoramiento que y fizieren. E porende dezimos, que el Señor, tenuto es, de dar las misiones, que fizo en aquellas cosas, que mejoro, o de gelas descontar del arrendamiento, fuesse puesto, que fiziesse de lo suyo, tales lauores, e mejoras, como estas, que de suso diximos: ca entonce seria tenuto de guardar el pleyto, segun que fue puesto" Tal disciplina de los mejoramientos parece, según VATTIER FUENZALIDA, extensible analógicamente a otros contratos agrarios; deducción obtenida de lo dispuesto en determinados párrafos para el censo enfiteutico en la P. 5.8.28 y para el usufructo en las PP. 3.31.20 y 22. Mayores dudas presenta la P. 4.25.3 en lo tocante al solariego. Op. cit., pág. 243 a 246. Hay que advertir respecto al estudio de VATTIER, que el autor continuamente confunde el texto de las Partidas con el comentario a las mismas

de las P. 5. 18. 19 y viceversa. Este glossador de las Partidas, en la glosa Resu yida a la P. 5. 18. 19 "Et nota quod procedit dispositio huius legis etiam in conductore ad longum tempus", entiende aplicable a la Alocatio conductio ad longum tempus el régimen de las rentas de la Alocatio conductio rei simple o a Modicum tempus. Las Siete Partidas del Sabio Rey don Alonso el nono, noventa y siete glosadas por el licenciado Gregorio Lopez del Consejo Real de Indias de su Magestad, Salamanca, 1.555, pág. 45.

(124) Las Partidas, como escribe VATTIER-BUENZALIDA, "al igual que los demás medios de penetración del Derecho romano en las formaciones sociales del bajomedievo, intenta reducir la multiplicidad de las relaciones agrarias no feudales al tipo único del arrendamiento romano, relegando, como se ha visto, a la categoría de los contratos inominados a todos aquellos cuyo contenido típico no coincidiera exactamente con el modelo de la Alocatio conductio rei Justiniana". Op. cit., pág. 247.

(125) GREGORIO LOPEZ en la glosa Resu yida a la P. 5. 18. 19 ("transit enim utile dominium ex tali conductione ad longum tempus"), consideraba la situación del arrendador en este tipo de arrendamiento análogo al dominio útil. Op. cit., pág. 47.

(126) Vid. GROSSI, op. cit., pág. 153 a 156.

(127) GALLS, op. cit., pág. 38. Para DE LOS MOZOS, "hasta que tiene lugar la recepción, no puede hablarse de nuevo, verdaderamente, de derecho de superficie". Op. cit., pág. 56.

(128) DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 71.

(129) P. 3. 28. 41 y 45 par. plantaciones.

(130) Vid. GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 32; ROCA SASTRE, Ramón y ROCA SASTRE MUNCUNILL, Luis, Derecho Hipotecario, III, Barcelona, 1.779, pág. 822.

(131) Ley XIII, título II, libro 9º.

(132) Ley VIII, título XIII, libro 10º.

(133) Para una mayor profundización en su estudio vid. GIL, Jacobo, Los censos según la legislación general de España, Santiago, 1.880, pág. 218 a 220 y GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 74 a 76. Exponente de la equiparación entre la superficie y el dominio útil a nivel doctrinal, es el siguiente texto de LLAMAS Y MOLINA, Sancho, al comentar la ley que estamos tratando: "Mayor dificultad ofrece el caso de que el señor del directo dominio venda la cosa y concorra a retraerla un consocio del dominio directo con el superficiario de la misma cosa, en cuyo caso, aunque muy raro y nada común, parece debe decirse que se ha de conceder la preferencia al superficiario, con exclusión del consocio del dominio directo, a causa de la mayor adhesión, simpatía y correlación que tiene el dominio útil de unirse al directo, y vice-versa el directo al útil, que no a otro de su mismo género, y es la razón por qué la separación del dominio directo del útil divide las partes naturales de un todo, y siendo esta división violenta, por ser contra la naturaleza de la cosa que lleva consigo el que sus productos cedan en beneficio de su dueño, siempre apetece la reunión de sus partes para consolidarlas y constituir el dominio pleno y perfecto de la misma, que es el natural y verdadero, que consista esencialmente del dominio directo y útil, como constitutivos intrínsecos del pleno y absoluto". Comentario crítico, jurídico, literal a las ochenta y tres leyes de Toro, II, Madrid, 1.853, págs. 474 y 475.

(134) El art. 1.353 del proyecto de 1.851, único que menciona el derecho de superficie, decía: "En cuanto a los censos enfiteuticos, foros, subforos, derechos de superficie o cualesquiera otros gravámenes perpétuos de igual naturaleza constituidos antes de la promulgación del Código civil, se observarán las

reglas siguientes: ..."

(135) El art. 107:59 LH de 1.861 decía: "Podrán también hipotecarse:... "Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real Asiempra que quede a salvo el de los demas particiones en la propiedad". Esta parte del texto escrita en bastardilla desapareció con la actual LH de 1.946, que mantiene el resto del precepto con el mismo número del artículo señalado. Asimismo el art. 27 del reglamento hipotecario de 1.861 exigía que "en toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra se expresará con claridad esta circunstancia, tal hacer mención de las cargas que pesen sobre el derecho que se inscriba". Lo señalado en bastardilla fué suprimido en el RH. de 1.870 para la ejecución de la LH. de 1.869. El artículo en su totalidad desapareció al dictarse el RH. de 1.915 para la ejecución de la LH. de 1.909. Como han escrito ROCA BASTRE y ROCA-BASTRE MUNDONIL., "al amparo de dicho artículo 27 del Reglamento Hipotecario, la Dirección General demostró que tal precepto respondía a la realidad vivida a través de numerosas resoluciones". Op. cit., pág. 624. Supuestos de inscripción de la propiedad separada de las plantaciones respecto al suelo fueron contemplados en las resoluciones de la DGRN de 22 febrero y 12 junio 1.863, 23 marzo 1.864, 4 noviembre 1.867, 29 enero 1.871, 22 julio 1.874 y 2 octubre 1.884. En todas se intentaba inscribir la propiedad de las plantaciones sin encontrarse inscrito el suelo, resolviendo la DGRN que es requisito indispensable la previa inscripción del terreno.

(136) Vid. AMENJAL PONS, Pedro J., El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria, REDI, 1.979, pág. 633.

(137) Así, entre otros, GOMEZ DE LA SERNA, Pedro, La Ley hipotecaria, I, Madrid, 1.862, pág. 467; SOLER Y CASTELLO, Federico, Tratado completo de legislación hipotecaria, Madrid, 1.882, pág. 406; GALINDO Y DE VERA, León y DE LA ESCOBARA Y ESCOBURA, Rafael, Comentarios a la legislación hipotecaria de España y ultramar, III, Madrid, 1.886, págs. 181 a 183; BARRACHINA Y BASTOR, Federico, Comentarios a la Ley

Hipotecaria, III, Castellón, 1.711, pág. 38; MORELL Y TERRY, C., Comentarios a la legislación Hipotecaria, III, Madrid, 1.928, pág. 674.

(138) DE LOS MOZOS, op. cit., pág. 115.

(139) SANCHEZ DE MOLINA BLANCO, José, El Derecho civil español, Madrid, 1.871, págs. 396 y 397, volviendo a incidir en la identificación en pág. 365 y 366. En parecidos términos se pronuncian otros autores del siglo pasado. Vid. SALA, Juan, Ilustración del Derecho real de España, I, Madrid, 1.832, pág. 267; GOMEZ DE LA SERNA, Pedro, y MONTALBAN, Juan Manuel, Elementos de Derecho civil y penal de España, II, Madrid, 1.877, pág. 277; GIL, con alguna ambigüedad parece también decantarse en esta línea, op. cit., pág. 38 a 41. Concepción que perdura en los autores de nuestro siglo. El mismo SANCHEZ ROMAN, Felipe, refiriéndose al Derecho anterior al Código, escribe: "por el derecho de superficie se divide realmente el dominio en directo y útil, y otorga al superficiario o censuario el poder de libre disposición sobre la cosa mientras dura la superficie, dejando a salvo el derecho del propietario del terreno o censualista". Estudios de Derecho civil, III, Madrid, 1.900, pág. 699. Opinión sustentada asimismo por BARRACHINA Y PASTOR, Derecho real, II, op. cit., págs. 166 y 167.

(140) GOMEZ DE LA SERNA y MONTALBAN, op. cit., pág. 277. Por la desaparición aboga igualmente GIL, op. cit., pág. 41.

(141) La P. 5. 5. 35, en la que fundamenta el fallo la sentencia, señala: Como la vendida que es fecha de la cosa común, de so uno, debe valer aunque, no sea partida entre ella. Dos o mas teniendo alguna cosa censualmente de so uno, dezidos, que qualquier dellas ayede vender la su parte, aunque la cosa no sea partida. E puede la vender, a qualquier de los que han parte en la cosa, quisieren dar tanto por ella, como el extraño. E la vendida del extraño, se deve entender que ayede ser fecha ante que sea entrada en pleyto, de la parte. Ca di el pley: fuesse ya començad en iuzzio, para partir la, entonce non la

podría vender al extranjero, hasta que fuese partida fuera ende, sin otorgamiento de los otros
compañeros.

(142) No debe olvidarse a los intermediarios en este tipo de rentas señoriales, cuya situación cultural e ideológica, propia de la ideología burguesa, empieza a adquirir hegemonía en el desarrollo revolucionario. Siguiendo a CLAVERO, "se tratará, sustancialmente, de la pretensión de estos agentes de reducir los censos de que eran deudores a alguna especie perpetua y redimible, al tiempo que mantener la figura del censo temporal e irredimible en aquellos de que eran acreedores, o incluso de serles esto factible, reconducir estas segundas relaciones más propiamente agrarias al ámbito del arrendamiento, de la aparcería o de otras instituciones que igualmente redujesen o anulasen los derechos correspondientes a los campesinos no rentistas". Todo esto se vislumbra en la legislación desamortizadora, pues como continúa señalando CLAVERO: "es el estado el que concibe y asume un proyecto de redención sin excepciones de los censos de que es titular; es el Estado el que viene a tratar así al censatario, a todo censatario, como potencial propietario de la tierra al reconocerle la facultad de liberarla de sus rentas, ...conformando la idea o evidencia social de que el censatario y no el censalista, es virtualmente el propietario de la tierra... Pero no se piense tampoco que por todo ello podría ampliarse el supuesto o el alcance de la redención desamortizadora. Piensese, por ejemplo, en un caso ya conocido y nada excepcional: el de los intermediarios; si se desamortizan los derechos de un dominio que tenía acensuada sus tierras a intermediarios, estos, censatarios ahora provisionalmente del Estado, podrán redimir, sin la competencia de una subasta, en el plazo asignado, y estos, en todo caso, serán aquellos potenciales propietarios de que hablamos; más sus propios censatarios no tienen, por su parte, opción alguna equivalente: la excepción de su caso en la legislación antiseñorial se une aquí a su exclusión de tal posibilidad por no ser censatarios directos del dominio desamortizado; aparte esto siempre, desde luego, de su presumiblemente menores disponibilidades económicas para una operación del género". Op. cit., págs. 93, 94, 111 y 117.

(143) Vid. ARTOLA GALLIBO, Miguel, Los orígenes de la España contemporánea, I, Madrid, 1.975, págs. 75 a 84.

(144) El proyecto de Código civil de 1.851 que prohibía en el art. 1.574 constituir en arrendamiento otros censos que el consignativo y el reservativo, abolía el enfiteusis. Para ello escribía GARCÍA SORIANO, Florencio: "útil y casi necesario, cuando la propiedad se hallaba en pocas manos y desdénasas del cultivo, no lo es hoy día por motivos contrarios, y más bien serviría de ebarazo que de fomento a la riqueza por el derecho de fadiga o retranto, y por la injusticia del faldemio, comprensivo del valor de las mejoras". Op. cit., pág. 808.

(145) La situación en Italia fué distinta. Se regula en el Código de 1.865 la enfiteusis (arts. 1.556 a 1.567), tras una viva discusión en las Comisiones y en la Cámara Legislativa entre partidarios y opositores a su mantenimiento y preordenación (volviendo a ser regulada en el Código de 1.942 en los artículos 957 a 977), en cuanto alternativa privada a la reforma agraria. En este sentido escribe BARCELLONA, Prieto, que "efectivamente solo uniendo a las razones económicas, señaladas en la Comisión de Scialoja y subrayadas por Bianchi, las razones políticas señaladas por Crispi se puede explicar hasta el fondo la inclusión de la enfiteusis entre los contratos agrarios disciplinados por el Código". Entre las razones económicas que señalaba Bianchi se encontraba la de incentivar la inversión de capitales a los que los latifundistas de tierras incultas o mal cultivadas, con escasa renta de sus aprovechamientos, podían socorrer fraccionándolas y distribuyéndolas entre muchos cultivadores que dada las notas características del derecho de enfiteusis (con escasa diferencias del de propiedad), encuentran en él un instrumento idóneo para mejorarlas sacando del estado de atraso a aquellas zonas de Italia aún sumidas en él, transformándolas en una agricultura intensiva, al tiempo que el propietario con esos cánones anuales que recibe en función de su derecho obtiene una renta mayor y más segura que la que conseguía siendo el fundo inculto antes de su fraccionamiento. Crispi, por su lado, señalaba que purgado la enfiteusis de los privilegios feudales se convierte en un instrumento necesario para que se vaya creando, sobre todo en el Mezzogiorno, una clase de propietarios que ayuden a consolidar el

nuevo Estado. De estas opiniones tomadas por BARCELONA concluye el autor: "su previsión en el Código civil de 1.868 encuentra fundamento en la filiación específica que señalan, en Italia, la superación de las estructuras jurídicas feudales y la edificación del nuevo Estado nacional. El contexto político, en que sucede la destrucción de la feudalidad, permite la supervivencia (en medida no comparable a la experiencia francesa) del latifundio feudal. Y, de otra parte, la edificación de un Estado liberal que no tiene su origen en una fase de revolución social. Esto hace que se produzca la coetánea presencia de estructuras económicas inadecuadas al desarrollo capitalista y una forma de Estado que no puede utilizar la ley y la coacción política sin contradecirse a sí misma. Ahora bien, justamente la ausencia de una fase, por así decirlo, de redistribución fundiaria y la imposibilidad política de sustituirla con una orgánica reforma agraria hace necesaria la predisposición de instrumentos Agriados de transformación agraria, o sea de instrumentos en condiciones de operar o acelerar la transición (hacia formas capitalistas de propiedad fundiaria) a través del mercado. Y el contrato de enfiteusis es ni más ni menos uno de tales instrumentos". Proprietà di terra e diritto statale. Profili istituzionali della questione agraria. Napoli, 1.960, págs. 189 a 211.

(146) Sobre los mismos vid. ARTOLA GALLEGO, op. cit., págs. 69 a 93; y especialmente el estudio ampliamente documentado de DEMÓDIO, G. Vador, La transición del régimen señorial en España, Madrid, 1.965.

(147) Vid. GARCÍA SANZ, Angel, Crisis de la agricultura tradicional y revolución liberal (1.800-1.850), en Historia agraria de la España contemporánea, I, Barcelona, 1.985, págs. 7 a 99.

(148) Sobre los avatares históricos, sociales y políticos que sufrieron estas formas de censos (foros y Arabassas) en el siglo venidero, centrado principalmente en la problemática que plantea la Ley de Reforma Agraria en la II República, vid. CLAVERO, Bartolomé, Autonomía regional y reforma agraria, Jerez, 1.984, págs. 18 a 24 y 54.

(149) El MOUJ reputa incorrecta, por su excesiva simplicidad, la fórmula que tendía a desconectar el señorío territorial del jurisdiccional, en cuanto éste era típicamente feudal por afectar a las personas y aquel no por recaer sobre las cosas, pues "de hecho el señorío solariego para considerarse como tal, necesitaba completamente con la autoridad que daba el vasallaje pues en otro caso se vería reducido al mero dominio sobre la tierra, y el señorío siempre fue algo más, ya que engloba una facultad de mando y cierta potestad de exigir servicios personales o pecuniarios de los vasallos, no sólo en virtud de un régimen o administración pública, sino también por la concesión del uso o aprovechamiento de bienes raíces, muebles o removientes". Op. cit., pág. 125.

(150) Un Decreto del 20 febrero 1.874 suspende la Ley de Cortes de la I República que declaraba redimible de forma expresa "los foros, subforos, censos frumentarios o rentas en saco, derechos, rabassa morta y cualesquiera otros de la misma naturaleza".

(151) GIL cita las sentencias de 26 mayo y 27 diciembre 1.875, 18 enero, 6 marzo, 24 marzo y 20 junio 1.876, donde no sólo el Tribunal Supremo entiende aplicable el mencionado Decreto de 1.874, que por contravenir el rango jerárquico hubiera sido su fuente para invalidar su aplicación suspensiva de la también mencionada Ley de Cortes de 1.873, sino que además le otorga carácter retroactivo para aquellas ejecuciones de sentencias ya dictadas con anterioridad a que esta Ley fuera suspendida. Op. cit., págs. 308 y 309.

(152) Vid. DURBELLÁ, op. cit., pág. 275 a 280; AGUILAR Y GARCÍA, Antonio, op. cit., págs. 464 a 469. Muy significativa es la opinión de ALONSO MARTINEZ, Manuel, artífice del Código civil. Ante las constantes demandas de desahucio entabladas por los señores censualistas, la Junta del Reino de Galicia eleva en 1.754 al Consejo de Castilla una petición en favor de la renovación forzosa de los foros, dictando la real provisión de 11 mayo 1.753 en la que se manda al Regente y Jueces de Galicia "suspender cualesquiera pleitos, demandas y acciones que estuvieren pendientes en dicho Tribunal y cualesquiera del

reino sobre foros, sin permitir tuviesen efecto despojos que se intentaren por los dueños del directo dominio, pagando los mandados y foreros el canon y pensión que hasta aquella fecha habían satisfecho a los dueños, interin que por S.M., a consulta de los de su Consejo, se resolviese lo que fuera de su agrado". Extendida en 1.768 a Asturias, provincia del Bierzo y demás del reino, y aclarada por real cédula de 1.770 en el sentido de permitir que se sustanciase las demandas fundadas en la nulidad del foro por vicios de su constitución, pero prohibiendo la ejecución de las sentencias, sin dar antes cuentas del hecho litigioso al Consejo de Castilla e, incluso, recibir la resolución del Rey. Partiendo de estos hechos, encontramos en ALONSO MARTINEZ una defensa desahogada -valga la expresión- de los censalistas, frente a las tímidas reivindicaciones de los censatarios agricultores en un intento desesperado por impedir que les fuera arrebatada la tierra y las no tan tímidas, y por otra razón muy distinta, de los intermediarios que coyunturalmente, más por necesidad que por intereses convergentes, hicieron causa común con los agricultores. El padre del Código civil, convirtiendo por arte de magia la figura feudal del foro a las nuevas categorías-propiedad plena y libertad de contratación-consustanciales al modo de producción capitalista, escribió: "... la verdad es que el auto de 1.763, mirado desde el punto de vista jurídico, fué un doble atentado contra el derecho de propiedad y contra la santidad de los contratos. Consideraciones políticas y sociales de gran transcendencia pueden excusar y tal vez abonar esa resolución soberana; pero ¿quien podrá desconocer que, conforme a las demandas de los señores del dominio directo envolvía una denegación de justicia, el menosprecio de la propiedad y una burla sangrienta del principio de la libre contratación, respetado en todos los pueblos cultos?. De sobra lo comprendió así el Consejo de Castilla y por eso disrazó ese ataque tan rudo a los principios tutelares de la sociedad, bajo formas pueriles de una medida de interin. ¡Inútil precaución!. Todo el mundo pudo prever que nada había más definitivo y durable que esa medida en la apariencia provisional. No se da impunemente el triunfo a una inmensa muchedumbre de colonos contra una minoría de propietarios para arrebatárles enseguida el botín de la victoria y lanzarles en brazos de la desesperación: el foro se había transformado adquiriendo el caracter de perpetuidad". El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales, Madrid, 6/4, pág. 445. Con algo de confusión histórica en

cuanto a la calificación jurídica de los foros y la propiedad aforada VILLA-AMIL Y CASTRO, José, realiza una exposición sucinta del conflicto que origina la resolución examinada de 1.763. Los foros en Galicia en la Edad Media, Madrid, 1.884, págs. 7 a 11. Vid. también la apoloía que del censo enfiteútico realiza, págs. 372 a 382.

(153) Los censos se constituían por un plazo determinado, pero tan extenso que conocía en su titularidad varias generaciones precedentes del censuario inicial, a lo que hay que añadir la normalidad práctica de su renovación una vez llegado su término. Esta temporalidad era una cuestión más formal que real, pues debido a las causas señaladas de hecho se convertían en perpétuos, lo que tenía un doble efecto: 1. Garantizar las rentas y otros derechos derivados del régimen señorial, que se veían así reproducidos por una continuidad asegurada de censuarios, y 2. La poca importancia que se le otorgaba tradicionalmente al señarato efectivo del plazo. Vid. CLAVERO, Foros y censos, op. cit., págs. 91 y 92.

(154) Una manifestación clara de la victoria de los censuistas en este tipo de censos, nos viene dado por la remisión a la normativa arrendaticia señalada en el art. 1.655 C. civil. Sobre él ha dicho ABRAIRA LOPEZ: "y no estará de más advertir que dicho artículo 1.655 responde a la tónica demolidora de la seguridad social que, para favorecer al tráfico, libre de trabas a la tierra, a cambio, en este caso, de trocar la relativa firmeza del foro temporal, por el arrendamiento, siempre inseguro y mucho más cuando no existía la prórroga forzosa". Op. cit., págs. 39 y 40.

(155) Art. 1.608 C. civil.

(156) "Se discutió mucho si la redención del censo enfiteútico estaba comprendida en la regla general del párrafo primero del artículo 1.611 o en el régimen de excepción establecido en el párrafo tercero del mismo artículo para los foros y gravámenes análogos. La sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1.896 resolvió el problema en el segundo sentido, alegando: 1º. Que el último párrafo del artículo

1.611, al declarar que lo dispuesto en este artículo no es aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y cualquiera otros gravámenes semejantes, se refiere también al censo enfiteútico, como lo prueban las dos siguientes consideraciones: a) Que la naturaleza del censo enfiteútico es esencialmente idéntica a la de los foros y subforos. b) Que esta identidad de naturaleza está reconocida por el Código, que habla (en la sección 28 del capítulo III) de foros y otros contratos análogos a la enfiteusis, y decide que los foros y derechos análogos se regularán por las disposiciones de la enfiteusis. 28. Que no publicada la ley especial anunciada, no existe regla alguna para redimir los censos enfiteúticos antiguos, ni cabe la redención sin consentimiento del censalista". CASTAN TOBERAS, op. cit., pág. 223.

(157) Art. 1.609 a 1.612 C. civil.

(158) R.D. 28 junio 1895, declarado subsistente por D. 31 mayo 1931 y ley 30 diciembre del mismo año. En ellos no se menciona el derecho de superficie, lo que ha planteado dudas sobre la aplicabilidad al mismo. Vid. infra, nota en pág.

(159) Art. 1.611, párrafo 2º C. civil.

(160) Según datos de CABO, Angel, Condiciones geográficas, en Historia de España Alfaguara, I, Madrid, 1.975, pág. 107. El dato dado por este autor del 24% de zona boscosa, que lo desplaza en un 10% de bosque de conífera y 14% de las restantes masas forestales, parece estar en contradicción con el que señala TAMAMES, Ramón, tomado de la Estadística Forestal de España de 1.974 de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, que sitúa en algo más del 50% del territorio nacional para la Reauperficie forestal. Entendemos que tal contradicción no existe, si consideramos que la Reauperficie forestal puede comprender también lo que CABO sitúa en un 21% de matorral, pastizal o erial. TAMAMES, Ramón, Estructura económica de España, I, Madrid, 1.962, pág. 291.

(161) AULLO, Manuel, Verstidades históricas de la propiedad forestal, en Conferencias sobre Derecho y propiedad forestal, Madrid, 1.976, pág. 38.

