

a) EL ASPECTO ECONOMICO.

Las críticas se han dirigido principalmente contra la propiedad separada de la plantación y el suelo, por los perjuicios que ocasiona a la buena explotación del fundo con criterios económicos modernos, donde cada día es una exigencia mayor la capitalización de la empresa agraria para obtener una rentabilidad económica abiertamente productivista, que permita concurrir en el mercado en condiciones óptimas. Y acaso no falte razón en este dilema entre arcaísmo o agricultura de consumo interno y modernismo o conversión en modernas empresas capitalistas que tienden a producir para vender y competir. La existencia de propiedades distintas sobre el suelo y el vuelo puede constituir un obstáculo para la reforma de las estructuras productivas en el sector agrícola y forestal, con notables perjuicios para la iniciativa privada o empresarial sobre el fundo, puesto que, según denuncia GARCÍA AMIGO, "impiden dedicarlos a su destino agrario más idóneo -de una parte- y -de otra-, tampoco permite realizar mejoras, ya porque se opongan los titulares de los otros derechos separados, ya porque las mejoras impliquen transformaciones de cultivo, ya porque tantas veces dichos derechos son poseídos en comunidad" (158).

Pero, si esto puede ser cierto para situaciones de propiedad separada, no creo que sea predicable con carácter general, debiéndose llegar, según vimos, a las soluciones del BGB y la tendencia seguida fuera del Código en el Derecho italiano, prohibiendo que se puedan constituir otros derechos distintos del dominio sobre la plantación y el suelo separadamente. Precisamente la buena gestión económica de la explotación del fondo a veces parece demandarlo. Hay determinados aprovechamientos de los recursos del monte que el propietario particular, por sí sólo o con sus únicos medios no puede obtener y explotar, por lo menos con la rentabilidad de una explotación moderna, adecuada a la economía de mercado y en una esfera competitiva. Tal prohibición causaría graves daños, no sólo al propietario, sino también al interés de la economía en general y al interés social.

La explotación forestal, referida a la masa arbórea, es un ejemplo paradigmático. Para desarrollarla convenientemente se requiere una estructura empresarial con un nivel de organización complejo, que reúna, entre otros, personal cualificado (ingenieros de montes, técnicos en general), técnicas avanzadas y medios económicos adecuados, que generalmente no están al alcance de un propietario particular o de Ayuntamientos y comunidades de vecinos que ostentan la titularidad del monte. Y en los momentos

actuales, cuando es una exigencia social la explotación racional de los bienes, no es lícito condenar jurídicamente a estos propietarios del monte a limitarse a soltar el ganado para el aprovechamiento del pasto, o recoger algunas leñas para la calefacción de la casa, mientras permanecen ociosos esos otros recursos de tanto valor como la arboladura, y sin que para ello tengan que ser privados de las utilidades que sus condiciones le permite recabar del monte, normalmente el pasto. En la situación presente hay que cogerle el paso a la economía, y evitar que se desaproveche la riqueza de los árboles en cualquiera de sus manifestaciones industriales (madera, corcho, resina, etc.) de gran importancia para la nación; sería execrable en los tiempos que vivimos, que esta riqueza se pierda o mengue, por el simple transcurso del tiempo, sin ser aprovechada (159), por incendios no prevenidos, por efecto de plagas, en definitiva, por falta de medida que no sólo la encarecen sino que, incluso, impiden su extracción o pueden dar al traste con ella (160).

Y, efectivamente, la función social de la propiedad sería argumento más que suficiente para evitar que queden recursos sin aprovechamiento o infrutilizados, máxime cuando son madereros en los que nuestro país es deficitario (161).

Espero, si el propietario del monte plantado, tal y como suele suceder, difícilmente se encuentra en condiciones de proveer esta actividad, requerirá de la empresa pública o privada para desarrollarla. Y no creemos que el instrumento jurídico más idóneo para la buena explotación, sin destruir paulatinamente el capital vuelo, la base de esta riqueza, sea proceder, cada cierto tiempo, a su venta para la tala; traducido a términos más jurídicos: la venta de cosa futura o muebles por anticipación.

La plantación tiene otra faceta de más interés, económico y social, que la de ser un bien destinado a la tala para convertirse en la preciada madera; es, y así hay que verla también, la base física o material de la explotación forestal, o si se quiere la sede donde se desarrolla la actividad forestal. Por tanto, la cesión por cualquier título, de naturaleza real o personal, para el disfrute de la plantación existente en un monte, constituyéndose sobre ella un derecho distinto al dominio, exige normalmente su conservación en orden a la devolución una vez extinguido el derecho (162). En este sentido, la plantación actúa como medio de producción, si bien es fundamental, entre otros de los que se sirve el empresario para obtener rendimiento o beneficios económicos. Desde tal perspectiva se puede comparar la plantación forestal al establecimiento mercantil o industrial, donde se asienta y

desenvuelve la empresa mercantil o industrial.

La consecuencia derivada de la obligación de conservar la plantación en el ejercicio de la empresa se puede resumir en los siguientes términos: mantener en pie una parte del arbolado que se pida el capital vuelo debido, pudiendo el empresario sólo aportar otra parte del arbolado equivalente a la producción anual o crecimiento por el propio desarrollo natural del vuelo. Esta tarea no es fácil y requiere la continuación de técnicas selvícolas dirigidas al cultivo y aprovechamiento del vuelo, así como a su perpetuación por medio de cortas de reproducción o repoblación artificial, y técnicas asociativas que tienen por finalidad la organización económica de la explotación forestal analizando su capital vuelo, capital de explotación, renta anual y tanto de interés.

Económicamente es beneficioso que se pueda separar jurídicamente la plantación forestal y el suelo, eficaz instrumento que puede servir a resolver intereses públicos y particulares.

El interés público ya lo hemos señalado suficientemente: que sea explotada convenientemente esta riqueza, cuando el propietario por sus propios medios esté imposibilitado para hacerlo, sin que ello conlleve su

destrucción. En resumen, hacer realidad el binomio explotación y conservación.

El interés particular también se vé de esta forma salvaguardado, pudiendo -y casi debiendo- ceder la explotación de la masa arbórea, cuando él no pueda explotarla directamente, a un empresario equipado con medios técnicos y económicos para realizarla con arreglo a criterios silvícolas y dasocráticos, sin que acarree la destrucción de un elemento, a veces, fundamental de su patrimonio y hincus venditi, al tiempo que puede mantenerse en el goce del suelo para el aprovechamiento del pasto necesario a su actividad ganadera, o cederlo a otro sujeto para el mismo fin. Además, no es nada despreciable tener en cuenta otros dos efectos de relevancia económica: uno, en el caso que la actividad principal del propietario o cedente (usufructuario o enfiteuta) del suelo sea la ganadería, el ingreso por esta cesión puede suponer un medio más de capitalización de su empresa ganadera; y, dos, como a la empresa forestal el bien que le interesa es el suelo del monte para su explotación, no quedaría ocioso o sin utilización el pasto existente en el suelo, recurso nada despreciable.

No olvidemos tampoco que la conservación del capital suelo afecta directamente al capital suelo; una

descapitalización del capital vuelo mediante tales abusivas o cualquier otro medio de deforestación, tiene efectos perjudiciales para la fertilidad del suelo, cuya utilidad para la actividad ganadera se vería sencillamente perjudicada, y con ello el principal medio de vida en muchas comunidades de montaña y pueblos de nuestra geografía.

b). EL ASPECTO JURIDICO.

El debate económico visto antes tiene indudablemente sus repercusiones en el Derecho. Lógicamente, va a ser en la propiedad separada de las plantaciones donde más resistencia encuentra la configuración de la plantación como objeto de derechos independientes del suelo. Atendiendo principalmente a argumentos económicos se han elaborado las más dispares soluciones doctrinales y jurisprudenciales tendentes a corregir estas situaciones. Es punto de coincidencia en todas ellas, configurarlas como un tipo de comunidad -mejor copropiedad- para así alcanzar el efecto jurídico deseado: la refundición en una sola propiedad de todas las existentes sobre aprovechamientos económicos diferenciados, pero físicamente unidos en un fundo.

A esta solución ha contribuido en alto grado un error

dogmatico, producto del trasplante de conceptos del Derecho romano al nuestro, sin una base juridico-positivo, en muchos casos, donde fundamentarla.

En la propiedad sepapada del suelo y las plantaciones, los objetos sobre los que recaen las respectivas titularidades dominicales están claramente delimitados, sin que quepa ninguna posibilidad de confundirlos. CASTAN, siguiendo a MUCIUS SCAEVOLA (163), acertadamente expone que el dueño del suelo excluye de su aprovechamiento -yo diría de su propiedad- al propietario del arbolado fuera de la parte ocupada por este último, y viceversa: no corresponde al dueño del suelo ningún derecho sobre el arbolado (164). Las propiedades son individuales y exclusivas de cada propietario sobre su cosa respectiva. No obstante se le denomina, antecediendo al vocablo pro-divisor, comunidad, lo que no puede dejar de sorprendernos tras lo dicho (165). Si existe realmente comunidad, ha de existir alguna cosa en común de la que ambos son cotitulares, pero ¿que cosa: los árboles, el suelo o ambos?. Acabamos de ver que no lo sería ni los árboles ni el suelo, a los que corresponde una única titularidad. Parece que la respuesta hay que buscarla en la unidad formada por el suelo y sus incorporaciones, como cosa, para deducir de ello que toda relación de propiedad sobre las partes de un fondo es un tipo de comunidad, porque las partes no han de considerarse en si mismas una cosa

mientras permanezcan unidas físicamente unas a otras. Como dijera POMPONA: "la idea romana es, que la propiedad debe tener por objeto una Res individualis, un Corpus separatum que existe como unidad, y cuando la cosa resulta compuesta de otras cosas, orgánicas o artificialmente unidas a la primera, estas no tienen ya individualidad jurídica porque se confunden con la primera. Según este concepto el fundo es una unidad compuesta por el suelo y por todo lo que a él está incorporado (construcción, plantas, frutos) y sobre todas estas cosas agrupadas existe un sólo derecho de propiedad" (166).

Sin insistir más en la cuestión, sobre la que volveremos en otro lugar de este trabajo, por lo que ahora importa, anotamos que incluso aceptando que efectivamente estas situaciones puedan ser calificadas de condominio, no resta la más mínima fuerza a la tesis que la plantación, independientemente del suelo, en nuestro Derecho reúne los requisitos suficientes para considerarla cosa. Las siguientes razones lo avalan:

1) El efecto práctico que se quiere alcanzar con la calificación de comunidad para estas situaciones, es fundamentalmente la refundición del dominio. Pero el instrumento para conseguirlo es deficiente. Se trata de atribuir al propietario de la plantación y al del suelo el

derecho de retracto, lo que supone dos condiciones: una, que el propietario del suelo o del arbolado enajene su bien (167) y, dos, que se ejercite el retracto. Ni tan siquiera llega a reconocerse el derecho de redención en favor de uno de los dos propietarios, como para situaciones similares denominadas <<cornalizas>> y <<derecho de plantación en suelo ajeno>> por tiempo indefinido se establece en la compilación Navarra (168), por lo que la separación puede mantenerse indefinidamente. Por otra parte, si producida la enajenación no se ejercita el retracto, nada impide que se pueda adquirir por otro sujeto, continuando la separación de las propiedades. Otras situaciones jurídicas, incluso, tienden a crear una propiedad separada entre la plantación y el suelo. Este es el caso de retracto arrendaticio rústico. Cuando el aprovechamiento de las plantaciones forestales existentes en el fundo arrendado no se consideran incluidas en el arrendamiento por no existir un pacto expreso en este sentido (art. 3.2 LAR de 31 diciembre 1.980), queda impedida "su inclusión en el retracto pretendido", según declara la sentencia del T.S. de 2 febrero 1.982 (civil) (169).

2. En todo caso la aplicación del retracto sólo se producirá en los supuestos de enajenación, pero nunca cuando el negocio jurídico celebrado por el dueño de la plantación o el suelo estuviera dirigido a constituir un derecho distinto del dominio sobre el objeto de su

propiedad.

3. Al faltar, como sabemos, en nuestro Derecho normas equivalentes a los parágrafos 93 y 94 del BCB y art. 956 del Código civil, no existe impedimento legal para que el propietario de un fundo pueda enajenar separadamente la plantación o el suelo creándose nuevas situaciones de propiedad separada.

4. Siempre puede el propietario del fundo constituir otros derechos distintos del dominio sobre la plantación o el suelo.

b. LAS NOTAS CARACTERISTICAS DE LAS COSAS Y LA PLANTACION.

a. UTILIDAD:

Sé dice que algo es útil cuando reporta satisfacción o es susceptible de satisfacer necesidades humanas (170). La utilidad, por consiguiente, radica en la atribución de un valor de uso. Pero, si además puede obtenerse por el bien un equivalente pecuniario, éste tiene valor de cambio; es el fenómeno de la aparición del dinero bajo todas sus formas

como equivalente general que acompaña desde los comienzos del comercio a la generalización del cambio.

El Derecho se ha servido de estos conceptos económicos y sociales. La utilidad es un requisito de la cosa en sentido jurídico, pero no se identifica absolutamente con el interés económico o patrimonial, pudiendo venir referido a algunos objetos que en la órbita del sujeto solo representan un interés moral o afectivo (171).

La valoración económica o el carácter pecuniario, según MESSINÉO (172) y VON THUR (173), hay que entenderlo en su doble vertiente de valor de uso y de valor de cambio, que suelen generalmente concurrir aunque no necesariamente.

Para MESSINÉO "el valor de cambio permite obtener un cierto valor mediante negocios de cambio cuyo objeto constituyan" (174). Por tanto, el valor de cambio define dos notas: la valoración en dinero y la transferibilidad. La valoración en dinero, como un equivalente que vendrá determinado por el tráfico, no obsta para que sean objeto de negocios de permuta. En el mundo del derecho esta traducción a términos monetarios es, como ha puesto de relieve ENNECCKERUS, el grado de utilidad de una cosa medida en dinero (175).

Tampoco la nota de la transferibilidad ha de concurrir siempre. Es más, para el Derecho la transferibilidad no implica la patrimonialidad o el interés económico de un bien. En este sentido se puede hablar de una intransferibilidad por la naturaleza del objeto o por la naturaleza del derecho, y en ambos el interés económico del bien permanece presente. Por la naturaleza del objeto pueden existir bienes de tráfico prohibido o restringido por razones de seguridad ciudadana, salud pública, etc.; son limitaciones del derecho positivo en razón de los bienes Resic et simpliciter. Otras limitaciones responden a la naturaleza del derecho, consecuencia, según MORENO QUESADA, de "una adherencia entre el sujeto y el bien de tal intensidad que haga inoportuno y hasta imposible, de hecho, la separación entre ellos sin extinguir el derecho". Así ocurre en el derecho de uso o habitación: el titular no puede constituir ningún derecho sobre el bien del que se sirve para sus necesidades propias o familiares (176).

"El valor de uso -nos dice VON THUR-, descansa en la posibilidad de enajenar los frutos que la cosa produzca, o de permitir a otro el ejercicio del derecho a cambio de una contraprestación o en usar personalmente la cosa, ahorrando gastos, que de lo contrario el titular del patrimonio tendría que hacer a cargo de este para satisfacer sus necesidades" (177).

Pues bien, parece incontestable que la plantación goza del requisito de la utilidad, recayendo sobre ella derechos patrimoniales.

El valor económico de la plantación, independientemente del suelo, se aprecia con toda claridad en la justipreciación de las plantaciones existentes en un terreno afectado por las medidas expropiatorias. Expresamente ordena el art. 106 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana que habrán de valorarse independientemente del suelo las plantaciones allí existentes (178).

Cuando la expropiación venga motivada por fines distintos a los urbanísticos, si bien no se exige de forma expresa por la Ley de Expropiación Forzosa y su Reglamento la valoración económica de la plantación con independencia del suelo, es el criterio generalmente mantenido por el Tribunal Supremo para establecer el justiprecio de la finca expropiada (179). La sentencia de 30 abril 1.980 del T.S. (Sala de lo contencioso-administrativo) en el considerando tercero dice: "que en cuanto a los vuelos y construcciones consistentes en 63 algarrobos, un muro de abanalamiento y una mina de agua, la Sala de instancia, expresamente excluye estas partidas, entendiéndolo erróneamente que su valor ya está contemplado en el terreno, cuando lo procedente es -y

así lo tiene declarado reiteradamente la jurisprudencia de esta sala (S.s., entre otras, de 18 junio y 14 noviembre 1.939)- entender que tales vuelos y construcciones tienen por sí mismo un valor independiente y que ha de ser objeto de tasación y abonar su precio al expropiado que ha sido desposeído de ellos..." (180).

Otra manifestación que afecta al reconocimiento de la valoración económica de las plantaciones separadamente del suelo, la hallamos en algunas disposiciones dirigidas a regular el sector del viñedo.

Los artículos 54 de la Ley 2 de diciembre 1.970, que aprueba el Estatuto de la viña, del vino y de los alcoholes, y su Reglamento de 23 marzo 1.972 (181), autorizan a la Administración Pública para acordar mediante Decreto el arranque de viñedo por razones de interés general aplicando la normativa en vigor sobre expropiación forzosa. Medidas de esta índole ya fueron anunciadas en el artículo 5 del Real Decreto de 11 febrero 1.984 para la reconversión de los viñedos de la clase híbridos directos que existieran una vez transcurrido 1.985. Estas medidas fueron concretadas particularmente para Cataluña por Orden de 30 abril 1.984, la Comunidad Valenciana por Orden de 4 septiembre y La Rioja por Orden de 19 septiembre del mismo año (182).

b) APROPIABILIDAD.

Viene deducido este requisito directamente del art. 333 C.c. Ante todo es preciso revelar, como viene haciendo la doctrina, que la regulación jurídica de los bienes en el libro de la propiedad es errónea, tal vez justificada en razón del carácter central que ocupa la propiedad en el momento de la codificación con su reflejo en el Código, hasta tal punto que se ha llegado a afirmar que el Código civil es el código de los propietarios.

Más correcto técnicamente es su regulación aparte del derecho de propiedad, como ocurre en el BGB que se ocupa de las cosas en el libro primero destinado a constituir una parte general del Código. Lo que atrae el interés general del concepto jurídico de cosa es que pueda ser objeto de relaciones jurídicas, que sea el término objetivo de un derecho subjetivo, bien de propiedad o distinto de éste.

A esta autonomía técnica de la categoría de los bienes y las cosas, responde el que la manualística no incluya su tratamiento al estudiar el derecho de propiedad, sino en la teoría general al tratar del objeto del derecho, al igual que sucede con el sujeto del derecho.

Por consiguiente, la locución «asignación» hay que entenderla no como sometimiento al titular de un derecho de propiedad (183), sino en el sentido más amplio de equivarlo, según CASTAÑ (184), a la sumisión jurídica al titular cualquiera que sea su derecho. Hablando de sometimiento al señorío económico del hombre, se refiere ALBADALEJO a que sea susceptible de destinación patrimonial (185). En la doctrina italiana BIGNARDI igualmente lo reseña, para quien "lo que se requiere es la posibilidad jurídica de sujeción o de pertenencia por cualquier título" (186).

La apropiación, en cuanto una nota identificadora de las cosas en sentido jurídico, es perfectamente subsumible en el concepto de accesibilidad elaborado por los economistas. Como dijera CASTAÑ "no son cosas, por esta razón, las que se sustraen por su lejanía, su profundidad o su inmensidad al señorío del hombre, el sol, las estrellas, el océano, el centro de la tierra, y, en general, los que en el Derecho romano y Civil se han venido llamando cosas comunes" (187). Similares entes no son accesibles al hombre, lo que equivale a decir que les falta la aptitud para someterse al poder económico, ya sea por su situación más allá de nuestro alcance, por existir en cantidad superior a las necesidades de los hombres o por constituir, en expresión de LACRUZ BERDEJO, un bien de la humanidad (188).

La posibilidad de apropiación de la plantación con independencia del suelo, ha sido una constante de nuestro Derecho histórico y de otros pueblos de los que se tienen noticias históricas de la existencia de propiedad separada de los árboles. Estas situaciones, como vimos, por razones de política económica han sido abolidas en muchos Derechos actuales; sin embargo en otros, como el portugués, ha sido admitida y regulada con amplitud de detalles la superficie arbórea en el Código civil de 1.966, que puede resultar incluso de la suscripción de árboles ya existentes separadamente de la propiedad del suelo (189). Nuestro Derecho, efectivamente, se ha movido en la ambigüedad, pero todavía es el momento en que no se ha producido ninguna prohibición de constituir derechos sobre plantaciones autónomas del suelo, entendido en ese sentido amplio de apropiabilidad expresada por la doctrina.

Precisamente, esa susceptibilidad de apropiación, debida a su autonomía económica respecto al suelo, ha originado que cualquier prohibición haya requerido una norma expresa en este sentido por parte de los Derechos donde ha sido abolida, teniendo incluso el Derecho italiano que hacerlo de forma expresa para otras relaciones jurídicas distintas del dominio, pues de otra manera no se concebía extensiva a ellas la prohibición de la propiedad separada de

los árboles recogida en el art. 956 del Código de 1.942 (190). Luego, pensemos que si esta misma situación no se ha producido en el Derecho español, en principio nada impide, aunque sólo sea por respeto a las situaciones existentes con anterioridad a la entrada en vigor del Código civil, y que éste no abole ni siquiera para el futuro, que puedan ser objeto de titularidades distintas de las que recaen sobre el suelo.

Además, si tampoco es considerada la plantación como una hres communis, queda, por tanto, integrarse en un patrimonio en cuanto hres privativa.

2. LA PLANTACION EN EL CONCEPTO DE PARTE INTEGRANTE DE UNA FINCA.

A. CONCEPTO Y REGIMEN JURIDICO DE RPARS EN EL DERECHO ROMANO: LA PLANTACION COMO RPARS FUNDI. -

Los romanos utilizaban el término Rpars para indicar la cuota de la participación en un derecho y la parte o porción material de una cosa (191). En este último sentido, que es el que aquí nos interesa, a su vez, distinguían según que la cosa sea simple o compuesta. Para las primeras,

Partis es un fragmento, lo trozo, cualquiera que sea, de la cosa (192), por lo que la parte antes de su separación no tiene autonomía jurídica y por lo tanto no puede ser objeto de una relación jurídica independiente del todo. Esta posibilidad comienza sólo con su escisión, pero entonces ya no es parte, sino más bien una cosa por sí misma (193). En las cosas compuestas Partis es un elemento constitutivo, que contribuye de modo necesario y no accidental a la perfectio o consumatio de la cosa junto a los otros elementos o piezas que la componen (194).

Como noserva BONFANTE, es un concepto económico-social al que sólo es posible definir como "aquella porción de materia que concebimos no como independiente, sino como fragmento o elemento de una cosa, de modo que esta constituye el todo en relación a ella". Continúa el ilustre romanista señalando que no es necesario que la parte este adherida al todo, "puede estar también separada y no obstante considerarse como parte, si en la opinión social se considera como tal, del modo que la cosa no está íntegra sin aquel fragmento o elemento" (195).

Distinto del Partis o Partio rei era el Accessio o Accessorium (196). Una cosa se podía considerar accesoria a otra que era principal, sin que esa relación de accesoriad que la liga a la principal, contribuyendo a su

función, le hiciera perder su individualidad absorbiéndola como pars de venir parte o elemento constitutivo (197). Aquí latía la idea de destino económico-social. Las fuentes señalaban como cosas accesorias a los Instrumenta fundi, Instrumenta domus, Instrumenta navi, etc. (199), cuya casuística de lo que comprendía era muy amplia y no exenta de contradicciones, explicables por las concepciones económico-sociales y por la riqueza de sus manifestaciones concretas que escapen a toda sistematización.

El régimen jurídico de las partes de la cosa y las cosas accesorias eran diferentes. Aquellas no podían ser objeto de relaciones jurídicas distintas del todo, mientras continúan formando parte del todo; los negocios jurídicos relativos al todo abarcan necesariamente a sus partes (199), y las acciones dirigidas a la cosa comprendía también las partes (200). Para los accesorios, las relaciones jurídicas que tengan por objeto la cosa principal no se extendían ipso iure a las cosas accesorias, siempre que no haya una expresa manifestación de voluntad del disponente (201).

El Derecho romano consideraba a la plantación un pars fundi, tal como revelan las fuentes. Pero aquí, es muy relativa esa función de perfectio o consummatio de la plantación respecto al fundo. Más bien, parece responder a una tendencia consciente de política agraria o, como dice

FONTE, económico-social, que ha cristalizado jurídicamente unas determinadas relaciones sociales de apropiación y explotación de la tierra. El mismo concepto romano de Fundus revela una categoría jurídica cuya construcción responde a un elevado nivel de abstracción, aun cuando se manifiesten en las fuentes de forma casuística.

Los árboles y las plantas forman un todo con el terreno donde se encuentran arraigados, como expresa contundentemente el jurisconsulto POMPOONIO: "Barborum, quae in fundo continentur, non est separatur" (202). De los árboles dicen las fuentes que es parte del fundo, y que con la separación "Adesiat in fundi esse" (203).

Las consecuencias jurídicas que de tal situación se derivan para la plantación están también a la vista de algunos pasajes del Digesto: el suelo y la plantación formaban un todo inseparable, una única cosa, no pudiendo constituirse un derecho sobre una independientemente de la otra en tanto la unión física estuviera presente. Tras pasajes son expresivos en este sentido:

1. D. 33, 7, 12, 11: Se pregunta ULPIANO si los cañaverales y los sauzales deben comprenderse entre los Instrumenta fundi, a lo que responde que antes de ser cortados no son Instrumenta fundi porque son partes

inseparables del fundo; en sus palabras: "porque el fundo no puede ser instrumento del fundo" (204).

2. D. 13, §. 40: "Escribe QUINTO MUCIO: el dueño de un fundo había vendido árboles del predio, que estaban plantados, recibió por ellos el dinero, y no quería entregarlos; el comprador preguntaba, que debería hacer, y temía que no se considerase que estos árboles no se habían hecho suyos. Y dice POMPONIO: los árboles que están en el fundo, no son cosa separada del fundo, y por tanto no podrá el comprador reivindicar, en calidad de dueño, los árboles como especialmente suyos, pero tiene la acción de compra" (205). La conclusión que se deduce de este pasaje de POMPONIO no ofrece dudas del carácter de los árboles como pars fundi, cuyas consecuencias para el comprador de los mismos independientemente del fundo no es la acción reivindicatoria, puesto que si no ser una cosa no puede llegar a adquirir la propiedad, correspondiéndole sólo la acción personal Res empti (206).

3. D. 18, §. 4. GAYO resuelve la hipótesis referida al comprador que inspecciona el predio antes de la adquisición donde se encuentran árboles plantados, los cuales son abatidos por el viento. Se pregunta si ellos han de ser entregados también al comprador. "Y se respondió, que no se deben, porque no los había comprado, puesto que dejaron de

ser del fundo antes que comprare el fundo; más si el comprador ignoró que habían sido arrancados los árboles, pero lo supo el vendedor, y no se lo advirtió, se ha de estimar la cosa en cuanto hubiere importado al comprador, si entonces se vende" (207).

B. EL CASO DEL DERECHO ALEMÁN E ITALIANO.-

El derecho alemán ha recogido expresamente en el BGB la categoría jurídica de las partes integrantes, aproximándose al régimen jurídico que esta tenían en el Derecho romano; no obstante, la comparación "ofrece múltiples dudas por la inseguridad del mismo en este orden" (208). El BGB "aparte de pocas disposiciones concretas, no contiene una explicación del concepto de partes integrantes" (209). Entre esas disposiciones concretas, el parágrafo 94 BGB no deja lugar a dudas del carácter de parte integrante esencial de la finca de las plantaciones allí existentes (210).

Es de suma importancia en el régimen jurídico de las partes integrantes, la distinción que se desprende del parágrafo 93 entre esenciales y no esenciales. La clasificación, en cuanto parte integrante esencial de la finca, se encuentra afectada por la prohibición de constituir

objeto de derechos singulares o separados de la finca (211). La doctrina alemana ha matizado esta prohibición, entendiéndola que viene referida a los derechos reales; en cambio, es admisible la celebración de negocios obligatorios sobre las partes esenciales. Se refieren, en nuestro caso, a la posibilidad de ser objeto de compraventa los frutos pendientes (212).

En el Derecho italiano, a la luz de la prohibición de constituir y transferir la propiedad de la plantación separadamente del suelo, recogida en el art. 956 del CCodice, y la posterior legislación sobre contratos agrarios, especialmente arrendamientos rústicos, declarando nulas las cláusulas que prevén la concesión separada del cultivo del suelo del suelo, que evidentemente afecta a la plantación, esta es tomada y sigue prácticamente el régimen jurídico de los Rpars fundii (213). Expresamente se reconoce la admisibilidad de la compraventa de árboles destinados a la tala, aún no desarraigados del suelo, en el art. 1.472 del Código civil.

C. DERECHO ESPAÑOL.-

La confusión, que gira en torno al reconocimiento de la

plantación como parte integrante, en nuestro Derecho arranca de la dicción del art. 334.2 del Código civil. En la interpretación del precepto ha suscitado dudas la expresión: "mientras estuvieron unidos a la tierra o formaren parte integrante del inmueble". MANRESA, de cuya exposición se desprende el reconocimiento de los árboles como parte integrante del suelo mientras la unión perdurara (aunque desconocemos si la expresión «parte integrante» la utiliza en sentido técnico), intentó dar respuesta al carácter disyuntivo de la vocal «o», preguntándose: ¿Cuando los árboles no unidos a la tierra, desarraigados, pueden ser parte integrante del fundo?. Responde que "probablemente alude el Código en este caso a las maderas cuando estas constituyen la explotación natural de la finca" (214).

¿Cuál es la situación realmente en nuestro Derecho para las plantaciones?. ¿Son consideradas como partes integrantes de la finca o pars fundi?. Páginas atrás al plantear la innecesidad del requisito de la existencia separada para el concepto de cosa en nuestro Derecho, exponíamos como tiene declarado la DGRN que no existe un concepto técnico en el Derecho español de las partes integrantes (215); pero, aún menos podía deducirse como criterio general para las plantaciones en relación a la finca (216). No vamos a repetir la argumentación en la que sustentábamos nuestra tesis, aunque irremediablemente tengamos que recordar

algunos aspectos de ella.

La regla general en nuestro Derecho es que son susceptibles de constituir objeto de derechos separados los elementos que están físicamente unidos a otros, si estos, efectivamente, son considerados en el tráfico jurídico como cosas en sí mismas; a esto llamábamos nosotros que cumpliera una funcionalidad económica distinta de las otras partes del todo, no sólo permaneciendo unido a él, sino mientras lo estuviera. Y éste era el caso de las plantaciones.

No parece que se pueda generalizar, con arreglo al Ordenamiento Jurídico en vigor, el sometimiento de la plantación al régimen jurídico de los Spars fundi, tal y como veíamos en el Derecho romano, o según se establece en cuanto parte integrante esencial de la finca en el Derecho alemán, o se desprende de la tendencia seguida en el Derecho italiano.

Es constatable para nuestro Derecho que la plantación puede ser objeto de derechos reales y obligatorios separadamente de la finca, cuando la naturaleza de estos derechos lo permitan.

En principio, no existe una prohibición expresa en este sentido para el derecho de propiedad, por lo que hay que

admitir que el propietario de la finca plantada puede transmitir separadamente el suelo y la plantación, o una reservándose la otra (217).

A esta posibilidad de adquirir la propiedad plena sobre lo plantado por persona distinta del dueño de la finca o por quien no tiene la propiedad plena del fundo, a no ser que admitamos la tesis que propugna un sector de la doctrina para quien el enfiteuta es el verdadero propietario (218), apunta, según LOBATO GOMEZ, la regulación del caso enfiteutico en nuestro Código civil. De esta forma, para LOBATO, la enfiteusis puede ser uno de los caminos a través del que se obtenga la propiedad separada de las plantaciones de exclusiva titularidad del enfiteuta plantador, en función de lo dispuesto en el art. 1.631 C. civil (219) y el principio de accesión inmobiliaria para plantaciones recogido en los artículos 358 y siguientes del mismo cuerpo legal (220).

Tal vez dicha conclusión a la que llega LOBATO, partiendo del art. 1.632 C. civil, pueda deberse a un error en la lectura o una errata en la edición del texto legal consultado; el art. 1.632 C. civil no dice, como él transcribe equivocadamente a pie de página, que "el enfiteuta hace suyo los productos de la finca y sus accesiones", sino "de sus accesiones". La omisión de la

preposición «de» altera sustancialmente el sentido del precepto y le hace decir cosa bien distinta a la que dice: que el enfiteuta adquiere la propiedad de los productos de la finca y de aquellos otros bienes que se hallan unido materialmente a ella, como plantaciones, naturalmente o mediante la acción de un sujeto sin derecho para ejercitar el Rius plantandum, y que se consideran accesiones de la finca (221). Los productos de estas accesiones los adquirirá efectivamente el enfiteuta, pero las accesiones en sí mismas las adquirirá el propietario de la finca; luego, corresponderá, en función de la posición doctrinal que prevalezca sobre la naturaleza de la enfiteusis, tan discutida y de difícil solución a la luz de la evolución histórica de la institución y los argumentos que en pro de una y otra tesis otorga su regulación en el C. civil, al enfiteuta o a éste y al cocedente (222); pero en ninguno de los casos nacería una propiedad separada de la plantación a favor del enfiteuta.

Por el contrario, si se vislumbra el nacimiento de una propiedad separada de lo establecido en el art. 82 del Real Decreto legislativo de 18 abril 1.986 por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local (223), coincidente con el art. 116 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto de 13 junio 1.986 (224). Se refieren estos

preceptos a la concesión de parcelas del patrimonio municipal no catalogado de utilidad pública, a favor de los vecinos oraceros para plantar arbolado. Tras prescribir que dichas concesiones no implicarían enajenación ni gravamen de las parcelas, el nº3 de los mencionados preceptos se expresa así de claro: "los vecinos cesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultiven...". Muy a pesar que a nuestra concepción jurídica pueda causarle perplejidad esta prístina dicción del precepto, resulta evidente que el vecino cesionario adquiere la propiedad de lo plantado independientemente del suelo (225) sobre el que no tiene ni el dominio ni un derecho real que lo grave, en base al cual poder fundamentar en el peor de los casos la propiedad superficial de la plantación. La explicación hay que buscarla en las múltiples y dispersas manifestaciones que estas concesiones para hacer plantaciones tuvieron en el Derecho consuetudinario de vieja raigambre, que, con diferentes denominaciones cuyas condiciones y modalidades variaban según los usos y costumbres de comarcas y zonas, significaron una forma de adquisición de lo plantado, jurídicamente disociada del suelo (226), en concepto de propiedad. De estas costumbres se hizo eco la legislación municipal, hasta pasar a la Ley de Régimen Local actual (228).

Continuando con otros derechos distintos del dominio,

observaremos como la plantación rompe el molde a que responden los spacia fundis; por lo tanto, siendo tantas las excepciones, si es que así se quiere presentar el tema en nuestro Derecho, no nos parece, en nuestro sentir, ni acertado ni prudente calificar a la plantación como tal, por lo menos en su acepción técnica.

1. Mediante el derecho real de superficie, una de las múltiples manifestaciones de los que la legislación comprende en el derecho real de suelo, el superficiario adquiere la propiedad superficial de lo plantado (229), una titularidad con cierto parecido pero distinta del dominio separado de las plantaciones respecto al suelo.

La admisibilidad de la superficie rústica no debe ofrecernos dudas en la legislación forestal (230): los consorcios forestales que puede concertar el ICNA con los particulares o la Administración Pública propietaria de un monte, son en la mayoría de los casos (231) auténticos derechos de superficie en su modalidad rústica. Pero, hay que decir que el resultado de dichos consorcios en cuanto a la propiedad superficial se limita a las plantaciones forestales. No obstante, creemos que tras la redacción dada al art. 30.32 del Reglamento Hipotecario por la reforma de 17 marzo 1.959, y a pesar de su carácter instrumental (232), se viene a reconocer la existencia de este derecho tanto para

las plantaciones forestales como agrícolas (233).

En favor de la admisión del derecho de superficie para plantaciones agrícolas, argumenta LOBATO que llegándose a una "definición clara del contenido del derecho en el título constitutivo, el derecho de superficie puede convertirse, y así parece entenderlo la reciente Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1.980, en su art. 4.1, en un moderno y eficaz instrumento para responder a determinadas necesidades de la producción agrícola" (234). No creo que el referido autor con ello haya querido otorgarle al supuesto contemplado en el art. 4.1 LAR naturaleza superficiaria, dada la distinta configuración jurídica que se desprende de lo establecido en el mencionado precepto y el derecho de superficie por muy confusa que sea su delimitación, a no ser que admita que el censo a primeras cepas, conocido por Arabassa morta o establecimiento a primeras cepas en el Derecho catalán, que tuvo acogida en el Código civil regulándolo con amplitud de detalles en el art. 1.656 (235), es una de las modalidades del derecho de superficie. Así lo entendieron, absorbiendo en el esquema censal el derecho de superficie, BRODA Y AMELL (236) y, últimamente, ESPIN CANSVAS (237).

Más en el pasado que en el presente ha sido muy discutida la naturaleza jurídica de la Arabassa morta.

(238), asignándole algunos naturalura equiparable al arrendamiento o a la aparcería (239), pero disipada ya las dudas se ha afianzado la opinión favorable a su naturaleza censal, más conforme con los orígenes del instituto y la regulación recibida en el Código (240), si bien mantiene frente a la enfiteusis ciertas particularidades (241).

Precisamente, correspondiendo a esa naturaleza de la Arabassa mortã, muy próxima a la enfiteusis, no existe ningún problema para aquellos que embeben la superficie rústica en la enfiteusis en asimilar, a su vez, la superficie rústica y la Arabassa mortã, con mayor razón cuando ambas tienen muchos puntos de coincidencia por la finalidad perseguida en el contrato, y al que se obligan el Arabassã y el superficiario en cada caso: hacer plantaciones, en la que para la Arabassa mortã, por estar concretada en viñas, constituiría una especie del género de la superficie.

Por último queremos dejar constancia de lo que algunos autores han calificado como manifestación del derecho de superficie rústica (242) en el Derecho foral navarro: el derecho de plantaciones. Lo define la ley 443 de la Compilación de Derecho civil de Navarra en los siguientes términos: "Podrá constituirse un derecho real de plantación en suelo ajeno. En tal caso, pertenece al concesionario la

propiedad de la plantación separadamente del dominio del suelo". La Ley 427 señala el carácter de excepción que significa este derecho respecto al principio Resuperficias solo credit. reconocido en la Compilación.

2. En materia de usufructo, como admite la S. del T.S. de 6 abril 1.968 es posible constituirlo, según los términos del art. 483 C. civil, sobre plantaciones independientemente del suelo (243).

3. Sin entrar en el polémico campo de las diferencias que separan las servidumbres personales del usufructo (244), tampoco plantea especiales problemas que la plantación separadamente del suelo sea objeto de aquel derecho real. Como tal, puede abarcar la facultad de goce de todos sus aprovechamientos (maderas, leñas, cortezas, etc.), según expresan las Ss. del T.S. de 30 noviembre 1.908 y 3 abril 1.909, cuando al considerar cuales son algunas de las servidumbres personales a las que se refiere el art. 531 C. civil comprendió la de aprovechamiento de arbolado; o bien de alguno o algunos de los aprovechamientos de los que es susceptible una plantación, generalmente leñas a los que expresamente contempla el art. 404 C. civil, excluyendo otros que de aquella pueda obtenerse.

4. Para la hipoteca, la consideración de la plantación

existente en la finca hipotecada puede ser más polémico, dada la ausencia de una regla clara en nuestra legislación hipotecaria, que prohíba el pacto de exclusión de las plantaciones en el título constitutivo de la hipoteca sobre una finca plantada o que con posterioridad se destine a tal fin.

La controversia gira sobre el art. 110 LH, refiriéndose a la extensión objetiva de la hipoteca, si bien en ella sí se contempla el supuesto de nuevas plantaciones en la finca hipotecada, sin referirse a las ya existentes. La doctrina parece eludir la cuestión, a pesar de que entendemos que tiene gran relevancia. DOCA SASTRE, sin llegar a cuestionarse si cabe el pacto en contrario, se limita a decir que las plantaciones realizadas en cualquier tiempo por el propietario son elementos integrantes de la finca, a los que se extiende naturalmente la hipoteca (245). Si el autorizado su hipotecarista toma la expresión «Elementos integrantes» en su sentido técnico, hemos de entender que aboga por la prohibición del pacto de exclusión. Con esta reticencia, siguiendo a nuestro autor, CHICO CRTIZ insiste en la cuestión con la misma imprecisión: la hipoteca se extiende a la cosa y a los elementos integrantes de la misma, entre las que se encuentran las plantaciones existentes en la finca al constituirse la hipoteca (246).

MORELL Y TERRY hizo algunas precisiones sobre el particular, entendiéndose su predisposición a considerar posible la separación jurídica del suelo y las plantaciones, pudiendo hipotecarse una excluyendo a la otra. Sostiene que "el arbolado, la siembra, los pastos, las leñas, brozas, etc. de una finca, pueden ser objeto de derechos independientes del suelo, aunque se inscriban, como unidos o incorporados a ese suelo con él. Los frutos y lo mismo las máquinas u objetos colocados permanentemente en la finca, pueden transmitirse o pueden servir de garantía con independencia de la finca misma, y como parte de esta, inscribirse con separación, no con número especial, sino con la misma finca o parte principal, pero como derecho separado como algo accesorio. En suma, el art. 110 de la ley actual al no declarar extensiva la hipoteca, por regla general, a tales frutos u objetos, no hace más que facilitar en un caso determinado la posibilidad de esa independencia en el derecho de disponer y garantizar del dueño" (247). No obstante, resulta innegable la confusión que domina el texto, pues una cosa es la plantación y otra los frutos que de ésta se obtienen, para los que existe, en cuanto a la extensión objetiva de la hipoteca, la regla especial dispuesta en el art. 111.2 LH.

Más acertada nos parece la opinión de DIEZ-PICAZO con quien coincidimos plenamente. Este no parece asignarle a las

plantaciones, como el resto de las mejoras que señala el art. 110 LH, el carácter de sparsa fundia en sede hipotecaria. Sus palabras hablan por sí solas: "Merece la pena observarse que esta extensión objetiva de la hipoteca es presuntiva, puesto que el precepto dice que <<entenderán hipotecadas juntamente con la finca>>, lo que denota que se admite la estipulación en contrario" (248). Lógicamente, si así lo consideramos para las mejoras consistentes en nuevas plantaciones realizadas en la finca hipotecada, con mayor motivo sobre las ya existentes al constituirse ésta cuando no existe norma expresa en la legislación hipotecaria que lo prohíba o, mejor dicho, cuando ni tan siquiera es motivo de dudas exegéticas.

Luego, en función de esta conclusión, afirmamos que encontrándose inscrita la plantación en el Registro de la Propiedad, no encontramos inconveniente alguno de orden jurídico para aceptar que pueda constituir objeto de hipoteca independientemente del suelo (249).

5. En lo que respecta al arrendamiento rústico (250), nuestra normativa ha seguido una dirección opuesta a la italiana en lo que afecta a la posibilidad de constituir un arrendamiento rústico sobre plantaciones separadamente del suelo. Ha de admitirse a la luz del art. 3.1 CAR de 31 diciembre 1.980, en cuanto permite constituir varios

arrendamientos sobre una misma finca cuando los aprovechamientos objetos del mismo sean principales y compatibles. Esto siempre a efectos del ámbito de aplicación de la LAR, lo que no excluye que se puedan constituir cuando el aprovechamiento del arbolado siendo concurrente no sea principal o, lo que es igual, se considere secundario entre otros de la finca, quedando entonces sometido a las disposiciones que sobre arrendamientos rústicos establece el Código civil.

Expresivo en tal sentido es el art. 3.2 de la vigente LAR, al declarar que, "salvo pacto expreso, en el arrendamiento de una finca para aprovechamiento agrícola o ganadero no se considerarán incluidos los aprovechamientos de otra naturaleza, como la caza y los aprovechamientos forestales"; y como sabidos estos últimos pueden recaer sobre una plantación forestal. Más explícito era el correlativo a este artículo del derogado Reglamento de 29 abril 1.989 que desarrollaba la anterior LAR. Decía el art. 2.3 del Reglamento: "Salvo pacto expreso, en el arrendamiento de una finca no se considerarán incluidos: a) Los aprovechamientos forestales de la misma que consistan en cortas totales o parciales de monte alto y bajo y de árboles maderables, y los parciales de los que no lo sean", concluyendo el precepto, "estos aprovechamientos podrán ser arrendados separadamente, vendidos sus productos o

explotados directamente por los propietarios aún cuando los restantes que tenga la finca se hallen arrendados...". El precepto venía a desarrollar el anterior. Último párrafo del art. 2 de la LAR de 15 marzo 1.935 (251). Pero la coincidencia no es absoluta. Respecto a la anterior legislación especial de arrendamientos rústicos, la materia que estudiamos se ha visto sensiblemente restringida por lo dispuesto en el número 1 del art. 3 de la nueva LAR, al ponerlo en relación con el número 2 del mismo precepto.

Del texto del apartado 1 se deduce la prohibición de constituir arrendamientos sobre aprovechamientos principal de la finca. Como ha expuesto GIL ROBLES al comentarlo, "la primera condición (compatibilidad de los aprovechamientos) es plenamente lógica; en cuanto a la segunda (que sean principales), parece estar en contradicción con el art. 69 apartado 7 a), que excluye de la legislación los <<aprovechamientos secundarios distintos siempre de los principales y compatibles con estos>>. Cabe sin embargo, conciliar ambos preceptos entendiendo que los aprovechamientos secundarios sólo podrán arrendarse cuando no sean objeto de arrendamiento ninguno de los principales" (252).

¿De que forma afecta esto al apartado 29, modificando el precedente legal del RAR? Veamos como el art. 2.3 del

RAR derogado establecía que el propietario podía arrendar el aprovechamiento de los productos forestales, "aun cuando los restantes de la finca se hallen arrendados". Ahora, para estos supuestos, sólo cabría arrendar los aprovechamientos forestales cuando también se considere un aprovechamiento principal de la finca, pues en otro caso distinto se incumpliría lo dispuesto en el apartado 1 del precepto examinado; luego, siendo secundario el aprovechamiento y encontrándose arrendado otro principal, su arrendamiento quedaría prohibido, no quedándole al propietario otra opción que explotarlos directamente, si desea obtener algún beneficio de ellos.

El Tribunal Supremo en relación al antecedente legal del actual 3.2 LAR ha tenido ocasión de pronunciarse, reconociéndole a la plantación el carácter de objeto con autonomía económica y jurídica. En la S. de 27 marzo 1.945 se viene a afirmar que "...ya bajo el punto de vista que indujo al legislador a excluir de los contratos de arrendamiento de finca rústica considerados en general, las cortas forestales a que se refiere el antepenúltimo párrafo, dicho artículo 29 para autorizar respecto al producto de tales aprovechamientos, la libre negociación consentida en el último párrafo del citado precepto, considerándolos económicamente autónomos". Otra sentencia reciente de 2 febrero 1.982 vuelve a insistir sobre la

cuestión: "...en este punto no sirve para rectificar la declaración legal de que los <<aprovechamientos forestales no se consideran incluidos en el arrendamiento>>, salvo pacto expreso que, aquí no sólo no existió, sino que, como se vió, estaban expresamente excluidos, demostrando su propia e independiente entidad, susceptible, según dispone el último párrafo del precepto, de ser vendidos, arrendados o explotados directamente por los propietarios..." (253).

D. VIRTUALIDAD ACTUAL DEL CONCEPTO DE PLANTACION COMO RPARS FUNDIR

La plantación exige para su existencia la unión con el suelo, pero también lo cualifica formando una unidad real superior que alteraría su destino en el momento que se destruyera o viniera abatida. Un viñedo es el resultado del suelo y las viñas allí plantadas. La misma consideración se puede predicar, según las especies, para un olivar o un pinar. Pero los árboles no deben impedirnos ver el bosque. El sustrato material que hace posibles la existencia de una plantación, no es una óbice para que ésta y el suelo, sobre el que se asienta, puedan constituir dos cosas en sentido jurídico. Económicamente la plantación no tiene porque agotar las utilidades que se pueden obtener del suelo. En

este aspecto la ciencia jurídica tiene que servirse de la ciencia agronómica.

Dejamos atrás el terreno puramente legal para adentrarnos en el aspecto vivo: ¿Conviene en el momento presente la calificación de Agars fundiæ, atribuyéndole las consecuencias que de él se derivan, a la plantación? Vimos como la razón que fundaba esta consideración para las plantaciones en el Derecho romano respondía a criterios económicos-sociales o, si se quiere, de política agraria. ¿Cumpliría esa función económica o social en todos los casos su resurgimiento o mantenimiento en el Derecho de nuestro tiempo? Una solución equilibrada nos invita a renunciar de todo esquematismo, por alto valor conceptual y estético que nos merezca la elaboración doctrinal del Agars fundiæ, para aproximarnos a su verdadera necesidad. La buena gestión empresarial nos obliga a distinguir el derecho que sobre la plantación se constituye.

Si atendemos a la plantación forestal ubicada en un monte, no debemos llevar a sus últimas y radicales consecuencias el concepto de parte integrante de la finca, generalizándolo sin discriminación para todos los derechos. Se impone una actitud más flexible y meditada que conecte la funcionalidad económica y social de los derechos con los bienes sobre los que pueden recaer, sin producir situaciones

que entorpezcan el desarrollo de las estructuras agrarias. La propiedad separada entre el suelo y el vuelo arbóreo, por su carácter perpétuo, constituye un obstáculo a la reforma y el desarrollo de las estructuras agrarias. Pero, no es éste el caso de otros derechos que, constituidos separadamente sobre el suelo o el arbolado del monte, pueden venir a beneficiario, repercutiendo directa o indirectamente en los intereses de la colectividad, además de los propiamente particulares de sus propietarios, como señalabamos en otro lugar de este trabajo (254). Este planteamiento aplicado a las plantaciones agrícolas, tampoco ha de ser descartado. Son muchos los casos en que la asociación de otros cultivos agrícolas con aquéllas se reputan beneficiosos por los buenos servicios que se prestan mutuamente, o el que se considera secundario al principal. Por ello, esa compatibilidad normalmente presupone considerar principal a la plantación, constituyendo un aprovechamiento secundario, supeditado a aquél, el cultivo generalmente herbáceo que ocupa el suelo entre los árboles. Es usual que uno fije o enriquezca el suelo con determinadas sustancias inorgánicas (nitrógeno, potasio, etc.) del que el otro tiene avidez, evitando, de esta forma, un empobrecimiento gradual del suelo del que ambos se nutren, sin que ello conlleve gastos adicionales de producción en determinados abonos industriales que aumentarían los costes de producción, así como obtener al tiempo una mayor producción de la finca.

Por tanto, para el régimen jurídico de la propiedad es conveniente, cualquiera que sea la especie plantada, su consideración de res fundi, impidiéndose a través de medidas legales la disociación del suelo. Dichas medidas legales también deben ir dirigidas a acabar con la pervivencia de vestigios de propiedades separadas entre el suelo y el vuelo arbóreo, que ensombrecen el panorama agrícola en algunas comarcas, propiciando la refundición del dominio.

Con esta finalidad se han producido múltiples sentencias del Tribunal Supremo, que haciendo una interpretación resu generis del instituto de la propiedad separada, les consideró supuestos análogos a la copropiedad a efectos de justificar y aplicar el retracto (255). En otro lugar vemos los límites que esta doctrina encontraba para la solución del problema (256), aparte de no ser muy atinada desde un planteamiento jurídico-formal.

Soluciones de esta índole tampoco han estado acentes en la legislación (257), pero su campo de acción ha sido y es asimismo limitado por el ámbito material o territorial de aplicación de la normativa.

La vigente Ley de Montes, en su artículo 23 (258),

preve que: "en los casos de condominio, cuando el suelo pertenezca a un particular o a Entidad pública y el vuelo sea de la propiedad del Estado o de alguna Entidad pública, podrán refundirse los dos dominios a favor del dueño del vuelo, indemnizando previamente al del suelo por el procedimiento y reglas que para la fijación del justo precio se contienen en la Ley de Expropiación Forzosa. Se exceptúan de este precepto los convenios con el Patrimonio Forestal del Estado" (259). Es de tener en cuenta que su aplicación sólo es posible cuando estas situaciones de propiedad separada: 1. Se den en un monte, que en principio la Ley de Montes sólo exige que sea público, pero el Reglamento de Montes al desarrollar la Ley restringe aún más el alcance del precepto al señalar, en su art. 13, que han de tratarse de Montes catalogados (260); 2. Que el Estado o alguna Entidad pública sea propietaria del vuelo (261); pero hemos de entender que si este Ente público es una Administración Local, según autoriza el artículo 35 del Reglamento de Montes de los Pueblos (262), podrá iniciar el expediente de refundición del suelo y el vuelo tanto si es propietaria del vuelo como del suelo; y 3. Que la propiedad del vuelo no se haya producido a consecuencia de un convenio con el Patrimonio Forestal del Estado, actualmente Instituto para la Conservación de la Naturaleza (ICN) (263).

Limitada al territorio foral a la que es aplicable la

Compilación de Derecho Civil de Navarra, al regular esta la figura de las "corralizas" (entre cuyas manifestaciones se pueden encontrar la propiedad separada), en las leyes 379 a 393, y el derecho de plantaciones, en las leyes 443 y 444, además de regular el retracto, y pone el derecho de rescisión en la ley 382 (a la que remite la ley 444) en los siguientes términos: "Las corralizas serán redimibles: 1. Por voluntad unánime de los partícipes. 2. Cuando graven fincas comunales, a instancias del Municipio. 3. En las demás fincas, cuando el Juez estime en juicio contencioso que la subsistencia de estos derechos dificulta notablemente el cultivo y la explotación racional de las fincas según su naturaleza. 4. Y, en todo caso, cuando los corraliceros se opongan a la modificaciones que se introduzcan en las fincas para su mejora y que total o parcialmente resultan incompatibles con el ejercicio del derecho de corraliza..." Solución calificada de acertadísima por GARCIA AMIGÓ, entre otros a vivos, por su sintonía con el espíritu de la moderna política agraria (264).

Retomando el hilo de la exposición, si como hemos visto interesa el concepto de herras fundi en relación al derecho de propiedad, ha de serlo, por el contrario, negado especialmente para el derecho real de superficie rústica y el arrendamiento de plantaciones forestales: y, más en general para cualquier clase de plantación, sean foresta

o agrícola, cuando se trata de crear derechos de goce.

Por lo ha entendido nuestra legislador, ratificando su posición en leyes relativamente recientes. La política forestal hace ya algún tiempo vio en el instituto de la superficie rústica, no regulado en nuestro Ordenamiento jurídico, un instrumento adecuado a los fines repobladores de los montes deforestados y los calveros nacionales. Pero, es más, como escribe LOSATO GÓMEZ, "el derecho de superficie arbórea no parece tener como elemento característico el agotar los aprovechamientos del fondo a favor del superficiario, pues no parece que haya inconveniente para que el propietario del suelo se reserve en el título de constitución del derecho de superficie determinados aprovechamientos; por ejemplo, los pastos o la caza, o constituya otros derechos reales limitados sobre su fondo a favor de terceros, compatibles con la propiedad superficiaria del arbolado" (265).

Con grandes imperfecciones técnicas, el derecho real de superficie encontró acogida legal en la Ley del Patrimonio Forestal del Estado y su Reglamento (266), siendo ampliada con más detallada regulación en la Ley de Montes y su Reglamento (267). La reciente Ley de Montes Vecinales en Mancomunidad, con una regulación más clara y técnica, depura aquellas imperfecciones. En este sentido limita la duración

del derecho real de superficie, cuya consecuencia al extinguirse será la consolidación de la propiedad de lo plantado en favor de la comunidad propietaria del suelo (268).