(162) SENADOR GOMEZ, Julio, Castilla en sus orígenes. Las leyes, las tierras, el trigo y el hombre, Valladolid, 1.915, pág. 52. En opinión de este autor "diez causas han contribuido a la decadencia de nuestra decadencia forestal; las leyes civiles (se refiere a la consagración del absoluto derecho de propiedad, que permitió la tala de bosques enteros por sus propietarios), la desamortización, la administración defectuosa del patrimonio fiscal, el aumento del consumo de madera, el escaso desarrollo industrial, la incomunicación, el absentismo, la falta de estímulo oficial, la falta de interés y la ignorancia".

(163) Afirmación hipotética como ha demostrado DE CASTRO, Josué, Geopolítica del hambre, I, Madrid, 1.975, págs. 49 a 52 y 54 a 59. Los avances técnicos y científicos en el campo agrícola han conseguido mejorar la producción alimentaria en calidad y cantidad; sin embargo, esto mismo contrasta con la existencia de dos terceras partes de la humanidad que padecen hambre permanente, por inanición o subalimentación, con sus secuelas biológicas, económicas y sociales. Estas restricciones alimentarias no son debidas a las potencialidades de las fuerzas naturales, como ha quedado demostrado científicamente, sino más bien a condicionamientos de la estructura de poder económico y político. Todo esto se puede resumir diciendo que hemos tenido más éxito en el logro de la producción de alimentos que en su distribución de una manera adecuada.

(164) Consecuencia lógica del sobreproducto social que crea la agricultura, cede de conservar y aumentar la fertilidad del suelo, pues en una época en que dos manos no pueden producir más de lo que consume una boca, no existían bases económicas para el progreso social. AULLO, Manuel, lo expresa así: "Y hace unos 10.000 años el hombre se hizo de costumbres sedentarias al inclinarse sobre la tierra para cultivarla. Taló los bosques y progresivamente roturó los montes para lograr cosechas agrícolas... Y domesticó la

oveja, la cabra y la vaca, favoreciendo su aumento con la eliminación de sus depredadores y argenciándose praderas y pastizales en que sustentarias a costa de restar nuevas superficies al arbolado, incluso mediante el incendio. La mejor alimentación y la mayor seguridad le incitaron a fundar poblados permanentes que paulatinamente fueron ensanchándose". Op. cit., pág. 39.

(165) Según GUAITA, Aurelio, "la abundancia de bosques hacía innecesario toda reglamentación sobre su aprovechamiento (de los montes), pues no podía entonces preverse, o al menos no se preveía que llegara el día en que escaseara la materia que aquellos proporcionaban. Al gran número de bosques se unía una población exigua, frecuentemente diezmada por las guerras y luchas interiores características de la época. A esta razón hay que añadir la menor utilidad de la madera en aquellos tiempos, dado el poco desarrollo de la industria naval, principal consumidor de nuestros montes en épocas posteriores y la anarquía y la incultura reinante". Régimen jurídico-administrativo de los montes, Santiago de Compostela, 1.931, pág. 12. Vid. también MARTINEZ BLANCO, Antonio, Elementos de legislación y administración forestal, Madrid, 1.927, pág. 5 y 6.

(166) Así lo testimonian personajes de aquella época, como ESTRABÓN, PLINIO Y POLIBIO. El primero (III, 1, 2) hablando de Hispania, decía que era en general poco habitable por hallarse cubierta de "montes, bosques y llanuras de suelo pobre y desigualmente regado". De la Andalucía árabe decía IBN HAWDAL que "hay territorios incultos, pero su mayor parte está cultivada y densamente poblada; por doquier hay aguas corrientes, bosques y árboles frutales y ríos de agua dulce". Vid. COLMEIRO, Manuel, Historia de la economía política, 1. Madrid, 1.965, pág. 119 y 120; VICENS VIVES, op. cit., pág. 105; DABO, op. cit., pág. 102 y 103; VIGIL, Marcelo, Edad Antigua, en Historia de España Alfaguara, 1. Madrid, 1.975, págs. 333 y 334; SANCHEZ MARTINEZ, op. cit., pág. 319 y 320.

(167) BARRA DE CORTAZAR, op. cit., pág. 239.

(168) KLEIN, Julius, refiriéndose al Fuero Juzgo de los visigodos (Ley VIII, tit. IV, ley 27) indica que "atendía ampliamente a las necesidades pastoriles de los transhumantes. tenía acceso, sin restricciones, a la de los pueblos y a la de los particulares. No podían permanecer más de dos días en una jurisdicción sin consentimiento del propietario; el derecho de los pastores a cortar árboles, excepto los más grandes, estaba plenamente reconocido, y se podía emplear el follaje de las ramas como forraje para los bueyes. Todas estas cláusulas fueron requisitos indispensables en la legislación pastoriles, incluyendo en ella los primeros fueros de la Mesta (1.273 y 1.276)". La Mesta, trad. esp. de C. Muñoz, Madrid, 1.981, pág. 309. En igual sentido se expresa PUSADA DE HERRERA, José, Lecciones de Derecho administrativo, II, Madrid, 1.978, pag. 171 y 172.

(169) GUAITA, op. cit., pág. 12 y 13. Para MARTINEZ-BLANCO, "se caracterizan todas las disposiciones de esta época por contener solamente medidas prohibitivas y establecer penas a veces demasiado severas, contra los infractores y taladores, por creerse que impidiendo los abusos en los aprovechamientos quedaba automáticamente la existencia continúa de los montes". Según este autor las primeras leyes sobre montes fueron los fueros de Nájera y Sorja (2, 34, 36), siguiendo el Fuero Juzgo, Fuero Viejo de Castilla y Fuero Real. Op. cit., pág. 7. GUAITA, señala, además, los fueros de Teruel, Zorita de los Canes (134) y Salamanca (73).

(170) KLEIN, indica: "Los fueros que concedieron los Reyes aragoneses, en 1.120, a los ganaderos y a la Casa de Ganaderos, daba a los receptores los habituales privilegios vagos de "poder pastorear sin restricciones en todas partes del reino". Pese a estas concesiones, mas o menos técnicas, que la Casa de Ganaderos casi nunca trataba de aplicar en su sentido literal, el extraordinario vigor y la fuerza que tenían los privilegios e instituciones locales en Aragón, obligaba a los transhumantes a que dependiesen de los Montes realengos en que los Reyes habían concedido excepcionales libertades". Op. cit., pág. 307.

(171) Vid. DABO, op. cit., pág. 103. KLEIN al respecto destaca: "el interés que manifestaron los ganaderos por las regiones forestales pone sobre el tapete la cuestión de la despoblación de Castilla, uno de los muchos crímenes de los que se hace responsable a la Mesta. Hay cierto fundamento para esta acusación en vista de la limitada libertad de los rebaños para pastar en los bosques. El fuero de 1.273 concedía permiso a los pastores para ramonear todo lo que quisieran para sus corrales, cercados, cabañas, lumbres, etc. Pero más importante para la vida de los bosques era la costumbre de los pastores de quemar los árboles al llegar el otoño para conseguir mejor calidad de pastos al llegar la primavera -costumbre habitual en todos los lugares donde ha florecido la industria pastoril-. La erosión que invariablemente sigue a esta destrucción se agrava naturalmente por el daño que las ovejas causaban comiéndose los brotes y pisoteo del humus conservador de la humedad. No cabe duda que los bosques castellanos sufrieron considerablemente con la visita de millones de ovejas transhumantes". Op. cit., pág. 314 y 315.

(172) GARCÍA DE CORTAZAR, Op. cit., págs. 239 y 240.

(173) Vid. COLMEIRO, op. cit. págs. 334 a 336; KLEIN, op. cit., pág. 315.

(174) Como señala KLEIN: "Este reinado fue ciertamente un momento decisivo para la historia forestal de Castilla; y para la desolación de las regiones forestales del reino, dio comienzo con la parcialidad de los Reyes Católicos a favor de la industria pastoril. Indudablemente otros factores contribuyeron también al mismo fin, a saber: el aumento de población, la construcción de la flota para traer la plata americana, las armadas navales y otras diversas circunstancias, climatológicas y geológicas". Op. cit., pág. 328.

(175) AULLÓ, op. cit., pág. 39.

(176) VIDENS VIVES, op. cit., págs. 274 y 275.

(177) Sobre las protestas que este estado de cosas ocasionó, vid. KLEIN, op. cit., pág. 324. VICENS VIVES, op. cit., pág. 275. Una de ellas se expresaba en estos términos: "tales cosas no pueden llamarse justas ni honestas, puesto que no son para el bien público, sino para el bien privado de unos pocos favorecidos". Por su parte, COLMEIRO, exponer: "El Concejo de la Mesta aparentaba mirar por el beneficio universal de la cabaña; pero en realidad sólo atendía a levantarse con todos los privilegios reales en favor del ganado transhumante, ejercer el monopolio de las hierbas y pastos, impedir los rompimientos, cotos y dehesas y oprimir por distintos caminos la modesta y sufrida agricultura". Op. cit., pág. 353.

(178) Dictan una Pragmática en Burgos en 1.461 para el cuidado de los montes públicos (Novísima Recop. L. VII, T. XXIV, ley 1). Vid. POGADA DE HERRERA, op. cit., págs. 146 y 147; KLEIN, op. cit., págs. 327 y 328.

(179) Algunas disposiciones que dictaron los Reyes Católicos en perjuicio de la agricultura, con el afán de favorecer a la Mesta son: Real Cédula de 1.460, ordenando la evacuación de los acotamientos realizados por los agricultores en tierras comunales durante el reinado de Enrique IV. La Ordenanza de 1.489, llamada de defensa de las cañadas, al objeto de expulsar de los mismos a los agricultores que se habían establecido en ellas durante los últimos cincuenta años; los perjuicios que ocasionó a la agricultura se pueden resumir en el ensanchamiento de los caminos para el paso de rebaños y la prohibición del acotamiento de tierras. El Edicto de 1.491, prohibiendo el acotamiento en Avila y el reino de Granada. La ley de arriendos del suelo de 1.501, que venía a solucionar el problema surgido con los agricultores por el allanamiento de sus campos por los ganaderos en virtud de la ley de defensa de las cañadas, estableció la posibilidad de la Mesta de proteger indefinidamente el arriendo de un campo, pagando por él el canon concertado en su origen, así como conservar para sus fines toda dehesa ocupada durante unos meses, sin enterarse su dueño. Vid. VICENS VIVES, op. cit., págs. 275 y 276; KLEIN, op. cit., págs. 324 a 328 y 329 a 332; COLMEIRO, op. cit., págs. 337, e Historia de la economía política, II, Madrid, 1.965, págs. 701 y 702.

(180) Ejemplos significativos son: la disposición de los Reyes Católicos de 1.491 (Nueva Recop. L. VII, T. VII, ley 7), que confirmada en otras posteriores, autorizaba a los pastores a razeñar, o lo que es lo mismo a cortar los árboles más pequeños para ramos durante el invierno o cuando escaseaba el pasto; la Pragmática de 1.496 (Novísima Recop. L. VII, T. XXIV, ley 1), mandando que se permita aprovechar al ganado la bellota y pastos de los montes que han sido restituidos a las poblaciones, en virtud de la aplicación de la Ley de Toledo de 1.480. Vid. VICENS VIVES, op. cit., pág. 276; KLEIN, op. cit., pág. 276; COLMEIRO, op. cit., pág. 701; MANGAS NAVAS, José M., El régimen consueal agrario en los Concejos de Castilla, Madrid, 1.981, pág. 203.

(181) VICENS VIVES, op. cit., pág. 276; KLEIN, op. cit., pág. 326.

(182) Pragmática dada en Zaragoza a 21 de mayo de 1.518; y petición 81 en las Cortes de Valladolid de 1.537, que las manda guardar y ejecutar (Novísima Recop. L. VII, T. XXIV, ley 2). Citado por MANGAS NAVAS, op. cit., pág. 204.

(183) Petición 71, Cortes, Nueva Recop. L. VII, T. VII, ley XVI. Citado por MANGAS NAVAS, op. cit., pág. 205. El Emperador prosiguió la política de los Reyes Católicos, supeditando la conservación forestal y la roturación de tierras a los intereses del pastoreo. Sobre esto vid KLEIN, op. cit., pág. 335; ROSADA DE HERRERA, op. cit., pág. 147.

(184) Expresivas del catismo forestal existente en tiempos de Felipe II, son las palabras que en 1.582 dirigía el Rey a don Diego de Covarrubias en la instrucción que le dió al nombrarle Presidente del Consejo de Castilla: "una cosa deseo ver acabada de tratar y es lo que toca a la conservación de los montes y aumento de ellos, que es mucho menester, y creo andar muy al cabo. Temo que los que vinieren después de nosotros han de tener mucha queja de que se los demos consumidos, y plega a Dios que no lo

veamos en nuestros días". DOLMEIRO, op. cit., págs. 702 y 703. Para una visión general sobre la política de Felipe II y la dialéctica entre los agricultores y los privilegios de la mesta, vid KLEIN, op. cit., págs. 337 a 343. "Felipe III en las Cortes de Valladolid de 1.601 (Petición, 7, Cortes, Nueva Recop. L. VII, T. VII, ley 16) y Felipe IV por cédula de 1.532 (Nueva Recop. L. VII, T. VII, ley 28) con motivo de la concesión del «servicio de Millones» mandan respetar las leyes dictadas por sus antecesores en el tronco sobre conservación y guarda de los montes públicos". HANCOCK NAVAS, op. cit., págs. 343 a 347. El reinado de los Austrias, de los II, no mejoró este estado de cosas, sino que, a decir de KLEIN, empeoraron. Op. cit., págs. 347 a 349.

(165) Señala KLEIN: "los desmayados intentos de los Habsburgos para remediar la situación fueron ineficaces por dos razones: primero, porque se concedían a la Mesta privilegios contradictorios, que anulaban las medidas de conservación, y segundo, porque la ejecución sobre las refuerras sobre montes y plantíos propuestos en los Decretos de 1.516, 1.546 y 1.567 estaban en manos de los gobiernos locales, en plena decadencia, sin apoyo de la autoridad central". Op. cit., págs. 328 y 329.

(175) DOMÍNGUEZ ORTIZ pone de manifiesto como "estas roturaciones tendrían en muchos casos un saldo positivo, porque durante la Edad Media no cabe duda de que muchas tierras perfectamente aptas para el cultivo estaban dedicadas a bosques y pastos. En otros muchos casos, al labrar tierras de poco fondo, fueron presas de la erosión y quedaron degradadas". Op. cit., pág. 140. ANEZ, describe también esto cuadro: "en los baillías de Cantavieja, predominantemente ganaderos, la expansión del cultivo en tierras de malísima calidad, favorecida por la pragmática de rompimiento de baldíos de 1.770", dio lugar a que se repartiesen "grandes porciones de montes comunes, no precisamente a los jornaleros, sino también a muchos artesanos". Después, "dio punto la fertilidad transitoria de aquellas tierras y fueron abandonadas, con lo cual no fue posible obtener las cosechas que exigía una población en aumento y, además, se destruyó el monte primitivo". Op. cit., pág. 132. Cita este mismo autor como "los corregidores y algunos alcaldes mayores de otras comarcas advertían que se había roturado demasiada

tierra, de modo que, <con el ansia de sembrar>> los labriegos no dejaban <<monte ni breña>> que no roturasen". 181 y 184. También lo refiere VLETA, op. cit., págs. 334, 335, 339 y 340.

(187) MANGAS NAVAS, op. cit., pág. 193; ANES, op. cit., pág. 171 y 172.

(188) Vid. COLMEYER, op. cit., págs. 703 y 704; MANGAS NAVAS, op. cit., pág. 194.

(189) GAITA, op. cit., pág. 15. Destacan en este reinado el encargo al Consejo en 1.708 (Novísima Recop. L. VII, T. XXIV, ley 10) de vigilar el cumplimiento y pragmáticas existentes sobre conservación y aumento de la riqueza forestal. La situación no debió encontrar arreglo del todo, porque nuevamente en 1.715 (Novísima Recop. L. VII, T. XXIV, ley 11), aludiendo a los "notorios daños que experimentan mis vasallos en la falta de leña", reinvoca en su mandato para que se observen y hagan observar las autoridades locales las ordenanzas sobre la materia; un Real decreto de 1.717 (Novísima Recop. L. VII, T. XXIV, ley 12) iba dirigido a procurar la conservación de los montes situados en la costa. Vid. MANGAS NAVAS, op. cit., pág. 207. POSADA DE HERRERA, op. cit., pág. 147. VIVES, op. cit., pág. 484.

(190) Cédula del Consejo de 7 de diciembre de 1.784 (Novísima Recop. L. VII, T. XXIV, ley 14). Entre las medidas de esta ley se encuentran: Plan a seguir. -Los corregidores recaban información del territorio (ordenanzas 3 y 4), y, asesorándose del paisanaje, proveerán una minuciosa ordenación forestal, "de forma que los árboles que estuvieran ya criados se conserven, limpien y mejoren a sus debidos tiempos, y los que no lo estuvieren, se siembren y planten de nuevo de aquellas especies que sean más a propósito..." (ordenanza 5), y, en su caso se procederá a la asignación de montes blancos o terrenos baldíos para su repoblación (ordenanza 8). Vigilancia. -Se encarga a los corregidores y demás autoridades locales que "cuiden de la conservación de los montes, sin permitir se talen, decepen y corten sin licencia de S.M." (ordenanza 16); así mismo se prohíbe el pastoreo del ganado cabrío (ordenanza 21), no se permiten nuevas rotas sin permiso regio (ordenanza 22) y se toman medidas sobre

prevención de incendios (ordenanza 23). Vid. MANGAS NAVAS, op. cit., págs. 207 y 208; POSADA DE NEPÉREA, op. cit., págs. 147 y 148; BAUER MANDERSCHIED, Erich, Los montes de España en la historia, Madrid, 1960, págs. 56 a 60.

(191) Estas normas de las Ordenanzas de 1743 según SANZ FERNÁNDEZ, Jesús, "resultaban odiosas para algunos contemporáneos, por su dureza penal, por su jurisdicción especial, por la situación de privilegio que consagraban en beneficio de la marina y por las trabas que oponían a la libre circulación de los productos forestales". La historia contemporánea de los montes públicos españoles, 1.812-1.931. Notas y reflexiones (II), en Historia agraria de la España contemporánea, II, Barcelona, 1983, pág. 194.

(192) SUAITA, op. cit., pág. 15. Ejemplo de esto es que los montes costeros quedan sujetos a la jurisdicción de Marina. En este sentido expresa DR. JOVELLANOS, Melchor, a finales del siglo XVIII: "La Sociedad no pueda negar al ministerio actual de marina el testimonio de alabanza a que es acreedor, por el incesante desvelo con que ha animado y protegido la propiedad de los árboles y montes; por la severidad con que ha reprimido los monopolios de los asentados, y la codicia de los asentistas por la equidad con que ha buscado la justicia en el precio y satisfacción de los montazgos; en una palabra por el celo con que ha perseguido los abusos de este sistema, y pretendido perfeccionarlo. Pero el mal, Señor, está en la raíz, está en el sistema mismo; y mientras no se corte, retoñando por todas partes, será superior a todos los esfuerzos del celo y la justicia. Restituyense a la propiedad todos sus derechos, y esto sólo asegurará el remedio". Informe sobre la ley agraria, Madrid, 1955, pág. 96.

(193) Parece ser que estas talas abusivas destinadas a la industria naviera infringieron en Andalucía, en relación a otras regiones, estragos menores, tal y como pone de manifiesto CUENCA TORIDIO, José Manuel, en la obra dirigida por Velarde Fuentes, Decadencia y crisis en Andalucía. Una interpretación económica, Sevilla, 1982, pág. 200. BAUER que considera admirables estas disposiciones expresa que "no podían por sí mismas solucionar el problema forestal. Los montes disminuyeron constantemente por motivos

cuya consideración es obvia: 1) La población aumentó considerablemente en este siglo, y con ello las necesidades de madera y leña. 2) La política marítima de los Borbones exigió ingentes cantidades de madera, sobre todo de la mejor clase: roble, pino y álamo negro. 3) Las herrerías y minas necesitaron grandes masas de madera y carbón vegetal, porque todavía no existían altos hornos que pudieran trabajar con carbón mineral. 4) Aún no existía la ciencia forestal. La materia propia de ella parecía en este tiempo tan difícil que cada uno se sentía apto para obtener un cargo forestal, error fundamental que repercutió en el cuidado del monte". Op. cit., pág. 60.

(194) Son ejemplos: la respuesta del Obispo de Urgel al punto 39 -medios de mejorar nuestra legislación deterrando los abusos introducidos y facilitando su perfección- de la consulta hecha al país por la concesión de Cortes de 1.809: "Sea lícito a los vecinos de cada pueblo desmochar para leña y ramón todos los árboles de montes comunes de sus términos, que no den más fruto que la madera, dejando siempre las guías, y cortar árboles y troncos secos del común y sacar ramas desligadas, sobre cuyo supuesto cesen tantos guardas de marina pagados por este ramo y no haya de él mas tribunales subalternos, no más visitantes ordinarios en los departamentos, que los alcaldes y corregidores como delegados y subdelegados natos del Supremo Consejo de Estado y modérese la Real Pragmática de Montes y Plantíos" (Urgel, 24 agosto 1.809; archivo de Cortes, leg. 6, num. 26). La del Cabildo de Lérida: "En efecto, no se podrá prescindir de estas necesarias reformas que están en el orden de todo buen gobierno, así como tampoco de la reforma de los abusos introducidos en nuestra legislación, la cual está en razón de la felicidad y prosperidad de la nación. Entre otros, parece que debe abolirse... Las ordenanzas de montes y plantíos, dejando a sus dueños el libre y absoluto aprovechamiento de sus maderas" (Lérida, 17 diciembre 1.809; archivo de Cortes, leg. 6, num. 19). Selección de respuestas realizadas por ARTOLA GALLEGO, *Los orígenes...*, II, op. cit., pág. 230 y 254. Vid., también, ROSADA DE HERRERA, op. cit., pág. 148.

(195) DE JOVELLANOS, op. cit., págs. 93 y 94.

(196) Vid. SAUER, op. cit., pág. 66.

(197) El decreto 14 enero 1.812 justifica en su exposición de motivos estas medidas: "Las Cortes generales y extraordinarias, con el justo fin de redimir los montes y plantíos de dominio particular de la opresión y servidumbre en que por un espíritu de mal entendida protección la han tenido hasta ahora las leyes y Ordenanzas, tan contrarias al derecho de propiedad, como opuestas a la libre acción del interés individual, imposibilitado por ellas de fomentar esta preciosa parte de la agricultura, y deseando que al mismo tiempo que los propietarios entren en el goce de sus legítimos derechos, se eviten a todos los españoles las vejaciones y prejuicios que han sufrido por los Juzgados particulares de este ramo y los abusos de sus dependientes, decretan: 1º Se derogan y anulan en todas sus partes todas las leyes y Ordenanzas de montes y plantíos en cuanto conciernan a los de dominio particular; y en su consecuencia, los dueños quedan en plena y absoluta libertad de hacer en ellos lo que que más les acomode, sin sujeción alguna a las reglas y prevenciones contenidas en dichas leyes y Ordenanzas. 2º Los dueños tendrán igual libertad para cortar sus árboles y vender sus maderas a quien quisieren; y ni el Estado, ni cuerpo alguno, ni persona particular podrá alegar para estas compras privilegios de preferencia o tanteo, u otros semejantes, los cuales quedan también derogados, debiendo hacerse los contratos por convenciones enteramente libres entre las partes". El art. 3º declara erradas y acotadas perpetuamente los terrenos dedicados a plantío cuyo suelo y arbolado sea de dominio particular. Vid. GRAU, S., Comentarios a la Ley y Reglamento de montes, Madrid, 1.966, pág. 12; ARTOLA GALI EGO, Miguel, La burguesía revolucionaria, en Historia de España, Alfaguara, V, Madrid, 1.974, pág. 108.