La misma situación se desprende para el arrendamiento rustico, según deducimos del art. 3.1 LAR de 1.980, las plantaciones existentes en una finca pueden ser arrendadas independientemente del suelo, cuando los aprovechamientos sean compatibles y principales (269). Cuestión, como ya advertíamos, que no prejuzga la imposibilidad de constituir arrendamiento separado cuando uno de los dos sea secundario en la finca, siempre que el principal no se halle arrendado, quedando aquel sometido al régimen jurídico del Código civil. El precepto ha merecido las críticas de los comentaristas de la LAR. BIL ROBLES centra sus objeciones en la prohibición de arrendar los aprovechamientos secundarios cuando sean objeto de arrendamiento alguno de los principales, porque "la prohibición de simultanear arrendamientos principales y secundarios parece, sin embargo, poco práctica y, desde luego, contrario a la realidad de la vida agraria, no siendo nada fácil comprender su finalidad" (270). Por su parte, HIDALGO enjuicia negativamente el precepto, revelando, además, lagunas técnicas de la LAR que complican y hacen difícil la resolución de determinados supuestos contemplados en ella

cuando se presentan estas situaciones de simultaneidad de arrendamientos (271).

3. EL REGIMEN JURIDICO DE LA ACCESION Y LA PLANTACION.-

A. PLANTIAMIENTO DEL TEMA. -

Acabamos de ver como no existe en nuestro Derecho una base positiva donde apoyarse el concepto técnico de las partes integrantes aplicado a la plantación. Tampoco existe una razón económica que sustente inqueablemente la necesidad de adoptar y acoplar dicho concepto para así justificar, aunque sea extrajurídicamente, la unidad del suelo y la plantación, imposibilitando su disociación jurídica. Ahora, nos resta por desentrañar si en el ambito de la propiedad actúa como obstáculo a esa disociación el régimen jurídico de la accesión de muebles a inmuebles establecida en el Código civil.

La unidad del inmueble por naturaleza, como la de éste con los muebles incorporados o immobilizados por incorporación, es una vana quimera, mas sustentada por juristas que por el Derecho vigente. La autonomía jurídica

de lo que se consideran sus partes, dejando de ser tales para devenir cosas en sentido jurídico, una vez hayan entrado a constituir objeto de una relación jurídica que las contemple con independencia del conjunto o todo al que se encuentran unidos física o materialmente. (situación que también puede producirse por disposición legal), ha de corresponder, en buena lógica, con el aspecto formal del Derecho: que no se oponga inconveniente legal alguno para ser susceptible de constituir objeto autónomamente de una relación jurídica.

Demostrado ya en las páginas anteriores que dicho inconveniente no se encuentra en el ordenamiento jurídico español, parece a primera vista una inútil repetición plantearnos ahora si el mecanismo de la accesión, tal y como es concebido en el Código civil, choca abiertamente con esta posible disociación. En cualquier caso representaría una grave contradicción y un serio obstáculo al concepto jurídico de cosa en su construcción técnica, por la insusceptibilidad de que las partes unidas al suelo puedan ser objeto de una propiedad distinta de la que recae sobre éste. Sería factible, entonces, construir un concepto técnico de parte integrante a partir de aquí: la plantación habría de ser considerada parte integrante del inmueble porque la ley prohíbe la disociación de la propiedad del suelo. La identificación de la que hablamos entre

propiedad y cosa (272) tendría claro sus límites en nuestro caso: la unidad del inmueble, del suelo y la plantación.

Empero, ante un estudio atento del instituto de la accesión en el Código debe ceder toda ilusión de que las cosas sucedan así.

B. LA PLANTACION Y EL PRINCIPIO DE ACCESION ROMANA. -

La fuerza absorbente de la propiedad fundiaria en Roma, hizo del instituto de la accesión un impedimento jurídico absoluto a la existencia de una propiedad separada de las plantaciones respecto al suelo. Si cabe, con mayor énfasis para las plantaciones que para las construcciones, pues mientras en las fuentes hay referencia a la superficie sobre áreas últimas, ninguna se encuentra relativa a plantaciones, árboles, vegetales, sean cultivadas o no (273).

La accesión tiene una doble consecuencia en el Derecho romano o, tal vez, es el resultado de una elaboración consciente que responde a los siguientes postulados de la propiedad romana: 1. La unidad del fundo, que comprende el suelo y todo lo que a él se encuentra unido materialmente (274); y 2. El carácter principal del suelo respecto a todo

lo que a él se une, cuya expresión más clara es el principio Asuperficies sólo ceditur.

Esta concepción unitaria del dominio fundiario, impedía la concurrencia de distintas propiedades sobre un mismo fundo. La propiedad es única y tiene un sólo propietario, bien persona física, bien persona jurídica. La propiedad en manos de esta última, denominada por cuotas, tiene mero carácter accidental o provisorio y no es más que una forma de propiedad individual como demuestra PUGLIATTI (275), donde aquel concepto unitario del dominio no queda desdibujado.

La interrelación entre el carácter unitario del dominio y el principio Asplantatur sólo ceditur es muy estrecha, impuesta por la necesidad de salvaguardar la unidad del fundo cuando el conflicto se desencadena al no coincidir el propietario del suelo y el de lo plantado. La opción se realiza en favor del Asminus solus que adquiere lo plantado en él. Pero mientras la regla Asplantatur sólo ceditur puede sufrir alguna derogación legal, siempre excepcionalmente por razones de índole política como las contempladas en un estadio tardío del Imperio romano por las Leges Rusticae y Rescripta, una vez cumplidos los requisitos ya vistos al estudiarlas y limitadas a un ámbito territorial que aconsejaron tales medidas (276), el principio de la

unidad fundiaria hasta se deroga. De aquí que la regla superficie solo cediti tan sólo se movería en beneficio del dominus plantati, conándose en el principio accessorium sequitur principalem, que en el supuesto excepcional reconoce principalidad a la plantación sobre el suelo, cediendo éste en favor de aquella. Esto no revela otra cosa que el carácter indorganico y la rigidez del principio de accesión romana, más aherido al carácter unitario del fondo que al de superficie solo cediti. Este tiene una relación instrumental respecto a aquel.

Manifestaciones romanas del principio de accesión son la implantatio (277) y la assatio (278), y en general toda conjunción o unión de un mueble a un inmueble. Para que funcionara el mecanismo de la accesión era exigencia expresa para la implantatio en las fuentes romanas que las plantas hubieran arraigado en la tierra, confundándose orgánicamente con ella. Luego, a la introducción de las mismas positio, había de concurrir que echaran raíces en el suelo regalatio (279); segundo requisito al que señalan las fuentes algunas excepciones, bastando que la planta se encontrara introducida en el suelo cuando, al tratar el Digesto de la actio reris iudicatio, se asimila a los árboles, el árbol de vivero transplantado con su raíz aunque todavía no haya tomado tierra (280) y el que arrancado de raíz aún pueda ser replantado (281) y el que

permanezca adherido a la tierra aunque tenga muertas sus raíces (282).

Para la usucapión, de bien las fuentes no lo dicen de forma expresa, parece que es suficiente la mera mezcla de la semilla con la tierra, sin que tuviera que concurrir la Recolitas (283).

C. CARACTER DEROGABLE O INDEROGABLE DEL PRINCIPIO ASUPERFICIES SOLO CEDITUR?

a. EL DERECHO Y LA DOCTRINA EXTRANJERA.-

El Código civil francés, que tanta influencia ha tenido en el fenómeno de la codificación que prende en Europa y especialmente en nuestro Código, no concede carácter imperativo e inderogable a las reglas de la accesión de muebles a inmuebles, posibilitando la propiedad superficial de las plantaciones distintas de la que otro sujeto pueda tener sobre el suelo (284). "Aun cuando el Código civil -nos dice JÜSSERAND- no hace expresamente mención del derecho de superficie, su legalidad es indudable; está admitida en jurisprudencia y por los

autores; se deduce implícitamente del art. 553 (285), según el cual las construcciones, plantaciones y obras se presumen pertenecer al propietario del suelo «si no se prueba lo contrario», lo que consagra bien la posibilidad de una división horizontal entre propiedades superpuestas" (286).

Seguendo el ejemplo del R.Donch, el derogado Código civil italiano de 1.845 omitió toda referencia al derecho de superficie, lo que tampoco ha supuesto una fortaleza inexpugnable para que la doctrina y la jurisprudencia admitieran la propiedad separada de las plantaciones, calificadas preferentemente como derecho de superficie (287), apoyándose en el valor presuntivo que reconoce el art. 448 (288) al principio superficies sólo ceditur, "que puede ser combatido y vencido por la prueba contraria" (289). La propiedad superficiaria de las plantaciones de esta manera tuvo un pleno y total reconocimiento hasta su abrogación por el Código de 1.942. Reconocimiento que albergaba la posibilidad de constituirlo el dueño del fundo mediante la concesión del derecho de superficie para que el superficiario realizara plantaciones, adquiriéndolas por el tiempo de duración del mismo, o mediante la transmisión de la propiedad superficiaria sobre las plantaciones ya existentes en el fundo a otro sujeto. Constitución del mencionado derecho al que se podía llegar por otras variantes: transmisión del suelo, reservándose el tradens

la propiedad superficial, o bien transmitir cada una a sujetos distintos. Como derivación lógica de esta construcción doctrinal, los propietarios de los objetos disociados -plantación y suelo- podían transmitir, a su vez, la propiedad que tenían sobre cada uno de ellos, sin que a la otra parte le cupiera el derecho de retracto (290).

Esta situación cambia radicalmente al prohibir el art. 956 del nuevo Código la constitución y transmisión de la propiedad de las plantaciones separadamente del suelo. Tratándose de plantaciones el principio superficies sólo cedite adquiere carácter inderogable en el Derecho italiano. La doctrina manifiesta su acuerdo en el carácter inretroactivo del precepto y, por tanto, no aplicable a las plantaciones que separadamente del suelo se encontraran en propiedad de algún sujeto a la entrada en vigor del Código (291).

Pero, con la irretroactividad del precepto puede entenderse la posibilidad de transmitirlos. El art. 956 habla de «constituir» y «transmitir» distinguiendo un acto del otro. Transmitir requiere siempre la previa constitución de la propiedad separada por quien en un señalado momento reuniera en su mano la propiedad del suelo y la plantación. En la diferencia entre transmisión constitutiva y transmisión derivativa, entendemos que el art. 956 se está refiriendo con uno y otro término a cada uno de estos distintos modos de transmisión. No obstante, la prohibición de transmitir de la norma queda incompleta y casi sin efecto al no señalar las medidas legales oportunas que la sancionen, ya sea el retracto legal o el derecho de redención, tendentes, en su distinta naturaleza jurídica, a conseguir la unificación de la propiedad, pues de otra manera se consideramos nulo el acto de transmisión como consecuencia de la prohibición del 956, el propietario de la plantación separada del suelo una vez promulgado el Código del 42 tendría un derecho de propiedad desprovisto de una de las facultades más significativas que lo definen, el ius disponendi, lo cual sería desnaturalizar su propiedad. Quizás sea esta la razón que ha conducido a QUARANTA y CREDEN y al Tribunal de Roma, en cuya sentencia se amparan los autores, a decir que "los derechos superficiarios sobre plantaciones a la entrada en vigor del nuevo código... conservan todos sus atributos, entre ellos principalmente la

disponibilidad y la transferibilidad" (292).

El Código alemán excluye expresamente la constitución de cualquier derecho, ya sólo el de propiedad, que separe jurídicamente la plantación del suelo, dentro de la consideración que aquella le merece de parte integrante esencial de la finca (parágrafo 94 en relación al 93). En la nueva redacción que recibió el derecho de superficie por la Ordenanza de 15 enero 1919, que sustituye la normativa en esta materia recogida en el BGB (293), queda excluida que el derecho de superficie pueda recaer sobre plantaciones (294).

Especial interés reviste el Código civil portugués de 1966, que desarrolla una amplia y sucinta normativa sobre el derecho de superficie, donde queda incluida como objeto del mismo las plantaciones (arts. 1.524, 1.525, 1.527 a 1.542), lo que otorga valor dispositivo a las reglas de la accesión industrial inmobiliaria (arts. 1.339 a 1.342) (295).

B. LA DOCTRINA ESPAÑOLA.-

La accesión de muebles a inmuebles se encuentra regulada en nuestro Código civil en los arts. 358 a 365, cuyo principio medular que lo inspira es el de superficies.

2010.cediff. ¿Que caracter atribuirle: imperativo o dispositivo? ¿Es posible mediante convención derogarlo?

Advierte BULLARTE ZAPATERO que aunque "el art. 359 del Código Civil español no sea tan explícito como sus equivalentes francés e italiano...", al igual que aquéllos, encierra una declaración por la cual la accesión admite prueba en contrario" (296). Con anterioridad DALMASES, planteándose igualmente la configuración del derecho de superficie, aceptaba que "el derecho de accesión no tiene un carácter tan absorbente como en la propiedad romana" (297).

La postura contraria la habían mantenido JERONIMO GONZALEZ y ROSA SARRIE. Don JERONIMO realiza una breve exposición del principio de accesión en nuestro Derecho histórico, señalando como junto a situaciones de acogida rigurosa (Ley de Partidas) del principio, a su vez dissociadas con la práctica por influjo de las costumbres nacionales y germánicas, se producen otras de admisión legal de la accesión invertida (Fuero de Aragón), para concluir que "el Código Civil, sin embargo, vuelve a la doctrina romana pura, al regular el derecho de accesión respecto a los bienes inmuebles. En sus artículos 358 y 359, no sólo abandona las reservas que hace el 553 del Código de Napoleón en favor de los titulares de una cueva y el 448 del Código civil italiano, en cuanto a los derechos legítimamente

adquiridos por los terceros, sino que antepone a la presunción de que todas las obras, siembras y plantaciones han sido hechas por el propietario y a su costa, la declaración de que lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y los mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos" (298).

Para ROCA BASTRE, también el "C. civil español responde más bien al criterio de rigidez romana", por lo que hay que otorgarle carácter imperativo a la regla superficies solo creditis (299). Le merece crítica la actitud del legislador al introducir la superficie urbanística sin hacerle "perder previamente la rigidez a dichos artículos 358 y 361 del C. civil", entendiéndose que el art. 358 del Código "es como si estuviera actualmente redactado así: "Lo edificado... en predios ajenos... pertenece al dueño de los mismos... salvo lo dispuesto en la Ley del Suelo de 12 mayo 1.956 y demás disposiciones sobre la materia"" (300). A fin de cuentas, nos deja entrever el autorizado hipotecarista la posibilidad de constituir una propiedad superficiaria sobre lo edificado o plantado, como no podía ser de otra manera tras la admisión y regulación del derecho de superficie urbanística y rústica en leyes posteriores al Código. Empero, una cosa es la propiedad superficiaria de las plantaciones, a la que considera superflua (301), y otra bien distinta la propiedad separada, que en absoluto tendría carta de naturaleza en

nuestro Derecho, dada la imperatividad de las reglas de la
adquisición (302).

Otro sector doctrinal no reconoce carácter inderogable
al principio Superficies sólo cedit, pero a las
conclusiones que llegan no dejan siempre de estar
encontradas, asemejándose algunas en el fondo a las de
JERÓNIMO GONZÁLEZ Y ROCA-BASTRE, mientras otras manifiestan
claramente rasgos opuestos. En función más del contenido que
del continente se pueden agrupar en dos grandes bloques:

1. GARRIDO PALMA proclama el carácter dispositivo de la
regla Superficies sólo cedit, pero de sus palabras se
deduce que éste es muy restringido, hasta el punto que
exclusivamente debe admitirse la derogación del principio en
los supuestos expresamente establecidos por la ley. Nos dice
el notario de Madrid: "la norma del 358 no es rigurosamente
imperativa, sino de Derecho dispositivo: cabe pactar lo
contrario en el sentido apuntado, por no ser el «s.s.c.»
de orden público, pero canalizada la estipulación contraria
al mismo a través de algunas de las excepciones que la Ley
permite" (303). Cuando sucede esto, SERRANO ALONSO entiende
incorrecto atribuirle valor dispositivo al principio por ser
una confirmación de su carácter imperativo e inderogable.
Pero dejemos que lo diga él mismo: "en efecto, cuando la ley
permite que se constituya un derecho de superficie o un

derecho de vuelo -que implican ambos una derogación del principio general de la accesión a favor del titular del terreno- no está con ello estableciendo una posibilidad de derogación dispositiva de lo preceptuado en el art. 358, sino precisamente confirmando que el citado principio no admite más derogación que la establecida en la propia ley (sabido es que en la práctica no hay más derechos de superficie y de vuelo que los previa y expresamente reconocidos por la ley), lo que supone, en definitiva, que los particulares no puedan libremente establecer la aplicación o no de los principios de accesión". En prueba de su afirmación, se remite al propio art. 361 del C. civil que establece un claro supuesto de no aplicación del principio de accesión (304).

2. Entre los que otorgan un abierto y absoluto carácter dispositivo a la regla "superficies sólo cadit" en su regulación en el Código civil destacan, por la amplitud de su trabajo y la profundización en el tema, GUILARTE ZAPATERO, DE LOS MODOS Y FONT BOLIX (305).

Para el primero "no parece que el principio de accesión sea obstáculo para la admisión de una propiedad superficiaria separada, como evidentemente lo fue en el Derecho romano. La imperatividad de la accesión no puede derivarse de los artículos 358 o 361 del Código civil. Estos

preceptos funcionan sobre la falta de acuerdo entre los elementos personales implicados en las hipótesis previstas por los artículos. Y entonces es claro que el criterio utilizado para resolver el problema, con base en el principio de accesión se centra en la idea de la unión entre suelo y edificio. Pero deducir de ahí que los particulares no pueden voluntariamente configurar una propiedad superficial no resulta lógico" (306). Un argumento más consistente nos da un poco más adelante: "Por lo que afecta a la consagración de la propiedad superficial que hace el Reglamento hipotecario, y dado que sus normas debieran ser no sólo de aplicación a la modalidad urbanística sino también a la superficie urbana común, es lógico pensar que sólo se ha podido llegar a ella entendiendo que las normas de accesión contenidas en el Código civil tienen carácter imperativo, pues caso de tenerlo la simple declaración del precepto reglamentario, ningún valor podría tener para modificar el sentido del Código civil en relación con la superficie urbanística (cierto que el propio Reglamento no duda, en contra de la Ley Hipotecaria y del Código civil al declarar constitutiva la inscripción, con lo que demuestra un olvido de la jerarquía de las normas que no se puede compartir), con lo que en estos supuestos no podría hablarse de propiedad superficial" (307).

DE LOS MOZOS, que no duda de la aceptación del

principio de acceso en nuestro Código civil según se desprende de los arts. 349, 359, 353 y 358 y ss., lo argumenta en base a que como el artículo 359 permite la prueba en contrario de la presunción legal, la derogación del principio parece posible mediante la preexistencia de una situación jurídica, en la que aquél no sea aplicable, es decir mediante la constitución de un derecho de superficie, lo que, por otra parte, es perfectamente admisible al amparo de la libre determinación de la autonomía privada, del régimen de numerus apertus para el establecimiento de los derechos reales (art. 2º LH.) y del simple reconocimiento que de su existencia hace el Código civil, en el citado artículo 1.611" (308).

Lo que diferencia a estas dos últimas posiciones respecto a las mantenidas por Jerónimo GONZALEZ, ROCA CASTRE y los que hemos situado en el grupo anterior, es claramente expresado por WILARIE ZAPATERO: "lo que resulta indudable es la posibilidad de un derecho de superficie al amparo del Código civil, y al margen de la Ley del Suelo" (309). En definitiva, las que propugnan el carácter dispositivo del principio de acceso lo conducen directamente a las normas que rigen este instituto en el Código civil, con lo que nos vienen a decir que aún no habiéndose producido ninguna disposición que con posterioridad al mencionado cuerpo legal se han referido al derecho de superficie, regulándolo

expresamente, éste había de considerarse admitido y, por tanto, nada se oponía a su constitución.

Por su parte FONT BUIX, recogiendo el sentir y exponiendo algunos criterios señalados por la doctrina española e italiana, reconoce valor dispositivo al principio superficies sólo ceditur. De entre los mencionados criterios destacamos estos dos: "Que el principio superficies sólo ceditur surgió en una época histórica en que lo principal era el suelo, mientras que actualmente se sabe que el coste de la construcción puede sobrepasar el valor del terreno", y "que el principio de la accesión responde a un criterio histórico de resolver un conflicto de intereses, que hay que aclarar hoy con arreglo a la función económico-social que cumple la edificación" (310). Ambos tienen perfecto encaje para la plantación en general, y más especialmente para aquella forestal. ¿Acaso no tiene más valor (económico, social, ecológico, paisajístico, etc.) la plantación forestal realizada en un terreno inculto o poco apto para el cultivo agrícola que esté improductivo y abandonado a su suerte? Si bien lo deseable sería llegar por vía de modificación de la normativa sobre accesión en nuestro Código civil, a una solución parecida a la dada en los arts. 1.339 a 1.343 del Código portugués de 1966 (311), que tantos elogios ha merecido por su buena técnica y adaptación a la realidad social y económica del momento (312). Pero en

tanto no se produzca la deseada revisión y ante la duda, uno
actaría más que justificada la derogación de la arcaica
regla de la superficie sólo cede por acuerdo del dueño y el
plantador, permitiendo una propiedad superficial sobre lo
plantado en favor de éste, si con ello nos acercamos un poco
más a la realización de la función económica y social de
repoplar nuestros montes, explotarlos racionalmente y
mejorarlos. Sabemos que no pasa de ser éste un recurso
subsidiario al problema de este tipo de accesión, que exige
un previo acuerdo de voluntades que no siempre se va a
producir, con lo que su funcionalidad es muy limitada y,
dada su admisión legal en nuestro Derecho, no prejuzga
todavía el carácter dispositivo o imperativo de la regla de
la accesión, pues ninguna de las posiciones expresadas en
torno a ella niega la posibilidad de constituir un derecho
de superficie, del que nazca una propiedad superficial.
Discusiones doctrinales que tienen poca virtualidad
práctica y en poco ayudan a centrar nuestra cuestión, a no
ser que se le quiera dar mayor alcance al valor imperativo
de la regla, por parte de los que la sostienen, del que se
puede deducir examinando los presupuestos de hecho de la
normativa discutida, como parecen apuntar algunas ideas. En
el siguiente epígrafe acotaremos el problema y enunciaremos
nuestro parecer intentando distinguir su ámbito de
aplicación de supuestos diferentes.

Però, antes de pasar al siguiente epígrafe, advertimos como los criterios señalados, sobre todo por PONT, 601X, están pensados en la propiedad superficial sobre una edificación, para atribuirle valor dispositivo a las normas de la accesión. En la forma que se encuentran redactadas estas normas supondría un contrasentido reconocerle valor dispositivo para las construcciones e imperativo para el supuesto de plantaciones. A ambas indistintamente se refieren los mismos preceptos (313) y Rubi: lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, según tiene declarado reiterada jurisprudencia de T.S. (314).

c. EL SUPUESTO NORMATIVO DE LA ACCESIÓN SOBRE PLANTACIONES. ALCANCE DE LA DEROGACIÓN DEL PRINCIPIO ASUPERFICIES SOLO SECITA.

La normativa sobre la accesión intenta resolver el conflicto creado por la nueva situación jurídica (315), lo que necesariamente presupone: 1. Un elemento físico o material: la plantación de árboles en un suelo donde antes no existían; y, 2. Un elemento jurídico: que tales árboles no sean propiedad del dueño del suelo. Pues bien, aceptando que el supuesto atañe a aquellas situaciones jurídicas en las que no medie una relación jurídica entre plantador y

dueño del suelo (usufructo, arrendamiento, etc.) con regulación específica sobre la materia, la única posibilidad de derogación de principio superficies solo ceditur que cabe es actuar mediante la constitución, previa o posterior al hecho jurídico, de un derecho de superficie. No significa esto apuntarnos a las tesis expuestas por JERONIMO GONZALEZ, ROCA SABTRE, GARRIDO PALMA o SERRANO ALONSO, sino tan sólo no desconocer un fenómeno tan lógico como éste, impuesto por la fuerza de la razón, deducible de la estructura y régimen de la propiedad en nuestro derecho. Deducir de ello que las reglas generales de la accesión tengan valor imperativo o dispositivo es intrascendente, cuando, con arreglo a la lógica jurídica que contiene el sistema, es imposible proceder de manera distinta a la que, no ausente de la misma, consciente o inconscientemente, ha desarrollado el legislador para permitir la autonomía de la voluntad en su derogación. Sin más preámbulos paso a explicarlo.

Para que el plantador pueda plantar en un terreno de propiedad ajena, adquiriendo la propiedad de lo plantado (no entramos ahora a distinguir si lo adquirido es una propiedad superficial o separada, pues ya tendremos ocasión de verlo a lo largo de la exposición que hacemos), ha de tener ante todo un derecho que le autorice a ocuparlo en la parte que desolador los árboles. Sub initio dos mecanismos jurídicos pueden allegar a suvenirlo, bien constituyendo un

derecho de superficie o bien procediendo a la venta de
pequeños trozos de terreno, el suficiente para plantar cada
árbol o el que haya desplazado el mismo si ya se encuentra
plantado, haciendo supererota de esta forma, el principio
de accesión. La última forma de proceder, equivaldría a la
venta de tantos pequeños terrenos como el que venga a ocupar
o haya cubado cada árbol, creándose múltiples «fundillos»
que limitan por todas partes con el fondo del vendedor; y
esto, como sabemos, violaría las normas sobre unidades
mínimas de cultivo o de monta establecidas en la Ley (316),
y, por tanto, conformaría un acto prohibido. En
consecuencia, el único camino jurídicamente posible es
servirse del instituto de la superficie, derogando el
principio superficies solo cedita, en cuanto derecho a
hacer, tener y mantener una plantación propia en suelo
ajeno.

En consecuencia con este planteamiento, hacemos constar
que ni siquiera entendemos que de lo dispuesto en el art.
361 pueda inferirse la posibilidad de una disociación
jurídica, todo lo provisional que se quiera, entre el suelo
y el suelo. Nos mostramos más conforme con la tesis que
propugna la automatización del principio de accesión en
nuestro Derecho. En base a ella, el adominus soli adquiere
(automáticamente) la propiedad sobre lo plantado desde el
mismo momento que se produce la incorporación al suelo, sin

que tal adquisición se haga depender del ejercicio efectivo del derecho de opción que le viene reconocido en el art. 361 C. civil, y la "breve indemnización establecida en los arts. 453 y 454" al cota "por hacer suya la obra".

Para los defensores de la teoría de la no automaticidad, mayoritaria en la doctrina (317) y acogida por la jurisprudencia (318), en tanto el Rdominus solis no ejercite dicho poder de opción y, en su caso, proceda a la indemnización, "existiría una situación interina o intermedia de perfiles muy borrosos" (319). Esta indefinición jurídica del derecho del incorporante, pues "el suelo es todo él de propiedad del actor (Rdominus solis), pero éste no ha adquirido la propiedad de la obra", plantea el difícil problema de su calificación como refleja DIEZ PICAZO al preguntarse sin llegar a una respuesta: ¿se trata de un derecho de superficie, de una comunidad de derechos o de una situación Rqui generis? (320). GARRIDO PALMA lo califica de "propiedad superficiaria sometida a condición resolutoria" (321), y HERNANDEZ CRESPO entiende que existirían "dos propiedades en la realidad, el del suelo y el de lo edificado" (322) (aplicable sin duda a lo plantado, por lo que para lo sucesivo conviene hacerlo notar). A pesar de ello, estos dos últimos autores son conscientes de los problemas que acarrea la configuración jurídica mantenida para el supuesto de la accesión, reseñando los

inconvenientes que se puedan presentar" (323). El eventual ejercicio del derecho de reactivivo o de configuración jurídica atribuido al dominus solis en el art. 361, pendiendo cual espada de Damocles, incidiría notablemente en la seguridad jurídica en el tráfico del derecho de superficie o propiedad separada del incorporante, dando lugar, una vez ejercitado, a situaciones de intrincada solución frente a los terceros a cuyo favor se haya transmitido o gravado el derecho. Y, si postulamos por un derecho de superficie o una propiedad separada desprovistos de las facultades de disposición y gravamen, ¿cómo no quedarían desnaturalizados para convertirse en un mero dominus iuris?

A estas razones, que no son por sí mismas decisivas, y restando importancia a los antecedentes históricos de la accesión en el Derecho romano y patrio, hay que sumar otras de más fuste en apoyo de la teoría de la automaticidad. En 1.947, SANTI FERNANDEZ acertaría en los argumentos, deducidos de la interpretación, principalmente gramatical, del art. 361 C. civil en relación al 353 y 354 del mismo cuerpo legal, para cuando el dueño del suelo escoja la vía indemnizatoria de lo incorporado. Corresponde a ALONSO PEREZ (324) el mérito de haberlos rescatado del olvido, con una aportación reciente bien construida sobre la verdadera naturaleza jurídica de esta situación interina del incorporante.

Entre las razones expuestas por SAMA FERNANDEZ, Res. Lab. Ind. 81/57.

1. "La palabra Indemnización demuestra de modo terminante que no se refiere a una transmisión mediante pago de una contraprestación en dinero, pues entonces hablaría de precio, como se hace en la parte final del artículo, donde la referencia es a una verdadera venta. La referencia a los artículos 453 y 454 es prueba indiscutible de que la indemnización no es la contraprestación de la transmisión del dominio, pues entonces ni tendría la cuantía fija el artículo 453, ni cabría la posibilidad de que en algún caso (mejoras voluptuarias) no fuera aplicable (artículo 454). Y, por último, la palabra Previa puede interpretarse de dos maneras: o referida no a la accesión, sino a la opción, indicando que si opta por hacerse cargo de lo incorporado debe inmediatamente indemnizar, imponiendo esta obligación en términos energéticos; o referida a la posesión, indicando que el dueño del suelo no puede tomar la posesión de lo edificado en tanto no indemnice, pues el edificante puede ejercitar el derecho de retención. Esta última interpretación es, a mi juicio, la más exacta" (325).

2. "Esta adquisición (la de lo incorporado por el dueño del suelo) es absoluta, de forma que no exige más requisito

que la incorporación³; si a ella se añade en algunos casos la indemnización, no es porque lo imponga la naturaleza de la institución, sino como elemento superpuesto a ella, que trata de resolver un problema de equidad, como la reparación del enriquecimiento injusto del propietario y del empobrecimiento injusto del edificante" (326).

Por tanto, siguiendo a ALONSO FEREZ, la conclusión que hay que obtener es que el dominio sólido es propietario de lo plantado sin que proceda indemnización alguna, correspondiéndole todas las facultades inherentes al dominio (gravar, enajenar, renunciar, etc.), excepto las de frucción "sobre suelo y vuelo como todo único" que corresponderá al plantador, quien conserva la posesión "y la prolonga indefinidamente -derecho de retención- mientras en calidad de acreedor" no reciba la indemnización del dueño del suelo (327).

Ahora bien, la situación cambia sustancialmente cuando los árboles ya existen y son propiedad del dueño del suelo -supuesto diferente al que contemplamos en las normas de la accesión-, pues ésta puede vender la plantación separadamente del suelo, sin necesidad de constituir un derecho de superficie (328), en cuanto físicamente los árboles están ocupando un espacio que no ocupa el suelo, por haber sido desplazado en la parte del tronco sumergido y las

raíces hasta donde se entiendan. Al faltar este derecho a tener y mantener la plantación en el suelo ajeno, la propiedad separada se extinguirá cuando desaparecieran los árboles por muerte natural o cualquier otra causa ajena al dominus soli. Si tales árboles no son capaces naturalmente (aunque de ordinario requerirán algún trabajo humano, cuidados, abonos, riego, etc.) de renacer del cepellón o las raíces que quedan vivas. Y sabemos, que hay especies que tienen esa capacidad de renacer con lo que la propiedad puede ser perpetua, y otras que aun no teniéndola su vida se mide por siglos. Por el contrario, salvo pacto distinto, habiéndose constituido un derecho de superficie, el superficiario tendrá derecho a replantar los árboles abatidos o muertos en el mismo lugar u otro, según se haya acordado, mientras no se extinga el derecho. No es ésta la única diferencia entre la propiedad separada y la superficie arboral (329), señalándose además la de la duración: la propiedad separada es perpetua o indefinida (330) y el derecho de superficie temporal (331). La cuestión no es pacífica en la doctrina, pues hay autores que admiten un derecho de superficie perpetuo o por tiempo indefinido (332). Existiendo un pacto de no replantar, el derecho de superficie mantiene aun sus diferencias con la propiedad separada, siempre y cuando aquélla sea temporal, pues el dueño del suelo al extinguirse el derecho que lo grava hará suya la plantación. No ocultamos que el problema se puede

complicar en sus confines, si admitimos con algunos autores que se puede constituir un derecho de superficie por tiempo indefinido donde además exista un pacto de no replantar (333), y una propiedad separada no perpetua (334). Por el momento dejamos apuntado el tema, por ser tangencial, y exceder a lo que aquí queremos plantear.

En lo que nos interesa resaltar, insistimos que la única forma de dejar el principio de accesión precisa de la constitución de un derecho de superficie. El supuesto de hecho de la accesión de muebles a inmuebles no viene referido a plantaciones ya existentes en la finca que sean propiedad del dominus soli o de otro sujeto que las haya adquirido por cualquiera de los modos de adquisición de la propiedad reconocidos en nuestro Derecho (transmisión, título y modo, u ocupación). Por consiguiente la mencionada normativa está atendiendo a situaciones en la que se encuentra ausente un acuerdo de voluntades, evitando que a aquél le venga impuesto el deber de soportar sobre un objeto de su propiedad -el suelo- una plantación ajena, que siempre va a suponer una limitación parcial del disfrute del fundo, realizada por quien no tiene ningún derecho a ocupar el suelo (335). Con esto se pone de manifiesto que dicha normativa no viene a impedir, por no contemplarse en el supuesto de plantaciones ya existentes que son propiedad del dueño del suelo, y, por tanto, atribuirle a la norma la

regulación de un supuesto de hecho o en el conflicto regulado, aquellas situaciones distintas al que en ella se contiene sólo puede obedecer a una razón analógica que no allanamos. Descubrir, por las diferencias tan manifiestas entre un caso y otro.

Empero, si es cierto que para aplicar el régimen jurídico de la accesión es condición indispensable aquellos presupuestos de los que hablabamos, por formar parte del supuesto normativo, a los que siempre cabe, antes o después de realizada la plantación, derogarla constituyendo un derecho de superficie a favor del plantador, quedaría al margen de tal normativa la constitución de un derecho de superficie cuando dichos presupuestos no convergen. Como admite sin discusión la doctrina, el propietario del suelo donde existen plantaciones puede igualmente constituir el derecho de superficie a su favor o a favor de otra u otras personas. Ahora bien, lo que no es unánimemente aceptado por la doctrina es la admisión de una propiedad separada de las plantaciones que no exija el derecho real de superficie, el derecho a apoyar y arraigar las plantaciones en suelo ajeno. En tal sentido, según que esta propiedad de lo plantado es distinta de la que recae sobre el suelo, se ha distinguido entre propiedad superficiaria y propiedad separada. La primera nace como consecuencia de un derecho de superficie, mientras la segunda no lo requiere para su

existencia jurídica, siendo independiente jurídicamente del suelo en cuanto propiedad plena y en pie de igualdad a la que corresponde al adornus solis.

En el derecho francés se vislumbra una cierta ambigüedad en la construcción dogmática de estas situaciones, donde, salvo raras excepciones, utilizan el término propiedad superficiaria para referirse a una verdadera propiedad separada, a la que algunos califican de Asui generis dentro de la propiedad inmobiliaria, pero en todo caso completamente distinta de la que recae sobre el suelo (336).

Más se ha afinado en el Derecho italiano. Un sector doctrinal ha distinguido netamente la propiedad superficiaria de la propiedad separada. Esta era admitida en virtud del valor presuntivo del art. 448 del Código civil de 1.865, mientras aquella no se podía constituir por no encontrarse el derecho de superficie tipificado, lo que iría contra el sistema de numerus clausus en los derechos reales que consagra el ordenamiento jurídico italiano (337). Con la promulgación del Código de 1.942 ambas modalidades quedan prohibidas en lo sucesivo para las plantaciones, tanto por disponerlo el art. 956 como por carecer de regulación jurídica este tipo de superficie, a diferencia de la que recae sobre construcciones.

En la doctrina española ROCA SASTRE, y con él todos los que conceden carácter de ius imperativum a las reglas de la accesión, no admiten la figura de la propiedad separada sobre plantaciones (338). GUILLARTE ZAPATERO, que reconoce para dicho principio valor de ius dispositivum, tampoco la admite al decir: "ciertamente la propiedad separada no puede explicarse sino en base a un derecho de superficie que faculta al titular de la propiedad para gozar del suelo ajeno manteniendo sobre él la edificación... Cualquier supuesto que se de de separación dominical entre suelo y edificio o plantación debe ser construido como derecho de superficie, y ello independiente del procedimiento utilizado para llegar al resultado de la separación, de la facultad de reconstruir o no en el supuesto de destrucción de lo edificado o pérdida de lo plantado y de la duración temporal o indefinida de la propiedad separada" (339). Otros autores han tratado de marcar las diferencias entre una y otra forma de propiedad, admitiendo la existencia de la propiedad separada como figura distinta de la propiedad superficial en nuestro Derecho (340). Las razones por las que nos inclinamos hacia esta segunda posición la podemos amparar en:

1. Frente a la propiedad superficial, la propiedad separada por su diferente origen y génesis histórica no

tenido naturaleza propia según las costumbres y los usos comerciales, lo que impone no confundirla con aquella. La propiedad superficial tiene su origen en el derecho de superficie y, por ende, es un gravamen o limitación de la propiedad del fundo en favor del superficial. La propiedad separada ha nacido como verdadera propiedad que concurre, por su necesaria vinculación al suelo, con la propiedad que otro sujeto tiene sobre éste, pero ni lo limita ni lo presupone, sencillamente concurre en pie de igualdad. Cada propietario tiene sobre su respectivo objeto todas las facultades del dominio, respetando siempre la propiedad ajena, cuya proximidad impone restricciones recíprocas. Como dice GARCIA DEL OLMO: "Hay, pues, una simple limitación de carácter vecinal: cada propiedad tendrá las facultades propias del derecho dominical que le corresponde, pero con las limitaciones que le impone el deber de no estorbar el ejercicio del derecho del otro propietario. Son limitaciones de tipo recíproco, cada una compensa las limitaciones que sufre con ventajas que le proporcionan las limitaciones del otro propietario" (341).

2. La propiedad separada de las plantaciones no ha sido abolida por el Código civil vigente, ni por ninguna otra norma aparecida con posterioridad, como por el contrario ha sucedido en Italia tras la promulgación del Código de 1.942. Esto nos permite afirmar tanto la existencia como un

verdadero derecho de propiedad de las que pervivían constituidas antes de la promulgación del Código, así como de las que se constituyeran con posterioridad en el pasado, y en el futuro, siempre que del título constitutivo así se deduzca. Todo lo más exigirá a veces un ardua labor interpretativa. Por su parte, la jurisprudencia en las sentencias de 22 enero 1.953 (342), 10 diciembre 1.962 (341) y 6 abril 1.965 (342) han venido a reconocer, con sustantividad propia, la figura de la propiedad separada de las plantaciones, sin identificarla al derecho de superficie (343). Resolviendo, no obstante, nuestra discrepancia a considerar estos supuestos como propiedad prodivisa, según advertíamos más arriba (346).

3. El art. 30.32 del Reglamento Hipotecario viene a confirmar la admisión en nuestro Derecho de la propiedad separada de las plantaciones. El mencionado precepto, a diferencia del art. 16 del mismo cuerpo legal, no califica de derecho de superficie, a efectos de inscripción registral, al supuesto que allí se contempla para plantaciones. Lo califica de derecho real de usufructo, como hiciera en la legislación forestal con anterioridad, término este de mayor amplitud y ambigüedad que el de superficie recogido en el art. 16 RH.

Sin que estemos completamente de acuerdo con los que

piensan como LA RICA que el derecho real de vuelo es equivalente o sinónimo al derecho de superficie rústica (347), el autor pone el dedo en la llaga al manifestar que "tal imprecisión obedece, sin duda, a la extremada variedad que aquel derecho de vuelo ofrece en las diversas regiones españolas, y a las proteicas supervivencias históricas del mismo, que el Derecho consuetudinario y Foral conservan en algunas, todo lo cual hacía muy difícil, por no decir imposible, encuadrar la totalidad de matices y variantes en un mismo régimen normativo" (348). A su vez, la exposición de motivos del Decreto de 17 marzo 1.959 que modifica el Reglamento Hipotecario, introduciendo el art. 30.39, también hacía notar que "es interesante consignar que el art. 30, el «derecho real de vuelo», un tanto impreciso, que multiforme aparece de antiguo en grandes comarcas españolas, queda confirmado". Tal imprecisión no creemos que obedezca a un criterio fortuito o caprichoso del legislador, como lo prueba el hecho que para las construcciones en el art. 16 RH, producto de la misma reforma del Reglamento, se califique el supuesto de derecho real de superficie, apartándose de denominarlo con idéntico término para el previsto en el art. 30.39 referido a plantaciones. Es obvio que al preferir para estos términos «derecho real de vuelo» y darle una regulación menos concreta, se le intenta dar mayor alcance que al derecho real de superficie, evitando proscribir (y al mismo tiempo es una prueba de su

reconocimiento jurídico) la propiedad separada y otras situaciones diferentes a aquéllas que propiamente no se pueden encajar en el derecho de superficie rústica, posibilitando también su acceso al Registro de la Propiedad. En consecuencia, la acepción «derecho real de vuelo» abarca tanto la propiedad superficiaria como la propiedad separada que no se apoya o tiene su origen en un derecho de superficie, pues como reconoce la sentencia del T.S. de 20 octubre 1.971 (CONT.-ADM.): "aunque no puede negarse que el derecho real de superficie sobre plantaciones constituye una de las formas más frecuentemente ideadas para delinear el derecho real de vuelo, es también indudable, que, este derecho de vuelo sobre fincas rústicas, que ha tenido tan diversas manifestaciones históricas, según los usos locales, más que con el derecho de superficie -que no es precisamente el que aquí se constituye, mediante el consorcio forestal que se combate- guarda íntimamente consonancia con aquéllos supuestos en que, en una misma finca, concurren «derechos diferenciados de distintas personas»..."

Nuevamente vuelve a ponerse de manifiesto la imprecisión adrede de la expresión «derecho real de vuelo» utilizada en el art. 30.3º RH, para incluir en él tanto el derecho de superficie como otras situaciones jurídicas distintas a éste, si lo ponemos en relación con la Ley de Montes Vecinales en Manó Común de 1.980 al establecer en su

art. 3, 3 la posibilidad que la comunidad propietaria de estos montes constituya un derecho real de superficie con destino a plantaciones, que adquirirá el superficiario mientras dure el derecho (arg. ex. art. 3, n.º 4 y 7). La regulación que le otorga esta Ley al derecho de superficie es más conforme con la naturaleza del mismo. Por un lado, se señala un plazo de duración limitada que no podrá exceder de 30 años, prohibiendo que se pueda constituir con carácter indefinido o perpétuo; y, por otro, se dispone que una vez extinguida la superficie, la plantación revertirá, adquiriendo su propiedad, en favor de la comunidad titular del monte.

Aunque esta regulación que recibe la superficie rústica en la LMVMC aclara un poco las notas características que definen su naturaleza jurídica, dado su ámbito de aplicación restringido a esta forma de propiedad sobre los montes, deja sin resolver aquellas incógnitas que se planteaba en la doctrina sobre la duración de la superficie rústica común, que hacía difícil la distinción con la propiedad separada. Inclinandonos en encontrar la nota diferencial en el carácter perpétuo o indefinido de la propiedad separada frente al carácter temporal de la propiedad superficiaria, obviamos profundizar en la cuestión.

A título de conclusión diremos que a los efectos del

art. 30.3 RH todo derecho de superficie es un derecho real
de vuelo, pero no todo derecho real de vuelo ha de ser
necesariamente un derecho de superficie rústica.

- (1) MARTY, Jean-Pierre, La dissociation juridique de l'immeuble, Paris, 1.979, pag 4.
- (2) En los tiempos de la promulgación del Código, la jurisprudencia del T.S. delata este pensamiento en la S. de 9 marzo 1.893. En relación a la venta de un terreno plantado de encinas cuya propiedad correspondía a un sujeto distinto de aquel, el Supremo se pronunciaba en los siguientes terminos: "Si el retracto reconoce por causa de utilidad social de que la propiedad no se desintegre en sus derechos componentes sino que todos ellos aparezcan integrados en una mano, debe declararse pertinente en todos los casos de desintegración" NUCCIUS SOAEVOLA, Jurisprudencia del del Código civil, II, Madrid, 1.901, pág 96.
- (3) GAYO, 2, 12-14.
- (4) IGLESIAS, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho privado, Esplugas de Llobregat, 1.979, pag 226.
- (5) Este aspecto se halla expresado en la sentencia de 3 diciembre 1.946: "el dominio es el señorío abstracto y unitario sobre la cosa, y no la suma de facultades de la que el propietario puede verse privado temporalmente, sin que por ello pierdan la integridad potencial de su derecho, determinante de la posibilidad de recuperación efectiva de todas las facultades dominicales"
- (6) Por todos, LACRUZ BERDEJO, José Luis, elementos de Derecho civil, III, 18, Barcelona, 1.979, pág. 178.
- (7) Sobre la cuestión vid. HERNANDEZ GIL, Antonio, en el prólogo a la traducción del BGB de Melón Infante, Barcelona, 1.955.
- (8) MOLINER, Maria, entre otros usos de la expresión tierra, recoge un amplio "Planeta en que habitamos" y otro más restringido: "superficie del planeta tierra no cubierta por el mar". Diccionario de uso del

español, II, Madrid, 1.987, pág. 1312.

(9) Vid. GUTELMAN, Michel, Estructuras y reformas agrarias, Barcelona, 1.972, págs 45 a 47.

(10) Para BONFANTE, Pietro, "como resulta de los testimonios precedentes, la propiedad romana está estrechamente conectada a la limitatio, lo que quiere decir que sólo en una fase de la historia los campos han sido delimitados solemnemente y que además la propiedad ha surgido sobre un suelo precedentemente público". Corso di Diritto romano, II, 18, Milano, 1.966, págs. 254 a 255. Un estudio más amplio sobre el tema puede verse en las obras ya clásicas de BRUGI, Biagi, La dottrina giuridiche degli agrimensuri romani comparate a quelle del Digesto, Roma-L'Erma 1.968, ed. anastática de Padova, 1.897; y MAX WEBER, que lo trata también desde la vertiente sociológica y económica, Historia agraria romana, trad. española de V.A. González, Madrid, 1.901, págs 15 a 88. Recientemente la tesis inédita, leída en la Universidad de Granada en 1.977, de RESINA SOLA, Pedro, Frontico. Reparto y regimen jurídico de la tierra en Roma, 5 volúmenes, en prensa; en el volumen V se puede encontrar amplia bibliografía sobre el tema.

(11) Vid., entre otros; D'ORS, Alvaro, Derecho privado romano, Pamplona, 1.968, pág.137; ARIAS RAMOS, J., Derecho romano I, Madrid, 1.974, pág. 105; IGLESIAS, Juan, op. cit., pág. 248; BONFANTE, op.cit., págs. 259 a 260; BESTA, Enrico, I diritti sulle cose nella storia del Diritto italiano, Milano, 1.964, pág. 97.

(12) vid. PLANITZ, Hans, Principios de derecho privado germánico, trad. esp. de Meló Infante, Barcelona, 1.957, págs. 70, 71, 104 y 102.

(13) LACRUZ BERDEJO, José Luis, Leciones de Derecho inmobiliario registral, Zaragoza, 1.975, pag 85.

- (14) Vid. La amplia y exhaustiva exposición, salvando los arts. modificados por las últimas reformas, de estos y otros términos que son utilizados como sinónimos por el C. civil, en GARCÍA-CANTERO, Gabriel, La finca como objeto de derecho real, RCDI, 1.966, págs. 286 y 287.
- (15) Como dice LAURENT, F.: "el código (francés) no entiende reducir el suelo a una superficie geométrica sin espesor; la ley no se ocupa de abstracciones, no tiene por objeto más que cosas reales" Principes de Droit civil français, VI, Bruxelles, 1.876, págs. 322 y 323. En el mismo sentido se expresa DEMOLUMBE, C.: "Porque él (suelo no sería entonces más que una especie de superficie geométrica sin ningún espesor; no sería más que una abstracción" Cours de Code Napoléon, IX, Paris, 1.861, págs 561 y 562. MESSINEO, Francesco, igualmente decía: "Ciertamente, considerando que el suelo es, en el fondo, un mera expresión geométrica (el suelo no tiene espesor) y que el mismo, idealmente separado del suprasuelo y del subsuelo, sería no solo física, sino económicamente inconcebible" Derecho civil y comercial, 121, trad. esp. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1.971, pág. 265.
- (16) En palabras de PUIS BRUTAU, José: "Esta excesiva generalización se fundaba en la ausencia de los hechos que permitieron señalar esta circunstancia: su carácter excesivo. Como siempre, la regla general proclamada solemnemente para regir los hechos ha de ser alterada cuando estos ofrecen alguna variación. Los nuevos hechos que dislocaron la regla general pueden resumirse brevemente diciendo que han sido la minería, las comunicaciones o transportes subterráneos y aéreos y el tendido de cables para la transmisión de energías o para fines de comunicación. El empirismo que brota de los nuevos hechos obliga a introducir alteraciones en la regla general". Fundamentos de Derecho civil, III, 12, Barcelona, 1.972, pág. 290. En parecidos términos lo habían expresado ya antes BONFANTE, *op.cit.*, pág.260, y VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho civil, II, Madrid, 1.910, pág. 75.
- (17) BONFANTE, *op. cit.*, pág. 260.

(18) *Ibidem*, pág. 259.

(19) BENEYTO PEREZ, Juan, Estudios sobre la historia del régimen agrario, Barcelona, 1.941, pág. 140.

(20) GONZALEZ y MARTINEZ, Jerónimo, Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical, MCDI, 1.925, pág. 20.

(21) Como han dicho MARTY Gabriel, y RAYNAUD, Pierre, "la propiedad no se ejerce sobre una superficie; debe necesariamente tener por objeto un cierto volumen. Una superficie sin espesor no tendría apenas interés porque no permitiría ni plantar, ni construir ni excavar". Droit civil, II, 29, Paris, 1.965, pág. 124.

(22) Este pensamiento se encuentra expresado también en CUYACIO Y GOEPOLLA. La opinión contraria es formulada por PABLO DE CASTRO, *vid.* GONZALEZ y MARTINEZ, *op. cit.* pags 15 y 16.

(23) BONFANTE, *op. cit.*, pág. 260.

(24) Art. 551: "La propriété du sol emporte la propriété du dessus et du dessous. Le propriétaire peut faire au-dessus toutes les plantations et constructions qu'il juge à propos, sauf les exceptions établies au titre des servitudes ou services fonciers. Il peut faire au-dessous toutes les constructions et fouilles qu'il jugera à propos, et tirer de ces fouilles tout les produits qu'elles peuvent fournir, sauf les modifications résultant des lois et règlements relatifs aux mines, et des lois et règlements de police"

(25) Art. 440: "La propiedad del suelo supone la de la superficie y la de todo lo que se encuentra en la parte superior é inferior de éste". Trad. esp. de ACILERA, s/l y s/f.

(26) Art. 905.

(27) Art. 840

(28) Art. 1.344.

(29) V.g., CASTAN TOBERNAS, José Derecho civil español común y foral, II, 18, Madrid, 1.978, págs. 150 a 155; ALPILADEJO, Manuel Derecho civil, III, 18, Barcelona, 1.974, págs. 198 a 202; DIEZ-FICAZO, Luis, y SULLÓN BOLLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, III, Madrid, 1.977, págs. 104 a 113.

(30) V.g., SANCHEZ ROMAN, Felipe Estudios de Derecho civil, III, Madrid, 1.900, pág. 138; VALVERDE Y VALVERDE, op. cit. págs. 75 a 77; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe Instituciones de Derecho civil, I, Madrid, 1.939, págs. 378 y 379; PUIG BRUTAU, op. cit., págs. 290 a 295; ESPIN CANDIAS, Diego, Manual de Derecho civil español, II, Madrid, 1.981, págs. 62 a 88.

(31) BRUGI, Diego, De la propiedad, I, Torino, 1.923, pág. 450; SANCHEZ ROMAN, op. cit., pág. 138; ALPILADEJO, op. cit., pág. 202.

(32) TABET, Andrea, y OTTOLENGHI, Enio, La proprietà, en Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, dirigida por Bigliani, Walter, Torino, 1.968, pág. 49.

(33) D. 11,8,2,1,; 19,43,24,21,2; 2,43,24,32,4; 18,8,2,29,1. Sobre la polémica vid. BONFANTE, op. cit., págs. 261 a 263.

(34) *Idem*, pág. 264. Siguiendo a este CEBTA, op. cit., pág. 98.

(35) Una síntesis de estas posiciones y su evolución gradual puede verse en GARRA, C.F., Cuestiones prácticas

de Derecho civil moderno, I, trad. esp. de Adolfo Posada, Madrid s/f, págs. 176 y 177.

(36) En la doctrina francesa, v.g., AUBRY, C. et RAU, C., Cours de Droit civil français, II, Paris, 1.869, pág. 180; DEMOLOMBE, G., op.cit., págs. 561 a 567; BALDRI-LACANTINERIE, G., Précis de Droit civil, I, Paris, 1.922, pág. 683; PLANIOL Y RIPERT, Tratado práctico de Derecho civil francés, III, trad. esp. de Diaz Cruz, La Habana, 1.946, pág. 226. En la doctrina italiana, v.g., DE MARTINO, Francesco, Commentario del Codice civile, al cuidado de Scialoja y Branca, III, Bologna, 1.962, págs. 160 a 162; BONFANTE, op. cit., págs. 264 a 267.

(37) En la doctrina francesa, v.g., MARTY-RAYNAUD, op. cit., pág. 125. MARTY, Jean Pierre, op. cit., pág. 85. En la doctrina italiana, v.g. BRASSI, Ludovico, proprietà e comproprietà, Milano, 1.951, págs. 591 a 595; DE RUGGERO, Roberto, Instituciones de Derecho civil, I, trad. esp. de Serrano Suñer y Santa Cruz Tejero, Madrid s/f, pág. 508; ROTONDI, Mario, Instituciones de Derecho privado, trad. esp. de Villavicencio, Barcelona, 1.953, pág. 243; BARBERO, Domenico, Sistema del Derecho privado, II, trad. esp. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1.967, pág. 241; ALLARA, Mario, Le nozioni fondamentali del Diritto civile, I, Torino 1.958 pág. 283, y Dei beni, Milano, 1.984, págs. 38 y 39.

(38) BONFANTE, aún admitiendo para el aire el concepto de res communes omnium y, por tanto, no susceptible de propiedad, matiza que "esto se refiere al aire como sustancia, y también como sustancia la imposibilidad ha cesado el día en que se ha presentado posible y ha sido admitida la aprobación prop. partes". op. cit., pág. 264.

(39) Vid. BRASSI, op. cit., pág. 591; BARBERO, op.cit., pág. 241

(40) En la posición afirmativa, DE MARTINO rebate el no considerar cosa en sentido jurídico al espacio aéreo, por ser infundada "porque la noción de cosa en sentido jurídico no depende de la cosa en sentido

naturalístico". *Op. cit.*, pág. 160; con similares razones argumentaba BONFANTE que "el concepto de cosa es un concepto social, y el aire o el espacio, elementos en la conciencia social inescindibles, son cosas y tales son considerados por los Romanos". *Op. cit.*, pág. 264.

(41) Para BARBERO, el espacio atmosférico, a diferencia del subsuelo, no tiene verdadera homogeneidad con el suelo. *Op. cit.*, pág. 241.

(42) BARASSI, *op. cit.*, pág. 574; este autor responde a BONFANTE admitiendo como cierta su afirmación que la cosa jurídicamente es un categoría social, "pero no nos parece que en nombre de la conciencia social se deba violar la lógica conceptual y real". *Op. cit.*, pág. 595.

(43) TORRES LANA, José Angel, La configuración jurídica del volumen de edificabilidad, Pamplona, 1.975, pág. 45.

(44) BIONDI, Biando, Los bienes, trad. esp. de Martínez-Radio, Barcelona, 1.961, pág. 75

(45) MONTES PENEDES, Vicente L., en Comentarios al Código civil y compilaciones forales, dirigido por Albaladejo, V. 19, Jaén, 1.980, pág. 180.