(198) Es de interés para los montes en esta época el Decreto 4 enero con fines desamortizadores elaborado por las Cortes de Cádiz. No obstante apenas pudo producir efectos por su pronta derogación por Real Cédula de 8 julio 1.814 una vez instaurado el régimen absolutista. Aquella disposición junto a la de 14 enero 1.813, según SANZ FERNANDEZ, supusieron "un precedente, que ni siquiera el retorno del absolutismo y las

reales cédulas que lo ponían en suspenso, consiguieron borrar". Op. cit., pág. 202.

(199) La R.O. 18 septiembre 1814 derogó el Decreto 14 enero 1812 en lo que afectaba a los montes comunes y realengos. La Real Cédula 19 octubre 1814 manda que se restablezcan en toda su fuerza y rigor la Real Ordenanza 12 diciembre 1749 en cuanto a los montes comunes, realengos y de propios, quedando en libertad los de los particulares. La ley 20 noviembre 1836 restableció el Decreto de las Cortes de 14 enero 1812. Sobre las disposiciones relativas a montes dictadas en esta época vid., POSADA DE HERRERA, op. cit., págs. 148 a 150.

(200) En opinión de SARRI FERNANDEZ "se trataba, pues, de una norma muy aceptable salvo en su parte penal, que era de una desmesurada dureza; pero, evidentemente, incapaz de satisfacer los deseos y las exigencias del apetito roturador de aquellos años, las aspiraciones de los futuros compradores de bienes nacionales y, por supuesto, de colmar las estrecheces económicas del Ministerio de Hacienda". Op. cit., pág. 203.

(201) Mantienen estas Ordenanzas respecto a los montes particulares la misma concepción que se inaugura con el Decreto 14 enero 1812, tal como dispone su artículo 39: "todo dueño particular de montes podrá cerrar o cercar los de su pertenencia, siempre que los tuviere deslindados y amojonados, o provocar el deslinde y amojonamiento de los que aún no lo estuvieren; y una vez cerrados o cercados, podrá variar el destino y cultivo de sus terrenos, y hacer de ellos y de sus productos el uso que más le conviniere".

(202) GUAITA, op. cit., pág. 17. Señala este autor como elemento de la importancia que para la política forestal tiene esta época, la creación de la Dirección General de Montes, por el mencionado Decreto, y del Cuerpo de Ingenieros de Montes. Sobre la evolución histórica de los órganos y otras instituciones de la Administración forestal, vid. AULLÓ, op. cit., págs. 34 a 72.

(203) Sobre los puntos esenciales de la Ley puede verse un fructuoso resumen de BAUER, op. cit., pág. 67 a 69.

(204) Vid. el interesante y completo estudio, que abarca también la problemática de la desamortización de los bienes comunales, realizado por GARCÍA ENTERRÍA, Eduardo, Las formas comunitarias de propiedad forestal, en Conferencias sobre Derecho y arboledas forestal, Madrid, 1.976, págs. 139 a 197 y ADC, 1.976, págs. 281 y ss. Asimismo GANZ FERNANDEZ, op. cit., págs. 207 a 219; BAUER, op. cit., págs. 70 a 81. MARAS NAVAS, José Manuel, La propiedad de la tierra en España: los Patrimonios Públicos. Herencia contemporánea de su reformismo inconcluso, Madrid, 1.984, págs. 158 a 224. Mediante decreto 22 enero 1.862 se amplian los montes declarados vendibles en base a añadir a la condición de pertenecer a los exceptuados del catálogo, la de superar las 100 hectáreas de dimensión. Esto supone una superficie de 2.106.425 hectáreas que, sumados a aquellos 3.427.567, hacen un total de 5.533.994 hectáreas de montes enajenables.

(205) En el programa que encarnaba DOVELLANOS se pedía la conversión de los montes comunes a propiedad particular: "Ni los montes comunes deberían ser exceptuados de esta regla. La Sociedad, firme en sus principios, cree que nunca estarán mejor cuidados que, cuando reducidos a propiedad particular, se permite su cerramiento y aprovechamiento exclusivo, porque entonces su conservación será tanto más segura, quanto correrá a cargo del interés individual afianzado en ella". Op. cit., págs. 97 y 98.

(206) El Real Decreto 27 febrero 1.856, sin tener en consideración el tamaño de la finca forestal, exceptuó de la venta los bosques y montes públicos que estuvieran poblados por abetos, pinabates, pinos, encinos, sabinas, tejos, hayas, castaños, avellanos, Abedules, alisos, acebos, robles, rebollos, quejibos y picornos. Para la fauna de disposiciones que afecta a la desamortización de los montes vid. MARTINEZ ALDUBERÍA, Marcelo, Desamortización en Diccionario de la Administración española, V, Madrid, 1.916, págs. 718 a 809, y Montes y Plantíos en la época pura, XI, Madrid, 1.923, págs. 519 a 615.

(207) Entre otras, AJULO, op. cit., pág. 39; TAMAMES, op. cit., pág. 55 y 242, op. cit., pág. 187 a 197; BAUER, op. cit., pág. 65; SANZ FERNANDEZ la llega a calificar como "el mayor desastre ecológico de nuestra historia forestal", op. cit., pág. 207; MANDAL NAVAS, op. cit., pág. 29

(208) BAUER, op. cit., pág. 66.

(209) TAMAMES, Ramon, op. cit., pág. 292 y Aspectos fundamentales de la economía forestal en España, en Conferencias sobre derecho y propiedad forestal, Madrid, 1.976, pág. 297.

(210) AJULO, op. cit., pág. 40.

(211) A esta amplia facultad del propietario para cortar árboles y a la necesidad de poner límites, se refiere SANTAMARIA, Victoriano, La corta de árboles a principios del siglo XIX. Un documento curioso, en RGLJ, 1.906, págs. 333 y ss.

(212) Respecto a Andalucía señala OLIVACA TORIBIO que "la incertidumbre del bosque andaluz en el siglo XVIII habría de romperse casi al alborar del siglo XIX. Las grandes transferencias de la propiedad, el Autende et abutendia de la permisiva legislación liberal, la extensión del ganado caprino y, muy singularmente, el afán de ganar nuevas tierras para los cereales, fracturaron de manera brutal el modesto equilibrio que hasta entonces se lograra. Nada más conmovedor que la elegias de algunos beneméritos secretarios de Ayuntamientos -recogidas en memoria de sociedades y organismos culturales y económicos- por la destrucción de los bosques municipales de antaño. Nada más lamentable por lo de ceguera empresarial y abusos de la propiedad refleja la inútil deforestación llevada a cabo en Almería occidental y en Marbella y otros lugares a ledanos por los Heredia con el fin de alimentar fugazmente su quimera industria siderúrgica". Op. cit., pág. 201.

(213) SAN FERNÁNDEZ, op. cit., págs. 218 y 219.

(214) Vid ROSADO DE HERRERA, op. cit., págs. 150 y 151; GRAU, op. cit., págs. 12 y 13.

(215) Señala GLAITA, la Ley de 11 julio 1.877, con su Reglamento de 12 enero 1.878; las RR.DD. de 5 septiembre 1.878, 5 enero 1.881, 28 abril 1.891 y 17 noviembre 1.893; RR.DD. de 3 febrero 1.858 y 7 junio 1.901; la Ley de 24 junio 1.908 y su reglamento de 8 octubre 1.925; la Ley del Patrimonio Forestal de 9 octubre 1.935.

(216) GRAU, op. cit., pág. 12.

CAPITULO II.

SIGNIFICADOS Y CONCEPTOS DEL TERMINO PLANTACION.

RESUMEN. 1. Significados del término plantación. 1. La plantación como objeto ya existente. 2. La plantación como actividad organizada. 3. La plantación como expectativa. 4. La indeterminación del concepto de plantación en el Derecho. 2. Planteamiento general. 2. Concepto visual de plantación. 3. Concepto económico de plantación. 4. Concepto jurídico de plantación. A. Planteamiento de la cuestión. B. Ideas previas para delimitar el concepto jurídico de plantación. C. Elementos determinantes. a. Aspecto material. b. Aspecto formal. Fin del capítulo III.

I. SIGNIFICADOS DEL TÉRMINO PLANTACIÓN.

1. LA PLANTACIÓN COMO OBJETO YA EXISTENTE.

El primer significado que se revela del término plantación es el de algo existente en un fundo: conjunto de árboles o arborescencias arraigados a su base física, denominada suelo, que le sirve de sostén y del que extrae el sustento necesario para provocar su crecimiento y fructificación.

Es una consideración estática que atiende sobre todo a la estructura material de la plantación, en orden a resolver los conflictos de atribución y utilización que sobre ella se suscitan.

Significado éste de la plantación como habere sobre el que el Código civil, en sede de propiedad, se pronuncia expresamente en el intento de responder a la trascendental cuestión: ¿A quién pertenece la plantación existente en un fundo? El artículo 359 parece atribuirsele al Adominus solus, "ya que todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se pruebe lo contrario". Cuando la plantación es el resultado material de una actividad ajena, el artículo 358

le otorga la pertenencia al dueño del suelo pero con sujeción a lo dispuesto en los artículos 360 a 368 C. civil.

El conflicto atribuido en torno a la plantación realizada en la finca ganancial o privativa, es nuevamente ordenado en las normas reguladoras del régimen económico del matrimonio (art. 1.359 C. civil).

Nuestra normativa registral inmobiliaria reconoce a la plantación la posibilidad de acceso al Registro de la Propiedad, mediante su descripción en el título de inscripción de la finca y, con posterioridad, como obra nueva (arts. 208 LH y 308 RH).

Con centro de referencia en la plantación existente en un fundo, se establecen un conjunto de reglas que disciplinan su goce en concepto de derechos ajenos al dominio: usufructo de montes (art. 485 C. civil), usufructo de plantaciones (arts. 486 y 487 C. civil), servidumbre de leñas (arg. ex arts. 603 y 604 C. civil) Arabassa morcafa (art. 1.656 C. civil), superficies rústica (arts. 30.3 RH, 287.1 RH, 3.3 LMVMC), arrendamiento rústico (arts. 3.2, 58.3 y 75.4 LAR). Finalmente, con respecto a una hipoteca sobre la finca, el artículo 110.1 LH contempla su extensión objetiva a las plantaciones allí realizadas.

Hasta este momento el objeto para observar esa manifestación primaria de la plantación como objeto ya existente.

2. LA PLANTACIÓN COMO ACTIVIDAD ORGANIZADA.

Otras son las ocasiones en que la plantación adquiere para el Derecho el significado de un Régimen, constituyendo entonces el objeto inmediato de una prestación y mediato de la obligación de plantar.

La plantación, en tales casos, presupone una relación jurídica con pretensión de que se hagan plantaciones en la finca, importancia poco, en este sentido, que la fuente de la obligación nazca de un contrato o de la ley, en virtud de poderes que le fueron conferidos a la Administración Pública; así como que la calificación del negocio sea la de un derecho de configuración personal o real, porque en estos supuestos lo que interesa resaltar es el significado de actividad en contraposición al de plantación ya existente, al tiempo que, aun cuando se trate de un derecho real, su campo de desenvolvimiento dentro de éste es el jurídico-obligatorio (1).

La LAR de 31 de febrero 1.989 recoge el contrato por el que se cede el suelo para "plantar y aprovechar viñas, naranjos, olivares u otras especies arbóreas no forestales". El artículo 3.3 de la LMVMC de 19 noviembre 1.980 autoriza a constituir un censo de superficies sobre el monte vecinal en mano común para hacer plantaciones. Por la vieja institución de la Arabassa montañ, regulada en el art. 1.656 C. civil, "el dueño del suelo cede su uso para plantar Viñas". Por disposición del art. 50 LM, la Administración Pública queda autorizada para imponer a los propietarios de un monte su repoblación obligatoria, conforme a los planes reglamentarios aprobados (2). Otras disposiciones autorizan igualmente a la Administración Pública a imponer la realización de plantaciones en un fundo (3).

Por lo más interesante es descubrir el significado de plantación en función de idea moderna de explotación, desentrañada perspicazmente por LOPEZ JACOISTE (4). En relación a ella, la actividad plantadora se configura como actividad organizativa conforme a un plan elaborado según criterios técnicos. En suma, la plantación se incardina dentro de una actividad desarrollada por un sujeto de forma continuada, sirviéndose para ello de una organización instrumental en orden a la producción y al intercambio de bienes.

En el concepto de explotación, la plantación no es sólo el elemento más relevante del conjunto instrumental sobre el que se ejerce la actividad de explotación, sino que, además, se manifiesta mediante una actividad continuada dirigida a perpetuar la sustancia o el objeto plantación para servir al fin a que se ha destinado. Esto, primero, conlleva la obligación de plantar aquellos árboles que hayan desaparecido por cualquier causa, o a consecuencia de su aprovechamiento cuando el destino sea la tala.

Pergeñando en el Código civil, en sede de usufructo el artículo 483 impone la obligación al usufructuario de viñas, olivares u otros árboles o arbustos a reemplazar los que hayan muerto o hayan sido tronchados o arrancados por accidente. Consecuentemente con este postulado conservador de la plantación impuesta al usufructuario, se desenvuelve también el artículo 485 del C. civil en referencia al monte plantado, aún siendo taller o de maderas de construcción.

Ya advertía MANSONS Y ANGLASEL que esta obligación de conservar la sustancia en el usufructo de bosques, no se cumplía con una mera actitud pasiva del usufructuario, puesto que siéndole reconocido el derecho de goce podía no ejercerlo, "porque es principio admitido hoy sin excepción que dejar de cortar un bosque a tiempo es condenarlo a una consunción que en definitiva llega a

destruirlos" (2). Argumento para el que el autor encuentra apoyo en un suerrio publicado en 1.919 por la Mancomunidad de Cataluña con el título "Usus i costums de bon pagés sobre boscos i altres albredes", en que se decía: "los expertos en bosques hacen notar que el bosque, tratándolo según uso y costumbre del buen payés, cuanto más se explota, mejor crecimiento tiene, da mejor madera y en conjunto produce más y mejor; por lo cual tan mala costumbre es cortar árboles a destiempo como dejarlo envejecer no haciendo en él los aprovechamientos convenientes cuando es ocasión" (6).

No obstante, en todo ello todavía late la concepción del disfrute como facultad de un derecho subjetivo, aunque, por imperativos del principio salva rerum substantia, que preside el instituto del usufructo, se pueda deducir el deber de gozar. La idea de explotación va más lejos del deber de gozar de la plantación, en cuanto lo modaliza en base a la intensidad del aprovechamiento y la perfección técnica, que por razones históricas no están presentes en el Código civil, más preocupado de distribuir los bienes entre los sujetos, desentendiéndose del modo como éstos eran utilizados y del rendimiento que de ellos se extraían (7). Ahora, intensidad y perfección técnica se presuponen. El primer objetivo, sin estar guiado por las técnicas vigentes en la materia, puede suponer un atentado a la sustancia de la plantación; mientras que la ausencia del criterio técnico

puede acarrear una disminución considerable del rendimiento.

Solo en este concepto la explotación se puede entender el conjunto de actividades que se hacen continuamente se refieren al cultivo de una explotación forestal, dirigidos a optimizar el beneficio y la producción, y es el que la actividad plantadora transiende al sentido genuino y literal de plantar, para convertirse en una actividad organizada que persigue el fin de mantener en pie la unidad funcional de la plantación, perpetuando su valor, tanto de su potencial permanente como de su rendimiento normal. En la plantación forestal, que se perpetúa por repoblación de los árboles talados, es imprescindible, por ejemplo, los aclaros y rebajas con el objeto de mantener la masa en buenas condiciones de crecimiento, manteniendo en ella solamente los árboles de porvenir, haciendo desaparecer los árboles viejos, decrepitos o decadentes, manteniendo un grado de espesor conveniente y favoreciendo el desarrollo de la masa dominante aprovechando la masa dominada; o, tratándose de plantación que se reproduce naturalmente, la realización de que las talas que proporcionan una buena iluminación a los árboles productores de semillas, continuas o sucesivamente por cortas que proporcionen un aumento de iluminación a lo reproducido, y, por fin, la corta final cuando, siendo ya superfluo o perjudicial el mantenimiento de una cubierta sobre lo reproducido, se hacen

desaparecer todos los árboles padres.

Pues bien, todo esto, que supone la existencia de un plan técnico de la explotación forestal, es impuesto con carácter obligatorio por la Ley de Montes de 8 junio 1.957, para los montes catalogados (8) y protectores (9), y para aquellos que sin pertenecer a ninguna de estas dos categorías, revistan importancia forestal, económica o social (10).

Por consiguiente, la mera actividad de plantar en una finca sin preocuparse de más, tan sólo de esperar el momento para recoger los frutos que esta dé, no muy escasos que sean, o ya existiendo limitarse a recabarlos, se aproxima más a la actividad recolectora o extractiva industrial que al concepto de actividad organizada dentro del esquema de la actividad agraria rural. En la misma, falta la actividad de cultivo, donde se incluye la actividad forestal como subespecie, en cuanto el complejo único e inescindible del ciclo de trabajos propios de la actividad agraria, quedando reducido a un simple aprovechamiento pasivo de los frutos de la plantación. No se produce, por tanto, el sometimiento relativo de la vida vegetal al control humano que precisa de la manipulación y especulación biológica (11).

Para concluir, advertiremos que hemos preferido

referirnos al concepto de plantación como actividad organizada que concurre sobre la plantación, por ser más genérico que el de empresa agraria. Si bien aquella es una base segura en la que tiene que apoyarse la existencia de ésta, no toda actividad organizada constituye necesariamente una empresa agraria. Una vez se produzca la actividad agraria típica, estaremos ante la empresa agraria si también concurren los requisitos de la empresa que la doctrina ha deducido del conjunto normativo que la contempla en general, resumidos en estas cuatro notas: economicidad, organicidad, profesionalidad e imputabilidad (12).

3. LA PLANTACIÓN COMO EXPECTATIVA

Si se determina el concepto de plantación como objeto a partir de una realidad empíricamente observable que constituiría el elemento material de la definición, la plantación sólo puede ser existente. Entonces, no tiene sentido plantearse el problema de si una plantación no existente puede ser objeto de derechos. No obstante, la respuesta es claramente negativa.

Si añadimos al elemento material el elemento formal que caracteriza la plantación, el de ser actividad organizada, si cabe preguntarse si es posible la organización de una

actividad cuando aún no existe la plantación como realidad material. En último término, si es posible entender que también forma parte del objeto de plantación como expectativa.

Indudablemente el término "expectativa" está más en consonancia con un significado de facultades, atribuciones, es decir, más en la línea del poder que del objeto. Y así podríamos admitir que nada obsta a un compromiso sobre un campo de destinárselo a una plantación por vía de acuerdo, de la misma manera que cabe una sociedad en formación o una explotación no realizada aún, siempre que no nos salgamos del ámbito de límites de la libertad del propietario de un fundo para convertirlo en un objeto distinto: un fundo plantado.

Poder éste del propietario que también es observado en la legislación vigente como un derecho expectante. En el sector del viñedo, la ley de 2 diciembre 1.970 que aprobó el Estatuto de la uva, del vino y de los alcoholes, desarrollada por Decreto de 23 marzo 1.972 que aprobó su Reglamento, exigen autorización previa del Ministerio de Agricultura para realizar nuevas plantaciones de viñedos, reposición de marras en un porcentaje superior al 5% anual de las vides útiles existentes en cada parcela, la sustitución de viñedos constituidos por varredades no

autorizadas o temporalmente autorizadas y la implantación de viveros de vides (arts. 50 a 41. Ley y Reglamento). El régimen de autorización se viene estableciendo para cada campaña (13). La legislación comunitaria también establece medidas de control de plantaciones y replantaciones de viñedos. Queda prohibida las nuevas plantaciones de viñas hasta el 31 de agosto de 1979, requiriéndose autorización de los Estados miembros para nuevas plantaciones dirigidas a producir vinos de calidad (14).

En esta materia es interesante la sentencia «Hauer» de la Corte de Justicia de las Comunidades europeas, dictada el 13 diciembre 1979, dando lugar a una gran discusión, y cuyo tema controvertido giraba en torno a plantaciones de viñedos.

La demandante (Liselotte Hauer) solicitó una autorización para plantar viñas en un terreno de su propiedad a la Administración del Reich Renania-Palatinado. La respuesta fue negativa aplicando la ley alemana y la interpretación por un recurso prejudicial del Reglamento del Consejo 1.162/1.776 de 17 de mayo, modificado por el Reglamento 2.776/78 de 23 noviembre 1978, que prohibía temporalmente la plantación de nuevos viñedos.

La demanda se fundaba en que tal negativa contradice

los derechos fundamentales de la propiedad y del ejercicio profesional. El tema suscitado en la demanda versa como centro de gravedad las garantías de esos derechos fundamentales; pero, la cuestión controvertida era la distinción entre la propiedad del terreno y el derecho a plantar en él. Tales derechos netamente diferenciados por el régimen jurídico. En definitiva se planteó que una cosa es el derecho de propiedad y otra distinta la actividad orgánica.

En la sentencia se dijo, junto con otra de 4 abril 1.975 del mismo Tribunal (15), que no es conveniente introducir criterios de apreciación particulares (de la legislación nacional), porque todo esto forma parte de una política económica del área del mercado común (16).

Por último, con todo esto se está suscitando la siguiente cuestión: ¿En qué medida la plantación es un derecho inherente a la propiedad, o puede ser más bien una expectativa o un derecho expectante?

Otro ejemplo lo encontramos en la legislación española para la plantación de cítricos. El artículo 9 del Decreto de 15 julio 1.971 sobre ordenación fitosanitaria y técnica del cultivo de cítricos (17) regula el régimen jurídico de las nuevas plantaciones, donde se establece el requisito de la

autorización de la Dirección General de Agricultura» (18) para efectuar cualquier tipo de plantaciones o reposiciones de árboles en cualquier parte del territorio nacional, y cambiar de variedad mediante nuevo injerto sobre lo anterior o sobre el árbol primitivo, etc. a todos los efectos se considerará como nueva plantación.

12. LA INDETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE PLANTACIÓN EN EL DERECHO.

1. PLANTEAMIENTO GENERAL.

La primera aproximación al concepto de plantación nos depara que estamos ante un término que es patrimonio del lenguaje usual. No es una invención del Derecho, del lenguaje jurídico, ni bien éste lo ha recogido nombrándolo y otorgándole capacidad jurídica en determinadas situaciones. En un plano más general, sabemos que la plantación como cualquier otro bien que es capaz de rendir utilidades va a ser objeto de apropiación y atribución, entrando a formar parte del patrimonio de un sujeto, por lo que aun sin una función expresa incide sobre ella la ordenación jurídica. Como imposible y ajeno al Derecho positivo es la catalogación de todos los bienes que tienen relevancia jurídica, limitándose a señalar que entiendo por

nencia a los efectos jurídicos, abstracción a concretar sobre los entes particulares y en situaciones concretas en base a criterios sociales.

No obstante, el término plantación es expresamente reconocido en determinados supuestos normativos, lo que exige saber si sólo se ha producido un trasplante del concepto usual o, por el contrario, su inserción legal ha conllevado alguna transformación en el significado, ampliándolo o restringiéndolo. Existe un concepto jurídico de plantación. Averiguación esta que nos representará toda la metamorfosis que el Derecho le imprime a los entes externos a él al normativizarlos (19); esto es, como partiendo, muchas veces, de realidades extra-jurídicas, del mundo exterior, influye en ellas ordenándolas a los fines que quiere cumplir. Esta comunicación que fundamenta la ratio legalis es tan íntima que el ratio que origina el concepto se ve alterado en un posterioris en cuanto pasa por el tanizaje Derecho. El aspecto puramente material no es necesariamente el jurídico, que sin poder zafarse de él, lo recubre de caracteres formales. A esto responden las siguientes páginas: ¿Cuáles son estos aspectos formales en la plantación que nos permita aislarla jurídicamente?

2. CONCEPTO USUAL DE PLANTACIÓN.

En el lenguaje usual o coloquial, del que se hace portador la Real Academia de la Lengua, plantación es el "conjunto de lo plantado" (20). Y mientras sembrar es esparcir semillas sobre la tierra (21), plantar es introducir un vástago o esqueje en ella (22). Ambas formas exigen la actividad humana, directa o auxiliándose de medios mecánicos, con lo que la expresión plantación encuentra un primer límite al excluir aquellas agrupaciones de plantas o vegetales nacidos espontáneamente, tales como el matorral, las hierbas salvajes y las formaciones boscosas naturales, entre otras.