(46) Por el contrario, la doctrina clásica francesa consideraba al espacio aéreo como elemento constitutivo y parte integrante del suelo. Cfr. DEMOLOMBE, *op. cit.*, págs. 561 y 562.

(47) ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 199. VALVERDE, que tampoco considera al espacio aéreo una cosa en el sentido del Derecho y por tanto no susceptible de apropiación particular, desarrolla acto seguido una teoría propia basada en que "no hay manera de tomar posesión del espacio, y falta por lo tanto un elemento preciso para la existencia del derecho de posesión; de lo cual se infiere, que si el propietario pudiera

decirse que lo era del espacio, hasta el cielo, no estaría en posesión de él, ni podría llamarse poseedor del mismo, al faltar, según hemos dicho, el "corpus". Op. cit., pág. 76. Este planteamiento es seguido por BORFELL y SOLER, Antonio. Derecho civil español, II. Barcelona, 1.955, pág. 77. CASTAN por su parte, señala que la teoría de VALVERDE no resuelve la cuestión. Op. cit., pág. 151. La opinión contraria es mantenida por LACRUZ BERDEJO para quien "la posibilidad de utilización exclusiva del espacio situado sobre el suelo de la finca es, en mi opinión, expresión del derecho de propiedad que el titular tiene sobre dicho espacio". Matiza el autor más adelante: "el dueño del plano -sin espesor- que separa el suelo del subsuelo, es dueño también del espacio situado un centímetro o diez metros por encima de ese plano -con independencia de si está ocupado por aire o por una masa sólida o un fluido, o se ha hecho en él el vacío-, aunque no lo tenga ocupado por un árbol o recubierto por un tejado". Elementos..., op. cit., págs. 218 y 219.

(48) SAVATIER, René, Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des plans corporels, RTD, 1.958, págs. 8 y 9.

(49) Vid. SAVATIER, René, La propiedad del espacio, RDJ, 1.976, págs. 17 a 20. "Puesto que el derecho -nos dice este autor- es en sí mismo una técnica, ¿no debe, en este caso, experimentar y formular el espacio utilizando metodológicamente, a estos efectos, las cifras y las figuras? Las cifras y las figuras son los medios clásicos de todas las técnicas modernas; y el Derecho mismo, aunque tardíamente, ha terminado por darse cuenta de las superficies inmobiliarias. Ahí se ha encontrado con un punto de partida necesario; ello ha permitido desensolver un método. Después de siglo y medio, este método ha puesto a punto, progresivamente, para la propiedad concreta del suelo, una representación abstracta. Pero, asombrosamente, limitada a la geometría plana". En el artículo citado, pág. 18.

(50) COSTANTINO, Michele, Contributo alla teoria della proprietà, Napoli, 1.967, págs. 171 y 172.

(51) Vid. TORRES LANA, op. cit.; vid conclusiones en las págs. 371 a 379.

(52) DIEZ-FUCAZO, Luis, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, II, Madrid, 1.978, págs. 162 y 163. Para SOTO BISQUERT, Antonio, tampoco cabe duda al respecto, denominándolo derecho de vuelo, que es "la propiedad del espacio aéreo de una finca con construcción existente o proyectada, perteneciente, en parte al menos, a distinto titular y en régimen especial de propiedad horizontal". Así sostiene la negociabilidad del espacio aéreo de los inmuebles, señalando una serie de precisiones para distinguir el derecho de superficie y lo que el autor llama Derecho real de vuelo. El derecho de vuelo RDDI, 1.971, págs. 927 y ss.

(53) TORRES LANA, op. cit., págs. 112 a 114.

(54) Vid. supra, pág.

(55) El art. 350 D.C. dice que "El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella...". La diferencia es notable con las expresiones tajantes de sus correspondientes en el CodeN francés (art. 552) y el CodeN italiano de 1.865 (art. 440), que hablan expresamente del espacio superior para considerarlo propiedad del dueño del suelo. La distinta redacción del nuestro ya se hizo en los proyectos del Código civil de 1.851 (art. 394) y de 1.882 (art. 394). No obstante, GARCIA GOYENA, Florencio, al comentar el art. 394 del proyecto del 51 afirmaba que "la propiedad sería imperfecta... si no fuera dueño de todo el espacio que se encierra en ella" Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, Zaragoza, 1.874, pág. 209.

(56) GONZÁLEZ, op. cit., pág. 12.

(57) Con anterioridad el Reglamento de Higiene Pública de 1.910 abordó la limitación de altura, a fin de

orientar la ventilación y soleamiento de las viviendas.

(56) ALLARADO, op. cit., pág. 201.

(57) MONTES PENEDES, op. cit., pág. 182.

(58) La Ley de Minería de 29 abril 1.868 en su art. 32 define el suelo y el subsuelo de la siguiente manera: "El suelo, que comprende la superficie propiamente dicha y, además, el espesor a que haya llegado el trabajo del propietario, ya para solar y cimentación, ya con otro objeto cualquiera distinto del de la minería. El subsuelo, que se extiende indefinidamente en profundidad desde donde el suelo termina". Los efectos de la distinción se señalan en el art. siguiente: "el subsuelo se halla originariamente bajo el dominio del Estado".

(59) VALVERDE, op. cit., pág. 77. En nuestro Derecho no podría mantenerse la teoría de la Res nullius, mientras continúe vigente el art. 21.1 de la Ley del Patrimonio del Estado de 15 abril 1.964 (y art. 51.1 del Reglamento que lo desarrolla de 3 noviembre 1.964), que atribuye al Estado "los inmuebles que estén vacantes y sin dueño conocido", pues no parece existir dudas acerca de la naturaleza inmueble por naturaleza del subsuelo; con anterioridad a la LPE, la consideración del subsuelo como Res nullius respondía a la reticencia de algún sector de la doctrina en admitir su demanialidad y, en consecuencia, su atribución al Estado, discutida como era la aplicabilidad de la Ley de Moscerencos de 1.875. ALLARADO dice que se puede hablar de una estratificación jurídica del subsuelo, distinguiéndose tres estratos: a) un primer estrato como cosa en patrimonio; b) un segundo, como inmueble vacante con la inmediata y automática adquisición por el patrimonio del Estado; c) un tercero, como Res communis domini. DEL ROSAL, op. cit., pág. 51.

(60) MONTES PENEDES, op. cit., pág. 182.

(63) Vid. ALLARA, op.cit., pág. 61.

(64) Sustituye a la de 19 de junio 1.944.

(65) Deroga a la hasta entonces en vigor de 26 diciembre 1.958.

(66) Art. 2.1.

(67) Art. 3.1. L.M. Los criterios para la determinación de las sustancias señaladas en la sección "A" fueron desarrollados por el Decreto de 17 julio 1.975.

(68) Declara esta Ley en el art. 1.2: "Son patrimonio inalienable e imprescriptible de la Nación los yacimientos existentes en territorio nacional y en el subsuelo del mar territorial y de los fondos marinos que estén sometidos, a efectos de su exploración, investigación y explotación a la soberanía, con arreglo a las leyes españolas y convenciones internacionales vigentes ratificadas por España. Dichos yacimientos son bienes de dominio público cuya exploración, investigación y explotación podrán asumir directamente el Estado o ceder en la forma y condiciones que las Leyes establezcan"

(69) Por todos, SUAITA, Aurelio, Derecho administrativo: aguas, montes y minas, Madrid, 1.992, pág. 320. En el mismo autor y obra pueden verse los distintos sistemas históricos sobre la propiedad de las minas, págs. 313 a 317. Interesante en el repaso de los mismos, recogiendo las adhesiones doctrinales y los argumentos esgrimidos en pro y en contra, es la obra de PUJUELO, Carlos, Derecho minero, Madrid, 1.934, págs 9 a 24.

(70) Un estudio particularizado sobre la naturaleza jurídica de los yacimientos minerales y de sus recursos

geológicos, pertenecientes a cada una de las secciones A, B, y C, según las personas a que pertenecen puede verse en LUCAS FERNANDEZ, Francisco, La nueva propiedad minera, en Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico La Ceza, II, Madrid, 1.976, págs. 173 y ss.

(71) Art. 3.2. LMI.

(72) Preámbulo de la Ley de Aguas de 1.985.

(73) Queden excluidos de esta regulación las aguas minero-industriales y minero-medicinales, cuyo régimen se encuentra en los arts. 23 a 30 de la vigente LMI.

(74) La disposición derogatoria 18 de la Ley, deroga los artículos 407 a 425 del C. civil en cuanto se ponga a lo establecido en ella. En lo que afecta a las aguas subterráneas, la oposición es clara respecto a lo establecido en el 417, párrafo 1 y 418 del mencionado Código.

(75) Art. 18 de la Ley de 13 junio 1.879.

(76) Art. 418 C. civil.

(77) Art. 417, párrafo 19 C. civil.

(78) Art. 417, párrafo 28 C. civil + 21 Ley 1.879.

(79) Art. 50.1 Ley de 1.985.

(80) Art. 65 Ley 1.985.

- (81) Hasta la promulgación de esta Ley, esta materia se encontraba básicamente regulada por las leyes de 7 julio 1.911 y 10 diciembre 1.931 sobre Tesoros Artísticos, y 13 mayo 1.933 sobre el Patrimonio Histórico-artístico Nacional.
- (82) Art. 44 LPHE. Según el mismo "en ningún caso será de aplicación a tales objetos lo dispuesto en el art. 351 del Código civil".
- (83) Para CONSTANTINO "es problemática esta la razón que explica porqué el ámbito del ius opponendi se encontró definido en tema de propiedad de los fondos: aquí el problema de la individualización se resuelve mediante los confines, necesariamente establecidos, que determinan dos únicas dimensiones, la longitud y la anchura, mientras que la tercera, la altura, queda indeterminada". Op.cit., pág. 168.
- (84) Vfr. LACRUZ BERDEJO, Lecciones de Derecho inmobiliario registral, op. cit., pág. 85.
- (85) Sobre el derecho del propietario a oponerse a cualquier ingerencia de un tercero, son interesantes los despuntes de NATOLI, Ugo. Observa del análisis de una sentencia de la Casación italiana (5 dic. 1.974) que pertenece al ius opponendi, según las reglas generales, la carga de probar la carencia de interés del propietario a oponerse a la actividad desarrollada en el subsuelo o en espacio superior; se trata -nos dice NATOLI- de una prueba diabólica, si del interés a oponerse se ha una noción bastante lata, capaz de comprender utilidades futuras y eventuales. La proprietà. Appunti dalle lezioni I, Milano, 1.980, pág.141.
- (86) Parágrafo 905: "El derecho del propietario de una finca se extiende al espacio sobre la superficie y el cuerpo de tierra bajo la misma. El propietario no puede, sin embargo, prohibir intrusiones que se realicen a tal altura o profundidad que él no tenga ningún interés en la exclusión". Trad. española de

MELON INFANTE.

(87) Art. 557: "La propiedad del suelo implica la de arriba y la de abajo, en toda la altura y profundidad útiles a su ejercicio". Trad. española tomada de PUIG BRUTAU. El TGB es de 1.907.

(88) Art. 940: "Sottosuolo e spazio sovrastante al suolo. La proprietà del suolo si estende al sottosuolo contutto ciò che vi si contiene, e il proprietario può fare qualsiasi escavazione od opera che non rechi danno al vicino. Questa disposizione non si applica a quanto forma oggetto delle leggi sulle miniere, cave e torbiere. Sono del pari salve le limitazioni derivati dalle leggi sulle antichità e belle arti, sulle opere idrauliche e da altre leggi speciali. Il proprietario del suolo non può opporsi ad attività di terzi che si svolgano a tale profondità nel sotto suolo o a tale altezza nello spazio sovrastante, che egli non abbia interesse ad escludere"

(89) Cit. por GABBA, op.cit., pág. 177.

(90) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, Derecho civil de España, Madrid, 1.984, pág. 207. Cuando dice el ilustre maestro, en esta misma página, que el C. civil suprime ciertas exageraciones, hay que entender que así sucedió en el art. 350 respecto al correspondiente francés.

(91) Es muy repetida en los manuales y trabajos monográficos sobre el tema, la sentencia del T.S. de 1 febrero 1.909, que ha llamado la atención por considerarse para su tiempo muy avanzada socialmente.

(92) MANRESA Y NAVARRO, J.M., Comentarios al Código civil español, III, Madrid, 1.934, pág.156.

(93) GONZALEZ Y MARTINEZ, Jerónimo, op. cit., págs. 32 y 33.

- (94) V.g. CASTAÑO TOBENAS, op. cit., págs. 151 y 152; PÉREZ GONZÁLEZ, Blas y ALGUER, José, en sus notas a WOLF, Martín, Tratado de Derecho civil, III, 18, Barcelona, 1.971, págs. 347 y 348; PUIG BRUATU, op. cit., págs. 290 y ss.; ALBALADEJO, op. cit., págs. 201 y 202; DIEZ PICAZO-GULLÓN, op. cit., págs. 114 y 115; VILLACARAS, La propiedad en sentido vertical, RCDI, 1.953, págs. 448 y ss.
- (95) DE MARTINO, op. cit., pág. 162.
- (96) ROTONDI, op. cit., págs. 242 y 243.
- (97) *Ibidem*, pág. 243.
- (98) DE MARTINO, op. cit., pág. 163.
- (99) Vid. RESCIGNO, Pietro, Manuale del Diritto privato italiano, Napoli, 1.973, pág. 427.
- (100) COSTANTINO, op. cit., págs. 168 y 169.
- (101) *Ibidem*, págs. 174 a 178.
- (102) DIEZ-PICAZO, op. cit., págs. 158 a 160. Recogiendo la exposición de este autor, REVERTE NAVARRO, Antonio, Comentarios al Código civil y Conciliones forales, V, 29, dirigido por ALBALADEJO, Madrid, 1.985, pág. 673.
- (103) Para los yacimientos mineros, ALCANTARA SAMPELAYO, José, al comentar el proyecto de la Ley de Minas de 19 de julio 1.944, en vigor hasta 1.973, advertía de "la separación conceptual de suelo y subsuelo, que aunque no es objeto de declaración especial late en todo el proyecto", El proyecto de la nueva Ley de

Minas, RDP 1.944, pág. 529. GUIMERA PERAZA, Marcos, por su parte, al plantarse a la luz de la Ley de Minas citada la extensión vertical del dominio citada en el art. 350 D.civil, se pregunta: ¿Cuál es, en suma, el sistema legal español en esta materia?, para responder que parece que más que la teoría del interés, estamos ante la división del dominio de una finca en tres grandes y paralelos grupos: el subsuelo, el suelo y el vuelo. Lo que da lugar a una verdadera propiedad horizontal o por capas" El derecho de subsuelo (aguas subterráneas), ADC, 1.961, pág. 131.

(104) LACRUZ BERDEJO, op. cit., págs. 219 y 220.

(105) DIEZ-PICAZO, op.cit., pág. 160.

(106) GUIMERA PERAZA, op. cit., pág. 134.

(107) Un estudio de esta sentencia puede verse en *ibidem*, págs. 132 a 134.

(108) BARBERO, Domenico, sistema del Derecho privado, I, trad. esp. de Santis Melendo, Buenos Aires, 1.967, págs. 280 y 281.

(109) ENNECERUS, Ludwig, Tratado de Derecho civil, I, 10, trad. esp. de Perez y Alguer, Barcelona, 1.953, pág. 532.

(110) Debido a la heterogeneidad de los bienes que pueden ser objeto de una relación jurídica, ha denunciado PUIG FERRIOL, Luis, la esterilidad en "todo intento de llegar a un tratamiento jurídico de esta categoría jurídica", manifestada por la falta de dicho intento en las exposiciones sistemáticas del Derecho civil. Fundamentos de Derecho civil, I, 1, 2ª parte, Barcelona, 1.979, págs. 770 y 771.

(111) En opinión de MELON INFANTE, "si tuviésemos que señalar los Códigos civiles de más acusada significación en el campo de la Ciencia jurídica universal no vacilaríamos en escoger estos tres: el Código civil francés de Napoleón, el Código civil alemán y el Nuevo Código civil italiano de 1.942. Su respectiva importancia y valor descansa en razones de índole diversa, pero todas de acusada relevancia en el ámbito de la Ciencia del Derecho Privado. El Código civil francés es en realidad el iniciador del movimiento codificador de la época moderna; el Código civil alemán el exponente de una formulación de conjunto del Derecho civil, elaborado con arreglo a criterios de la más pura y exigente sistemática; y el Nuevo Código civil italiano, el símbolo principal de la preocupación codificadora de los tiempos actuales". Preliminar del traductor del Código civil alemán (1898), Barcelona, 1.955, pág. IX.

(112) Traducción española de MELON INFANTE, op.cit.

(113) Vid. entre otros PEREZ Y ALGUER en sus anotaciones a ENNECCERUS, op.cit., pág. 537. BIONDI, op.cit., pág. 24; LACRUZ BERDEJO, Jose Luis, Elementos de Derecho civil, I, Barcelona, 1.974, pág. 214; ALLARA, op.cit., pág. 8.

(114) SANCHEZ ROMAN, Felipe, Estudios de Derecho civil, II, Madrid, 1.911, pág. 487.

(115) VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, Tratado de Derecho civil español, I, Madrid, 1.909, pág. 385.

(116) DE COSSIO, Alfonso, Instituciones de Derecho civil, Madrid, 1.977, pág. 132. Para D'CASTAGHAN MURCZ, Xavier, recientemente, "Objeto de derecho es el género. ABienR, la especie. ACosaR, la subespecie". Compendio de Derecho civil, I, Madrid, 1.986, pág. 312.

(117) STOLFI, Nicola, Diritto civile, I, 29, torino, 1.931, pág. 408.

(118) MESSINEO, Francesco, Manual de Derecho civil y comercial, II, trad. esp. de Santos Melendo, Buenos Aires, 1.954, pág. 259.

(119) CLEMENTE DE DIEGO, *op.cit.*, págs. 255 y 256.

(120) BIONDI, *op.cit.*, pág. 34.

(121) CASTAN TOBENAS, Jose, Derecho civil español común y foral, I, 29, Madrid, 1.978, pág. 572.

(122) ALBA ADEJO, Manuel, Derecho civil, I, 29, Barcelona, 1.975, pág. 76. Así lo deduce también para el Derecho civil MARIN PEREZ, Paseras, Derecho civil, I, en Manuales de exámen de los españoles, X, Madrid, 1.983, pág. 159.

(123) DIEZ-PICAZO, Luis, y GULLON BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho civil, I, Madrid, 1.982, pág. 412.

(124) El Derecho alemán distingue entre objeto (Sachenstand) y cosa (Sache).

(125) En el Derecho romano durante un primer momento, la noción de cosa venía referida exclusivamente a los entes del mundo exterior perceptibles mediante los sentidos, y no se expresaba en una categoría genérica sino en determinados entes materiales o corpóreos, que podían entrar a formar parte del dominio y de los derechos reales, tales como el praedium, el resvulsa, la rescuncta, etc. Vid. BIONDI, *op.cit.*, págs. 17 a 21; D'ORS, *op.cit.*, pág. 133; PRIAS RAMOS, *op.cit.*, págs. 99 y 100; IGLESIAS, *op.cit.*, págs. 225 y 226.

(126) PUIG-FERRIOL pone de relieve como "el concepto jurídico de cosa no se presenta como uniforme en el tiempo, sino que al compás sobre todo de los nuevos y constantes avances técnicos, el concepto jurídico de cosa experimenta una progresiva ampliación", *op.cit.*, pág. 772.

(137) GAYO, 2, 17.

(128) CANDIL, F., que fue el primero en estudiar el tema en nuestro Derecho, concluye diciendo que "puede afirmarse que la electricidad es una cosa en sentido técnico, ya que es susceptible de ser reconocible como material". La electricidad como objeto de derecho, RDP, 1.925, pág. 187. LACRUZ BERDEJO, por su parte, coincidiendo con la mayoría de la doctrina, la considera un bien incorporal pero material, por lo que no es "una cosa en sentido estricto, pues si el Derecho la acoge y regula en cuanto percepción sensible, es ajena al concepto espacial consustancial con las cosas tal como las pensó el legislador". Op.cit., pág. 216. BIONDI incluye las energías entre los bienes inmateriales. Op.cit., págs. 65 a 74. En el mismo sentido lo hacen DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, op.cit., pág. 414.

(129) ALLARA, Lezioni fondamentali, op.cit., pág.278; DE RUGGIERO, op.cit., pág. 485; GALADETO op.cit.,pág. 88.

(130) GAYO 2,14; D. 1,8,1,1.

(131) LACRUZ BERDEJO op. cit., págs. 215 y 216

(132) Vid. DE RUGGIERO, op. cit., pág. 485; DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., pág. 487.

(133) Vid., por todos, MARIN PEREJ, Practical, Elements, NEG, III, Barcelona, 1.951, pág. 349. Este concepto amplio de cosa encuentra apoyo legal en los arts. 334.10 y 336 C.c.

(134) "Quidquid est aut cogitatur": todo lo que es o se piensa.

(135) Escribió JOSSEERAND: "En el curso de los tiempos, pero sobre todo desde hace un siglo, el número de los bienes ha aumentado prodigiosamente con los progresos realizados por la ciencia y por el derecho... Queramos o no, el derecho, ciencia social, sigue el desenvolvimiento de las ciencias exactas o experimentales, y los patrimonios particulares presentan una riqueza, una diversidad de composición que se opone a la pobreza numérica y específica de los patrimonios de nuestros antepasados". "Derecho civil", I, 32, trad. esp. de Conchillos y Manterola; Buenos Aires, 1.930, pág. 4.

(136) ALLARA, Mario, Del boni, op.cit., pág. 30.

(137) POTONDI, op. cit., pág. 206; MARIN PEREZ, op.cit., pág. 348.

(138) FERRARA, F. Trattato di Diritto civile italiano, I-II, Roma, 1.921, pág. 733. Este requisito parece igualmente deducirse de la exposición de MARIN PEREZ, op.cit., pág. 349.

(139) Nos dice JOSSEERAND que "en este punto, como en tantos otros, lo jurídico es función de lo económico", op.cit., pág. 7. Quien más vehemente mente ha defendido este punto de vista ha sido ALLARA, op.cit., págs. 30 y ss.

(140) PUGLIATTI que ha defendido con ahínco la autonomía del Derecho respecto a la ciencia económica, no ha tenido reparo en reconocer "que entre los dos tipos de experiencias no faltan relaciones muy estrechas, y que estas relaciones pueden tener reflejos respecto a los concepto de la una y de la otra ciencia", Cosa (Teoría general), en Enciclopedia del Diritto, XI, Torino, 1.962, pág. 21.

(141) ALBALADEJO, Manuel, op.cit., págs. 76 y 78.

(142) Los agraristas cada día se inclinan más por definir la actividad agraria conforme al criterio biológico

de la «agrariidad» formulado por CARROZZA, Antonio, para quien "considerada en su íntima esencia -desde un punto de vista metajurídico, pero también metaeconómico y metasociológico, ontológicamente hablando- la actividad productiva agrícola consiste en el desarrollo de un ciclo biológico, vegetal o animal, ligado directa o indirectamente al disfrute de las fuerzas y de los recursos naturales y que se resuelve económicamente en la obtención de frutos, vegetales o animales, destinables al consumo directo, bien tales cuales o bien previa una o múltiples transformaciones". Problemi generali e profili de qualificazioni del Diritto agrario, I, Milano, 1.975, págs. 60 y ss. En base a esta formulación de la agrariidad, el fundo no es considerado el elemento imprescindible para la calificación de la actividad agraria típica, incluyéndose en ella también, a efectos jurídicos, la actividad agraria que prescinde de la tierra, físicamente posible en nuestros días. En nuestra doctrina agraria, esta tesis de la prescindibilidad del fundo no ha tenido buena acogida, planteándose la necesidad del fundo para hablar de actividad agraria. Vid. DE LOS MOZOS, José Luis, El Derecho agrario. Estado actual de la cuestión, ADC, 1.976, págs. 323 y ss.; BALLARÍN MARCIAL, Alberto, Derecho agrario (la Constitución de 1.978 y la agricultura), Madrid, 1.978, págs. 507 y 511; VATTIER FUENZALIDA, Carlos, concepto y tipos de empresa agraria en el Derecho español, León, 1.978, págs. 108 a 110.

(143) En concreto para la plantación forestal, el mismo creador del concepto de «agrariidad» nos revela que, por ahora, aquella requiere estar unida físicamente a la tierra, cuando al referirse a la silvicultura como actividad forestal, nos dice que "no es otra cosa que una especie de cultivo del suelo". CARROZZA, op.cit., pág. 81.

(144) SANTOS BRIZ, Jaime, Comentarios al Código civil y Disposiciones forales, dirigido por ALBALADEJO, V, 19, pág. 18.

(145) GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, Parte general de Derecho civil español, Madrid, 1.983, pág. 292.

(146) ALBALADEJO, op.cit., pág. 105.

(147) Según esta resolución de la DGRN: "en la legislación patria no existe un concepto técnicamente elaborado de las partes integrantes y accesorias, pero puede descubrirse un criterio análogo respecto de las últimas en las llamadas cosas muebles por destino, en los números 4, 5, 6, 7 y 9 del art. 334 del Código civil, y por lo que hace a la hipoteca los arts. 110 y siguientes de la Ley, permiten la extensión de tales pertenencias, si media pacto expreso para ello".

(148) CASTAN TOBERAS, op. cit., pág. 626

(149) La concesión de plantación puede comprenderse en el ámbito de otro derecho con la eficacia obligatoria o real del mismo, así como derechos reales o de goce de la plantación separada del suelo (usufructo, enfiteusis o arrendamiento). Vid. PUGLIESE, Giovanni, Comentario del Código civil, al cuidado de Scialoja y Branca, libro tercer, Della proprietà, Bologna, Roma, 1.962, págs. 553, 557 y 558; PESCATORE, Gabrielle, ALBANI, Raffaele, y GRECO, Francesco, commentario del Codice civile, Libro III, 19, Torino 1.968, págs. 656 y 657.

(150) ALLARA, Mario, Lezioni fondamentali, op.cit., págs. 276-278.

(151) Principalmente se ha aludido con una interpretación de género a los arts. 334.2º, 335, 401, 1.062 y 1.097 C.c., para deducir en nuestro Derecho un concepto similar al de las partes integrantes en Derecho alemán.

(152) PEREZ Y ALSUER, Anotaciones a Enneccerus, op.cit., pág. 563.

(153) Respecto a los árboles MOSCO, Luigi, consideraba que "el árbol tomado en consideración como tal, esto es

como fuente de producción, tiene su autonomía económica, una función distinta de la del suelo". I frutti del Diritto positivo, Milano, 1947, pág. 507.

(154) Vid. BELTRAN DE HEREDIA y CASTAÑO, V., La comunidad de bienes en Derecho español, Madrid, 1.945, pág. 29; ALBALADEJO, Manuel, Derecho civil, III, 19, págs. 343 a 345; LACRUZ BERDEJO, José Luis, Elementos de Derecho civil, III, 21, Barcelona, 1.980, págs. 293 a 295; GARCIA AMIGÓ, Manuel, condominio y división de propiedad separada, RDP, 1.974, pág. 178; GARCIA GARCIA, José Manuel, comentario a la l. de 26 de julio 1.976, RCDI, 1.978, pág. 826. Otros autores prefieren abandonar el concepto de copropiedad Agro dividua, por la ausencia de afinidad al instituto de la copropiedad, para denominar estas situaciones de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad o una figura de propiedad dividida, o bien postulan, junto o al margen de esto, por el carácter de propiedad esencial. Vid. CASTAN TOBERAS, José, Derecho civil español, condó y foral, II, 12, op.cit., págs. 421 y 422; LEAL SANCIA, Alejo, Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres, en Buletín del Instituto de Reforma Agraria, 1.934, págs. 447 y 455; CUADRADO ISLESIAS, Manuel, Aprovechamiento en común de pastos y leñas, Madrid, 1.980, págs. 351 y 352; CORRAL DUENAS, Francisco, La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura, RCDI, 1.984, pág. 286.