El segundo límite gira en torno a esta distinción entre plantar y sembrar; ahora bien, no sólo se plantan especies arbóreas y arbustivas, sino también se utiliza este procedimiento para otras que son vivaces y anuales, propiamente herbáceas (la mayor parte de las hortalizas), lo que de gran laxitud al sentido usual de plantación. En práctica coincidente, la ciencia agronómica nos ilustra de esta concepción de la plantación, en función de la técnica agrícola empleada en una de las fases de producción y no por la estructura material de las especies resultantes, al definirla como "conjunto de vegetales, herbáceos o arbóreos, plantados en un terreno" (23).

dos notas más poderosas extraer de este significado usual y agronómico del concepto plantación: 1. Han de constituir una agrupación de plantas, distinguiéndose así de las que se pueden encontrar aisladas y solitarias; el árbol plantado para dar sombra o amenizar un jardín o el geranio que crece en solitario en el patio de una casa no es plantación. Si un conjunto es más de uno, en pura teoría aritmética habría plantación en cuanto sumaran dos, pero al tratarse de un concepto social, los criterios a tener en consideración para decidir el número que han de concurrir para denominar al conjunto plantación son también sociales y, por consiguiente, lo inconcreción e indeterminación reinan en ellos. De cualquier forma, se nos revela como algo distinto de las singulares plantas que lo componen, pues de otra manera sería extraño que el lenguaje, máxima expresión de la representación de las ideas, hubiera creado un término para identificar el conjunto de plantas del que individualmente reciben sus componentes; y 2. Se han de encontrar adheridas al suelo, esto es, a la corteza terrestre, donde una parte de los singulares componentes de la plantación se halla introducida; luego, es ajeno al concepto el conjunto de plantas colocados en tiestos o cajones.

CONCEPTO ECONOMICO DE PLANTACION.

Desde una perspectiva económica ha tenido una notable incidencia la diferente naturaleza existente entre cultivos leñosos y cultivos herbáceos. Agronómicamente la distinción, por las peculiaridades que poseen uno y otro tipo de cultivo, justificó la especialización mediante las grandes ramas: la arboricultura y la herbicultura. Y es que evidentemente un árbol o arbusto tiene por sí sólo entidad suficiente como para ser cuidado individualmente de los otros árboles o arbustos en independencia del suelo; de aquí que en arboricultura "cada árbol recibe sus cuidados individuales a más de los generales de la parcela" (24). Esto mismo no se puede predicar para la brizna de hierba o la espiga de trigo, y en general para las plantas que componen el cultivo herbáceo, cuyos cuidados se dan de forma generalizada y al mismo tiempo.

La expresión plantación en sentido económico viene referido a los cultivos leñosos, entiendo por tal el conjunto de árboles existentes en un terreno, en cuanto económicamente se expresan de forma diferente a:

a) Los cultivos herbáceos: hacer posible la existencia de una plantación, exige niveles de inversión muy superiores al de los cultivos herbáceos. Esto tiene su expresión en la

técnica económico-forestal. La plantación representa un capital fijo que habrá de reintegrarse mediante la tasa de amortización. Opuestamente, el arranque de una plantación equivale a una desinversión, siempre y cuando no esté formada por árboles o arbustos envejecidos o que hayan agotado su capacidad productiva, o tratándose de una plantación maderable la tasa no se realice de acuerdo a criterios selvícolas y dasocráticos propios de la ordenación forestal. Los cultivos herbáceos, por el contrario, dado su carácter anual representan un capital circulante que se consume en el ciclo productivo, y por tanto han de reintegrarse totalmente en él. En razón de la coyuntura del mercado aquellos pueden fácilmente ser alterados por otros similares en el siguiente ciclo productivo de la tierra, siempre que los permitan las características del suelo, clima, etc.; las plantaciones, sin embargo, al tardar varios años en producir y gozar de una vida relativamente larga, suponen una inversión a largo plazo, lo que impide que experimenten los altibajos de los cultivos herbáceos, pues las modificaciones de los mismos implican inversiones y desinversiones considerables.

10. Los singulares árboles: la actividad económica, en términos modernos y dirigida al mercado en condiciones competitivas, ha de contar con unidades productivas, función que en nuestro caso no cumple cada árbol en singular, sino

la plantación. Obviamente son múltiples los factores que deberán de evaluarse para determinar los niveles mínimos a partir del cual se entiende la plantación como unidad productiva; entre otros, dependerá de la especie plantada, de las condiciones ecológicas del suelo, estar situada en regadío o secano, etc. En todo caso se tratará de una cuestión meramente técnica a estudiar particularmente, puesto que no hay una plantación, sino mil plantaciones. Aquí, por ahora, basta con resaltar que la proyección económica del árbol en particular difiere enormemente de la plantación, en cuanto ésta no es un conjunto de árboles o arbustos que han de crecer y vivir independientemente unos de otros, sino que para la actividad económica en términos productivos y competitivos constituye un bien económico unitariamente considerado. Esta manifestación es todavía más intensa cuando la plantación es forestal destinada a la producción maderera, donde una buena explotación ha de servir-se de técnicas selvícolas y dasocráticas en orden a una explotación racional que mantenga constante el capital plantación indispensable, distinguiéndolo a estos fines de la parte del arbolado que puede considerarse como renta; exigencia que requiere el perfecto conocimiento del funcionamiento económico de la plantación forestal.

Insistimos, una vez más, que la idea moderna de explotación, en cuanto "voluntad" en palabras de CIFEZ.

ACCIONISTE- de aprovechamiento ejercitado al máximo, tanto en la intensidad como en la perfección" (25); se aviene la plantación, pero no el árbol. Este, efectivamente, puede ser objeto de aprovechamiento, mas no de explotación. Por tanto, la plantación es una unidad con viabilidad económica, en cuanto posee aptitud para que sea técnica y económicamente explotada (aun cuando observada en un momento determinado no estuviera en explotación) conforme a criterios empresariales, tendentes a la obtención de mercancías y como tal en predisposición de entrar en el mecanismo del mercado para producir rentas y beneficios. Esto nos conduce irremediablemente a considerar la plantación como capital explotable sobre el que se ejercita la empresa.

4. CONCEPTO JURIDICO DE PLANTACION.

AL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTION.

Plantearnos el concepto jurídico de plantación entraña los riesgos inherentes a los conceptos indeterminados. La ambigüedad con que se ha utilizado el término, incluso profusamente, en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, ha impedido elaborar un concepto legal de plantación, entrando a formar parte de la amplia gama de lo que algunos autores

han denominado conceptos jurídicos indeterminados, en cuanto en el supuesto de hecho normativo que la contempla no se encuentra definida. Corresponderá al interprete, llegado el momento de aplicar la norma al caso concreto, precisar "el contenido y contorno del concepto en que consiste el elemento indeterminado; realizando mediante un proceso valorativo tanto de las circunstancias y características reales a calificar, como del sentido jurídico propio que la ley asignó al elemento concepto indeterminado; para que produzca el efecto deseado por el legislador y fundamento y fin de la norma aplicada" (26). A esa labor queremos ayudar con esta aportación, porque creemos posible obtener de algunos datos suministrados por la ley, la jurisprudencia y la doctrina los elementos determinativos de un concepto técnico-legal de la plantación. Es más, ambicionamos poder construir un estatuto jurídico de la plantación, mínimo común denominador de las situaciones concretas que en una relación jurídica adquiere.

Cuatro argumentos nos anima en el empeño y la conveniencia de determinar el concepto jurídico de plantación:

1. Histórico: suficientemente reflejado en otro lugar de este trabajo, y de los que permanecen residuos en nuestro tiempo, unos desterrados del Derecho escrito (v.g. propiedad

separada de las plantaciones) y otros todavía recogidos en el (v.g. plantación de viñas a primeras cepas, art. 1.656 C. c.).

2. Actualm. el término plantación se hizo acreedor de la atención del legislador del Código civil, reconociéndolo explícitamente en algunos preceptos. Pero, no ha sido la memoria de otros tiempos históricos donde la plantación tuvo indudablemente importancia e interés en el desarrollo agrícola; por el contrario, su vitalidad hemos podido constatarla al ser nuevamente utilizada en leyes posteriores al Código civil.

3. Delimitar las notas características que enmarcan a la plantación, nos ayudará a encontrar ese concepto jurídico, de lo que se seguirá:

a) Recta inteligencia del término en aquellas leyes, instituciones y preceptos en que se emplea.

b) Si logramos encontrar ese concepto afín al término plantación en su utilización legal, podremos también concretar el régimen común a las diferentes situaciones controvertidas que giren en torno al objeto plantación, cualquiera que sea su especie. Es éste un aspecto que se sitúa en el Derecho común por la especialidad del objeto.

sobre el que recae o puede recaer una relación jurídica. Supone consecuencias jurídicas de interés para el intérprete y aplicador del Derecho cuando se den alguna de estas situaciones jurídicas: 1. Que no exista o sea insuficiente la autorregulación de las partes en aquellos derechos que recaigan sobre la plantación; y 2. Que, además, en aquellas relaciones sometidas a los derechos particulares y especiales, éstos no requieran suficientemente todas las situaciones jurídicas que se puedan producir, dado el carácter supletorio que tiene el Derecho común.

c) Delimitar, a la luz del Ordenamiento Jurídico, la plasmación de otros conceptos próximos y afines, que también han encontrado una plantación legal, tales como siembra, pastos o montes, e, incluso, árboles.

d) Saber si la plantación es un concepto determinado sólo en base a razones de índole jurídica, o es posible que su calificación le venga dada por un título voluntario en cuanto cuestión de hecho.

B. IDEAS PREVIAS PARA DELIMITAR EL CONCEPTO JURIDICO DE PLANTACION.

En virtud de las definiciones legales recogidas por la legislación de montes desde el pasado siglo hasta el actual, el concepto jurídico de montes ha gozado de una base segura para su elaboración doctrinal (27). Ellas vienen referidas al monte en cuanto propiedad forestal, más restringido que el concepto de monte deducible del artículo 485 C. civil. Esta, para SANCHEZ REBULLIDA, incluiría los jardines o conjuntos arbóreos de puro ornato (propter amoenitatem o ad prospectum et ornatum) susceptibles siempre de uso, cuando, "incidentalmente, proporcionen además algún aprovechamiento: ramas secas o podadas, resinas, flores, etc."; separándose en esto "de la legislación administrativa, que excluye del concepto de monte los terrenos cubiertos de árboles, arbustos o matorrales de puro ornato" (28).

En ambos casos no es precisamente la existencia de arbolado un requisito Rsine qua non del concepto de monte, si bien gran parte de la normativa civil y administrativa dirigida a su regulación está pensando en él. Y no es de sorprender, porque cuando el terreno arbolado constituye un monte, la arboladura es el elemento principal en el que pugnan los intereses privados entre sí cuando el dominio

concurra con otros derechos constituidos sobre el monte, y el de éstos con el interés público.

Tres ideas se agolpan en lo dicho hasta ahora: monte, árbol y plantación, conceptos, los tres, relacionados, pero diferentes.

La distinción entre monte y plantación ha quedado en parte ya apuntada; no obstante concretaremos algunas cuestiones. Según lo expuesto, el monte no necesariamente ha de contener árboles, pero cuando esto suceda, para lo que se utiliza a veces la expresión «monte arbolado», en primer lugar las especies arbóreas o arborescentes allí existentes han de ser forestales, o en palabras de la Ley de Montes: "... que no sean características de cultivo agrícola" (29). En segundo, asociadamente con los árboles conviven otras especies vegetales: hierbas, setas, helechos, etc., en general, algunas especies herbáceas.

Es usual en la legislación forestal referirse al arbolado del monte con expresiones como «vuelo» (30) o «masa forestal» (31), además del empleado en este trabajo de «plantación» (32).

Más difícil se nos presenta la distinción, no entre el árbol en singular y la plantación, sino entre el conjunto de

árboles y plantación, aunque un Ratio delimitador de este concepto es el de estar formado por un conjunto de árboles.

En el Derecho civil vigente hay tres situaciones que es preciso aislar en relación a uno y otro concepto:

1. Aquellas normas que contemplan al árbol en singular, como Árboles individuales, independientemente de encontrarse en solitario o agrupadas sin ser parte o siéndolo de una plantación. En nuestra opinión, a este supuesto se refieren los artículos 334.2, 390, 591 y 1.908.3 C. civil.

2. En otros preceptos saber si vienen referidos a la plantación, a los árboles en particular o indistintamente a los dos, exige una labor de interpretación de la norma: ¿Cuál es su Ratio legis?

Este es el caso de la normativa que regula el derecho de accesión sobre plantaciones en nuestro Código civil. Encontrar la solución impone adaptar la finalidad perseguida por estas normas con las consecuencias que se desprenden de algunas reglas particulares.

Como ha sido suficientemente indicado por la doctrina, el fin pretendido con el derecho de accesión inmobiliaria es evitar una propiedad separada de los árboles y el suelo; en

definitiva, una concurrencia de derechos, potencial fuente de conflictos, que el legislador vió con disfavor y no es proclive a que se produzca. Desde esta perspectiva, nada más lógico que igual aplicación ha de tener el principio Resuperficiis sólo ceditur o Plantatur sólo ceditur, tanto si lo plantado es una plantación, unos escasos árboles, agrupados o diseminados en el fundo, o un sólo árbol. Ahora bien, para la aplicación de la facultad que concede el art. 361 C. civil al propietario del terreno cuando el plantador ha actuado de buena fe, tiene verdadera relevancia que se trate de una plantación o de árboles que no llegan a constituir tal. El Adominus sólo puede optar por obligar al que plantó a pagarle el precio del terreno. Si lo realizado es una plantación no hay problemas, pero si se trata de un árbol o unos cuantos árboles que no modifican el destino del fundo, ¿a qué terreno se refiere el artículo 361?, ¿al que comprende la finca en su totalidad o al que circunda en un espacio reducido -llamado de respeto- al árbol o a esos cuantos árboles plantados?. Admitir lo último nos conduciría a una solución, además de absurda, impracticable, en virtud de la normativa actual sobre unidades mínimas de cultivo. La primera, resultaría excesiva, una injusticia más a sumar al régimen de la accesión del Código civil. Entendemos, por consiguiente, que en estos supuestos los Tribunales haciendo uso de los criterios hermenéuticos de interpretación debieran restringir la aplicación del mencionado precepto

(art. 361 C. civil), quedando obligado el propietario a adquirir el árbol o esos cuantos árboles que no tienen el carácter de plantación, previa la correspondiente indemnización al plantador.

En el fondo del asunto late qué ha de entenderse por plantación en el art. 361 C. civil. La solución no puede ser única, pues a los efectos de evitar una propiedad separada de los árboles, lo sería incluso uno sólo que en el terreno se hubiera plantado; pero, a los efectos de poder atribuir al propietario del suelo la facultad de opción que le viene reconocida por el art. 361 C. civil, habrá de tratarse de una plantación en sentido estricto, excluyendo un sólo árbol o un grupo de estos que no mereciera tal calificación.

Otro supuesto lo encontramos en el significado que tiene el término plantación en el art. 1.359 C. civil, en sede del régimen económico del matrimonio. La solución es distinta respecto al caso anterior. Aquí se acoge tanto al árbol plantado, a un grupo de árboles que no constituyan una plantación y a esta tomado en sentido técnico. Así hay que entenderlo en base a la dualidad de fines que tiende a alcanzar el precepto. Uno, evitar, como para la accesión, la propiedad separada cuando la actividad plantadora se haya realizado a cargo de los bienes privativos de uno de los cónyuges en terreno de la sociedad de gananciales, y

viceversa. Otro, evitar el enriquecimiento injusto, mediante la acción de reembolso de los gastos ocasionados al plantador, que, según los casos, puede ser un conyuge a cargo de sus bienes o la sociedad de gananciales a cargo de los suyos.

3. Finalmente, los que se refieren sin ningún tipo de dudas a la plantación, utilizando expresamente el término, otro sinónimo (árboles), el de un tipo concreto de plantación (viñas, forestales, etc.), o bien sin utilizar el término queda sobreentendido. Entre otros, a la plantación se refieren los artículos 483, 484, 485, 603 y 1.656 C. civil; 208 y 110.1 LH; 30.3 y 308 RH y 5B.3 LAR.

C. ELEMENTOS DETERMINATIVOS.

a. ASPECTO MATERIAL.

Partiendo de la identificación de la plantación con una agrupación de especies arbóreas o arbustivas, se puede plantear la especialidad por la materia, cuyas repercusiones son indudables en el campo del Derecho.

La Botánica distingue, por su estructura física, el

arbol de otras especies vegetales como el matorral y las hierbas. Estas ultimas se caracterizan por ser "plantas no lignificadas, de madera que tienen consistencia blanda en todos sus órganos, tanto subterráneos como epigeos. Las hierbas son comunmente anuales o vivaces, sólo raramente perennas" (33). Por matorral se entiende el "campo inculto lleno de malezas" (34).

El arbol es el "vegetal leñoso, por lo menos de cinco metros de altura con el tallo simple (en este caso denominado tronco) hasta la llamada <<cruz>>, en que se ramifica y forma la copa de considerable crecimiento en espesor. Se diferencia del arbusto en que se cria más alto y no se ramifica hasta cierta altura" (35). Pero, lo más significativo es la longevidad de estas especies vegetales, que sobrepasan con creces el año agrícola, pudiendo vivir un número de años sumamente variable según las especies, desde el melocotonero con una vida media de 16 años hasta algunas especies forestales, como el roble o el tejo, que cuentan su vida por siglos (36). Igualmente es característico de tales especies su dimensión, donde también las diferencias son muy acusadas entre las distintas variedades: las arbustivas, entre las que se encuentra casi todas las frutales (viñas, olivos, naranjos, etc.), cuya altura no sobrepasa los cinco metros, a partir del cual se consideran árboles, que por citar alguno muy conocido, el eucalipto, puede alcanzar

decenas de metros de altura.

Estas características materiales de los árboles han tenido notable influencia en su consideración agronómica y económica, como hemos tenido ocasión de observar más atrás. Y como no podía ser de otra manera esta configuración física de las especies arbóreas y arbustivas ha implicado un comportamiento social con peculiaridades propias. En definitiva, la marca indeleble de su naturaleza en cuanto a su longevidad, dimensión y utilidad, la ha estigmatizado en su consideración social. Así:

i. La duración en el tiempo, que hace que tengan un carácter tendencialmente estable y permanente, le comunica independencia económica respecto al suelo donde arraigan. En el sentir social, corrientemente, si no influyen otros factores externos como el valor del suelo por la declaración de zona urbanizable, etc., llegan a tener más importancia los árboles componentes de la plantación que la superficie del terreno; de ahí que, por ejemplo, respecto al olivar, en algunas zonas las operaciones de venta se refieran a olivos y no a la medida superficial del terreno (37), consecuencia de su mayor ponderación económica. A esto contribuye, además, en las plantaciones forestales, los amplios periodos de tiempo que han de transcurrir para ser talados y obtener el beneficio esperado. A lo que hay que

sumar, que la plantación, para bien o para mal, tiene una historia -- veces más larga que la de un hombre--, que condicionan grandemente el comportamiento social hacia las medidas legales que le puedan afectar; el riesgo de una decisión precipitada puede producir daños sociales e individuales, a veces irreparables. Y, viceversa, un rigorismo individualista en la toma de decisiones sobre la plantación, puede provocar la destrucción de una riqueza difícil y costosamente reemplazable, con repercusiones graves para la comunidad.

2. Su dimensión también puede ser causa de conflictos entre particulares, pues en determinadas circunstancias lo que a uno aprovecha a otro perjudica. Los árboles en general pueden sombrear los terrenos de un vecino colindante, impidiendo que pueda obtener alguna producción al que lo ha destinado, o bien impedir luces o vistas de las que el vecino quiere disfrutar, y a las que cree tener derecho en razón de su propiedad.

3. La utilidad, por otra parte, en muchas ocasiones enfrenta criterios individualistas y sociales. La plantación según las especies y su situación, trascienden los meros intereses personales, convirtiéndose en patrimonio de un núcleo social o de la colectividad en general, dado los beneficios directos o indirectos que le reportan, y ante lo

que requiere conciencia de preservar frente al que de alguna forma, legítima o ilegítimamente, la daña o ataca. Consecuencia derivada de tratarse de un bien largo y costoso de recuperar, cuando no imposible. Y no es este un planteamiento sólo aplicable a las plantaciones forestales, sino que, admitiendo que en menor medida, alcanza a las frutales y ornamentales (38).

6 ASPECTO FORMAL.

El carácter estructural, atendiendo al aspecto material de los árboles, se manifiesta insuficiente en la determinación de los rasgos configuradores del concepto jurídico de plantación. Si es claro que un árbol no constituye una plantación, tampoco toda agrupación de árboles puede ser calificada como tal. Con el término plantación no vienen designados cualquier agrupación de árboles que puedan existir en un terreno, sino sólo aquellos en los que concurren la condición de ser suficientemente numerosos y homogéneos para formar un complejo.

Tomar como punto de referencia un concepto que de suyo es indeterminado, no significa negarle una función positiva, "no es la de crear un vacío normativo dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida, sino, por el

contrario, dar a la norma la holgura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza, al «espíritu y finalidad de aquella», como dice el artículo 3. del Código civil. La indeterminación de los conceptos, por sí sola, no tiene, pues, otro alcance jurídico que el de hacer posible la más exacta aplicación de la norma» (19). Por tanto, distinguir el concepto jurídico de plantación tanto de los árboles componentes en la consideración de área individual, como de una agrupación que no constituye tal, sólo es posible en base a criterios formales, que de todas maneras requieren ser calificados por el Tribunal de instancia. Esta determinación se puede alcanzar conjuntando los siguientes criterios legales y doctrinales:

1. La plantación como elemento determinante del destino de la finca. Un árbol o un grupo de ellos no imprime el destino a la finca donde se encuentran enclavados. La plantación, por el contrario, sí hace de aquella que sea un viñedo, un olivar, un pinar, etc. De otra forma los árboles existentes en la finca adquieren el carácter de accesorios de ella, puestos al servicio de un fin productivo agrario o pecuario cuyo destino es un cultivo herbáceo (siembra o pastos), o simplemente cumplen funciones de adorno, recreo o comodidad de la finca.

En razón de constituir la plantación la unidad productiva a la que se encuentra destinada la finca, los demás aprovechamientos de que sea susceptible quedan supeditados a ella, con sus consecuencias en orden al régimen jurídico que le es aplicable, y a los poderes atribuidos a los sujetos que en virtud de una relación jurídica adquieren el derecho de disfrute de la finca plantada a título de hacío dominado.

Manifestaciones de lo primero las encontramos en las normas encaminadas a proteger la plantación, que en absoluto son de aplicación a los árboles agrupados o diseminados que cumplen una función accesoria de la finca.

En defensa de la plantación frente al aprovechamiento de pastos por el ganado, el Reglamento de Pastos, Hierbas y Rastrojeras de 4 junio 1.969, establece en el artículo 35: "Los terrenos sin arbolado y los comunales o de propios y dehesas boyales no catalogados como de utilidad pública... serán considerados a los efectos de este Reglamento como de propiedad particular aunque tan sólo a los fines de la ordenación y regulación de su aprovechamiento ganadero, incluyéndose, por tanto, como uno de los demás propietarios de la localidad, en el polígono o polígonos respectivos, sin perjuicio, en todo caso, del aprovechamiento gratuito de los

bienes comunales que tengan este caracter con arreglo a las costumbres de la localidad", excluyendo, al artículo 58, "del régimen común de ordenación de los pastos, hierbas y rastrojeras, a los efectos de este reglamento, las fincas en que concurra alguna de las circunstancias siguientes... 4. Los olivares, viñedos, algarrobos y frutales, cuando alguno de estos cultivos sean predominantes..., a cuyos efectos la Junta Provincial de Fomento Peclario, previo informe de la Sección Agronomica de la Delegación Provincial del Ministerio resolverá lo procedente. No obstante este principio general, en aquellas comarcas en donde en determinadas épocas se vienen aprovechando los pastos existentes en terrenos plantados de olivos, viñedos, o algarrobo, se seguirá respetando la costumbre; pero la Ordenanza detallarán con toda precisión y claridad las fechas en que los ganados podrán entrar en las referidas fincas. 5. Los pastos memoriales (terrenos poblados con especies forestales, arbóreas. 6. Los montes catalogados de utilidad pública".

En el extenso precepto citado podemos observar como efectivamente los arboles y arbustos son protegidos, no en cuanto tales, sino como consecuencia de constituir una plantación. Son el principal elemento de la finca, bien por el fin protector que cumplen (montes catalogados de utilidad pública), o por significar el aprovechamiento al que se ha

destinado ("cuando algunos de estos cultivos sean predominantes"); los demás aprovechamientos de la finca, como en este caso los pastos, hierbas y rastrojeras que allí pudieran existir, ceden en beneficio de la plantación para no irrogarle ningún perjuicio a consecuencia del pastoreo. Por el contrario, cuando los árboles y arbustos no pueden ser calificados como plantaciones por no constituir el principal destino de la finca, seguirán la suerte de ésta en cuanto elementos accesorios del fundo, pero no determinarán, a los efectos del Reglamento de pastos, hierbas y rastrojeras, su exclusión.

Por su parte, la Ley de Montes, después de declarar en su artículo 1.2 que "se entienden por terreno forestal o propiedad forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sean espontáneas o procedan de siembra o plantación", excluye de dicho concepto, y por consiguiente de su régimen legal, "los terrenos que formando parte de una finca, fundamentalmente agrícola, by sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola y, así mismo, los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza...".

En ambos supuestos, el arbolado no constituye el principal aprovechamiento de la finca, dada su exigua importancia, y como tal son ajenos al concepto de plantación, lo que influye decisivamente, tratándose de árboles forestales, en el sometimiento o exclusión de la legislación forestal.

En el ámbito procesal se vuelve a poner énfasis, en relación al aseguramiento de los bienes litigiosos, en la distinción que estamos tratando. El artículo 1.419 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone: "el que, presentando los documentos justificativos de su derecho, demandare en juicio la propiedad de minas, la de montes, cuya principal riqueza consista en arbolado, la de plantaciones, ..., podrá pedir que se intervenga judicialmente la administración de las cosas litigiosas". Una vez más, observamos reflejado en este precepto de la ley adjetiva como los perfiles de la plantación se yergue incluso a efectos procesales sobre el valor del suelo, en cuanto constituye el principal destino de la explotación, en base al cual se justifica esta medida cautelar en evitación de daños irreparables para el reivindicante si llegara a prosperar su pretensión. Dicha facultad procesal, in sensu contrario, no será acogida cuando el arbolado merezca una consideración secundaria, o no se pueda hablar de plantación.

En cuanto a lo segundo que reflejabamos, en orden a los poderes de los titulares de un derecho real menor o de crédito que conlleve el disfrute de la finca plantada, las facultades del disfruta se frenan en significativo límite en su ejercicio, puesto que la plantación en cierta medida cristaliza el destino de la finca. Sus efectos se hacen notar en una considerable mengua en la discrecionalidad que corresponde al titular del disfruta en la determinación del cultivo de la finca (40). En cambio, cuando el destino de la finca es la de un cultivo herbáceo, se encontraría facultado para proceder a su variación, quedando prohibida la imposición del tipo de cultivo por el propietario, y, en caso, por el usufructuario, enfiteuta o superficiario si el derecho de disfrute consiste en un arrendamiento (41). De esto se deduce una consecuencia ulterior para cuando existiendo árboles en la finca, no estamos ante una plantación por encontrarse supeditados al cultivo herbáceo al que se halla destinada. Estos árboles podrán ser arrancados por el titular del derecho de disfrute en cosa ajena, en la medida que sin producir daños a la finca (v.g. árboles que cumplan una función de defensa contra la erosión), se considere necesario para las labores de cultivo (v.g. facilitación de la mecanización de la finca, introduciendo recolectoras u otro tipo de máquinas, cuya tarea se vea impedida o obstaculizada por árboles diseminados en ella), porque en absoluto se está alterando

el destino de la misma.

La fungibilidad de los árboles en la plantación. El árbol en sí mismo, aisladamente de la unidad funcional que representa la plantación, no es un bien fungible; mientras que como elemento componente de la plantación adquiere tal consideración por el carácter duradero y estable en el tiempo que tendencialmente tiene, hasta el punto que los primitivos árboles que la formaban se hayan renovado en su totalidad. El árbol considerado individualmente, por la muerte o destrucción desaparece, en cuanto unidad material; en la unidad funcional, a la que responde el concepto de plantación, los árboles se resignan a cumplir un fin instrumental al servicio de una realidad superior, que ha de permanecer inalterada en sentido económico y social, renovándose cuando sea necesario los árboles que la componen.

En razón de esta fungibilidad, al titular de un derecho de goce recayente sobre una plantación ajena, le corresponden especiales deberes y facultades, que para el caso de árboles aislados o diseminados que no constituyen una plantación no tendría. Así, cualquiera que haya sido la causa, la desaparición de algún o algunos de los árboles de la plantación (muerte biológica, fenómeno atmosférico o aprovechamiento por ser forestal destinada a obtener

madera), lleva aparejada la obligación de reponer árboles en su lugar (ex. arg. cfr. art. 483 C. civil), a no ser que resulte excesivamente gravoso para el Rnon dominus en el disfrute de la finca plantada. Correlativamente a este deber corresponde la facultad para sustituir aquellos árboles que hayan sufrido deterioro o una merma significativa en su función productiva.

3. La plantación como substancia. Ha de existir una nitida distinción entre lo que se considera fruto del suelo y de la plantación, en cuanto ambos sólo pueden representar el capital o valor que los produce.

La cuestión no plantea problemas cuando la diferencia morfológica entre el fruto y la planta madre que los produce -el árbol-, una vez alcanzada su madurez productiva, es apreciable externamente, produciendo durante cada ciclo productivo, sin agotarse definitivamente en cada uno de ellos.

Esto responde al concepto orgánico natural de fruto, en cuanto, siguiendo a BIONDI, sea: "realmente la producción natural periódica, que deja íntegra la cosa que los produce hasta el agotamiento de la fuerza productiva (insita en la naturaleza)" (42). Pero, continúa nuestro autor, "situados en el campo de los vegetales se verifica una primera extensión:

Afructus no es solamente el fruto del árbol (Agrens, pomum, fruges), sino también todo aquello que el árbol queda naturalmente dar y que tiene valor económico: hojas, flores, ramas. Al elemento natural se injerta la consideración económica: si quien tiene derecho a los frutos estima obtener mayor utilidad recogiendo la flor mejor que el fruto o el fruto verde (en el caso contemplado en la l. 42 D. de usus et usufructus, 33.2), todo esto entra en el concepto de fruto, como entran las ramas que resultan de la poda, y la recolección de hojas como abono. En tales casos estamos siempre en el ámbito de la producción natural y de la reproducción periódica, en cuanto la cosa está siempre en condiciones de producir nuevas flores, nuevas hojas y nuevas ramas mientras dura la fuerza productiva de la cosa, que prácticamente queda íntegra" (43).

Indudable aplicación tiene esta concepción a las plantaciones frutales y a las forestales, cuyo destino no es producir madera, sino resina, corcho, caucho, etc., conocidas por arboricultura económica o industrial.

Ahora bien, el criterio señalado no ayuda a distinguir el concepto de fruto de la sustancia que lo produce, cuando la plantación está destinada a producir madera, en la que el árbol en sí mismo es el fruto. Aquí no podemos hablar ni de fruto del árbol ni de fruto del suelo, sino más bien de

fruto de la plantación, distinguiendo claramente, como nos enseña LOPEZ JACOISTE, la plantación forestal del fruto o producto de ésta; lo que supone, en base a criterios técnicos propios de la ciencia forestal, "la necesidad de tener en cuenta el conjunto de árboles, el cual, por lo mismo, constituye la unidad de explotación. Cada árbol cumple su función instrumental en relación a la explotación del conjunto, precisamente en cuanto entra en consideración en su calidad de cosa fungible" (44).

A esta diferencia fundamental atiende algunas sentencias del Tribunal Supremo. La sentencia de 20 septiembre 1.958 señala que "es claro que la explotación y administración del pinar de la clase que motiva el pleito, exige su corta y subsiguiente replantación, como es condición ineludible para conceder la Jefatura de Montes su autorización de corta, y mediante este requisito no se destruye el monte pinar, pues los árboles se sustituyan por otros, no variando su naturaleza". En la de 6 marzo 1.965 se distingue entre "la masa constituida por el conjunto de vegetales que integran la plantación y los que, individualmente considerados, por haber alcanzado la madurez requerida para su adecuado aprovechamiento, se ofrecen como utilizables, previa su tala o corte, y, a estos últimos no se le debe considerarse como verdaderos «frutos» a todos los efectos legales procedentes". La de 29 enero 1.979 insiste

que las tallas cortas o aprovechables madurables merecen la consideración de frutos en un tanto de propiedad, la repoblación subsiguiente es una exigencia necesaria y normal de la finca o explotación".

Por consiguiente, y en base a esta distinción entre plantación y frutos, quedaría excluido del concepto de plantación aquel conjunto de árboles plantados en un terreno que merezca exclusivamente la consideración de frutos del suelo, pudiendo, a quien corresponda obtenerlos, realizar una tala a Amarrasa o separación del suelo de todos los árboles a un mismo tiempo, sin obligación de replantar otros nuevos. Nos referimos a aquellos terrenos agrícolas destinados a choperas, álamos, etc., en general especies forestales de rápido crecimiento, que son abatidos al mismo tiempo una vez alcanzada la madurez de los árboles; no serían, entonces, el producto del capital-plantación en permanente crecimiento, sino una cosecha producida por el suelo, cuya recolección se dilata en el tiempo debido a la naturaleza de los frutos.

NOTAS DEL CAPITULO II

- (1) Esto ha sido reflejado por la autorizada opinión de DIEZ-SANCHEZ, Luis, para quien: "la nítida separación teórica entre derechos reales y derechos personales o de crédito o entre relación obligatoria y relación jurídico-real, se desvanece un tanto, si lejos de contemplar exclusivamente lo que se puede llamar esquema sustancial de la relación (crédito-deuda; derecho real-gravamen o estado de sujeción), tratamos de dirigir nuestra mirada hacia el complejo organismo o entramado que entre las partes aparece. Si se adopta esta óptica parece en principio que los derechos reales se encuentran siempre insertos dentro de un marco que es jurídico-obligatorio". Estudios de Derecho civil patrimonial, II, Madrid, 1.972, pág. 46.
- (2) Según el art. 50 LMA "1. Por Decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Agricultura podrá declararse la utilidad pública de la repoblación en una determinada zona, que se denominará <<de repoblación obligatoria>>, o de un monte determinado. 2. Los titulares de la propiedad de los montes afectados por la declaración a la que se refiere el párrafo anterior estarán obligados a repoblarlos de acuerdo con los planes reglamentariamente aprobados y con sujeción a las condiciones técnicas que al efecto se determinan. El cumplimiento de la obligación así establecida podrá realizarse mediante los auxilios y subvenciones previstas en esta Ley o en la forma convenida en el oportuno consorcio voluntario con el Patrimonio Forestal del Estado (suprimido por el decreto-ley 28 octubre 1.981, pasando a integrarse en el Instituto Nacional para la Conservación de la Naturaleza -ICONA-). 3. En los casos en que los propietarios incumplieran las obligaciones derivadas de la repoblación forestal declarada obligatoria, la Administración Forestal podrá imponer a los propietarios de montes de utilidad pública un consorcio forzoso con el Patrimonio Forestal del Estado. Cuando la finca sea de propiedad particular, podrá el propietario optar por el consorcio o por la expropiación de la misma. De tratarse

de finca en la que la parte forestal no exceda de la dedicada al cultivo agrícola, la Administración Forestal podrá imponer, en lugar de la expropiación, las procedentes sanciones, a tenor de lo establecido en el artículo 83 de esta ley. En todo caso, el propietario podrá reclamar, como complemento de la parte agrícola, la extensión necesaria para el debido equilibrio de la explotación, la cual, una vez resuelta la petición por el Ministerio de Agricultura, quedará adscrita a dicha explotación y exceptuada de la obligación de repoblación. Este precepto es complementado por los arts. 51 y 52 de la misma Ley, y desarrollados en los arts. 316 y ss. del Reglamento de Montes de 22 febrero 1.962. Estas repoblaciones obligatorias ya venían reguladas en el art. 16 de la ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 marzo 1.941 y en los arts. 71 a 83 de su Reglamento 30 mayo 1.941, de disposiciones todavía en vigor.

- (3) La Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 enero 1.973 establece que, mediante Decreto en comarcas o zonas determinadas (Libro III), podrá imponer la ejecución obligatoria a los particulares afectados (art. 51.2) de "repoblación forestal y plantaciones de ribera o lineales en caminos, acequias y desagües" (art. 62.1), clasificadas como obras de interés general. Para la conservación y defensa de los suelos agrícolas, la ley de 20 julio 1.955, tras declarar en el art. 1.1 de utilidad pública e interés nacional la realización de plantaciones que en las fincas rústicas dedicadas a cultivo agrícola resulten necesarias para la debida conservación de su suelo, señala en el art. 2.d) que el Ministerio de Agricultura cuando lo considere necesario podrá imponer respecto a fincas determinadas la obligación de "que la totalidad de una parte de los terrenos cultivados dentro del predio sean dedicados a plantaciones arbóreas o arbustivas... o a su repoblación con especies forestales". Para la aplicación de esta Ley se publicaron el Decreto de 9 junio 1.956 y la Orden de 7 febrero 1.768.
- (4) De suma interés son los trabajos sobre el tema de LOPEZ JACOBISTE, Jose Javier, La idea de explotación en el Derecho civil actual, RDP, 1.966, págs. 351 y ss. y Propiedad y contratación forestales en Derecho civil, RDP, 1.967, págs. 267 y ss.

(5) MASPONS Y ANGLASELI, F., Derechos del usufructuario en el régimen catalán, RDP, 1.920, pág. 71.

(6) Costumari català, 1, tiratge provisional, Barcelona, 1.919, citado por MASPONS Y ANGLASELI, op. cit., pág. 72.

(7) DIEI-MORALE, op. cit., pág. 69b.

(8) Según el art. 29.2 LM: "Los montes del Catalogo se someterán a proyectos de ordenación económica y, en tanto estos no sean aprobados, se aprovecharán con arreglo a los planes técnicos adecuados".

(9) Dispone el art. 30.3 LM: "Los montes incluidos en las relaciones de protectores a que se refiere el art. 79 de esta Ley se aprovecharán, en todo caso, con sujeción a planes técnicos elaborados por el Ministerio de Agricultura...". Asimismo el art. 343 RM establece el sometimiento a un plan técnico de aquellos montes enclavados en una zona declarada protectora hidrológico-forestal. Por su parte, la Ley de Fomento de la Producción Forestal de 4-enero-1.977 y su Reglamento de 12-junio-1.978, en los arts. 27 y 75 respectivamente, al regular las «zonas protectoras», prescriben que sus titulares están obligados a "ordenar sus aprovechamientos y mejoras con sujeción a los planes técnicos que redacte la Administración".

(10) Por lo señalado en el art. 30.2 LM: "En los casos en que el monte particular revista importancia forestal, económica o social, la Administración Forestal podrá establecer que sus aprovechamientos se sujetan al oportuno proyecto de ordenación o plan técnico". Desarrolla este precepto el art. 209 RM. Los planes técnicos de las plantaciones del monte, en los tres supuestos, se regirán por las prescripciones establecidas en la Orden de 29-julio-1.971.

(11) Sobre la cuestión vid. LONA SERRANO, José Luis, Para una construcción de los conceptos básicos del Derecho agrario (Empresa, empresario, tenencia y explotación), en La problemática laboral de la agricultura, Madrid, 1.974, págs. 113 y ss.; BALLARIN MARCIAL, Alberto, Derecho agrario, Madrid, 1.978, págs. 512 y 513; VATTIER FUENZALIDA, Carlos, Concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español, León, 1.978, págs. 103, 106, 113 y 114.

(12) Sobre los mismos y su aplicación a la actividad agraria típica, vid. VATTIER FUENZALIDA, *ob. cit.*, págs. 88 a 100.

(13) V. g. para la campaña 1.985-86 el Real Decreto de 19 junio 1.985; y para las de 1.986-87 a 1.989-90, el Real Decreto de 1 agosto 1.986.

(14) Art. 30 del Reglamento del Consejo nº 377/1.979, de 5 febrero, modificado por el Reglamento del Consejo nº 1.206/84 de 27 abril 1.984.

(15) Vid. en Recueil de la Jurisprudencia del la Cour, 1.974, parte 18, págs. 383 y ss.

(16) Vid. la sentencia comentada en *ibidem*, 1.979-80, págs. 3.727 y ss.

(17) Modificada en su artículo 18 sobre comisiones citricolas, por el Real Decreto de 21 septiembre 1.979, que derogó la anterior modificación efectuada por el Decreto de 9 agosto 1.974.

(18) Suprimida por decreto de 5 noviembre 1.971, pasando a ser competencia esta materia de la Dirección General de Producción Agraria, cuyas funciones y organización se señalan en el Decreto de 31 octubre 1.974.

- (19) "Lo específico del lenguaje jurídico -nos dice SAINZ MORENO, Fernando- consiste en que el significado de los términos que utiliza, procedentes en su mayor parte del lenguaje ordinario, sufre por su incorporación a un vocabulario jurídico una cierta rotación en su significado originario". Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa, Madrid, 1.976, pág. 102.
- (20) Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española, Madrid, 1.970, pág. 1.035.
- (21) Vid. *Ibidem*, pág. 1.190.
- (22) Vid. *Ibidem*, pág. 1.035.
- (23) MATONS, Augusto y ROSSELL Y VILA, M., Diccionario de agricultura, zootécnica y veterinaria, III, Barcelona, 1.936, pág. 250.
- (24) PRIEGO, J. Manuel, Arboricultura general, Barcelona, s/f., pág. 15.
- (25) LOPEZ JACOISTE, Jose Javier, La idea de explotación, op. cit., pág. 352.
- (26) Sobre el concepto jurídico de monte, vid. MASA ORTIZ, Miguel, Legislación de montes. Comentarios al Real Decreto de 22 de febrero de 1.962, Barcelona, 1.964, pág. 19 a 26; GRAU, S., Comentarios a la ley y Real Decreto de montes, Madrid, 1.966, pág. 49 a 57 y 60; GUAITA, Aurelio, Derecho administrativo. Aguas, montes y minas, Madrid, 1.982, pág. 218.
- (27) GANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, Usufructo de montes, Barcelona, 1.960, págs. 52 y 53. En similar sentido sobre la delimitación del concepto de monte para las disposiciones administrativas, se expresa GUAITA, op. cit., pág. 218.

(29) Art. 1.2 LM: "Se entiende por terreno forestal o propiedad forestal la tierra en que vegetan especies arbóreas, arbustivas, de matorral o herbáceas, sea espontáneamente o procedan de siembra o plantación, siempre que no sean características del cultivo agrícola o fueren objeto del mismo. No obstante se exceptúan de los comprendidos en dicho concepto los terrenos que formando parte de una finca fundamentalmente agrícola o sin estar cubiertos apreciablemente con especies arbóreas o arbustivas de carácter forestal, resultaren convenientes para atender al sostenimiento del ganado de la propia explotación agrícola, y así mismo los prados desprovistos sensiblemente de arbolado de dicha naturaleza y las praderas situadas en las provincias del litoral cantábrico. Art. 1.3 LM: "Bajo la denominación de montes se comprenden todos los terrenos que cumplan las condiciones que se especifican en el apartado 2) y aquellos otros que, sin reunirlos, hayan sido o sean objeto de resolución administrativa por aplicación de las leyes que regulan esta materia y en virtud de la cual hayan quedado o queden adscritos a la finalidad de ser rescatados o transformados, por tanto, en terrenos forestales".

Estas disposiciones han sido desarrolladas en el art. 43 del RM.

(30) V. g., arts. 11.5, 23, 48.1 y 54 LM y 14 y 219.3 RM.

(31) V. g., arts. 35 y 48.1 LM.

(32) V. g., arts. 47.01 y 76 LM y 302.1 B) RM.

(33) FONT GUER, P., Diccionario de botánica, Barcelona, 1.975, pág. 582. Coincide esta definición en lo sustancial con la que recoge la Real Academia de la Lengua Española, para quien hierba es "toda planta pequeña cuyo tallo es tierno y perece después de dar la simiente en el mismo año o a lo más en el segundo, a distinción de las matas, arbustos y árboles, que echan troncos o tallos duros y leñosos". *Op. cit.*, pág. 690.

- (34) FONT QUER, expresa que este es el sentido usual del término, op. cit., pág. 690. Sobre el mismo vid. Real Academia de la Lengua Española, op. cit., pág. 855.
- (35) FONT QUER, op. cit., págs. 86 y 97. Para la Real Academia de la Lengua Española, asimismo el árbol es "planta perenne de tronco leñoso y elevado, que se ramifica a cierta altura". Op. cit., pág. 111.
- (36) PRZEBÓ nos ofrece un sinfín de datos sobre la vida del árbol y sus diversos periodos. Op. cit., págs. 88 a 94.
- (37) Del arraigo que debió tener esto, nos da noticia OBETA, Joaquín, al decir que "a este propósito importa consignar el hecho de que en algunas comarcas del antiguo reino de Sevilla los olivares no se venden por cavida de tierra plantada, que el vendedor dice ignorar, sino por número de árboles". Colectivismo agrario, Madrid, 1.915; nota 3 en la pág. 281.
- (38) El conflicto ha surgido respecto a determinadas plantaciones frutales donde la consideración social, como ha sido el caso del olivo, es distinta desde la perspectiva del jornalero y sus organizaciones, que se han opuesto secularmente al arranque por entender que con ello se agudiza la situación de paro y miseria, y desde la de los propietarios, que con una visión empresarial, prefieren optar por otros cultivos más rentables, por su fácil mecanización y menor conflictividad social al prescindir de mano de obra. En lo tocante a las ornamentales, el conflicto, con relativa frecuencia, se ha planteado entre el Administración Pública que para realizar determinados proyectos de reordenación de la circulación o de otro tipo, ha pretendido acabar con bulevares y paseos arbolados, y los núcleos sociales que se han opuesto a tal medida. Un ejemplo próximo lo hemos tenido en Granada cuando se talaron los árboles de la Avda. de la Constitución (entonces Calvo Sotelo) en los últimos meses de 1.973 y primeros de 1.974.

(39) SAINZ MORENO, op. cit., pág. 194.

(40) V. g., arts. 467 C. civil y 10.2 LAR.

(41) V. g., art. 10.1 LAR.

(42) BIONDI, Biondi, Los bienes, trad. española de A. de la E. Martínez-Rasío, Barcelona, 1.961, pág. 226.

(43) *Ibidem*, pág. 227.

(44) LOPEZ JACOBITE, Propiedad y contratación..., op. cit., pag. 251.

CAPITULO III.

EL OBJETO DEL DERECHO Y LA PLANTACION.