(155) En la doctrina italiana se han pronunciado en contra de la abolición de la propiedad separada de los árboles en el Código de 1.942: FERRARA, Francesco, la superficie delle piantazioni, en Scritti giuridici, III, Milano, 1.954, págs. 169 y ss.; FUNAIOLI, Diritto di superficie Ad tempus, en Foro italiano, I, 1.942, pág. 600; RICA-BARBERIS, Mario, Spese utili, miglioramenti, innovazioni, piantazioni ed edifici goduti in comuni, Torino, 1.946, pág. 23. Han sancionado esta innovación: GALIS, Lino, La superficie, Torino, 1.956, págs. 149, y 150; PUGLIESE, op.cit., pág. 552; SIBARDINA, La cosiddetta proprietà degli alberi separata da quella del suolo in Italia, en Storia del Diritto, II, Palermo, 1.966, págs. 428 y ss.; PESCATORE, ALBANO Y BREDO, op.cit., pág. 655; GUARANTIA, ALFONSO y PREDEN, Roberto, Comentario teórico-práctico al Código civil, dirigido por Vittorio de Martino, libro III, De

la propiedad, Rona, 1972, págs. 68; ROMAGNOLI, Elito, Publico e privato nel regime giuridico del boschi e dei pascoli montani, RDP, 1960, págs. 306.

(156) Este es el principal argumento utilizado para su prohibición en la Relación real al Código civil de 1942, pero su falta de solidez ha sido suficientemente demostrada por FERRARA, op. cit., págs. 169 y ss. En este sentido declara la Relación sobre el correspondiente art. 146 del libro de la propiedad (n. 99, p. 30): "Ho escluso la possibilità della costituzione del diritto di superficie per le piantagioni. Le promiscuità, che nella maggior parte di casi si vengono in tal modo a costituire, oltre che fonte perenne di contrasti fra el propietario del suolo e quello della piantagione, sono esiziali all'agricoltura. Questa esclusione importa che, mentre sotto l'impero del vecchio codice, dall'art. 448 poteva argomentarsi l'ammissibilità di una proprietà superficiaria anche per le piantagioni, nel nuovo codice, che per la superficie detta una particolare disciplina, la (sfera di) efficacia della presunzione juris tantum, stabilita dall'art. 124, di appartenenza delle piantagioni o costruzioni al propietario del suolo è circoscritta alla ipotesi (ai casi) previste negli articoli 125, 126 e 127, ai rapporti, cioè, fra il propietario del suolo e il terzo che chiede la separazione delle piantagioni o dei materiali o il pagamento del loro valore".

(157) Vid. ROMANOSI, op. cit., págs. 305 y 306; VITUCCI, Paolo, Contratti agrari e diritti reali, en Manuale di diritto agrario italiano, dirigido por Natalino Irti, Torino, 1980, págs. 257 a 261. Estas intervenciones contra la concesión separada de las plantaciones en base a una relación obligatoria se inicia en 1962 (Leyes de 2 abril y 12 de junio), y ha ido adquiriendo en las leyes posteriores de 1964 y 1971 mayor severidad hasta el punto que el resultado alcanzado es cuanto al arrendamiento es más riguroso de lo que ha declarado la jurisprudencia italiana sobre el derecho de superficie arbórea, a decir de VITUCCI, op. cit., pág. 258.

(158) GARCIA AMIGO, op. cit., pág. 156.

(159) Un sumario publicado en 1.919 por la Mancomunidad de Cataluña, titulado Usos y costumbres de bon pastes sobre boscos i altres arbrades, aludía que "tan mala costumbre hay que considerar el castigar el bosque sacando los árboles antes de hora, como el dejarlos envejecer, no obteniendo los aprovechamientos que correspondan cuando es ocasión" Costumari català. I, tiratge provisional, Barcelona, 1.919, citado por MASPONS Y ANGLADELL, F., Derechos del usufructuario en el régimen catalán, RDP, 1.920, pág. 72.

(160) Si esto es cierto, siempre se encierra en ello un peligro que desde hace algún tiempo nos azota por la actitud abiertamente destructiva del medio ecológico que el desarrollo capitalista impone, en su lógica interna de obtener los mayores beneficios en el plazo más corto de tiempo, con la complicidad de una serie de leyes que favorecen estos intereses. En el mejor de los casos, cuando nos topamos con la legislación protectora del medio ambiente y los sistemas ecológicos, o es insuficiente o de aparición tardía que, si bien siempre sea bienvenida, se manifiesta inadecuada para recuperar los daños producidos, tornándose irreparables unas veces por el alto coste que exponen, al que no están dispuestos a hacer frente, y otras porque chocan con intereses individuales con altas cotas de poder, a lo que hay que añadir la desproporción existente entre medidas para su observancia y fines perseguidos; la sanción pecuniaria la mayoría de las veces es asimilada y prevista en los costes de producción empresarial. Esto generalmente supone dejar en manos de las fuerzas sociales y hegemónicas en el modo de producción capitalista la cuasi-libertad de actuación encaminada a un fin productivista, poco o nada respetuosa con los intereses colectivos. Un ejemplo de esa legislación, que prima la producción maderera a un alto coste social que no es tenido en consideración para la elaboración del cálculo económico para su inserción en el mercado, es la Ley de Fomento de la Producción Forestal de 4 de enero 1.977, desarrollada por el Reglamento de 12 junio 1.978, cuya finalidad viene expuesta en el preámbulo. Se puede resumir en medidas dirigidas a incentivar el capital privado hacia inversiones forestales, por las especiales características de la propiedad y la producción forestal, destinadas a lograr que la oferta de madera cubra en el plazo más breve posible las necesidades de la creciente demanda de madera

por la industria. El planteamiento productivista que preside la ley, tiene difícil acomodo con intereses sociales y medio-ambientales. Se percibe muy directamente, según denuncia TAMAMES, Ramon, la mano de las grandes asociaciones madereras y los demás grupos financieros con interés en la producción de madera. "Esta Ley -insiste TAMAMES- favorece excesivamente las plantaciones de turno corto, creando así las bases para una rápida y fatal sustitución del paisaje vegetal natural de hayedos, robledales y encinares por la monotonía de los eucaliptos -grandes drenadores de agua- esquiladores del suelo- o por los pinos de crecimiento rápido altamente propensos a ulteriores incendios forestales". Sin escatimar tampoco, prosigue TAMAMES, que con la Ley "se favorece sin ambages el marco para la entrada del gran capital en las áreas forestales o potencialmente forestales, con la posibilidad que ello entraña de desalojar los nocos núcleos de población que quedan en las áreas montañosas, al privarles de sus aprovechamientos tradicionales tanto de bosques como sobre todo de espacios abiertos para la ganadería extensiva". Estructura económica de España, I, Madrid, 1.982, págs. 312 y 313.

(161) La importación de madera en España cuesta al año alrededor de 80.000 millones de pesetas. A esto hay que añadir que para la C.E.E. el segundo déficit después de la energía es la madera. Datos recogidos de la conferencia sobre Ordenación del espacio rural, protección del medio ambiente y planificación del desarrollo en zonas de montaña: modelos, meteorología y estrategia, pronunciada por PUIE RAMOS, Ramiro, en el Congreso sobre agricultura y desarrollo rural en las zonas de montaña, celebrado en Granada los días 4 al 8 de noviembre de 1.985.

(162) Señala DIEZ PICADO que esta obligación de los titulares de derechos de disfrute limita el goce que sobre la cosa puede hacerse y se concreta en el deber de diligencia que le es exigido, llevando consigo aparejado algunos otros, entre los que figura en el disfrute de acuerdo con las reglas de una economía ordenada. Indica el autor que tal regla "tiene notable importancia cuando el capital y su fruto se hallan en tan estrecha conexión que un disfrute excesivo puede dar lugar a una disminución extrema del valor de la cosa". Naturaleza jurídica de los minerales, AUC, 1.945, págs. 362 y 363. Conectando con la

última expresión, valor de la cosa, ya había expuesto GARCIA VALDECASAS, Alfonso, que "la conservación de la sustancia es la conservación del valor: valor que encierra la conservación tanto de su potencial permanente como de su rendimiento normal; una merma de la productividad normal de la cosa es un ataque a su sustancia. Lo es también un aumento a costa de su potencial futuro". La idea de sustancia en el Código civil, RDP, 1.951, pág. 686.

(163) Ya lo advertía MUCRUS SCAEVOLA: "Cuando el suelo pertenece en plena propiedad a una sola persona y el vuelo también en plena propiedad a otra, ¿dónde están los elementos de la proindivisión?", op. cit., pág. 99.

(164) CASTAN TOBERAS, op. cit. pág. 421.

(165) Así BARABSI, refiriéndose a la comunidad prodiviso, nos dice que "la misma expresión intimamente contradictoria evidencia la erroneidad así como la superfluidad del concepto". op. cit., pág. 104; CASTAN TOBERAS, por su parte, afirma que "hay que reconocer, sin embargo, que la expresión comunidad prodiviso, aunque concisa y generalizada, se presta a serias objeciones" op. cit., pág. 421.

(166) FERRARA, op. cit., pág. 191.

(167) "La propia esencia del retracto -nos dice GARCIA AMIGO-, condicionando su actuación a que se enajene uno de los derechos separados, limita su aplicación a sólo un reducido número de casos". op. cit., pág. 199.

(168) Leyes 382 y 444 Compilación de Derecho Foral de Navarra, aprobada por Ley de 1 marzo 1.973.

(169) Esta sentencia está dictada en aplicación del art. 2-3 del Reglamento de la LCR de 29 abril 1.959, que

desarrolla el art. 2 de la LAR de 15 de marzo 1.935, ya derogados por la vigente LAR de 1.980, cuyos textos son coincidentes en los sustancial con el actual 3.2.

(170) CASTAN TOBERAS, Derecho civil español, I, 22, op. cit., pág. 573. La idea de utilidad estaba ya presente en el Derecho anterior a L. civil; así el proemio del título 17 de la Partida 2 definió los bienes como "aquellas cosas de que los homes se sirven et se ayudan"

(171) CASTAN TOBERAS, op. cit., pág. 573.

(172) MESSINEO, F., op. cit., pág. 261.

(173) VON THUR, Derecho civil, I, trad. esp. de Tito Rava, Buenos Aires, 1.946, pág. 386. El civilista suizo utiliza el término valor de permuta para referirse al valor de cambio.

(174) MESSINEO, F. op. cit., pág. 261.

(175) ZNNECCERUS, op. cit., pág. 606.

(176) MORENO QUESADA, Bernardo, La categoría de los derechos patrimoniales, RGLJ, 1.967, 7.230, pág. 956 y 957

(177) VON THUR, op. cit., pág. 386.

(178) Como ha puesto de manifiesto GONZALEZ PEREZ, Jesús, "en materia expropiatoria, uno de los atentados más graves a la uniformidad legislativa se ha producido en nombre del urbanismo", pero este régimen especial de la Ley del Suelo en el aspecto sustantivo de la valoración sólo se aplica al suelo; para las plantaciones la tasación se realizará con arreglo a las normas de la L.E.F. y su Reglamento, según

indica el art. 137.1 del Reglamento de Gestión Urbanística de 25 agosto 1.978. Comentarios a la Ley del Suelo, I, Madrid, 1.981, págs. 779, 780, 803 y 804.

(179) Las sentencias de la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S. de 15 febrero 1.975 y 19 noviembre 1.979, entre otras, remarcan la obligatoriedad de que consten en la hoja de valoración o justiprecio de las parcelas el valor del suelo vegetal, tratándose en la primera sentencia de pinos y en la segunda de encinas. En ambas se acepta la denuncia por las partes recurrentes de tal omisión. La sentencia de la misma Sala de 7 octubre 1.975 exige, además, que la tasación por la Administración de los árboles existentes en la finca expropiada han de ser debidamente justificadas en los informes técnicos obrantes en el expediente. En referencia a los criterios valorativos inciden igualmente las sentencias de 29 enero 1.975 y 11 diciembre 1.978.

(180) En atención a estos criterios pueden verse, entre las más recientes, las sentencias de 18 marzo 1.976, 1 y 27 octubre, 7, 10 y 11 noviembre 1.980, 17 y 21 enero, 6 y 18 febrero, 15 marzo y 15 julio 1.981, 13 y 18 marzo y 10 noviembre 1.982. Excepcionalmente la valoración se ha establecido conjuntamente sobre el suelo y las plantaciones; así las sentencias de 19 mayo 1.975, 14 noviembre 1.980 y 21 noviembre 1.982. La sentencia de 18 marzo 1.976 establece una tasación por unidad de superficie (hectáreas) para la superficie ocupada por olivar en función de su clase, mientras que para otros árboles frutales se valoran independientemente por unidad.

(181) Art. 54 del Estatuto del Vinor: "Podrá acordarse, por razones de interés general, el arranque de viñedo, mediante Decreto que se ajustará a la Ley General de Expropiación Forzosa y que contendrá necesariamente: Las normas precisas para que el Ministerio de Agricultura determine las plantaciones concretas a que haya de afectar la obligación de arranque, atendiendo al orden preferente establecido en el artículo anterior. b) El plazo para la realización del arranque. c) Las sanciones que fueran aplicables con arreglo a esta Ley" El art. 54 del Reglamento reproduce el texto, añadiendo que contendrá

también: "Las normas que de acuerdo con la citada Ley correspondan para determinación de las indemnizaciones".

(182) Idénticas medidas se establecieron por Orden 20 diciembre 1.987 (art. 6) para la Comarca de los Valles Centrales de Castellón a partir de 1.986 y para la región del Duero por Real Decreto 26 marzo 1.982 (art. 3) y Orden 11 junio 1.982 (art. 9) una vez transcurrido 1.991.

(183) De otra forma sería incomprensible que el legislador alterara la redacción del art. 379 del proyecto de Código civil de 1.851, equivalente al actual 333, sustituyendo el término propiedad por el de apropiación. Aquel artículo del proyecto García Goyena decía: "las cosas que pueden ser objeto de propiedad son bienes muebles e inmuebles"

(184) CASTAN TOBERAS, op. cit. , pág. 574

(185) ALBALADEJO, Derecho civil, 1.29, op. cit. , pág. 74.

(186) BIONDI, op. cit. , pág. 74.

(187) CASTAN TOBERAS, op. cit. , pág. 574.

(188) LACRUZ BENDIGO, Elementos, 1, op. cit. , pág. 215.

(189) Art. 1.528: "O direito de superficie pode ser constituído por contrato, testamento ou usucapiao, e pode resultar de alienação de obra ou arvores já existentes, separadamente da propriedade do sólo".

(190) VITTOCI pone esto de relieve: "y afirmando la excepcionalidad de esta última (art. 956) la Casación

ponía la premisa para hacer operar en el caso concreto un razonamiento bastante difundido en nuestra jurisprudencia: el que lleva a asumir como principio general la autonomía privada -frente a la derogación legislativa, todas expresas y de estricta interpretación- y que en el caso concreto llevó a considerar excluida de la prohibición del art. 956, y por tanto consentido el ejercicio de la autonomía, la utilización separada de las plantaciones, "concedida en base a una relación obligatoria". op. cit. , pág. 256. Sobre el argumento puede verse también la sentencia de la Cassación italiana de 6 junio 1.951, Euro italiano, 1.952, I, pág. 1.563.

(191) Vid. BONFANTE, op. cit. , pág. 159.; ASTUTI, Guido, Cosa storica, en Enciclopedia del Diritto, IX, Torino, 1.962, pág. 8.

(192) Id., op. cit. , pág. 8.

(193) WINDSCHEID, Bernardo, Diritto delle Pandette, I, trad. italiana de Fadda y Bensa, Torino, 1.925, pág. 236.

(194) Vid. ASTUTI, op. cit. , pág. 9; IGLESIAS, op. cit. , pág. 236.

(195) BONFANTE, op. cit. , pág. 157.

(196) ARIAS RAMOS y D'ORS identifican el accessorium de las fuentes romanas con las pertenencias. BONFANTE y ASTUTI explican que el concepto y régimen jurídico de las pertenencias es extraño al Derecho romano, pues éste sería una mala transferencia del concepto de accesorio. ARIAS RAMOS, op. cit. , pág. 109; D'ORS, op. cit. , pág. 138; BONFANTE, op. cit. , págs. 148 y 170; ASTUTI, op. cit. , pág. 10.

(197) Vid. BONFANTE, op. cit. , pág. 166; ASTUTI, op. cit. , pág. 10; ARIAS RAMOS, op. cit. , pág. 9.

(198) Un apollo nuestra sobre estos Instrumenta puede verse en BONFANTE, op. cit., pág. 166 a 168.

(199) *Ibidem*, pág. 157; ASTUTI, op. cit., pág. 11.

(200) ASTUTI, op. cit., pág. 11.

(201) BONFANTE, op. cit., pág. 166; ASTUTI, op. cit., pág. 11; O'ORS, op. cit., pág. 57; ARIAS RAMOS, op. cit., pág. 109.

(202) D. 19, 1, 40.

(203) D. 18, 4, 9.

(204) D. 33, 7, 12, 11: "PULPIANUS libro XX ad Sabicum. Ea vero, quae solo continentur, instrumenti fundi non esse Casius scribit, veluti iudiceta et salicta, antequam caesa sint, quia fundus fundi instrumentum esse non potest; sed si caesa sint, puto contineri, quia quarendo fructui deserviunt. Idem et in palis evit dicendum"

(205) Esta traducción, como todas las que se toman literalmente, corresponde a GARCÍA DE CORRAL, Idelonso L., Cuerpo del Derecho civil romano, publicado en 6 tomos en Barcelona desde 1969 en que se publicó el primero hasta 1998 que se publicó el último.

(206) D. 19, 1, 40: "PRONONIUS libro XXXI ad Quintum Mucium. Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat, et pro his rebus pecuniam accepti, et tradere volebat; eorum quaerebat, quid facere oportet, et, et verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae. Prononius, arborum quae in

fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emtor non poterit, sed ex emto habet actionem"

(207) D. 18,6,9: "FRIUS libro X ad Edictum provinciale. Si post inspectum praedium, antequam emto contraheretur, arbores vento vi delectae sunt, an haec quoque emtori tradi debeant, quaeritur. Et respondum est, non deberi, quia eas non emerit, quod antequam fundum emerit, desierint fundi esse; sed si inopavit emtor, delectas esse arbores, venditor autem scivit, nec adonvit quanti emtoris interfuerit, sem aestimandam esse, si modo venita"

(208) ENNECERUS, op. cit., pág. 561.

(209) ENNECERUS, op. cit., pág. 554. El párrafo 93 del BGB se limita a decir: "Las partes integrantes de una cosa que no pueden separarse sin que una u otra se destruya o sea modificada en su esencia (partes integrantes esenciales) no pueden ser objeto de derechos singulares". Tomado de la traducción de MELON INFANTE, Carlos, Barcelona, 1.975. Según ENNECERUS, su determinación no ofrece problemas cuando son perceptibles como piezas corporales y delimitadas. "en lo demás, el concepto de parte integrante se determina a tenor de las concepciones del tráfico o, siempre y cuando no pueda averiguarse cuáles son éstas o si son diversas en los círculos interesados, conforme a puntos de vista económicos". op. cit., pág. 554. Algunos criterios y su aplicación a supuestos concretos puede verse en LEHMANN, Heinrich, Tratado de Derecho civil, trad. esp. de José María Navas, Madrid, 1.956, págs. 543 y 544.

(210) Párrafo 94: "Como partes integrantes esenciales de una finca se consideran las cosas unidas fijamente a la tierra y suelo, en especial los edificios, así como los productos de la finca mientras estén adheridos al suelo. La semilla al sembrar y la planta al plantarla se hacen parte integrante esencial de la finca. Se consideran partes integrantes esenciales de un edificio las cosas incorporadas para la construcción de dicho edificio". Trad. esp. de MELON INFANTE, op. cit.

(211) Parágrafo 93 B6B, transcrito en la nota 209 de este capítulo.

(212) Vid. ENNECCERUS, op. cit., págs. 560 y 561; LEHMANN, op. cit., pág. 546; VON THUR, Andreas, Parte general al Derecho civil, trad. esp. de Wenceslao Roces, Madrid, 1.927, pág. 92.

(213) Sobre la evolución legislativa y la problemática que plantea el tema vid. el interesante trabajo de VITUCCI, Paolo, Proprietà separata delle piantagioni e divieto di concessioni separate nei contratti agrario, RDC, 1.972, parte II, págs. 657 a 664, artículo casi reproducido en Contratti agrari..., op. cit., págs. 255 a 261. Para los bosques, expresamente TAMPONI, Michele, califica a los árboles que lo componen como partes integrantes del fondo. una proprietà speciale (Lo statuto dei beni forestali), Padova, 1.980, pág. 85.

(214) MÁNRESA Y NAVARRO, José María. Comentarios al Código civil español, III, Madrid, 1.934, pág. 20.

(215) Resolución de 19 noviembre 1.943.

(216) Vid. supra pág.

(217) Vid. infra pág.

(218) Esta posición es mayoritaria en la doctrina española. La sostienen, entre otros, CASTAN TOBERAS, José, Derecho civil español, común y foral, II, 20, Madrid, 1.978, pág. 267; PUTS BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho civil, III, 38, Barcelona, 1.974, págs. 538 y 539; ESPÍN CANOVAS, Diego, Manual de Derecho civil español, II, Madrid, 1.981, pág. 394; DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN DALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho civil, II, Madrid, 1.977, pág. 414. Son defensoras de la tesis del dominio dividido: VALVERDE Y

VALVERDE, Celixto, Tratado de Derecho civil español, II, Madrid, 1.911, págs. 491 a 493; PUIG PERA, Federico, Concepto de Derecho civil español, II, Pamplona, 1.972, pág. 699; ALBALADEJO, Manuel, Derecho civil, III, 28, Barcelona, 1.975, pág. 160; LAGRUZ BERDEJO, Jose Luis, Elementos de Derecho civil, III, 28, Barcelona, 1.980, págs. 127 a 129; O'CALLAGHAN MURDZ, Javier, Comentarios al Código civil y compilaciones forales, XX, 32, dirigido por Albaladejo, Madrid, 1.982, págs. 25 a 28.

(219) Art. 1.632 C. civil: "El enfiteuta hace suyo los productos de la finca y de sus accesiones. Tiene los mismos derechos que corresponderían al propietario en los tesoros y minas que se descubran en la finca enfiteútica".

(220) LOBATO GOMEZ, J. Miguel, Consideraciones acerca de la superficie arbórea, RDP, 1.985, págs. 842 y 843.

(221) Refiriéndose a este precepto, con precisión, apunta DIEZ PIDAZO: "En definitiva establece el marco del poder de aprovechamiento del enfiteuta, haciéndolo consistir en el goce de cuanto la finca puede producir. Literalmente no dice que la enfiteusis se extienda a las accesiones, sino que el derecho de goce del enfiteuta abarca o comprende los productos de las accesiones, pero, naturalmente, ello habrá de ser en virtud de una extensión de su derecho". Fundamentos..., op. cit., pág. 206.

(222) O'CALLAGHAN MURDZ, que refiere para la enfiteusis en su regulación jurídica actual la naturaleza jurídica de dominio dividido, refiriéndose al primer párrafo del art. 1.632 C.c. aclara que esto no significa que el enfiteuta haga suya las accesiones: éstas "siguiendo la suerte de la finca, será propiedad del enfiteuta y del dueño directo: aumentará la extensión de la finca enfiteútica". op. cit., pág. 143.

(223) Art. 62 LRL: "1. No implicarán enajenación ni gravamen las cesiones de parcelas de terrenos del Patrimonio municipal a favor de vecinos braceros, aunque el disfrute de éstos haya de durar más de diez

años, ni las que se otorguen a vecinos para plantar arbolado en terreno del mismo Patrimonio no catalogado como de utilidad pública. 2. Dichas cesiones habrán de ser acordadas por el Ayuntamiento Pleno, con el voto favorable de la mayoría absoluta del número legal de miembros de la Corporación. 3. Los vecinos concesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultiven, y durante los cinco primeros años podrán acotar las parcelas plantadas para preservarias de los ganados. Si esta acotación perjudicara aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos, quedará en suspenso la cesión hasta que sobre ella recaiga nuevamente el acuerdo del Ayuntamiento Pleno".

(224) Estos preceptos vienen a sustituir respectivamente lo dispuesto sobre la materia por los textos anteriores de la LRL de 24 junio 1.955 (art. 195) y el RBEL de 27 mayo 1.955 (art. 101). Las diferencias que eran sustanciales entre estos dos preceptos (si bien había que deducir por tratarse de dos disposiciones de igual rango jerárquico, que lo dispuesto en el RBEL que estuviera en contradicción con la LRL quedaba derogado a su entrada en vigor de ésta), han desaparecido en la regulación actual. La coincidencia es total, salvo el término «praceros» de la LRL sustituido por el más actual de «jornaleros» en el RBEL, y la omisión que esta última hace en el nº3 del art. 116 del adverbio «nuevamente». Como se ve sin mayor importancia en su significado jurídico. En cuanto a las diferencias de los nuevos preceptos y el modificado 195 de la LRL de 1.955, hay que resaltar que siendo escasas son dignas de consideración en lo que representa la eliminación del obstáculo que suponía la mayoría exigida de dos tercios para acordar tales cesiones, reducida ahora a la mayoría absoluta, y la mayor precisión jurídica del término «cesión» respecto al anterior de «concesión».

(225) MASA DRT12, Miguel lo califica de derecho real de vuelo, abogando por la conveniencia de eliminarlo por razones económicas, "puesto que a la larga puede representar un grave daño del patrimonio municipal, aunque se haya logrado una repoblación forestal y un beneficio a los particulares". Legislación de Montes. Comentarios al Reglamento de 22 de febrero de 1.962, Barcelona, 1.964, pág. 364. Como se ha podido comprobar recientemente éste no ha sido el sentir del legislador.

(226) Esta naturaleza jurídica parece atribuirle GUAITA, Aurelio, quien con premura y brevedad lo sitúa como un caso de derecho de superficie. Derecho Administrativo, Aguas, montes y minas, Paracuellos del Jarama, 1.982, pág. 291.

(227) Un amplio comentario sobre arts. de la LRL y el RGEL de 1.955 puede verse en NIETO, Alejandro, Bienes corporales, Madrid, 1.954, págs. 787 y 789.

(228) Los precedentes de esta disposición se encuentran en el art. 160 del Estatuto Municipal, aprobado por R.D. de 8 marzo 1.924, de donde pasa a los arts. 195 del Texto articulado de la Ley de Administración Local, aprobado por Decreto de 14 diciembre 1.950 y de la LRL de 1.955.

(229) Sobre la naturaleza jurídica del derecho de superficie se ha esbozado una vasta gama, según que el presupuesto o punto de partida fuera el elemento histórico, la regulación recibida en un concreto ordenamiento jurídico o, desde un planteamiento más general y abstracto, en función de las peculiaridades que la distinguen actualmente de figuras afines. Todo ello conjuntamente ha influido en la teoría elaborada, si bien el peso específico de alguna ha sido el determinante. En su configuración se ha pasado por equipararla al arrendamiento ad meliorandum, dominio dividido, enfiteusis, servidumbre, usufructo, copropiedad, etc. hasta la tendencia moderna y que más seguidores encuentra, de asignarle el carácter de ius in re aliena con autonomía y sustantividad propia, que admite la propiedad del superficiario sobre lo construido o plantado en suelo ajeno, que justifica el mantenimiento y soporte a esa propiedad superficiaria. Una síntesis de las distintas teorías mantenidas puede verse en GUILARTE ZAPATERO, Vicente, El Derecho de superficie, Pamplona, 1.964, págs. 141 a 162. Marcando más las diferencias con figuras análogas en la modalidad estiva, vid. GARCIA DEL OLMO SANTOS, Manuel Derecho de suelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los arboles, RDN, 1.970, págs. 81 a 84; ESPIN CANOVAS, op. cit., págs. 407 a 410. En la doctrina española LACRUZ BERRIO

mantiene para nuestro Derecho que la superficie es "un derecho homogéneo Respecto a de aprovechamiento integral del inmueble (Respecto a), de carácter semejante a los censos (sobre todo si se paga canon), más próxima a la enfiteusis del Derecho romano e intermedio". Sin llegar a confundir los derechos del superficiario con los del enfiteuta o cualquier otro censalista, continúa señalando que "compone unas figuras típicas (Respecto a) y puede adoptar aspectos y caracteres bastantes distintos". Cotejar op. cit. , págs. 129 a 134, y especialmente pág. 130. O'CALLAGHAN MUÑOZ se mueve en dirección parecida a LACRUZ, alejándose de la posición mayoritaria lo considera semejante al dominio dividido. op. cit. , págs. 239 a 242. En nuestra doctrina tradicional consideraron el derecho de superficie análogo a la enfiteusis: SANCHEZ ROMAN, op. cit. , págs. 734 y 735; VALVERDE Y VALVERDE, op. cit. , págs. 535 y 536; BARRACHINA Y PASTOR, Fedatario, Derecho foral español, II, Castellón, 1.912, pág. 166; BORRELL Y SOLER, op. cit. págs. 619 a 621; CLEMENTE DE DIEGO, op. cit. , págs. 505 a 506.