RESUMARIO: I. Introducción. II. Disociación jurídica del inmueble por naturaleza. 1. Delimitación del inmueble por naturaleza. A. En sentido horizontal. B. En sentido vertical: la extensión vertical del dominio. a. Ideas previas. b. Planteamiento de la cuestión en el Derecho codificado. C. El espacio superior al fundo. a. Concepto. b. Régimen jurídico del espacio aéreo y el subsuelo por el Adquisitio solis. y. Conclusión. III. Disociación jurídica de la plantación y el inmueble por naturaleza. 1. La plantación en el concepto de bienes y cosas. A. Ideas previas. B. Cosas y bienes en el Código civil: situación doctrinal. a. Sentido de los términos. b. Exclusión de la corporalidad como requisito de las cosas. C. La plantación como cosa. a. El problema de la existencia separada. b. El aspecto económico. 2. El aspecto jurídico. a. Las notas características de las cosas y la plantación. b. Utilidad. c. Aprovechabilidad. 2. La plantación en el concepto de parte integrante de la finca. C. Concepto. Régimen jurídico de Agars fundi en el Derecho romano: la plantación como Agars fundi. B. El caso del Derecho alemán e italiano. C. Derecho español. 3. Virtualidad actual del concepto de plantación como Agars fundi. 3. El régimen jurídico de la accesión y la plantación. A. Planteamiento del tema. B. La plantación y el principio de accesión romana. C. ¿Carácter derogatorio o inderogable del principio Resuperficiis solo credit? a. El Derecho y la doctrina extranjera. b. La doctrina española. c. El supuesto normativo de la accesión sobre plantaciones. Alcance de la derogación del principio Resuperficiis solo credit. Notas del capítulo III

1. INTRODUCCION.

Verificar si en nuestro sistema jurídico la plantación puede ser objeto de propiedad y de derechos en general independientemente del suelo donde arraiga, nos conduce irremediablemente a partir del tema de la disociación jurídica del inmueble, que sin lugar a dudas es admitida apenas sin reticencias para construcciones, pisos y departamentos.

"La disociación -según MARTY-, siempre en su sentido más extenso, puede aparecer como una descomposición de la cosa entre sus elementos esenciales, atómicos, cuyo único límite será la posibilidad de aislarlos". Para el autor francés una verdadera disociación del inmueble supone el mantenimiento de la naturaleza inmobiliaria de la cosa o del elemento disociado, distinguiéndose en este aspecto de la separación física de sus elementos y de la movilización (1).

El sistema del Código civil español está concebido según la filosofía imperante en los tiempos de su redacción, cuya traducción económica tiene su emparejamiento con los postulados fisiocráticos que encuentran su expresión jurídica más ajustada en el Derecho romano -"le viene como anillo al dedo"- en su afán de reconstruir la unidad del fundo y la unidad de la propiedad: castillos que van a

convergen en el principio tan solemnemente proclamado por los juristas durante largo tiempo: R unus dominus, unus dominusque. (2).

La primera duda que puede asomar es: ¿disociación del inmueble o disociación de la propiedad?. En principio la elección parece inocua. El Derecho civil identifica la propiedad y el objeto sobre el que recae. Ya el Derecho romano los hacía coincidir asimismo, de aquí que en la enumeración que GAYO hiciera de las Res incorporales (3) no incluyera la propiedad, "por considerar materializado el derecho en su objeto" (4), deveniendo, por tanto, el único derecho considerando una Res corporalis, y siendo todo otro derecho una Res incorporalis. Pero, si existen evidentes analogías entre la propiedad y la cosa, donde esta es más material y aquella más formal, las diferencias, precisamente bajo el aspecto de la disociación, también se perciben.

La propiedad puede disociarse en sus atributos mediante la constitución de derechos menores. Esta posibilidad del propietario de constituir otros derechos distintos del dominio, siempre lo presuponen y se encuentra previsto en el Código civil; pero más que una disociación en sentido estricto, se trata de una desmembración de las facultades de la propiedad. La unidad de la propiedad entonces se encuentra asegurada por la vocación de reunión que tiene de

todos sus atributos o facultades en virtud de su elasticidad (5); esto es, el concepto unitario del dominio no se encuentra amenazado por la desmembración de alguno de sus poderes, dada la ley atractiva de la propiedad que los retoma y reincorpora forzosa e inmediatamente una vez extinguido necesariamente el derecho que lo había desgajado (6).

La unidad del inmueble parece fundarse en su extensión vertical y no en su extensión horizontal. Así puede deducirse de las disposiciones del Código civil sobre los objetos incorporados al suelo mediante el mecanismo de la incorporación. En idéntica dirección apuntan las normas sobre la extensión vertical del dominio (art. 350 C.c.) y la accesión de muebles a inmuebles (art. 358 y ss. C.c.).

Empero, si ésta es la lógica que inspira el Código, el andar de los tiempos la va a poner en entredicho, con la necesaria adaptación de sus principios, dada la flexibilidad que manifiestan los conceptos y paradigmas que son motivo de nuestra atención. Esto ha sido y es posible en virtud de no tratarse de una obra de creación científica (3), motivo enconado de elogios y críticas por parte de la doctrina.

A la adaptabilidad de estos conceptos del Código, aplicados a la plantación a través de la proyección del

Derecho actual sobre ellos, vamos a dar respuesta en las páginas que siguen, no sin que antes expliquemos las razones que sustentan el interés seguido en la exposición.

La posición dominante en la doctrina y en la jurisprudencia admite la disociación jurídica del suelo y la plantación en nuestro Derecho, pero echa en falta un estudio sistemático en los derechos de este postulado en orden a:

1. Conectar la solución adoptada con la necesaria depuración de los conceptos y su utilización en nuestro sistema jurídico; de otra manera el lenguaje jurídico se convierte en un instrumento desvaído e inseguro por la ausencia de un relativo nivel de tecnicidad. La precisión y el rigor intelectual han de sustentar los conceptos abstractamente elaborados para que constituyan el soporte de ideas universalmente aceptadas por sus interlocutores, y como tal un vehículo útil de comunicación.

2. Evitar contradicciones en su necesaria relación con otros conceptos que se suponen y presuponen, en cuanto la ciencia jurídica ha de responder a un esquema lógico con coherencia interna como, según creemos, la debe tener el Ordenamiento jurídico.

El tratamiento jurídico de la plantación por la

doctrina y la jurisprudencia es un ejemplo de esta imprecisión conceptual (cierta dosis de caotismo en el lenguaje jurídico), y sus contradicciones con otros conceptos imbricados en el andamiaje del Derecho. Calificada de ordinario la plantación como parte integrante de la finca, es, por otra parte, considerada cosa en sentido jurídico. Dos hipótesis que están por verificar, no tanto por el hecho de que la plantación por el necesario enlace físico con el suelo es parte de la finca como por lo que entendemos por parte integrante y por cosa.

En primer lugar, ¿se puede considerar a la plantación una cosa en sentido jurídico?. Así habría que entenderlo si concurren en la plantación los requisitos delimitadores del concepto de las cosas. Según la común opinión estos son los de la apropiabilidad y la utilidad, a los que algunos han sumado el de la existencia separada, cuyos defensores lo ponen en íntima conexión con el carácter de parte integrante que hay que otorgarle a la plantación. El concepto de parte integrante ha sido importado a nuestro del Derecho alemán, donde adquiere el rigor de una categoría técnica. La plantación considerada Agars fundi en el Derecho romano no era susceptible de constituir objeto autónomo de derechos respecto al suelo donde arraiga; el movimiento pandectista alemán refleja esta concepción en el BGB a través de las denominadas partes integrantes esenciales. Luego, hablar de

la plantación como parte integrante de la finca, sin más calificativas, se hace en el sentido de las consideradas esenciales en el Código civil alemán por el sector de la doctrina española que sin ambages entiende que la plantación no es una cosa para el Derecho español. La confusión surge entre los autores que admiten la plantación como cosa y al tiempo parte integrante de la finca. Para estos el concepto de parte integrante aplicado a la plantación debe tener otro significado diferente al que le otorgan aquellos, en todo caso nunca perturbador de la susceptibilidad de disociarla jurídicamente del suelo, pues de otra forma no sólo incurrirán en una contradictio in terminis sino, lo que es menos justificable, de conceptos. Por tanto, hemos de entender que su utilización viene justificada no para definir si la plantación es una cosa en sentido jurídico, sino con vistas a la aplicación de la teoría de las relaciones entre las cosas, de la plantación respecto al fundo, para lo que se muestra más adecuado el concepto de accesorio. Nuestra propuesta, que esperamos sea clarificadora en este sentido, es la siguiente: el concepto de parte integrante debe ser reservado para aquellos entes que permaneciendo unidos físicamente a otros no gozan de autonomía jurídica independientemente del «todo»; por el contrario, los que manteniendo este enlace o unión física son susceptibles de disociación jurídica, deben recibir la denominación de partes, si lo queremos poner en relación con

el todo, y cosas en sentido jurídico. Una razón lo avala: el término de parte integrante aplicado a todos los entes que se encuentran unidos físicamente a otros se muestra para el Derecho ambiguo y confuso, pues no sabemos si la referencia es a las esenciales o no esenciales según los conceptos del Derecho alemán, en los que se hace resaltar su distinta viabilidad para devenir objeto de derecho, y no con independencia del todo.

1 Las imprecisiones en nuestro tema actúan en cascada donde unos conceptos arrastran a otros. Los supuestos de propiedad separada del suelo y las plantaciones son comúnmente calificados por la doctrina y la jurisprudencia como modalidad de comunidad o coperopiedad, denominada comunidad pro diviso, lo que justificaría, a los efectos de refundir el dominio, la aplicación del retrato de comuneros. Esta calificación formalmente sólo puede ser sustentada si se toma como presupuesto de base dos nociones divergentes: o es la respuesta lógica para los que creen deducir en nuestro Derecho el concepto alemán de las partes integrantes esenciales; o, para los que no aceptan esta razón de identidad, es consecuencia derivada de la normativa de la adhesión del Código civil, cuyo carácter imperativo impide disociar jurídicamente la propiedad de la plantación de la del suelo, admitiendo tal disociación para otros derechos distintos del dominio. En esta última posición se

podría justificar una discriminación entre el concepto de cosa para la propiedad, en los que es susceptible encajar la calificación de comunidad Rero div. so. en cuanto para este instituto habría de considerarse la plantación como parte integrante del fondo, y el concepto de cosa para otros derechos menores, en los que la plantación podría resultar una cosa con independencia del suelo. Ahora bien, para aquellos que dedican el valor dispositivo del principio Resuperficiis solo cedunt la plantación y el suelo han de constituir dos cosas en sentido jurídico y, por tanto, deben requerir toda calificación de comunidad Rero diviso; para estas situaciones, a no ser que nos ofrezcan una razón jurídicamente convincente desde una perspectiva dogmática y no económica o social. Sin embargo, observemos que no sucede así, con lo que la confusión está servida.

El aspecto ha sido señalado únicamente en su aspecto metodológico, ahora toca acercarnos a él en su vertiente jurídica-positiva para inferir que posición entendemos correcta, según el criterio que descubramos de esa coherencia interna que teóricamente debe presidir nuestro Ordenamiento Jurídico. A ello nos ha de guiar un estudio atento de estos tres paradigmas jurídicos: las cosas, las partes integrantes y la accesión, precedida de una breve introducción sobre la disociación jurídica del inmueble por naturaleza que nos ayudaría a situarnos en el tema de

II. DISOCIACION JURIDICA DEL INMUEBLE POR NATURALEZA

I. DELIMITACION DEL INMUEBLE POR NATURALEZA.

A. EN SENTIDO HORIZONTAL.

La tierra, en su acepción más restringida, es la parte física de la corteza terrestre (8); primitivo medio de producción, indispensable en la creación de un tipo de riqueza necesaria para la supervivencia y desarrollo de toda la sociedad. característica sobresaliente de la tierra es la de ser limitada o limitable y por tanto objeto de relaciones sociales de apropiación (9).

Estas relaciones sociales de apropiación significan una relación de distribución, y por tanto una relación de exclusión-inclusión que recae sobre una porción de tierra que se incorpora al espacio y al tiempo mediante signos concretos y bajo formas extremadamente diversas.

En el Derecho romano pre-Justiniano, mediante el ceremonial solemne y sagrado de la Reimitatio (10), se delimitaban los agri limitati: porciones de terreno que

eran medidos por los agrimensores marcando sus límites con signos externos (limes limitatus en el campo, limes civitatis en la ciudad); los limes artificiales, por el contrario, eran aquellos que no habían sido objeto de medición y cuyos límites venían señalados por elementos naturales (ríos, montes, vertientes, lagos, etc.) o artificiales (fosos, cercas, hileras de árboles, etc.). Ambos revelaban dos tipos de apropiación diferentes: los limes limitati eran objeto de propiedad privada individual, y los limes artificiales pertenecían al ager publicus, o por lo menos no eran de propiedad privada (11).

Los Germanos en la época que entran en contacto con la civilización romana se agrupaban en las limes. Cada limes o comunidad política ejerce su soberanía sobre un territorio, la limes, en la que va su propio nombre originariamente indicaba las delimitaciones de las tierras de su propiedad. La limes se dividía en tres componentes que significaban relaciones de apropiación diferentes: 1. Espacio interior de la zona, integrados por casas, patios y huertos de propiedad individual; 2. La limesmarka, formada por tierras de propiedad colectiva, pero repartidas según formas de medición y sorteo periódicos entre los miembros de la comunidad para un tipo de goce especial; y 3. La limeswäld, constituidos por bosques, pastos, etc. que permanecen en propiedad y disfrute de la comunidad, y por lo

tanto indivisos (12).

Esta necesidad de delimitación a los fines de crear unidades de terreno autónomas e independientes que son objetos de apropiación, y en general objeto de derechos, es consecuencia lógica de la continuidad de la superficie terrestre. Se trata de una concreción de la extensión horizontal del suelo, creando fronteras mediante signos convencionales, que se pueden materializar en objetos visibles, y "que presuponen el derecho real de propiedad: sin él, esa superficie sólo estaría interrumpida -pero no delimitada- por los accidentes físicos" (13).

Nuestro Derecho atiende a estas delimitaciones mediante las operaciones de deslinde y amojonamiento. Por la primera se fijan los límites materiales; por la segunda se señalizan mediante cualquier signo externo. La regulación legal de ambas operaciones de individualización de una porción de terreno se contienen en el Código Civil (arts. 384 a 387) y en la L.E.C. (arts. 2.061 a 2.070).

Esta superficie delimitada, objeto de derechos, nos aproxima al concepto que con una tan variada como imprecisa terminología es denominada en el C. civil con los vocablos más diversos, entre los que adquiere un mayor índice de frecuencia los de «cosa o bien inmueble», «finca» y

<<predio>> (14).

Pero, es en sentido vertical donde parece realmente fundarse la unidad del inmueble, y no en su extensión horizontal.

B. EN SENTIDO VERTICAL, LA EXTENSIÓN VERTICAL DEL DOMINIO.

a. IDEAS PREVIAS.-

La necesaria delimitación horizontal del suelo rayaría en el absurdo si éste no implicara una cierta ocupación del subsuelo y el espacio superior indispensable para su aprovechamiento (15). Cuando un grupo social se apropia de una porción del suelo terrestre, esta apropiación no responde a un interés abstracto, es condición para garantizar que los frutos del trabajo efectuado sobre tal extensión de la tierra volverá a él y no a otros, mediante las operaciones de recolección de los que se encuentran en la naturaleza o se obtengan por siembra, plantación, construcción o excavación. El interés de la apropiación no está tanto en la corteza terrestre desnuda como en sus posibilidades de explotación o aprovechamiento, lo que exige una ocupación mayor o menor del espacio superior y el subsuelo.

Pero dentro del grupo social se establecen unas relaciones sociales de apropiación que se materializan jurídicamente, y cuya contingencia en el espacio y en el tiempo es innegable, por ser el Derecho un producto histórico que responde a problemas políticos, económicos y sociales.

El problema de la extensión vertical del dominio o del objeto sobre el que éste recae, se encuentra conectado al concepto de la propiedad individual y absoluta elaborada por el Derecho romano, máxime teniendo en cuenta que los problemas surgidos en torno al tema, en época relativamente reciente, van ligados al desarrollo de las fuerzas productivas (16), con una tecnología desconocida en el mundo antiguo hasta la revolución industrial. Si bien, como ha sido suficientemente demostrado, no corresponde al Derecho romano la extensión descrita de la propiedad usque ad coelum o Rad. aetheris y usque ad inferos o Rad. profundum (17), sin embargo nos es cado pensar que su concepto de la propiedad y la artificialidad (18) de sus construcciones jurídicas, actuaron como caldo de cultivo para la proclamación posterior por los postglosadores e intérpretes del Digesto. Como enseña BENEYTO PEREZ, "no ocurre así en el Derecho germánico, donde -como recuerda en un momento de resurrección el RSachsenspiegel, 1, 35, II, 66- el derecho

del agricultor termina bajo la reja del arado" (19).

B. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL DERECHO CODIFICADO.

Es obvio que "una finca no puede concebirse como objeto patrimonial sin el espacio sobre y bajo el suelo" (20). Si la finca quedara reducida a una superficie sin espesor alguno, sería ilusorio el interés del sujeto titular (21). El problema se plantea en base al aforismo del postglosador CINO DE PISTOIA: "Ad coelum et usque ad inferos" (22). Esta solución representaría una imaginación desorbitada, al tiempo que la más vasta y absurda explicación del derecho de propiedad (23). A pesar de todo, el principio fue recogido por el Código Napoleónico (24) y el italiano de 1.865 (25). En nuestro Código civil el único precepto que se asemeja al de sus predecesores es el art. 530, pero frente a las analogías también destacan las diferencias. Aquella desorbitada extensión vertical del dominio ha sufrido límites importantes en los Códigos de este siglo, entre ellos el alemán (26), el italiano de 1.243 (27) y el portugués de 1.966 (28).

A diferencia del Código, que regula la extensión vertical del dominio en uno de los capítulos destinados a la

accesión, el nuestro se hace al tratar de la propiedad en general (Cap. 1, t. 11, Libro IV). La doctrina española lo estudia en la propiedad, pero mientras unos lo tratan dentro del objeto (29), otros lo hacen en el contenido o en los límites a tal contenido (30). En realidad son dos aspectos de un mismo problema, íntimamente relacionados como más arriba advertíamos.

No es nuestra intención reproducir el ya manido debate sobre la cuestión, al que se ha criticado por su poco interés práctico (31) a pesar de ser "exquisitamente jurídico" (32). Conviene tal vez distinguir el Derecho en cuanto sistema que al estudioso corresponde desvelar en su lógica y coherencia interna, de donde deducir los principios inspiradores que por su fuerza centrípeta tienden a su vez a expandirse en él, del Derecho instrumento para practicones y letrados a modo de guía y formulario. A resultados prácticos, aunque menos visibles aparentemente, también se llega por aquel camino más pesados y reflexivo que en nada hay que infravalorar. Avanzaremos las grandes líneas del debate, todavía por concluir en aspectos de tanto relieve como la patrimonialización del espacio o del volumen de edificabilidad en el Derecho urbanístico, para centrarnos en la disociación jurídica del inmueble por naturaleza, donde se impone revisar algunos principios y dogmas de nuestro Derecho para recomponerlos nuevamente sobre la realidad

funciona viva y dinámica, es la que se sitúan los fundamentos de la delimitación de la plantación respecto al suelo.

c. EL ESPACIO SUPERIOR AL FONDO.

8°. CONCEPTO.-

Tuvo amplio eco en la doctrina italiana y alemana la discusión en torno a considerar objeto de derechos o no el espacio superior al fondo. La polémica alcanza y toma como punto de arranque el Derecho romano en la interpretación de diversos pasajes del Digesto (33). BONFANTE defiende la existencia para los romanos de un derecho de propiedad sobre el espacio aéreo (34); en contra se expresaron GESTERDING, VOIGT Y WERENBERG, distinguiendo el primero a dicho fin entre el aire que para los romanos era una Ares communis omnium y el espacio aéreo donde se encuentra el aire, que no es una Ares en sentido jurídico y por lo tanto no puede darse sobre él el derecho de propiedad. Esta última posición fue seguida por PAMPALONI Y GABBA (35).

Los distintos posicionamientos han proyectado sus conclusiones en el Derecho moderno, donde también se han pronunciado unos autores a favor (36) y otros en contra (37). La doctrina mayoritaria, cada día más discutida, no reconoce jurídicamente naturaleza objetiva al espacio

superior al fondo; para ello se sigue distinguiendo entre el aire y el espacio aéreo. El aire no puede ser objeto del derecho mientras esté libre en la atmósfera, por tratarse de una res communis omnium y existir en cantidad superior a la necesidad del hombre (38), al faltarle la posibilidad de gestión jurídica (39). Pero lo realmente importante es el espacio aéreo, sobre el que la posición negativa ha dicho que tampoco goza de esta cualidad de objeto del derecho (40); al igual que el tiempo y el valor, el espacio aún siendo útil al hombre no es más que un concepto de relación (41). La referida propiedad del espacio no significa que se tiene derecho a disponer del mismo, sino a disponer en el espacio excluyendo a toda otra persona ajena (42); más que un ius in re eficaz y pleno, existe un ius ad rem (43), que concede la titularidad fundiaria.

"Lo que da utilidad -nos dice BIONDI- no es el espacio de por sí, sino la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, que se manifiesta mediante plantaciones y construcciones efectuadas directamente por el mismo propietario o bien con la atribución a los demás de efectuarlas... A medida que el ejercicio del derecho de propiedad se concreta en alguna cosa material (construcción, plantación), el espacio desaparece. Esto demuestra que el espacio no es cosa, ya que desaparece sin destrucción alguna ni de hecho ni jurídica"

(44).

Efectivamente, el derecho real de superficie, regulado fuera del Código civil, no supone ni la enajenación ni la constitución de un derecho que tiene por objeto el espacio, más bien tiene por objeto el suelo sobre el que recae con la facultad de ocupar el espacio superior mediante construcciones o plantaciones, que una vez realizadas adquiere el superficiario por el tiempo que dure el derecho.

En conclusión, podemos decir que domina en la doctrina la posición que entiende que: 1. El espacio aéreo en sí mismo no es una cosa (45); y 2. Tampoco es parte integrante del inmueble por naturaleza o función (46), esto es, que el objeto de la propiedad inmueble no estaría constituido por estos tres elementos: suelo, subsuelo y espacio superior, como si de una cosa compuesta se tratara (47).

No obstante, el debate, muy a pesar de su larga trayectoria, vuelve a adquirir actualidad, sobre todo en el ámbito del Derecho urbanístico, fundado en la necesidad de adaptación del Derecho a las nuevas situaciones sociales y económicas en profundo cambio. Parece imponerse, por tanto, la revisión de la teoría negativa, por lo menos en la absolutividad de sus conclusiones. Corresponde en este sentido el mérito de desenterrar el tema a SAVATIER, quien

abandonando la discusión en abstracción lo conecta a las muchas posibilidades que para el Derecho representa la utilización de nuevas técnicas en la individualización del espacio existente sobre un fundo a los efectos de su configuración como objeto del derecho. En un interesante y revolucionario artículo, abogó este autor por la posibilidad de "tratar el espacio como una clase de cosa susceptible de ser apropiado y vendido <(por cubos)>, siendo individualizado sobre una figura de geometría acotada o descriptiva, establecida a partir de suelo. Esta individualización del espacio permitiría asimilarla a un cuerpo cierto" (48). Estos despuntes vuelven a ser planteados por el autor en un segundo artículo, donde revela el anquilosamiento del Derecho que, moviéndose en una geometría plana, confunde la finca con una superficie, si saber aún expresarse en volúmenes (49). Así para CONSTANTINO, en la doctrina italiana, refiriéndose a los contratos que transfieren derechos sobre planos o porciones de edificios aún no construidos, es posible adquirir sobre un volumen del espacio un derecho de propiedad verdadero y propio; por consiguiente, según el mismo autor, "el espacio, aún prescindiendo del suelo, puede ser objeto del derecho de propiedad" (50).

En España TORRES LANA, tras un profundo estudio del tema, llega a conclusiones parecidas en el Derecho

urbanístico español. Considera el volumen de edificabilidad un "bien patrimonial de naturaleza peculiar", y en tal sentido parte de la finca y susceptible de titularidad real, pudiendo ser transmitido o adquirido con independencia del suelo en aquellas situaciones concretas y particulares que reconozca el Plan de Ordenación (51). Por su parte, DIEZ PICAZO lo expresa de la siguiente manera: "por regla general el volumen de edificación constituye una unidad con el suelo, del que se considera parte integrante e ideal prolongación. No es, pues, un objeto jurídico distinto, sino el mismo objeto jurídico. En ocasiones, sin embargo, la unidad de objeto jurídico se rompe y cabe configurar como dos objetos diferentes el suelo y el espacio aéreo inmediato al suelo hasta el volumen de edificación o bien el suelo con una parte de ese espacio, quedando la otra separada" (52).