(230) Arts. 4.1 de la ley del Patrimonio Forestal del Estado de 10 marzo 1.941, 56 a 59 del Reglamento que lo desarrolla de 30 mayo 1.941, 11.5 de la Ley de Montes de 8 junio 1.957, 287 a 295 del Reglamento de Montes de 22 de febrero 1.962, 3.3. de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11 noviembre 1.980.

(231) Según se desprende del art. 287.1 RM, mediante estos consorcios para fines repobladores pueden constituirse otros derechos reales distintos al de superficie rústica, e, incluso, una propiedad separada.

(232) En expresión de LACRUZ BERDEJO, "el propio Rh. regula la inscripción del derecho real de vuelo sobre fincas rústicas (art. 30), pero ateniéndose a su aspecto registral". op. cit. , pág. 137.

(233) En contra MACHADO CARPENTER, J.: "Creemos que hay que distinguir dos cuestiones. En primer lugar, el Reglamento hipotecario no ha podido configurar, ni menos Respecto a la figura de la superficie agraria o Derecho real de vuelo. Lo que hace es permitir y regular la inscripción de tal derecho de vuelo sobre

finca rústica, sin que ello signifique consagración de su carácter superficiario. En segundo lugar, para determinar por tanto si los supuestos en que vuelo y suelo de una finca rústica pertenecen o son aprovechados por personas distintas, constituyen o no verdadero derecho de superficie, habrá que examinar cada caso concreto y las normas por que se regulan. Dada la finalidad específica con que se introdujo el Derecho de superficie en nuestro Derecho -y contrario a la regulación de la propiedad inmobiliaria según el Código civil- y la existencia de una serie enorme de formas reales o contractuales, que permiten el aprovechamiento y cultivo de las fincas rústicas, creemos que en principio sólo en casos excepcionales debe configurarse el derecho real de vuelo en fincas rústicas como derecho superficiario. Tal vez el único caso pudiera ser el que contempla el art. 58 del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 30 mayo 1.941, recogido por el art. 11 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1.957, en donde parece que el vuelo de la masa arbórea es considerado con la suficiente autonomía para ser objeto de una titularidad dominical independiente y separada de la del suelo, en forma parecida a lo que ocurre en el derecho de superficie". Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie, en Estudios de Derecho privado, I, dirigido por A. de la E. Martínez-Radio, Madrid, 1.962, pág. 455.

(234) LOBATO GOMEZ, op. cit., págs. 849 y 850.

(235) Para MANRESA y NAVARRO, José María, además esta regulación es acertada. Comentarios al Código civil español, XI, Madrid, 1.950, edición revisada por Francisco Téllez y Miguez, pág. 209.

(236) BRUCA Y AMELL, Instituciones de Derecho civil Catalán vigentes, II, Barcelona, 1.886, pág. 118.

(237) ESPIN CANOVAS, op. cit., págs. 421 y 422.

(238) Sobre la polémica en torno a la naturaleza arrendaticia o enfiteutiva de la Arbassa morta en Cataluña,

con referencias normativas a los antecedentes legales, otras disposiciones que han mediado en la cuestión, sentencias del Tribunal Supremo y posturas doctrinales, que reflejan más que un problema jurídico la vertiente social que impregna el conflicto entre Rabassers y propietarios o cedentes del suelo, vid. PUIG FERRIOL, Luis y RODA TRIAS, Encarna, Fundamentos del Derecho civil de Cataluña, IV, 19, Barcelona, 1.981, págs. 277 a 282. Para una exposición sintética de la jurisprudencia del T.S. sobre nuestro instituto, que en un primer momento lo califica de arrendamiento rustico (S. 30 diciembre 1.890), para más tarde, tras su regulación en el Código civil, excluir esta equiparación para considerarlo análogo al censo enfiteutico (S. de 18 diciembre 1.901), vid. FRANQUESA, Joaquín, La jurisprudencia y el Derecho civil de Cataluña, Barcelona, 1.925, pág. 155. Recientemente vid. la sentencia de 30 enero 1.982 sobre cesión de terrenos para plantación de viñedos, calificada por el T.S. de contrato de aparcería frente a la pretensión de los cesionarios que entendían tratarse de un contrato a primeras cepas, "puesto que en primer lugar la falta de escritura pública al otorgar los contratos... y la inexistencia de renta o pensión anual...", lo excluye de la naturaleza de dicho instituto.

(239) SANTAMARIA, Victorino, La rabassa morta y el deshaucis aplicado a la misma, Villafranca del Panades, 1.897, págs. 64 a 90. Con esta opinión coincidió MUCIUS SCAEVOLA, al escribir que "parto del cruzamiento del arrendamiento puro y de la enfiteusis perpétua, se mestizaje es, en nuestro sentir, evidente, y estamos conformes con el estudioso Santamaria, en que predominan los rasgos del padre, que fué el arrendamiento en forma de aparcería...; pero su arrendamiento que atribuye al Rabasser mayores derechos que los del simple arrendatario". En definitiva, concluye el autor, "un arrendamiento de naturaleza especial". Op. cit., págs. 168 y 169.

(240) Sección 2ª -"De los foros y otros contratos análogos"-Capítulo II -"Del censo enfiteutico"-, título VII -"De los censos"-, libro IV -"De las obligaciones y contratos"-, ALONSO MARTINEZ, Manuel, padre del Código civil, al referirse a la Rabassa morta, la considera una forma de la enfiteusis. El Código civil en sus relaciones con las legislaciones forales, Madrid, s/f, págs. 392 y 394.

(241) Los defensores del carácter enfiteutico de la Rebassa morta, han señalado como especialidad frente a aquella su carácter temporal y el cultivo (viñas) a que se destinan las tierras concedidas. Vid. SANCHEZ ROMAN, op. cit. , pág. 1081; JORRELL Y SOLER, op. cit. , págs. 327 y 328; BORRELL Y MACIA, Antonio, Los censos enfiteuticos en Cataluña, Barcelona, 1.946, pág. 28; CASTAN TUBERAS, op. cit. , pág. 154; O'CALLAGHAN MUÑOZ, op. cit. , págs. 244 y 245. MANRESA Y NAVARRO, si bien parece decantarse hacia la naturaleza censal, señala que participa también de la naturaleza del arrendamiento, op. cit. , págs. 209 y 212. Con meritorio acierto escribe GIRALT Y RAVENTOS, Encl.: "Se han dicho muchas tonterías sobre este contrato. Ha habido quien lo ha presentado como un contrato feudal tan opresivo como podían serlo las Amalas usors, que oprimían a los payeses de Armençor. Otros lo han considerado la panacea rural, el mejor instrumento para la promoción económica y social de los campesinos, sin distinguir ni el tiempo en que se aplicó ni las mutaciones que ha sufrido. ¿Qué era entonces la rebassa morta? Quien desee saberlo que no espere encontrar respuesta en el Código civil, pues el contrato que regula el artículo 1.656 no es la autentica rebassa morta, sino el contrato desfigurado por la jurisprudencia clasista y contrahecho por las presiones económico-sociales: un contrato, en fin, que no tiene nada que ver con la enfiteusis, el Restabliment de prius vites tradicional" Para nuestro autor lo que sí es claro es su carácter enfiteutico, tanto originariamente como cuando tuvo su máxima difusión, a mitad del XIX. En definitiva un "Restabliment" enfiteutico de naturaleza temporal, pero de duración indefinida", mientras viviesen las cepas plantadas por el Arbassers. "Las analogías con la enfiteusis propiamente dicha -que impregna desde la Edad Media todas las formas contractuales de explotación de la tierra en Cataluña- eran numerosas: separación de los dominios útil y directo, canon anual (al margen de la parte de frutos), derecho de entrada, posibilidad de vender las mejores realizadas, formulación del contrato en escritura pública, etc." Introducción a la primera edición del libro de Balcells, Albert, El problema agrario en Cataluña. La cuestión rabassaire (1181-1931), Madrid, 1.980, págs. 10 y 11. Por su parte BALCELLS, Albert, en la obra citada en esta misma nota, considera, desde el punto de vista histórico, a la Arbassa morta una enfiteusis temporal, cuyos rasgos diferenciales de la enfiteusis típica eran "a) su

temporalidad, originariamente indefinida, lo cual no suponía la desaparición de su carácter enfiteútico; b) La falta de pago de laudemio (entre una tercera y una quinta parte del precio cobrado) al propietario en caso de venta por el censatario, y c) el que el terrateniente no recibiera un canon fijo en especie o en dinero, sino una parte proporcional de la cosecha". op. cit., págs. 35 y 36.

(242) SALINAS QUIJADA, Francisco, Derecho civil de Navarra, III, 29, Pamplona, 1.974, págs. 27 a 34.

(243) La sentencia se expresa en los siguientes términos: "Que el problema que a la casación se plantea... es el de determinar si en la partición de los bienes de doña Juana M.P., llevada a cabo por el contador partidor don José A.A. y aprobada por los herederos en escritura pública de 23 octubre 1.942, al adjudicarse a la heredera doña Praxedes F.P.M., el usufructo del suelo de los bienes inventariados bajo los números 16 al 46, por una parte, y por otra el e los pinos existentes en las mismas fincas, que quedaron después de cortar los suficientes para completar la suma de 9.000 pesetas, se ha querido, en esta segunda adjudicación, limitar el usufructo a los terminos del art. 483, usufructo de plantaciones, independientes del suelo, o si por el contrario, conjuntando ambas adjudicaciones, lo que en realidad se ha concedido a doña Praxedes es el usufructo de una finca maderable que se ha de disfrutar, conforme a las reglas del art. 435 del mismo cuerpo legal..."

(244) Parece ya disipada, dada la regulación que recibe el usufructo en el D. civil, la posición que entendía a este derecho real como una modalidad de las servidumbres personales conforme a la tradición del Derecho romano. Por todos, vid. SANCHEZ ROMAN, op. cit., págs. 549 y 551. Sobre la problemática y controversias para señalar los rasgos diferenciales entre un instituto y otro, pueden verse: OSSORIO MORALES, Juan, Las servidumbres personales, Madrid, 1.936, págs. 13 a 44; TAMAYO Alberto, El derecho real de servidumbre, Barcelona, 1.956, págs. 73 a 88, con el que más recientemente coincide PUIG BRUTAL, Jose, tanto en oponer a la existencia de esta figura en nuestro Derecho inconvenientes económicos y jurídicos, como en señalar que "sería más natural reducirlas a una relación personal, o considerarlas como derechos de

usufructo de contenido limitado" Fundamentos de Derecho civil, III, 23, Barcelona, 1.979, pág. 428.
Ultimamente ha vuelto a plantear la cuestión con notas clarificadoras CUADRADO IGLESIAS, op. cit.,
págs. 363 a 374.

(245) ROCA GASTRE, Ramon María y ROCA GASTRE MUNCUNILL Luis, Derecho hipotecario, IV, 19, Barcelona, 1.979,
pág. 570.

(246) CHICO Y ORTIZ, Jose Maria, Estudios sobre Derecho hipotecario, 11, Madrid, 1.982, pág. 695.

(247) MORELL Y TERRY, J., Comentarios a la legislación hipotecaria, I, Madrid, 1.925, pág. 592.

(248) DIEZ-PICAZO, Luis, op. cit., págs. 192 y 193.

(249) Hay precedentes claros en este sentido, donde se ha constituido una hipoteca sobre el arbolado
separadamente del suelo, como lo confirma la resolución de la DGRN de 4 noviembre 1.867, al considerar,
si bien advierte "por las circunstancias especiales del caso", a los efectos de la inscripción de la
hipoteca constituida sobre el arbolado a éste como una sola finca. Como excepción al carácter
inembargable de la propiedad forestal catalogada como de utilidad pública, disponen los artículos 2.2 de
la LM y 44.1 RM que se podrá constituir garantía hipotecaria sobre los aprovechamientos de estos montes,
"y la ejecución sólo podrá dirigirse contra la renta o aprovechamiento del monte gravado" A su
regulación atiende los arts. 152 a 154 del R.M. Pero, como se puede observar, no se trata aquí de
autorizar la constitución de una hipoteca ni sobre el monte (a pesar de la imprecisión terminológica del
precepto: "monte gravado"), ni sobre el arbolado, cuando exista en él, independientemente del suelo,
pues la propiedad de éstos han de preservarse por razones de interés público frente a la acción de los
acreedores hipotecarios evitando que tanto el monte como la plantación, una vez ejecutada la hipoteca
por incumplimiento del deudor hipotecario llegada su extinción, pasen al dominio de un particular. El

bien hipotecable son los aprovechamientos de que es susceptible el monte, que hallándose cubierto por una plantación forestal, comprenderá también los árboles que conforme a un plan de explotación hayan de ser talados u otros aprovechamientos si el destino del monte no es maderable (cortezas, resinas, etc.), hasta cubrir la deuda en garantía de la cual se constituyó la hipoteca, si ésta se ejecuta por incumplimiento vencido el crédito. Estas disposiciones de la legislación forestal presentan problemas en su adaptación al régimen jurídico de la hipoteca en el Código civil y la Ley Hipotecaria. Según el C. civil el derecho de hipoteca sólo puede recaer sobre bienes inmuebles o derechos reales recayente sobre los mismos, y los aprovechamientos forestales merecen la consideración de bienes muebles por anticipación, en orden a su futura desmovilización. Por todo ello razona MASA ORTIZ, Miguel, que "es claro que una ley posterior a la Hipotecaria, cual la de Montes, puede modificar ésta y añadir a la lista -reducidísima- de bienes hipotecables un nuevo número. Pero el choque de esta norma con nuestro sistema hipotecario es tan brutal que no encontramos fácil el que pueda ser llevada a la práctica o al menos que cuando se pretenda su inscripción no vaya a tropezar con dificultades por parte de los Registradores de la propiedad". Parecería más lógico que una garantía como la contemplada en este caso se hubiera reconducido hacia la garantía real de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento regulada por la Ley de 16 Diciembre 1.954, en la que seguro tendría mejor encaje en el estado actual de la legislación hipotecaria. "No obstante -prosigue MASA ORTIZ-, es indiscutible que el legislador no ha querido referirse a ninguno de estos dos tipos y que la ha constituido con base en la hipoteca de nuestro sistema clásico hipotecario. Su regulación, pues así como las dificultades que puedan surgir han de ser resueltas desde luego, con base en el Código civil y la Ley Hipotecaria y no en la Ley de 16 diciembre 1.954". op. cit., págs. 224 y 225. Vid., también, las apreciaciones que sobre lo mismo hace GRAU, S., Comentarios a la Ley y Reglamento de Montes, Madrid, 1.966, págs. 72 a 75.

(250) Los arrendamientos rústicos sometidos a la LAR ha sido un exponente de la crisis en la distinción entre derechos reales y derechos de crédito, dando lugar a los conocidos derechos reales discutidos o derechos personales con eficacia real. No pretendemos examinar la distinción entre derechos reales y derechos de

crédito, no obstante hay que aseverar que no se puede tras la aparición de situaciones jurídicas reguladas fuera del Código civil y que pueden tener acceso al Registro de la Propiedad, como ha sucedido con el arrendamiento rústico Respecial, mantener planteamientos apodícticos que, por responder a un excesivo esquematismo, no tienen en cuenta nuevas tendencias manifestadas por la Ley que para algunos derechos de crédito los aproxima al derecho real.

(251) Según esta art.: "... Salvo pacto expreso, en el arrendamiento de una finca no se considerarán incluidos:

a) Los aprovechamientos forestales de la misma. Se entenderán por tales las cortas totales o parciales del monte alto y bajo y de los árboles maderables, y los parciales de los que no lo sean... Estos aprovechamientos podrán ser arrendados separadamente, vendidos sus productos o explotados directamente por los propietarios, aún cuando los restantes que tenga la finca se hallen arrendados, sin que en ningún caso rija para el arriendo o venta de aquellos la regulación de renta que se establece en el artículo séptimo de esta Ley".

(252) GIL ROBLES Y GIL DELGADO, José María, Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos, Madrid, 1.962, pág. 35.

(253) Sobre la cuestión pueden verse también las sentencias de 15 junio 1.954 y 10 diciembre 1.962.

(254) Vid. supra pág.

(255) 96. de 9 marzo 1.893, 19 abril 1.901, 9 julio 1.903, 3 abril 1.909, 8 abril 1.909, 6 julio 1.920, 9 mayo 1.922, 25 enero 1.928, y 21 noviembre 1.929.

(256) Vid. supra pág. 1 para DE LOS MOLINOS, José Luis, "no cabe duda que esta dirección jurisprudencial usa del concepto de copropiedad, el cual tiene contenido bastante preciso y riguroso en nuestro ordenamiento, en

forma desafortunada, por confundir el principio inspirador del retracto de comuneros, que es común a otros retractos legales, con su configuración técnica diversificada en aruel y en sus figuras afines. El núcleo central de éstas es el Retracto enfitéutico (arts. 1.636 y siguientes del Código civil), que tiene su precedente en un texto romano y en torno a él pueden comprenderse el concedido en el Acenso a primeras copas (artículo 1.556, 62), en los Aforos, en el Derecho de superficie y en otros cualesquiera análogos (ex. arts. 1.611 y 1.655 del Código civil)". Retracto de comuneros, RDP, 1.962, pág. 944. Discrepamos de esta opinión, pues como exponemos en otro lugar de este trabajo a nuestro entender una cosa es la propiedad superficiaria y otra distinta la propiedad separada, que es a las que vienen referidas estas sentencias, denominándolas supuestos de «comunidad Arro dividido».

(257) Tratándose de fincas enajenables por disposición de las leyes desamortizadoras, que podrían encontrarse en una separación jurídica del suelo y el vuelo, se le considerará aplicable la Ley 15 Junio 1.866 en su art. 9º: "En las enajenaciones que verifique el Estado de la parte que corresponda en fincas cuyo dominio se halle dividido tendrá el derecho de tanteo el condueño; y si fueren varias, el que lo sea de mayor porción, pasando en caso de no ejercitarlo al inmediato porcionero. Este derecho se reclamará dentro de los nueve días siguientes al acto de remate ante cualquiera de los Juzgados que hayan intervenido en la subasta". La R.D. de 13 agosto 1.868 aclara este artículo, sobre el conocimiento y resolución de las demandas de tanteo de fincas enajenadas por el Estado. La sentencia de 22 noviembre 1.901 señaló que al conceder el art. 9 de la Ley 15 Junio 1.866 al condueño de las fincas enajenadas por el Estado el derecho de tanteo, le otorga también el de retracto, que debe ejercitarse dentro del plazo marcado en el art. 1.638 del D. civil. La Ley de Montes de 24 mayo 1.863 también atiende a esta necesidad de refundir el suelo y el vuelo en su art. 64.

(258) El art. 62, mencionado en la nota anterior, de la Ley de Montes predecesora de la actual, disponía: "Cuando pertenezca a un particular el suelo de un monte exceptuado de la venta, cuyo vuelo sea del Estado ó de algún pueblo ó establecimiento público, se refundirán los dos dominios, indemnizando

previamente al particular".

(259) Este precepto ha sido desarrollado en los arts. 13 a 18 del Reglamento de Montes. Por su parte, la Ley de Fomento de la Producción Forestal de 4 enero 1.977 y el Reglamento que la desarrolla de 12 junio 1.978, respectivamente en los artículos 13 y 24, conceden beneficios fiscales en favor de aquellos actos encaminados a la extinción del derecho real de vuelo establecidos en favor de la Administración Pública.

(260) Según el art. 17 del RM: "En los casos de condominio en montes catalogados, cuando el suelo fuere de un particular y de Entidad pública y el vuelo perteneciere a una de éstas o al Estado podrán refundirse ambos dominios a favor del dueño del vuelo, indemnizando previamente al del suelo por el procedimiento y reglas que, para la fijación del justo precio, se contienen en la Ley de Expropiación Forzosa. Se exceptúan de este precepto los convenios y consorcios con el Patrimonio Forestal del Estado".

(261) A diferencia del momento de la cesión en el Código civil, que considera principal el suelo y accesorio las plantaciones, "en los montes lo que tiene categoría de cosa principal es el arbolado, de ahí que se dé preferencia la Entidad que posee el vuelo para adquirir también el suelo". GRAU, S., op. cit., pág. 375. En opinión de GARCÍA AMIGÓ, el que este precepto establezca una preferencia a favor del vuelo, "no lo es en atención a este derecho en sí, sino por causa que su titular es precisamente el Estado". op. cit., pág. 198.

(262) El Reglamento de Montes de los Pueblos, aprobado por Decreto de 17 octubre 1.925, aún en vigor, establece en el art. 35: "Cuando sea de un particular el suelo de un monte cuyo vuelo pertenezca a una entidad municipal, y viceversa, el Ayuntamiento o Entidad Local menor podrán refundir ambos dominios, previa indemnización al particular, que se fijará por los trámites que el Estatuto y el Reglamento de Obras y servicios municipales señalan para la expropiación forzosa por utilidad pública municipal. No obstante lo dispuesto en este artículo, no será aplicable al caso lo previsto en el artículo 25 del

Reglamento de la Hacienda municipal quedando prohibida, por tanto, la refundición de dominio en favor del usufructuario del suelo en dicho supuesto". El referido Reglamento de Haciendas Municipales de 27 agosto 1.924, fue derogado por el de 4 agosto 1.952; así como el Estatuto Municipal de 8 marzo 1.924 y el Reglamento de Obras y servicios Municipales de 14 julio 1.924, fueron derogados, respectivamente, por la Ley de Bases de régimen Local de 17 julio 1.945 y el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 junio 1.955.

(263) El Patrimonio Forestal del Estado fue suprimido por el Decreto-Ley 20 octubre 1.971, pasando a integrarse en el ICONA.

(264) GARCIA AMIGO, op. cit., pág. 198.

(265) LOBATO GOMEZ, op. cit., pág. 849. En este sentido DAMY SANCHEZ-MARTE, Buenaventura, expone asimismo la diferencia entre el derecho de superficie referido a su especialidad urbana y el derecho real de vuelo: "mientras en el derecho de superficie, el uso que se atribuye sobre la cosa ajena es total, o sea todas las posibilidades de ella, en el derecho de vuelo sólo se atribuye un uso parcial, que no excluye otros usos también parciales de ella, pues el derecho al arbolado plantado en la cosa ajena no excluye en modo alguno la utilización por parte del propietario de ella de otros productos del suelo, como son los pastos o plantas espontáneas e incluso el derecho de caza, con las limitaciones oportunas para no perjudicar aquel preferente derecho al arbolado...". Comentarios a la legislación hipotecaria, I, Pamplona, 1.982, págs. 1365 y 136. En torno a un consorcio forestal "mediante el cual, en esencia, el Ayuntamiento de Iomño, de la provincia de Pontevedra, cede el vuelo de unos terrenos de monte durante 45 años a la Sociedad Nacional Industrias aplicaciones de la Celulosa española S.A. -RSNIACEA-, confiriéndola la facultad de repoblarlas de eucaliptos y aprovechar su arbolado y reservándose el derecho a una participación del 45 por 100, del valor de las masas creadas", la sentencia de 20 octubre 1.971 (Cont.-Adm.) lo califica de derecho real de vuelo de finca rústica, donde "tampoco

corresponde a aquélla (SNIACE) la exclusiva posesión de referencia, ya que en definitiva el estajo y la hierba pueden ser segados o dedicados a pastoreo por el mencionado Ayuntamiento". (el subrayado es nuestro).

(266) Arts. 9.º LPFE y 56 a 59 RPF.

(267) Arts. 11.º y 42 LM y 278 a 295 RM.

(266) Arts. 9.º LPFE y 56 a 59 RPF.

(267) Arts. 11.º y 42 LM y 278 a 295 RM.

(268) El art. 3 LMVMC en los siguientes números regula la superficie rústica: "3. Con carácter temporal, las comunidades titulares de los montes podrán establecer sobre éstos, hasta un plazo máximo de treinta años, derechos de superficie con destino a instalaciones, edificaciones o plantaciones. 4. El derecho de superficie se constituirá necesariamente en escritura pública que, como requisito imprescindible para su eficacia, habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad. Será transmisible y susceptible de gravamen, con las limitaciones que se hubieren consignado en la citada escritura, y se regirá por las disposiciones de este artículo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado. Se extinguirá por el transcurso del plazo pactado y por las demás causas que se expresen en el indicado título. 5. La contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión en el de un canon periódico, en la adjudicación de parte del suelo, en varias de estas modalidades a la vez, o en otras diferentes. En todo caso, la comunidad titular del monte hará suya, a la extinción del derecho de superficie la propiedad de todo lo edificado, instalado o plantado, sin que deba satisfacer indemnización alguna, cualesquiera que sea el título en virtud del

del Derecho común o las legislaciones forales en su caso sobre la materia. En este segundo supuesto, como vemos, no podría arrendarse nada más que cuando no existiera un arrendamiento sobre alguno o algunos de los aprovechamientos principales de la finca (art. 3.º LAR). Sobre estos preceptos pueden verse las sentencias de 27 marzo 1.945, 15 junio 1.954 y 2 febrero 1.982.

(270) GIL ROBLES Y GIL DELGADO, *op.cit.*, págs. 35 y 36.

(271) HIDALGO, Manuel, nos dice: "Precepto claro en su formulación no creo que tenga fácil acomodo en la realidad física: que una finca sea susceptible de diversos aprovechamientos simultáneos, ambos distintos, compatibles y principales, no parece compadecerse fácilmente con la naturaleza de las cosas, por lo que si tales contratos se concertaren, de seguro que se creará una fuente litigiosa con bases tan simples como: si tales contratos no interfieren sus aprovechamientos, si ambos son compatibles, cual sea o no principal, etcétera. Y puede ser una puerta para posibles simulaciones, aprovechando el precepto para introducir a varios arrendatarios en el disfrute de la finca. ¿Qué ocurriría en cuanto al ejercicio de algunos derechos tales el de tanteo, retracto, acceso a la propiedad? ¿Cómo aplicar lo dispuesto en los arts. 95 y 93 si los aprovechamientos principales son simultáneos? La solución demencial". Lev. de arrendamientos rústicos. Comentario y formularios, Madrid, 1.986, págs. 36 y 37.

(272) *Vid. supra*, pág.

(273) Se trata simplemente de constatar esto, sin que entremos a plantearnos si el Derecho romano llegó a admitir el derecho de superficie también sobre plantaciones, cuestión que ha levantado polémica en la doctrina italiana, y cuyos argumentos en pro y en contra son todavía poco convincentes. En contra SALIS, Lino, La proprietà superficaria, Padova, 1.936, págs. 8 a 13. A favor RICA-BARBERIS, *op.cit.*, pág. 21. Tampoco abordamos la naturaleza jurídica de este derecho de superficie para los romanos, suficientemente estudiada. Por todos, *vid.* SUILARTE ZAPATERO, *op. cit.*, pág. 3 y ss. y DE LOS MOZOS, José Luis, El

cual se hubiese constituido aquel derecho. 6. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario. 7. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente".