Interesa a nuestro tema señalar la diferencia existente entre el volumen edificable y el espacio. La relación es de especie a género. El volumen de edificabilidad es una categoría urbanística referida al espacio inmediato al fondo urbano, expresada en unidades volumétricas, que el Plan de Ordenación establece y limita. Las consecuencias jurídicas que del mismo se derivan, a tránsito modo, son: 1. La cantidad de espacio que puede utilizarse y ocuparse, y 2. La vinculación de la propiedad, por la eficacia normativa del Plan, que sustrae al propietario la facultad de ocuparlo o

no, e incluso la decisión sobre el destino que ha de recibir. Podemos decir con TORRES LANA que "todo volumen de edificabilidad es espacio, pero no todo espacio es volumen de edificabilidad" (53). Esta es una manifestación más de la diversificación de regímenes de la propiedad que afectan decisivamente a la configuración jurídica del espacio, según que la propiedad fundiaria sea urbana o no.

Si el volumen de edificabilidad sólo se presenta en aquellos terrenos que hayan obtenido por el Plan la calificación jurídica de urbanos, es obvio que para los demás sigue pendiente la vieja cuestión sobre la naturaleza objetiva del espacio superior al suelo. Al faltar en ellos el acotamiento tridimensional -su representación queda reducida a las dos dimensiones del largo y el ancho-, ¿Se puede considerar al espacio superior objeto de derechos?, ¿Debe en la propiedad que llamamos rural, a diferencia de la urbana, constituir derechos sobre planos del espacio o sobre un cierto volumen del mismo separado del suelo?. En tales supuestos no es posible, en el estado actual de la legislación, hablar de cosificación del espacio. El tema sigue planteado en los términos vistos más arriba (54). La solución ha de recabarse del Código civil, entendiéndose con la doctrina mayoritaria que el espacio no reúne los requisitos para ser considerado ni cosa ni parte integrante del fundo; el art. 350 C. civil así lo avala al no referirse

al espacio como objeto de propiedad perteneciente al dueño del suelo (55), concediendo a este sólo la facultad para utilizarlo, con los límites que allí se establecen.

b) REGIMEN JURIDICO DEL ESPACIO AEREO.

Si entendemos con JERONIMO GONZALEZ que el término <superficie> utilizado por el art. 350 E.c. no tiene su fundamento etimológico en super faciem (sobre la faz de la tierra), sino más bien en super facere, (lo que se eleva o construye sobre el suelo) (56), el límite a la ocupación del espacio vendrá determinado por la altura que no es posible sobrepasar a una construcción o plantación, según las determinaciones concretas de las normas reguladoras de la propiedad en cada supuesto donde el conflicto se plantee y, en su caso, de la existencia de una servidumbre Ratijs tollendi.

Este espacio superior, se encuentra regulado por la Ley de Navegación Aérea de 20 Julio 1.960, que en su art. 1.º declara que "el espacio aéreo situado sobre el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado español". Se consagra el principio de libertad de navegación aérea en el art. 2 de la Ley, quedando obligado los dueños de los bienes subyacentes a soportar "la navegación aérea con derecho a ser resarcido de los daños y

perjuicios que ésta les cause" (art. 4)

La normativa urbanística también tiene una notable incidencia sobre el régimen jurídico del espacio aéreo (57). La actuación de los planes de ordenación urbana, pueden señalar límites en altura, más allá de los cuales no estará legitimado el propietario para ocupar el espacio aéreo.

d. EL SUBSUELO.-

e. CONCEPTO.-

La doctrina dominante considera al subsuelo cosa y por tanto objeto de propiedad perteneciente al dueño del suelo; así ha dicho ALBALADEJO que "sí, es parte de la finca bajo cuyo suelo está, y, por tanto objeto de la propiedad que recae sobre aquélla" (58). A esta solución se puede llegar con el concurso de la letra del art. 350 C. civil que, a diferencia del silencio guardado sobre el espacio superior al fondo, respecto al subsuelo explícitamente declara: "el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella".

Según MONTES PENEDÉS "no se debería hablar de subsuelo sino de la parte que se encuentra más allá de la susceptibilidad de utilización por parte del propietario"

(59). Si toda construcción, plantación o siembra se verifica en el espacio ocupándolo, y hunde sus cimientos y raíces en el subsuelo, no cabe duda que el aprovechamiento económico del suelo requiere la utilización de esas capas inferiores más próximas al suelo (60), como ocurriría con las capas superiores más inmediatas; pero aparte de esta necesidad del subsuelo para aquellos fines, puede tener otras utilidades para el propietario sin necesidad de ocupar el espacio superior; estos pueden ser los casos de sótanos, galerías subterráneas, refugios, bodegas, etc. más allá de estas posibles ocupaciones entendemos que reclama MONTES FENEDES, como hemos dicho, el concepto de subsuelo. A continuación se pregunta el autor por la naturaleza de este concepto de subsuelo dado, eluyendo que sea una Área comunal, que tenga naturaleza demanial o que pueda entenderse como Área nullius (61), para concluir que "se encuentra sometido al señorío del propietario, pero este señorío se halla condicionado a la existencia de un interés actual, fuera del cual debería considerarse formando parte del Patrimonio del Estado, cuya pertenencia sea susceptible de utilización por parte del propietario" (62).

Pero, el tema donde adquiere realmente importancia es en relación a aquellas sustancias físicas, líquidas y gaseosas con importancia económica y social suficiente, susceptibles de explotación y apropiación, y que se

encontrado o pueden encontrarse formando parte del subsuelo del fundo (63).

5°. REGIMEN JURIDICO DEL SUBSUELO.

La redacción del art. 350 D. civil establece claros límites a la propiedad del dueño del fundo sobre el subsuelo, remitiéndose a la legislación de minas y aguas y reglamentos de policía.

La legislación vigente sobre minas está constituida fundamentalmente por la Ley de Minas de 21 julio 1.973 (64) y su Reglamento de 25 agosto 1.978, la Ley sobre Investigación y Explotación de Hidrocarburos de 27 junio 1.974 (65), la de Fomento de la Minería de 4 enero 1.977 que complementa en algunos puntos a la Ley de Minas, y la de 5 noviembre 1.980 que la modifica.

Principia la Ley de Minas declarando en su art. 2.1: "Todos los yacimientos de origen natural y demás recursos geológicos existentes en el territorio nacional, mar territorial y plataforma continental son bienes de dominio público, cuya investigación y aprovechamiento el Estado podrá asumir directamente o ceder en la forma y condiciones que se establecen en la presente Ley y demás disposiciones vigentes en cada caso" (66).

Establíase la Ley de Minas en orden a las sustancias y productos tres secciones -A, B y C- (67), a las que ha de añadirse una cuarta -D- desgajada de la C tras la aprobación de la Ley de 1.960, y una quinta, -E-, formada por aquellas sustancias que cuentan con una legislación propia, la de hidrocarburos (68).

Como criterio general puede señalarse que las minas son de dominio público (69), salvo las sustancias de la sección A, por su poca importancia o valor económico, y las aguas minero-industriales y minero-medicinales ya alumbradas -incluidas en la sección B- que pueden ser de propiedad privada (70).

"Fuera del ámbito de la Ley de Minas queda la extracción ocasional y de escasa importancia de recursos minerales, cualquiera que sea su clasificación, siempre que se lleve a cabo por el propietario del terreno para su uso exclusivo y no exija la aplicación de técnica minera alguna" (71).

Respecto al régimen jurídico de las aguas subterráneas, la reciente Ley de Aguas de 2 agosto 1.985 ha introducido importantes novedades en relación a su procedencia de 13 junio 1.879 y la regulación del Código Civil (arts. 417 a

419). La más significativa es su inclusión entre los bienes de dominio público, "desapareciendo el derecho a apropiársela que concedía la Ley de 1.879 a quien las alumbrase" (72). Declara el art. 2.º de la Ley el dominio público hidráulico de las aguas continentales subterráneas renovables, con independencia del tiempo de renovación, y de los acuíferos subterráneos a los efectos de los actos de disposición o de afectación de los recursos hidráulicos (73).

En la legislación derogada (74), las aguas subterráneas pertenecían al propietario que las alumbrara (75), o a quien lo hiciera (76), con autorización de aquél (77) o de la Administración Pública si se encontraban situadas en terrenos de dominio público (78). Con la nueva normativa, el derecho al uso privativo de las subterráneas se adquiere por disposición legal o concesión administrativa (79), gozando de preferencia para el otorgamiento de la autorización, dentro del mismo orden de prelación al que se refiere el art. 56, los propietarios de los terrenos afectados por las peticiones de investigación de aguas subterráneas (80).

Finalmente, es de tener en cuenta asimismo en el régimen jurídico del subsuelo la Ley del Patrimonio Histórico Español de 25 junio 1.985 (81). Según el art. 1.º, los yacimientos y zonas arqueológicas que tengan valor artístico, histórico o etnológico se consideran

Integrantes del Patrimonio Histórico Español, quedando afectadas al dominio público "todos los objetos y restos materiales que posean los valores que son propios del Patrimonio Histórico Español y sean descubiertos como consecuencia de excavaciones, remociones de tierra u obras de cualquier índole o por azar" (82).

e. LÍMITES A LA UTILIZACIÓN DEL ESPACIO AEREO Y EL SUBSUELO POR EL DOMINIUS SOLI. -

Corresponde al propietario, en todo caso, la facultad de utilizar en alguna medida el espacio superior e inferior al fondo. Esta facultad tiene un ámbito de tutela, como cualquier otro derecho subjetivo, frente a las ingerencias de terceros extraños que resulta de la disciplina del Rius opposendi.

La ausencia de límites precisos en sentido vertical para la propiedad fundiaria, es una característica física que diferencia a los bienes inmuebles de los muebles (83); en estos los límites vienen dados por su naturaleza (84). En la propiedad urbana el límite superior al suelo queda establecido por un acto administrativo para parcelas o zonas concretas, pero se trata de una excepción que deroga la regla general al manifestarse en la propiedad urbana. A ello nos hemos referido antes, al abordar el volumen de

edificabilidad en su conexión con la consideración objetiva del espacio.

En esta imbricación entre la facultad del propietario a ocupar el espacio y el Rius opponendi (85), nos preguntamos: ¿hasta qué altura o profundidad podrá el propietario ejercer la facultad de ocupar el espacio superior y el subsuelo a ejercer el Rius opponendi ".

Desechada unánimemente por la doctrina extranjera y española la hiperbólica expresión Rius caelumi y Rius profundumi, tuvo en un principio gran acogida la fórmula del interés de IHERING, como demuestra su reflejo positivo en algunos monumentos legislativos de este siglo: Códigos civiles alemán (86), suizo (87), italiano de 1.942 (87) y portugués de 1.966 (88). Según esta teoría, hasta donde llega el interés práctico del propietario merece la protección de su derecho. PAMPALONI lo concretó afirmando que tal interés viene determinado "en relación con el uso de que es susceptible el fondo de que se trata en las condiciones actuales del arte y de la industria humana" (89).

Nuestro Código civil en su art. 350 no da pie a sostener la ilimitación vertical de la propiedad, por lo menos Rius siderali, pero tampoco recoge la fórmula del

interés. Este artículo se halla dentro de la línea que DE CASARDO llamó el individualismo templado de nuestro código, consecuencia de la distancia en el tiempo de casi un siglo del Código Napoleónico, y el desgaste lógico que habían sufrido los postulados filosóficos y económicos del Liberalismo y sus excesos individualistas. Empero, no nos hagamos ilusiones, el C. civil no deja de ser un hijo de su tiempo, con las contradicciones propias de la realidad histórica española donde el liberalismo se desarrolla y plasma legislativamente de forma lenta, tardía y gradual, de cualquier modo diferente al país vecino.

La jurisprudencia española bien pronto dió acogida implícitamente a la teoría del interés (91). La doctrina y los comentadores de la primera época hicieron casi omiso al alcance del 350 C. civil. Excepcionalmente encontramos algunas breves referencias en MANRESA; sorprendido que el Código guardara silencio en punto tan importante, advierte como las legislaciones recientes tienden a limitar el principio sin atenuaciones de la extensión vertical del dominio recogido en el Código civil francés, partiendo para ello de la teoría preconizada por IHERING. Para este comentador, "la misma doctrina podía ser aplicada en nuestro derecho, dada la vaguedad de los términos con que está redactado el artículo 350" (92).

Cabe el mérito a JERONIMO BENZALLI de ser el pionero en desvelar el estado de la cuestión en la doctrina extranjera y marcar los pautas de su aplicación práctica en nuestro Derecho. Para el ilustre jurista, "el derecho de propiedad sobre los predios presenta una densidad maximum en el plano horizontal, donde la facultad de excluir a terceras personas y rechazar sus inmisiones se halla dotada de la máxima energía; pero a medida que nos alejamos en la línea vertical, hacia arriba o hacia abajo, se debilita el poder de hecho del propietario, y la reacción jurídica contra la perturbación de su derecho". A continuación desenvuelve la teoría de PAMPALONI en orden a los coeficientes que el juez deberá tener presente en la concreción del módulo de ese decrecimiento de la facultad del propietario al Rius opponendi (93).

A partir de este momento la doctrina española se limita a dar acuse de recibo de la teoría del interés, para adaptar y llenar la laguna legal en parte del art. 360 C. civil, si bien señalan los límites de este interés: en la medida que las leyes y los reglamentos no se lo prohiban (94).

La tesis del interés, no obstante, ha sufrido los mismos avatares que la teoría del derecho subjetivo en la formulación Iheriana: no parece responder de pleno a la moderna configuración del derecho de propiedad.

Efectivamente son muchos los casos donde el interés del propietario a impedir la invasión de su espacio aéreo y la utilización de su subsuelo es notorio y, sin embargo, no está tutelado por la ley. Pensemos en el vuelo de aeronaves a baja altura que producen molestias derivadas del ruido y el presumible daño eventual a algunos animales de crianza, especialmente si la molestia es continuada por estar el fundo próximo a un campo de aviación, que el dueño, a pesar de existir este interés, ha de soportar en virtud del principio de libertad de navegación aérea; la imposición coactiva de servidumbres de paso de líneas telegráficas, teléfonos, de conducción eléctrica, etc. (95); o, finalmente, la construcción de túneles de ferrocarril en el subsuelo de un fundo sobre los que el propietario no tiene ningún derecho, y donde tampoco se puede negar el interés del sujeto en impedirlos, aunque sólo sea por obligar a la adquisición o a la expropiación y recibir el precio (96). La inconsistencia de la teoría se deduce de estos ejemplos reseñados por la doctrina italiana. Esto ha obligado a que ROTONDI considerara peligroso o por lo menos vaga la teoría del interés, pues "si el propietario no tiene interés en ello, porque el Derecho no reconoce expresamente este interés o por que lo niega, entonces es la norma misma la que ha de considerarse y la que resuelve el problema". Al criterio del interés opone ROTONDI el de la aprehensibilidad (97).

Con esta opinión coincide DE MARTINO, para quien "contemplando los casos más frecuentes de invasión del espacio aéreo aparece claro que la fórmula del interés acogida por el Código (se refiere al italiano de 1842) es una realidad inadecuada: ella está mejor integrada reclamando la norma fundamental sobre la propiedad, cuya utilización del bien es lícita siempre en el ámbito de las leyes y los reglamentos" (98).

La teoría del interés supuso un avance respecto a la formulación acogida en los Códigos francés e italiano de 1865, pero su fundamentación no está tanto en suponer una restricción a los principios individualistas consagrados por aquellos, como en la recomposición de los nuevos intereses económicos y las manifestaciones de la riqueza originadas por el desarrollo de la fuerza productiva, que exige sacrificios a esa propiedad fundiaria ilimitada verticalmente. En consecuencia sirve de igual manera a un interés individualista, sólo que ahora ya no tiene su expresión más importante, por no decir exclusiva, en la propiedad de la tierra, sino en la de otros bienes mobiliarios (su representación más ajustada es el capital dinerario) que ha asumido una importancia igual o mayor que el inmueble por naturaleza, viniendo a sustituirla en el sistema de los papeles sociales (99).

¿Hasta qué punto puede sostenerse todavía la doctrina del interés? Merece la pena que incidamos en la doble manifestación que se veía según esta formulación doctrinal: 1. El interés actual, ligado al destino dado por el propietario al fundo; 2. El interés potencial, lo que significa el interés del propietario para alterar el destino económico del fundo; interés potencial que devendrá actual si el propietario cumple un acto de ejercicio del derecho. Por eso se admite que el propietario tiene derecho a excluir la actividad de los terceros que lesionen su interés a toda utilidad económica del bien, puesto que tiene poder para realizar toda posible forma de goce del fundo (100). ¿Se pueden mantener estos presupuestos en la configuración moderna del derecho de propiedad? Seguir anclado en la teoría del interés es cerrar los ojos a las transformaciones que el instituto ha sufrido, casi siempre ha fortiori y en una legislación extravagante al Código.

Acertadamente CONSTANTINO ha puesto en evidencia como la doctrina dominante considera el interés del propietario a la utilidad en abstracto, esto es, del uso económico del bien para la satisfacción de necesidades que el mismo libremente determina. Esta esfera de libertad de elección del propietario de un fundo no coincide con la libertad casi absoluta que parece desprenderse del Código, sino que del

regimen jurídico actual de la propiedad fundiaria resulta evidente que el interés del propietario se determina en concreto, en referencia al destino posible del bien en la medida de su naturaleza jurídica, donde hay sin duda un margen de discrecionalidad en la acción del contenido del derecho, pero no coincide con todas las elecciones que el propietario puede considerar a su juicio ventajosas (10).

Pero, ¿caso donde el interés del propietario no exista, por encontrarse limitado el ejercicio de su derecho por ley o por haberlo puesto de manifiesto mediante actos concluyentes, el problema del ámbito del ius opponendi no estaría ya resuelto por la prohibición de los actos emulativos? Si el propietario de un fundo inculto se opone sin interés alguno a que un tercero haga en parte de él las plantaciones necesarias para evitar la erosión u otros daños a su terreno colindante, o establezca determinados artefactos destinados a combatir o sanear de plagas que le perjudican, o construir un cobertizo para el estiércol allí almacenado y así evitar olores u otros perjuicios, ¿no sería tal oposición realizada sin ninguna ventaja propia y con el sólo fin de dañar o producir molestias a otro un acto emulativo?

F. CONCLUSION.-

Examinado el sentido y alcance que se atribuye actualmente al art. 330 C.C. civil, nos centramos ahora en el aspecto material, el fondo como objeto de la propiedad inmobiliaria, para dar respuesta a la admisión o inadmisión en nuestro Derecho, a título de conclusión, de disociar el inmueble por naturaleza.

Porque el espacio superior al fondo no goza de la naturaleza jurídica de cosa, admitimos como criterio general la imposibilidad de poderse disociar del suelo, advirtiendo, como hacíamos más arriba, el carácter discutido en lo referente a la propiedad urbana, donde las líneas del desarrollo legislativo y su actual regulación parecen encaminadas al reconocimiento de su cosificación, si bien con particularidades propias.

Por el contrario la apreciación es otra muy distinta para el subsuelo, siendo innegable su carácter material configurado como inmueble, según se deduce del art. 334.1 Código civil y, especialmente para las minas y aguas, por el nº8 del mismo precepto (102).

La ley admite respecto a los yacimientos mineros y aguas subterráneas el criterio de considerar los bienes

autónomas, distintos del suelo e incluso del terreno, parte del subsuelo, que lo recubre. La disociación, entonces, es creada por la misma ley, otorgándole, en esa identificación entre propiedad y cosa, el carácter de bien de dominio público distinto al que pudiera existir de dominio privado en un plano superior e, incluso, en un mismo plano hasta donde alcance la veta o la ocupación de las aguas, siempre que en dicha profundidad exista el interés legítimo del propietario. En efecto no se puede ocultar, hay dos propiedades distintas y en consecuencia dos bienes jurídicamente separados o disociados (103). Por el legislador, obviamente, que al suministrar para los yacimientos y aguas subterráneas el ejemplo de inmuebles distintos y superpuestos, lo cual no deja de crear problemas de interpretación sobre el alcance de tal medida.

Así se podría alegar el carácter excepcional del supuesto, taxativamente previsto en la ley para los bienes de la naturaleza reseñada en ella, fuera de los cuales es imposible o está prohibido disociar el suelo y el subsuelo. Esto es, la disociación aquí, por ser una creación de la ley, es una ficción legal denominada por el interés público, y por lo tanto sólo puede residir en la técnica legal, debiendo ser negada la posibilidad de creación por un acto voluntario de los particulares u otro medio de adquisición de la propiedad reconocido por el Derecho y el Jus Cogens, no,

por ejemplo), en cuanto atenta a la unidad del inmueble.

Corrigiendo aquello que ha sido modificado, particularmente la consideración de dominio público que reciben las aguas subterráneas tras la nueva Ley de Aguas de 1.985, señala LACRUZ BERDEJO la ilimitada extensión de la propiedad al subsuelo, "hasta donde llega la posibilidad de extraer una ventaja cualquiera, y salvo que entre en colisión con la propiedad del Estado o de otro particular: lo primero se produce en cuanto a las minas; y lo segundo en cuanto a las aguas subterráneas que, discurriendo por el subsuelo de un fundo, han sido captadas por el dueño de otro o por un concesionario" (104). Luego, excepciones para nuestro autor. En DIEZ PICAÑO también parece pesar este criterio de excepción; no obstante su explicación del fenómeno tiene otras connotaciones, y sobre todo es útil la distinción que propone respecto al subsuelo, incardinado en el alcance que actualmente hay que darle al art. 350 D. c.: "el subsuelo es en unos casos pura prolongación del suelo, mientras que en otras es un objeto jurídico autónomo e independiente" (105).

Autonomía e independencia del subsuelo que no se han de reducir a los yacimientos mineros y aguas subterráneas, cuya fuente de creación Rex profascá en la Ley. GUIMERA FERRAZA, que entiende más correcto construir estas situaciones de

disociación del subsuelo respecto al suelo a través del instituto de la servidumbre voluntaria, reconoce, sin embargo, que no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho del subsuelo se configure como una desmembración de una finca entre el suelo y el subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro" (106). Este es el caso que contempla la sentencia del Tribunal Supremo de 1 abril 1.930, donde se aprecia la existencia de una propiedad distinta en parte del subsuelo de una casa, consistente en un sótano, negando por consiguiente la existencia de comunidad y la aplicación del retracto de comuneros.

Conviene, por dicha razón, conjugar el principio del art. 350 C. civil, depurado de su concepción hiperbólica, con el respeto a la regulación de la propiedad minera y de aguas que el mismo precepto reconoce y a los derechos de propiedad adquiridos sobre el subsuelo de él por un sujeto distinto al del dueño del suelo, para fines diferentes de explotación de minas y aguas.

A este fin merece la pena detenerse un poco en el argumento que nos suministra la sentencia del Tribunal Supremo de 28 octubre 1.958. Aun cuando el considerando que lo recoge es de Robiter dicta, se justifica la propiedad sobre el suelo y el subsuelo distintamente en cuanto objetos

diferenciados, pues "aparecerán siempre con una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda pensarse en modo alguno que exista copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos, cuando estas propiedades están en manos distintas" (107).

Es significativo observar dentro del mismo considerando como el Supremo califica, apoyándose en reiterada jurisprudencia, situaciones de propiedad separada entre el suelo y el arbolado de análogas a la copropiedad, a los efectos de aplicar el retracto de comuneros. Paradójicamente en el supuesto de la sentencia que comentamos -separación del suelo y el subsuelo- se niega absolutamente tal analogía, excluyendo consecuentemente la aplicación del retracto.

Las consecuencias de este diferente tratamiento son manifiestas. El T.S. no parece admitir la disociación jurídica entre suelo y plantación, alegando el concurso de varios derechos distintos sobre una misma cosa. Aquella disociación admitida para el inmueble por naturaleza, o lo que es igual hacia abajo, no es aceptada de forma expresa, o mediante mecanismos jurídicos como el retracto de comuneros,

hacia arriba, en cuanto a las plantaciones, inmuebles por incorporación, respecto al suelo, inmueble por naturaleza. Postura oficial de justificar, alejándose del principio clásico que identifica la propiedad con la cosa, lo que exigiría una explicación adecuada jurídicamente que nos convenza del porqué esta separación conservaría la unidad del inmueble suprimiendo su carácter corporal: ¿En base a qué postulados jurídicos se puede fundamentar la existencia de una acomunidad pro diviso según gusta calificarla a la doctrina, siguiendo las directrices jurisprudenciales, para la propiedad separada de las plantaciones?

Nos tenemos que existen consideraciones retomadas de la tradición jurídica-romana y enlazadas con otras de matiz económico y de política agraria, en las que tendremos ocasión de incidir. Verificar los límites que el Derecho positivo representa a esta posición jurisprudencial, así como la incidencia de las teorías modernas de la cosa sobre su concepto jurídico y el concepto de parte integrante en nuestro Derecho, será motivo que nos ayudará a despejar el panorama jurídico del momento sobre la posibilidad o imposibilidad de disociación de la plantación y el suelo.

H

III. - DISOCIACION JURIDICA DE LA PLANTACION Y EL
INMUEBLE POR NATURALEZA. -

1. LA PLANTACION EN EL CONCEPTO DE BIENES Y COSAS. -

A. IDEAS PREVIAS. -

Es sabido que el objeto junto al sujeto constituye un término necesario en toda relación jurídica. BARBERO definió el objeto como "la entidad -material o inmaterial- sobre la cual recae el interés implicado en la relación y constituye el punto de incidencia de la tutela jurídica". En otras palabras "es un objeto del cual la relación extrae su razón de ser para el sujeto" (108). Variados y diferentes pueden ser este objeto o entidad, y en realidad sólo constituye la

referencia unitaria o intrínseca del objeto del derecho, de aquí que para ENNECCERUS "se denomina objeto a casi todos los objetos de los derechos" (109).

Por tanto, donde realmente adquiere utilidad (110) el concepto de objeto es en las posteriores agrupaciones que para su tratamiento unitario se pueden hacer de estos entes, en base a las relaciones jurídicas que sobre ellos pueden recaer. Así es común distinguir los derechos patrimoniales frente a los demás, en los que destaca como nota representativa el carácter impersonal de su elemento objetivo, previsible para la plantación. Pero de entre estos objetos se han aislado la Resas, objeto de los derechos reales y objeto mediato de algunos derechos de crédito. Luego, si la plantación atrae el interés del sujeto en cuanto realidad social que representa una agrupación de árboles existentes "in rerum natura" de los que se puede servir para determinados fines, es pregunta obligada: ¿constituye la plantación una cosa en el mundo del Derecho? Responder a ella nos conducirá a poder afirmar Res generosa si es susceptible o no que la plantación constituya objeto de los derechos reales y, en aquellos supuestos donde la cosa se deba observar por la propia estructura del derecho como objeto mediato, de derechos de crédito.

Todo lo cual nos sumerge en la construcción dogmática de las cosas, en la medida que su confrontación con la plantación nos despejará el camino subsiguiente: la gestión

de los bienes y las formas jurídicas que la envuelven. Irremediablemente esta Rpriusa que significa el estudio de la plantación en la categoría jurídica de las cosas, adquiere un matiz claramente técnico, pero no por ello de menor interés económico y social, por lo que nos hemos visto obligados a hacer algunas referencias extrajurídicas, con el único propósito de realzar aquellos aspectos que pueden incidir en la oportunidad práctica del tratamiento de la plantación en esta sede. Con esta hemos querido cumplir el objetivo de ahuyentar el cierto maniqueísmo, que tiende a atribuir o negar con sentido absoluto funcionalidad económica a la plantación independiente del suelo, pero sin que ello conlleve sustituir el criterio legal por el del estudioso, interprete o aplicador de la norma. El juicio de valor es legítimo cuando no necesario, so pena de encerrar el Derecho en el museo de la arqueología jurídica, pero midiendo las distancias que median entre un planteamiento de Rege ferenda del que nos viene dado por la Ley.

Sin más preámbulo, advertimos que aquí nos referimos a la plantación en cuanto algo distinto del suelo al que se encuentra físicamente unido, al tiempo que ya existente Rin rerum natura, esto es, no como algo proyectado o futuro pero todavía inexistente en el terreno.

B. COSAS Y BIENES EN EL CÓDIGO CIVIL: SITUACION
DOCTRINAL.

a. SENTIDO DE LOS TERMINOS.

Un botón de muestra sobre la utilización por los códigos de los terminos «cosa» y «bien», nos viene dada por los tres monumentos jurídicos con los que más familiarizados nos encontramos, allende nuestra obra codificadora (111).

El Código civil francés recoge exclusivamente la expresión «bienes» (biens), renunciando no sólo a definirla sino incluso a señalar cualquier nota que la aisle en sentido jurídico. El libro segundo -"de los bienes y de las diferentes modificaciones de la propiedad"- se inicia con el art. 516 que se limita a decir: "Tous les biens sont meubles ou immeubles".

La respuesta completamente opuesta, casi en un giro de 180 grados, se observa en el Código civil alemán, que además de emplear exclusivamente el término «cosas», la define el p. 90, en el sentido de la Ley, como "los objetos corporales" (112).

A mitad de camino entre estos dos se halla el Código civil italiano de 1.942, que utiliza indistintamente las

acepciones «bienes» y «cosas». Según el art. 810: "Sono beni le cose che possono formare oggetto di diritto".

Esta última posición es también la mantenida por nuestro Código, al señalar el art. 333 que "todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran bienes muebles o inmuebles".

Sobre ambas definiciones se han alzado las voces de los autores para criticarlas, con mayor motivo cuando la imprecisión y la confusión reina a lo largo de estos códigos interfiriéndose las palabras bienes y cosas, hasta tal punto que casi se renuncia a atribuirle valor técnico a ambos términos (113).

Parece posible mantener dos posturas a la luz del uso que de las expresiones «bienes» y «cosas» hace el Código civil. La primera, que entiendo deducible de una interpretación literal del art. 333, considera a las cosas un concepto más amplio que el de los bienes. Esta posición estuvo ampliamente sustentada en un principio por la doctrina seguida a SANCHEZ ROMAN, para quien "las cosas tienen una consideración abstracta y genérica, mediante la cual pueden llamarse así, y ser o no objeto de relaciones de derecho; los bienes, por el contrario, representan una noción concreta, en cuanto son cosas aplicadas ya a

relaciones jurídicas" (114). En términos parecidos se manifiestan VALVERDE (115) y DUSSIO (116), que consideran a las cosas el género y a los bienes la especie. En la doctrina italiana igual posición mantuvieron STOLFI (117) y MESSINEO. Para este último, la diferencia entre cosa y bien reside en que la primera es una entidad extrajurídica o bien en estado potencial, y el segundo sería una cosa idónea para dar cumplimiento a una determinada función económica y social (118).

La segunda tendencia tras considerar las normas donde se utiliza uno u otro término o los dos conjuntamente, llega a la conclusión de la imposibilidad de afirmar distinción alguna entre «cosas» y «bienes». Para CLEMENTE DE DIEGO "cosa es sinónimo de bienes" (119). En Italia RIONDI es un fiel exponente de esta actitud, considerando que una expresión y otra no son más que dos aspectos distintos de una misma entidad. "Cosa -nos dice el autor- alude a una entidad objetiva por sí misma, destacada e independiente de un sujeto, con tal que sea jurídicamente relevante. Bien, en cambio, reclama la idea de interés, de ventaja, de utilidad, y por lo tanto se refiere a un sujeto" (120).

La doctrina reciente parece orientarse en esta dirección. Ya CASTAN dejaba entrever la sinonimia entre cosas y bienes (121). En opinión de ALBALADEJO, "nuestra ley frecuentemente habla de «bien» como sinónimo de «cosa» en sentido jurídico" (122). DIEZ-PICAZO y GULLÓN afirman

también que "no parece que desde el punto de vista del Derecho civil pueda afirmarse que exista una distinción entre cosas y bienes" (123). Y así lo entendemos también nosotros.

b. EXCLUSIÓN DE LA CORPORALIDAD COMO REQUISITO DE LAS COSAS

En el Derecho alemán sólo pueden ser objeto de derechos reales las cosas que, como acabamos de ver, el p. 90 del BGB reduce a los objetos corporales (124). El requisito esencial de la corporalidad no se mantiene fiel a la tradición romana, que utilizó la expresión res tanto para los objetos corporales como incorporeales (125). Pero el concepto de las cosas de los romanos difiere mucho del que en el presente tienen aquellos derechos que en sus códigos lo presupusieron. Se han mantenido los términos, pero se han modificado los contenidos para dar cabida a las nuevas realidades surgidas del avance tecnológico y el progreso económico de nuestro siglo (126).

Las res corporales en la conocida definición de CAYO eran aquellas quae tangit possunt (127). La aparición de las energías a principio de siglo puso a prueba los viejos conceptos y la capacidad de adaptación de las estructuras jurídicas. Concurrían en algunas de estas energías, sobre todo la eléctrica, los requisitos de apropiabilidad y

unidad, pero o a innegable que carecían de naturaleza corporal (128). Ello obligó a la doctrina a decir que el criterio de la tangibilidad no ha de entenderse en su sentido absoluto y manual, sino en el más amplio de que sean perceptibles por cualquiera de los sentidos (129).

Idéntica suerte han corrido las Res incorporales, a las que el juriconsulto romano, en contraposición a las corporales, definió como las Res que tangit non possunt; sin embargo, la categoría no abarcaba nada más que los derechos o los objetos que Res iura consistunt (130). Su característica más relevante desde el punto de vista de la estructura del objeto es, precisamente; el tratarse de entes perceptibles sólo con nuestra inteligencia. Esto propició que una vez más, la doctrina recurriera al típico expediente de estender las categorías existentes para absorber en las cosas incorporales las obras del entendimiento, nuevos objetos que han merecido la protección del Derecho.

En realidad como ha señalado LACRUZ, "son categorías llegadas tardíamente al campo del Derecho, a los que, por pereza o por necesidad, a falta de un régimen propio o uno suficiente, se les ha tratado de aplicar, como Res incorporales, normas ya existentes para las cosas: la clase de bienes más antigua y mejor regulada (cfr. art. 45 C.c.).

Lo cual sólo es posible en cuanto las normas se adaptan a la especial naturaleza de estos otros bienes, y por lo tanto en medida limitada" (131).

Para los objetos inmateriales, en definitiva, parece imponerse el vocablo «cosas incorporales» referido exclusivamente a la discutida categoría de los derechos en consonancia con la más pura tradición romana; en cambio para aquellos objetos sobre los que recae la propiedad industrial e intelectual se utiliza cada vez más la expresión «bienes inmateriales» (132).

Hecho este breve repaso, sin ningún rigor exhaustivo, es manifiesto que si ya en el Derecho romano el requisito de la corporalidad no era una exigencia de las cosas, con mayor motivo es demostrable ahora. En este sentido, coincide unánimemente la doctrina en desterrar definitivamente la corporalidad de los requisitos de la cosa (133).

C. LA IDENTIFICACION DE LAS COSAS EN SENTIDO JURIDICO Y LOS BIENES EN SENTIDO económico.

Excluido el sentido filosófico de cosa (134) por su gran amplitud que la convierte en estéril para el Derecho,

interesa en primer lugar la acepción física del término para su delimitación jurídica. Ciertamente, el término cosa tiene su antecedente más remoto en los entes existentes en el reino de la naturaleza, de los que se sirve el hombre para satisfacer sus necesidades sociales y económicas, pero no todos ellos le son accesibles a pesar de tener una existencia real, ni existen en cantidad limitada o bien no ofrecen utilidad a sus necesidades, en cuyos supuestos no es pensable que surja entre los hombres conflictos de intereses respecto a tales cosas, resultando innecesaria la tutela del Ordenamiento Jurídico. Por el contrario cuando concurren dichas circunstancias, que podemos resumir en dos notas, apropiabilidad y utilidad, las cosas físicas adquieren la categoría de «bien económico». De esto, a primera vista, podría pensarse que el concepto físico de cosa es más amplio que el económico de bien, lo que no es completamente exacto.

La complejidad económica ha hecho entrar en su órbita otros bienes (135), que gozando de aquellas dos notas, y sobre todo la de la utilidad en cuanto valor económico, no tienen naturaleza física o material. Así sucede con determinados entes inmateriales que circulan en el tráfico económico y han merecido la tutela jurídica.

De lo hasta ahora dicho parece desprenderse que «cosa» es un concepto físico y «bien» un concepto jurídico, y como sabemos ambas expresiones son utilizadas por el legislador, ¿podría deducirse de esto la

identificación con uno o con otro según el término utilizado sea «cosa» o «bien»? En absoluto, por eso se ha dicho que existe un concepto jurídico de «cosa» o «bien», cuyo contenido vendrá determinado por el legislador, para lo que tiene absoluta libertad de reenviar a la categoría económica de «bien» o a la física de «cosa» (136).

Salvando la autoridad del legislador para establecer un concepto jurídico de «cosa» o «bien» distinto del económico, nos preocupa saber si existe tal coincidencia en el momento social de la legislación al estudiar las cosa en su aspecto jurídico. Ante todo los autores que se lo han planteado significan sus concomitancias. La diferencia para unos está en la inclusión dentro del concepto económico de «bien» a los servicios, ajeno al concepto jurídico de «cosa» (137). Otros ponen el énfasis en una tercera nota que ha de reunir el bien económico para que se dé la cosa jurídica: la existencia separada (138). De esta guisa, la parte de un todo a pesar de poder ser considerada bien económico, no puede ser objeto de una relación real distinta a la del todo y por tanto no es cosa.

En lo que toca a la primera objeción, no parece que incluso entre los economistas sea el tema del todo incontrovertido, no faltando quienes distinguen los bienes y los servicios.

En cuanto a la segunda, hay razones más que suficientes para estar en desacuerdo con ella. Cuestión distinta es analizar las varias configuraciones que según el derecho positivo asume la relación existente entre la parte y el todo, lo cual corresponde al estudio de las cosas en su relación física.

Debido a esta similitud algún sector de la doctrina ha identificado el concepto económico de «bien» y el jurídico de «cosa» (139). Quizás se exagere, pero lo que ya nadie duda es la prevalencia de esta dimensión económica en el ámbito de los derechos patrimoniales, que tienen su oficina de información en las cosas. Si fuera posible suscribir acciones sobre el concepto de «cosa», la ciencia económica tendría una participación mayoritaria por su campo de observación muy próximo al del Derecho: dos vecinos que comparten elementos comunes del edificio que habitan, sin poder vivir uno ignorándose al otro (140). De aquí que al tratar las notas características para definir el concepto jurídico de cosa hagamos especial hincapie en la vertiente económica, sobre todo por ser la más polémica y la que más luz puede arrojar nos en la respuesta sobre la plantación como cosa.

DE LA PLANTACIÓN COMO COSA.

a) EL PROBLEMA DE LA EXISTENCIA SEPARADA.

El obstáculo más significativo que se le puede presentar a la plantación para calificarla de cosa, en el sentido de la ley, proviene del requisito de la existencia separada. Los defensores del mismo, han querido encontrar en él una nota diferenciadora entre el concepto jurídico de «cosa» y el económico de «bien». Intentaremos demostrar, concretándonos en lo posible a la plantación, que el requisito no concuerda ni con exigencias del Derecho positivo español, ni con la realidad económica y social que vivimos.

Con la existencia separada se ha querido expresar la independencia física del objeto, anulando toda posibilidad de que la parte unida físicamente a un todo pueda tener autonomía jurídica y constituir, por tanto, objeto de derechos independiente del conjunto al que se encuentra unido.

ALBALADEJO al tratar de la unidad de la cosa, fundadamente manifiesta un cierto eclecticismo sobre la posibilidad de constituir derechos separados sobre las partes de una cosa en el Derecho español. Pero, a fin de

cuentas, reconoce que el titular de un derecho -se refiere en concreto al propietario- puede "separar de ella (la cosa) sus diversas partes integrantes, convirtiéndola, así, en varias cosas distintas susceptibles ya de derechos diversos. E incluso es posible, manteniendo la unidad, constituir diferentes derechos que recaigan o tengan por objeto unas u otras partes de la cosa". Continúa más abajo: "de forma que cuando viene a existir lo que parece un derecho real sobre parte de una cosa, probablemente es que esta parte (de una cosa en sentido vulgar) se ha hecho -adquiriendo suficiente individualidad propia, en el tráfico-, ella misma, una cosa (en sentido jurídico) autónoma". Si como parece el tráfico jurídico es el medio objetivo por el que se nos revela a nuestros ojos la autonomía jurídica de las partes de una cosa pasando a ser una cosa en sí misma, se deja traslucir que aquel fenómeno se encuentra en una relación de causa-efecto con su funcionalidad económica separada jurídicamente, que no físicamente, del todo; autonomía económica que se produce porque son "susceptibles de constituir en su independencia una unidad útil" (141).

Es obvio que la plantación se encuentra unida físicamente al suelo, sustrato material que le sirve de soporte y medio de disolución de materias inorgánicas, de las que se nutre transformándolas en materia orgánica y así provocar su crecimiento y capacidad productiva (142). Al

decir esto, tomamos una opción frente a la técnica agronómica de los cultivos hidropónicos en relación a la plantación. Las ciencias agronómicas han venido a demostrar con este tipo de cultivos que ya no es la tierra la única res frugifera, siendo hoy posible prescindir de ella; pero, la interrelación plantación-tierra sigue siendo todavía fundamental por otros motivos: los efectos beneficiosos que tiene la plantación —sobre todo la forestal—, no solo para la conservación de la capa fértil de la corteza terrestre (humus), sino también para otros vectores económicos y sociales (el régimen de las lluvias y las aguas en general, la fauna, salubridad, paisaje, ocio, etc.); y, quizás el más importante, la plantación en la economía agrícola presente se sigue desarrollando en la tierra (143).

Si la cosa jurídica requiere la existencia separada, nada más lógico que sus mentores encuentren todo tipo de inconvenientes para considerar a la plantación como cosa. Así nos lo hace saber SANTOS BRIZ, al reseñar que "las partes integrantes que componen un inmueble o están unidas a él o carecen de sustantividad y autonomía, y por ello no pueden ser objeto de particulares derechos con independencia del inmueble de que forma parte, ya que no pueden ser separados sin ser destruidos o sin cambiar su esencia" (144). Y un poco más abajo el autor nos disipa cualquier

da indicando que son partes integrantes los árboles y las plantaciones. GARCIA VALDECASAS, tras considerar que los árboles en cuanto parte integrante no pueden ser objeto de derechos independientes del suelo (propiedad u otro derecho real), recurre a la construcción de no considerar parte integrante a la plantación levantada por el superficiario, a efectos de reconocer la propiedad superficiaria sobre la plantación independientemente del suelo (145). Más cauta se manifiesta el resto de la doctrina. Para ALBADALEJO, en nuestro Derecho la locución parte integrante es usada sin excesivo rigor (146), en consonancia con lo que ya dijera CASTAN y I. Resolución de la DGRN de 19 noviembre 1.943: "en la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes" (147). El último autor concluye al abordar el tema que "no hay norma correlativa a la del Código alemán que impida en absoluto la existencia de derechos independientes sobre las partes integrantes esenciales, lo que resta utilidad al concepto de la misma en nuestro Código civil" (148).

En efecto, en el Derecho alemán está expresamente excluida la posibilidad de que se pueda constituir un derecho sobre las plantaciones independientemente del suelo. Para ello, el BGB distingue las partes integrantes esenciales de las no esenciales, prohibiendo el p. 93 que las primeras puedan ser objeto de derechos singulares. El

siguiente párrafo -94- es expreso en este sentido respecto a nuestro tema: "La semilla y la planta al plantarla se hacen parte integrante esencial de la finca".

Otra conclusión distinta hay que extraer del art. 956 del BCodice civile italiano de 1.942, que prohíbe la propiedad separada de las plantaciones en los términos siguientes: "No puede ser constituida o transferida la propiedad de las plantaciones separadamente de la propiedad del suelo". La diferencia entre la disposición del BCodice civile y la del BGB es clara. Mientras este último prohíbe que se constituya cualquier derecho sobre la plantación independientemente del suelo, aquél sólo prohíbe que se constituya una propiedad separada (149), por lo que nada prohíbe para otros derechos distintos del dominio. Luego, tampoco sería admisible para el Derecho italiano elevar a regla general, en base al art. 956 C.c., el requisito de la existencia separada. No obstante, para las plantaciones y cultivos en general la situación se ha complicado con posterioridad en virtud de una legislación agraria extravagante al Código, como después veremos.

En nuestro Derecho no existen disposiciones equivalentes a las vistas para el Derecho alemán, ni incluso a la del Derecho italiano, lo que tal vez pueda ser motivo de crítica, pero entiendo excesivo violentar la

interpretación de determinados preceptos para encontrar argumentos de lege data cuando realmente son de lege condenda (151). Los anotadores de ENNECCERUS, PEREZ y ALGUER, reconocen que al no existir en el Código civil español regla paralela al o. 93 del BGB, es posible constituir un derecho separado sobre aquellas cosas que merecieron el predicado de parte integrante esencial de otra (152).

En suma, hay que admitir para el Derecho español que se pueden constituir derechos independientes sobre las partes de una cosa, siempre que efectivamente tengan un valor económico en el tráfico jurídico (153). Por ejemplo no lo tendría un ladrillo que se encuentra formando parte de un edificio o una rama que pende de un árbol, pero sí la plantación existente en un fundo. Tales derechos, hemos visto, que no contravienen la ley, ni tampoco se puede afirmar que atenten al orden público económico; en consecuencia, la autonomía privada, reconocida en el art. 1.255 C.c., es un cauce de actuación no desvirtuado que permite la creación de derechos sobre plantaciones separadas del suelo.

Todo esto nos reconduce a seguir manteniendo que basta la concurrencia de la utilidad y la apropiabilidad, para que económica y jurídicamente la plantación sea un bien.

rechazando aquel otro requisito de la existencia separada.

No obstante, concluir que cosa es todo aquello que es susceptible de aprovechamiento económico independiente, encuentra reticencias más o menos encubiertas en la doctrina que, en mi opinión, responden a elementos confluyentes, unos puestos al servicio de otros las más de las veces. Entre ellos destacamos tres:

1. La influencia del Derecho romano en nuestra cultura jurídica deja sentir su peso, lastrando muchos conceptos en los autores. La lógica jurídica, impregnada de estos prejuicios romanistas, llega a aceptar que se pueda considerar a la plantación, independientemente del suelo, objeto de derechos, pero no reconoce abiertamente que en tal caso sería una cosa. Esta es la finca con sus incorporaciones, lo que ha sensu contrario la plantación mientras se encuentra unida a la finca no lo es. Así se tiende a calificar los supuestos de propiedades individuales sobre los aprovechamientos de una finca como de comunidad pro indiviso, entendiéndose por tal una concurrencia de titularidades sobre una misma cosa, la finca y sus incorporaciones. (154).

2. Un planteamiento de política agraria, que entiende que el aprovechamiento por utilidades sobre un objeto

materialmente conquisco constituye un grave obstáculo a la utilización económica de los bienes (155). El Derecho Civil abolió la propiedad separada de las plantaciones por considerarla perjudicial a la agricultura en razón a la promiscuidad (156). Pero no fue ya la existencia de propiedades separadas sobre los Arboles lo que no contó con el favor de economistas y juristas italianos, sino cualquier forma de disfrute sobre partes de una cosa compuesta, como lo demuestran algunas disposiciones dadas en el Derecho italiano con posterioridad al Código del 42. El art. 41 de la Ley 15 septiembre 1.964 prohibió "la concesión separada del suelo y el vuelo (Asuprassuolo) y de cualquier modo que sea de los cultivos del fundo". El art. 19 de la Ley 11 febrero 1.971, con referencia por lo menos al arrendamiento, declara la nulidad de la "clausula que prevea la concesión separada del cultivo del suelo del vuelo o que prevea sobre el mismo fundo formas contractuales diversas y para diversos cultivos" (157).

3. Una cierta dosis de mimetismo que lleva a veces a considerar más adecuadas las soluciones del BGB, al que se admira por su perfección técnica.