(269) El número 2 del artículo 7 de la LAR tiene su antecedente legal en el art. 2 de la LAR de 1 marzo 1.933 y 2.7 del Reglamento que la desarrolla de 29 abril 1.959, sobre el que exponía GAMBON ALIX, German y MARTINEZ VALENCIA, Juan, al comentario, "lo que aquí presupone la norma de exclusión es que tales aprovechamientos concurren con el puramente agrícola o ganadero (pues de otro modo no habría problema alguno, ya que estaría clara la voluntad de las partes en el sentido de contratar respecto al disfrute forestal del predio)" Arrendamientos rústicos. Comentarios a su reglamentación. Barcelona, 1.963, pág. 19. En idéntico sentido, contra la opinión de algún autor, se expresa CASAS-MERCADER, Fernando para quien "todo aprovechamiento forestal cae de lleno bajo el imperio de las repetidas leyes especiales. Las que permanecen al margen, excluidas son las que presentan las características de los indicados por el repetido art. 2 de Ley y Reglamento". Los arrendamientos sobre fincas rústicas. Barcelona, 1.965, pág. 221. La actual LAR resuelve que el pacto expreso para extender a los aprovechamientos forestales el objeto del arrendamiento sólo es exigible cuando éste se ha constituido para el aprovechamiento agrícola o ganadero de la finca. Husgo el dictado del precepto, por reducción al absurdo, si se ha constituido para el aprovechamiento forestal. En todo caso si alguno o algunos de los aprovechamientos forestales de la finca, cuando sea susceptible de más de un aprovechamiento económico independiente, quiere ser excluido por el arrendador deberá hacerlo constar de forma expresa en el contrato. En principio la cesión de la finca para su aprovechamiento forestal quedará sometida a la LAR según dispone el art. 1 de la misma, pero de ella por sí sólo no se puede inferir tal afirmación. Exigirá, además, que dicho aprovechamiento forestal constituya el o uno de los aprovechamientos principales de la finca, pues siéndolo secundario quedará excluido por expres disposición del art. 6.7 a) LAR, sometiéndose al régimen

derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística, en Tratado de Derecho urbanístico, Madrid, 1.974, págs. 21 a 51, con amplia bibliografía.

(274) En relación a la edificación, aplicable también a la plantación, opina MACHADO CARPENTER, J.: "el admitir que puedan existiendo dos cosas: solar y edificación, separadas por un plano horizontal, implica una abstracción y un conceptualismo a los que creemos que no llegó nunca el Derecho romano; y así surgió el llamado principio de accesión". *Op.cit.*, págs. 431 y 432.

(275) PUGLIATTI, Salvatore, La proprietà nel nuovo diritto, Milano, 1.964, págs. 157 a 160.

(276) Vid. supra. págs.

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

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

(279) Sobre la cuestión vid. VOCI, Pasquale, Tipi di acquisto della proprietà (corso di Diritto romano), Milano, 1.952, pág. 255; SANFILIPPO, Cesare, Accessione (Diritto romano) en Novissimo Digesto Italiano, 1,12, Torino, 1.957, pág. 13; ILLERSIAS, *op.cit.*, 1.979, págs. 270 y 271.

(280) D. 47,7, 3,4.

(281) D. 47, 7,3,6.

(282) D. 47,7,3,5.

(282) GILRSYAD, op.cit., pág. 270, nota 145.

(284) JOSSERAND, Louis, Derecho civil, 1.38, trad. esp. de Donchillos y Manterola, Buenos Aires, 1.950, págs. 358 y 359; RIPERT, Georges y BOULANSER, Jean, Traité de Droit civil, II, París, 1.957, pág. 868; MAZEAUD, MARTY, E., El Derecho de superficie en relación con la plantación urbana, RDU, 1.972, págs. 32 y 39, Henri, Leon y Jean, Leçons de Droit civil, II, 18, París, 1.976, pág. 95. LAURENT, F., si bien admite que el Código Napoleón permite la separación entre superficie y suelo, ésta "significa, no que el superficiario es propietario, sino que puede usar de la cosa como si la perteneciera. Tiene los derechos del propietario sin ser propietario", Principes de Droit civil français, Bruxelles, 1.876, pág. 497.

(285) Art. 553 Código civil francés: "Toutes constructions, plantations et ouvrages sur un terrain ou dans l'intérieur, son présumés faits par le propriétaire à ses frais et lui appartenir, si le contraire n'est pas prouvé; sans préjudice de la propriété qu'un tiers pourrait avoir acquise ou pourrait acquérir par prescription, soit d'un souterrain sous le bâtiment d'autrui, soit de toute autre partie du bâtiment".

(286) JOSSERAND, op.cit., pág. 358.

(287) Todos los que se citan en la nota 289, y primordialmente FERRARA, op.cit., págs. 169 y ss.

(288) Art. 448 del Código civil italiano de 1.942: "Toda construcción, plantación y obra construida encima ó debajo del terreno, se reputa hecha por el propietario a su costa y perteneciéndole, si no se demostrase lo contrario, siempre, sin perjuicio de los derechos adquiridos legítimamente por un tercero". Trad. esp. de ACUJLERA, s/l y s/f.

(289) STOLFI, Nicola, Diritto civile, II, 18, Torino, 1.926, pág. 427; *ibidem*, II, 29, Torino, 1.928, pág. 538 y 539. Con parecidos términos se expresan CHIRONI, G.P., Elementi di Diritto civile, Torino, 1.914, pág.

162: SIMONELLI, Vincenzo, Instituzioni di Diritto privato italiano, Roma, 1.929, pág. 217; DUBI, Bartolomeo, Instituzioni di Diritto civile, I, Torino, 1.937, pág. 401.

(290) En consonancia con todo esto vid. el estudio de la jurisprudencia italiana sobre la propiedad recayente sobre la plantación separada del suelo, a cargo de PALERMO, Antonio, Enfiteneia, superficie, oneri, usi civili, en Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, dirigida por Walter Biagivi, Torino, 1.965, págs. 444 a 446.

(291) SALIS y PUGLIESE han partido a estos efectos de distinguir la propiedad de un derecho real de superficie vegetal. La primera era admitida en el Código derogado por la vía interpretativa del art. 448, al que se le reconocía sólo valor presuntivo. La segunda, por el contrario, no era admitida, puesto que el Código de 1.865 no conocía el derecho de superficie en cuanto derecho a mantener en suelo ajeno construcciones o plantaciones, adquiriendo el superficiario las mismas (tengase en cuenta que el Derecho italiano establece el sistema de numerus clausus en la constitución de derechos reales). "Por tanto -según SALIS-, porque para el Código de 1.865 no era consentido un derecho real de superficie capaz de atribuir al titular una propiedad superficiaria sobre plantaciones, ningún derecho del género puede haberse perfeccionado antes de la entrada en vigor del nuevo código, y hay por consiguiente que mantener que la prohibición sancionada por el art. 956 golpea indistintamente cualquier forma de propiedad separada sobre plantas cuya subsistencia no pueda ser justificada por lo dispuesto en el art. 534 cod. civil vigente", La superficie, op. cit. pág. 157 y nota 1, pág. 156 y 157 en respuesta a las críticas de PUGLIESE. Este, por su parte, indica que el art. 448 del Código derogado admitía la derogación voluntaria al principio de la accesión, pero él "no reconocía el derecho real de plantar árboles (como elemento de un derecho de superficie vegetal) y por consiguiente no podía conferir a la concesión ad plantandum otros efectos que aquellos obligatorios". Op. cit. pág. 553 y 554 y nota 1 de la pág. 554. Vid. igualmente alusiones al tema en PESCATORE, ALBANO y BREDO, op. cit. pág. 656.

(292) GUARANTA, Alfonso y PRENEN, Roberto, Comentario teórico-práctico al Código civil, Libro III (art. 956), dirigido por Vittorio de Martino, Roma, 1.972, pág. 49.

(293) Esta Ordenanza quedó confirmada por la Ley Transitoria de 4 marzo 1.919. En ella se deroga para los derechos de superficie que se establezcan en un futuro los parágrafos 1.012 a 1.017 del 868, usando en vigor conforme al derecho anterior los existentes en 21 enero 1.919.

(294) Es criterio unánime en la doctrina alemana. Vid. WOLF, Martin, Derecho de cosas, III, 29, trad. esp. de Pérez y Alguer, Barcelona, 1.971, pág. 2.

(295) Sobre el derecho de superficie en plantaciones vid. DE OLIVEIRA ASCENSAO, José, O direito de superficie referente a plantações, RDA, 1.972, pág. 261 a 301.

(296) GUILARTE-ZAPATERO, op. cit., pág. 83.

(297) DE DALMAGES Y JORDANA, Joaquín, El usufructo de derechos, Madrid, 1.932, pág. 149.

(298) GONZALEZ Y MARTINEZ, Jerónimo, El derecho real de superficie, en Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil, II, Madrid, 1.948, pág. 258.

(299) ROCA SASTRE, Ramón María, Ensayo sobre el derecho de superficie, RCDT, 1.961, pág. 27. A la opinión de este autor se suma MACHADO CARPENTER, op. cit., pág. 441 y 442.

(300) ROCA SASTRE, op. cit., pág. 79 y 29. Opinión reflejada por el mismo autor y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, Luis, Derecho hipotecario, III, Barcelona, 1.979, pág. 624.

(301) Para ROCA SASTRE, op. cit., pág. 38, "su admisión sería superflua desde el momento que el cultivo y el aprovechamiento agrícola permiten conseguir la misma finalidad mediante contratos agrarios y constitución de derechos reales". Este mismo parecer fue sostenido por SALTIS para el derecho italiano, como justificación de su abolición en el nuevo Código. Op. cit., pág. 149 y 150. Tal tesis ha sido refutada por PUGLIESE, para quien "esta superfluidad no ha sido determinante, porque aquella serie de derechos existía también antes y sin embargo no se había creído para negar la admisibilidad de una propiedad separada de las plantaciones, sino que se había configurado precisamente un derecho real de plantar árboles sobre suelos ajenos". Op. cit., pág. 532, nota 4. Coincide, no obstante, PUGLIESE, con SALTIS, elevándolo a la razón fundamental de la reforma, en la limitación, cuando no paralización, de toda iniciativa mejoradora del fondo por parte del propietario del suelo, pues "una vez actuada la concesión ad plantandum, la estructura agrícola del fondo se cristaliza, deviene inmutable", lo cual es "particularmente dañino en momentos en que la agricultura debe renovar su técnica y multiplicar su productividad". Op. cit., pág. 552. Volviendo a la doctrina española, ALBADEJO, Manuel, también se cuestiona la utilidad práctica de la superficie rústica: "Ciertamente no está de más que se regule para que la utilice quien lo desee. Pero no lo es menos que, hay también otros medios (contratos de arrendamiento, aparcería, usufructo, sociedad, etc.), quizás preferible para llenar iguales fines que el que aquél se propone". Op. cit., pág. 210.

(302) ROCA SASTRE, op. cit., pág. 37 a 40.

(303) GARRIDO PALMA, Victor Manuel, ¿Superficies sólo credit? El principio de accesión y el principio de superficie, RDN, 1.969, pág. 130. A esta tesis parece adherirse ALONSO PEREZ, Mariano, Comentarios al Código civil y compilaciones forales, V. 12, dirigido por Albadalejo, Jaén, 1.980, pág. 234.

(304) SERRANO ALONSO, Eduardo, La accesión bien mueble a inmueble: una interpretación del artículo 361 Código civil, RDP, 1.991, págs. 681 y 682. Similar a esta posición es la mantenida por la IGRN en la resolución

de 19 mayo 1.952: "Considerando que los preceptos reguladores en el Código de la edificación o accesión industrial en bienes inmuebles responden al propósito de conferir a un sólo titular el dominio de la finca y así lo pone de relieve el artículo 385 al establecer, más como regla de derecho imperativo que como presunción, que lo edificado pertenece al dueño del suelo, con lo cual trata de evitar situaciones anormales de condominio sin cuotas homogéneas, coexistencia de una propiedad del suelo y otra distinta sobre el suelo, o derecho de superficie que, como excepcionales deberían de establecerse o pactarse expresamente; y, por tanto, cuando las obras no hayan sido hechas por el propietario o costeadas por él, en general sólo se producirá un derecho personal sobre la indemnización a que hubiere lugar". Un supuesto de comunidad incidental derivada de la aplicación del art. 361, referido a plantaciones, es el que nos presenta y estudia DE LOS MOZOS, José Luis, en su Sicitanen sobre <<comunidad incidental de la plantación efectuada por un tercero en un monte comunal>>, ADC, 1.970, págs. 625 a 642, y en Estudios de Derecho Agrario, Madrid, 1.972, págs. 169 a 193.

(305) Otros autores en esta línea son: FUENTES LOJO, Juan V.,: "Es cierto que el artículo 358 del mismo Código admite el principio que "lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras o reparaciones hechas en ellos pertenecen al dueño de los mismos", consagrando el tradicional principio superficies sólo cedita, pero no creemos imposible que este último prefiera no adquirir dichas edificaciones o plantaciones, los enajene una vez adquiridas e incluso conceda expresamente a título gratuito u oneroso la facultad de levantar otras nuevas. En los primeros casos surgiría un verdadero supuesto de propiedad separada u horizontal; en el último un derecho de superficie". Distinción del derecho de superficie del de sobreelevación, RJC, 1.967, págs. 534 y 585. GARCIA DE OLMO SANTOS, op. cit., págs. 78 y 79. O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, Compendio de Derecho civil, III, Madrid, 1.985, págs. 270 y 273. Asimismo es deducible este parecer de las palabras de DIEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, para quienes el derecho de superficie "viene a ser así una derogación convencional del principio de accesión: el propietario del suelo no hace suyo lo que en él se edifica, planta o siembra". Op. cit., pág. 422.

(306) GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 15.

(307) *Ibides*, pág. 132.

(308) DE LOS MOZOS, El derecho de superficie..., op. cit., págs. 116 y 117.

(309) GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 186.

(310) FONT BOIX, Vicente, El derecho del suelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal, RDN, 1.967, pág. 23 a 26. Sobre estos aspectos que manifiestan el anacronismo del principio superficies sólo credit, DIEZ-PICAZO, Luis, La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la sucesión, RCDI, 1.946, págs. 847 a 849; también publicado en Fundamentos..., op. cit., págs. 203 a 207.

(311) Un ejemplo paradigmático de esta normativa es el art. 1.340, que atiende a las obras, plantaciones y siembras realizadas de buena fé en terreno ajeno: "1. Se alguém, de boa fé, obra em terreno alheio, ou nele fizer sementeira ou plantação, e o valor que as obras, sementeiras ou plantações tiverem trazido à totalidade do prédio for maior do que o valor que este tinha antes, o autor da incorporação adquire a propriedade dele, pagando o valor que o prédio tinha antes das obras, sementeiras ou plantações. 2. Se o valor acrescentado for igual, haverá licitação entre o antigo dono e o autor da incorporação, pela forma estabelecida no nº2 do artigo 1.333. 3. Se o valor acrescentado for menor, as obras, sementeiras ou plantações pertencem ao dono do terreno, com obrigação de indemnizar o autor delas do valor que tinham ao tempo da incorporação. 4. Entenda-se que houve boa fé, se o autor da obra, sementeira ou plantação desconhecia que o terreno era alheio, ou se foi autorizada a incorporação pelo dono do terreno"

(312) BARRIDO PALMA, al señalar una serie de criterios generales a tener en cuenta para una futura reforma

legal de la materia, se deja inspirar en los ya recogidos por la normativa portuguesa, la que le merece un buen juicio. Op. cit., págs. 162 y 163 y nota 17 en la pág. 100.

(313) En esto el C. civil se aparta del Derecho romano y las Partidas que no regulan conjuntamente los supuestos de edificación y aquellas otras de plantación y siembra en suelo ajeno.

(314) Ss. 2.º de mayo 1.882, 12 enero 1.883, 11 marzo 1.880, 12 julio 1.905.

(315) En este sentido ha señalado DIEZ-PICAZO: "en la accesión se realiza normalmente una adquisición de la propiedad, pero esta adquisición de propiedad no es nunca la métrica de la situación jurídica tenida en cuenta por las normas, sino el resultado final de ella, la vía de solución del conflicto de intereses... En la accesión la adquisición deviene por vía indirecta, como manera de solucionar el conflicto planteado". La modificación... op. cit., pág. 837 y Fundamentos... pág. 198.

(316) Arts. 47 a 48 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 enero 1.973, y 6 del Reglamento de Montes de 22 febrero 1.962.

(317) Vg., SANCHEZ ROMAN, Estudios..., III, op. cit., pág. 149; MANRESA NAVARRO, Comentarios..., III, ed. de 1.934, op. cit., pág. 218; VALVERDE Y VALVERDE, op. cit., pág. 99; LLEMENTE DE DIEGO, op. cit., págs. 420 y 421; PUIG PERA, op. cit., pag 268; CABAN TOBENAS, Derecho civil..., III, 19, op. cit., págs. 318 y 319; PEREZ Y ALBUER, anotaciones a WOLF, Tratado..., III, 19, op. cit., pág. 438; BORRELL Y SOLER, Antonio M., El dominio según el C. civil, Barcelona, 1.948, pág. 312 y 313; SANTOS BRIZ, Jaime, Derecho civil. Teoría y práctica, II, Madrid, 1.973, pág. 220; ALBALADEJO, Derecho civil, III, 19, op. cit., pag 239; ESPIN CANGUAS, op. cit., pág. 150; DIEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pág. 162 y 163; LACRUZ BERDEJO, Elementos..., III, 19, op. cit., pág. 108 y 109; MARIN PEREZ, Pascual, Derecho civil, III, en Manuales universitarios españoles, X, Fuenlabrada, 1.984, pág. 108; SERRANO ALONSO, op. cit., pág. 681;

O'GALLAGHAN MURZI, op. cit., pág. 143. DORAL GARCIA, José Antonio y TORRES LANA, José Ángel, EL SUJETO
a edificación y el principio de accesión, REDI, nº 251, 1.971, pág. 36 y 43.

(318) Se citan con la doctrina de la S. de 22 enero 1.928, 18 marzo 1.948, 17 diciembre 1.957, 2 diciembre 1.960
y 17 junio 1.971.

(319) DIEZ-PICAZO, que califica al incorporante de poseedor de buena fe del terreno o de la obra, sin embargo
deja muy claro que la adquisición no es automática, lo que plantea la duda de saber a que tipo de
posesión se está refiriendo. La modificación..., op. cit., págs. 850 y 851, y Fundamentos..., pág. 216.

(320) DIEZ-PICAZO, Luis, al comentar la S. de 2 enero 1.928, en Estudios sobre jurisprudencia civil, II,
Madrid, 1.975, pág. 269.

(321) GARRIDO PALMA, op. cit., pág. 133.

(322) HERNANDEZ CRESPO, Carlos, La accesión invertida, REDI, 1.972, pág. 733. DIEZ-PICAZO y GULLÓN expresan
contundentemente que hay una concurrencia de derechos de propiedad, porque "el tercero ostenta un
dominio sobre la obra, plantación o siembra, mientras que el dueño del suelo no pierde la propiedad de
ésta". Op. cit., pág. 163. Esta opinión es seguida, citándola textualmente, por LACRUZ BERDEJO, op.
cit., págs. 108 y 109.

(323) Reflejo del poco convencimiento de GARRIDO PALMA sobre la calificación apuntada, son estas reflexiones
del autor: "sinceramente creo que con esta calificación no se resuelve toda la problemática que el
supuesto entraña, aparte de que los efectos y consecuencias prácticas de la condición resolutoria en sus
fases de pendencia, existencia y deficiencia, pueden no resultar en justicia totalmente aplicables al
caso". Op. cit., pág. 133. Por su parte, HERNANDEZ CRESPO, tratando de las repercusiones registrales que

esta procedida separada puede tener, nos dice: "siempre que en tal situación de interinidad aparezca de los asientos registrales o de los títulos que lleguen al Registro esta dualidad de propietarios, habrá que suspender todos los actos y contratos de enajenación o gravamen que afectaron al dueño del suelo pretendieran abarcar o extenderse a la edificación, en tanto no consta en el Registro que se ha adquirido la obra realizada con abono de su importe, y habrá que denegar cualquier acto o contrato de enajenación o de gravamen sobre la edificación en tanto en cuanto que su titular no haya adquirido el terreno, ya que hasta el importe de la obra realizada o a que se le transfiera el dominio del terreno, pero, uno u otro, a elección del titular del suelo", op. cit., pág. 733.

(324) Texto mantenido también por RODA SABIRE, op. cit., pág. 28, y recientemente, siguiendo a ALONSO PEREZ, por DE ANGEL YAGUEZ, citando, La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del artículo 351 del Código civil, La Ley, N.º 965, págs. 1 a 17.

(325) SANZ FERNANDEZ, Angel, Edificación en suelo ajeno sus proleas, en curso de conferencias 1.947 en el Ilustre C.N. de Valencia, 1.948, págs. 147 y 148. Como ha expuesto DE ANGEL YAGUEZ: "Nos parece que el juego de la accesión consagrada en el art. 350, con una regla general cuyas excepciones tendrían que haber sido debidamente explicadas por el Código en los artículos siguientes, no puede verse en entredicho por las palabras <<tendrán derecho a hacer suya la obra...>>, pues esta redacción es fácilmente explicable, en relación con el citado art. 350, y habida cuenta de que nuestro código no es un prodigio de precisión en las expresiones (sin que esto suponga necesariamente un juicio negativo del venerable texto legal), entendiendo que el dueño hace suya la obra aunque con la obligación previa de indemnizar. Ciertamente es que las anteriores palabras <<previa la indemnización>> constituyen un serio reparo a este intento de dar a la primera frase un sentido coloquial y poco técnico, pero también es claro que el conjunto hacer suya la obra... previa la indemnización puede interpretarse en el sentido de hacer suya la posesión, es decir, hacer efectiva la accesión que con carácter general proclama el repetido art. 350". En apoyo de esta conclusión, introduce el catedrático de Duzto un nuevo elemento

interpretativo, que le viene dado por sus antecedentes en el proyecto de L. 851 y el comentario que al mismo hace su artífice. GARCÍA GÓMEZ. Op. cit., pág. 7.

(326) SANZ FERNÁNDEZ, op. cit., pág. 145.

(327) ALONSO BARRÉ, op. cit., pág. 267.

(328) Se puede constituir un derecho de superficie igualmente en este supuesto, si esa es la voluntad de las partes, "por tanto -nos dice ALBADA LÓO- el nacimiento del derecho de superficie, se puede deber: bien a que el principio de accesión no funcione porque sufra una excepción y la propiedad del suelo no se extienda a lo construido (o plantado); bien a que la ley permita que el que ya es dueño de un edificio (o plantación) juntamente con su correspondiente terreno, pueda desglosar jurídicamente el total en dos, dando vida a dos cosas -físicamente unidas, pero jurídicamente distintas-; el terreno y la construcción (o plantación). Y retenga una, enajenando otra, o enajene los dos (así, a dos personas distintas)...". Derecho civil, III, 29, op. cit., pág. 208. Por otro lado, nos preguntamos: ¿Podría el Adominus solii ventilar el conflicto de intereses previsto en el art. 361 C. civil, constituyendo un derecho de superficie o una propiedad separada de las plantaciones? Desde nuestra posición de aceptar la teoría de la automatización, no hay problemas en responder afirmativamente, en cuanto el Adominus solii adquiere Resolutorie lo plantado, reconociéndosele la facultad de gravar y disponer de la plantación sin necesidad de ejercitar el derecho de opción dual que le concede el mencionado 361. Pero, hay que advertir que dicha solución sólo es posible por vía de acuerdo con el plantador, nunca como potestad de configuración jurídica, pues en su beneficio también juega lo establecido en el reiterado 361. En consecuencia, el plantador puede negarse a aceptar otra alternativa que no sea la de ser indemnizado o la de adquirir el suelo plantado. Finalmente, destacar que si el plantador aceptara la constitución de alguno de estos dos derechos nos encontramos ante una Acreditio proxi tanuá o Acstitum posesorium (cfr. art. 1.461 C. civil), efecto determinado por hallarse en posesión de la plantación en virtud del

derecho de retención concedido por el art. 453 D. civil.

(329) Algunas diferencias en su nacimiento, génesis y estructura entre la propiedad separada y el derecho de superficie sobre plantaciones han sido señaladas en nuestra doctrina por POVEDA MURCIA, Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas, ADC, 1.949, págs. 151 a 167; GARCIA DEL OLMO SANTOS, op. cit., págs. 94 a 102; GARCIA AMIBO, op. cit., págs. 190 a 194; CARRAL DUEÑAS, op. cit., págs. 277 a 293.

(330) GARCIA DEL OLMO SANTOS distingue la propiedad separada indefinida de la perpétua. Mientras esta va unida al derecho de apostar, lo que significa el poder de rejuvenecer mediante renovación de la masa arbustiva, aquella tiene su duración en la propia temporalidad del objeto del derecho. Op. cit., pág. 95. Para DIEZ-RICAÑO y GULLÓN BALLESTEROS, "la propiedad separada se extingue cuando se destruye el edificio, la plantación o siembra, salvo la concesión expresa al propietario de la facultad de reedificar, plantar o sembrar de nuevo". Op. cit., pág. 428.

(331) DE LA RIZA Y ARENAL, Ramón, al comentar el art. 16.º del Reglamento Hipotecario, redactado según la reforma de 17 marzo 1.959, relativo a la superficie urbana, justificaba el límite temporal establecido en un plazo máximo de 50 años y la decisión del legislador de no darle carácter de perpetuidad, en que "ello equivaldría, en rigor, a desmembrar la propiedad, a establecer de modo indefinido, un dominio del suelo y otro del vuelo o del subsuelo". En concordancia con tal opinión contraria a la separación jurídica del vuelo y el suelo, al comentar la duración de la superficie rústica, regulada en el art. 30.3 RH, introducida asimismo por la reforma reseñada, donde no se señala límite alguno en su duración, escribe D. Ramón que "ha de entenderse, sin embargo, que queda proscrita la perpetuidad de este derecho, al exigir que se determine su duración". Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario, Madrid, 1.959, págs. 29, 30 y 57. Con esta opinión coinciden: ESPIN CANOVAS, op. cit., pág. 422; PUIG BRUTAU, José, Fundamentos de Derecho civil, III, 28, Barcelona, 1.979, pág. 171; GARCIA DEL OLMO SANTOS, op. cit., págs. 91, 93, 98, 99 y 101. Contra tal interpretación del precepto opone ALBADALEJO: "pues el que

éste diga que se haga constar la duración de la superficie sólo significa que si es de duración indefinida se haga también constar así". Op. cit., pág. 214.

(332) En este sentido GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 274.

(333) Así lo admite ALBADALEJO, op. cit., págs. 214 y 218. La diferencia siguiendo a ALBADALEJO se puede encontrar "en la redención en los términos vistos para la enfiteusis" cuando el derecho de superficie sea de carácter indefinido, cosa que no ocurrirá tratándose de una propiedad separada. Pero, el problema se complica para los derechos de superficie constituidos con anterioridad al Código, si tenemos en cuenta que el art. 1.611.3 excluye en su aplicación para la redención de censos allí señalados a estos derechos de superficie entre otros gravámenes de la propiedad, remitiéndose a una futura ley especial reguladora. Tras la promulgación de la misma (R.D. 25 Junio 1.926, declarando subsistente por D. 31 mayo 1.931 y ley 30 diciembre siguiente) no se menciona el derecho de superficie de forma explícita, entendiéndose ALBADALEJO que no le es aplicable y, por lo tanto, para estos derechos de superficie indefinidos anteriores al Código "hay que entender que carecen de legislación nueva, luego siguen siendo redimibles o no, según lo fueran antes". Una exposición más completa puede verse en op. cit., pág. 215 y nota 293 de la misma página. La duda también esboza en LACRUJ BERDEJO, Elementos..., III, 29, op. cit., pág. 133. GUILARTE ZAPATERO, por su parte, da argumentos sobrados para dudar de la aplicabilidad de este Decreto al derecho de superficie anterior al Código. Op. cit., págs. 186 a 189.

(334) GARCIA DEL OLMO SANTOS, op. cit., págs. 101 y 102.

(335) GARRIDO PALMA entiende que frente al principio superficies sólo reditíf del que parte el Código civil, existe latente en el Ordenamiento Jurídico otro principio que denomina de superficie, "por virtud del cual cabe escindir, separar la titularidad del suelo desconectándola del suelo". Cada principio continúa el autor más allá: tiene su propio campo de aplicación: "el de accesión para defender al

dominus soli frente a invasiones materiales de personas extrañas, aplicándose siempre que claramente no se haya estipulado su no aplicación, se haya renunciado al «s.s.c.» a través de alguna de las figuras que la ley regula o mediante una modificación de aquella. El de Superficie para, cuando la Accesión no se quiere, canalizar el interés de quienes de común acuerdo aspiran lícitamente a obtener del suelo y del vuelo o del subsuelo todo lo que económica y socialmente son susceptibles de dar en el plano de la relación jurídico-reales". Op. cit., págs. 153 y 158.

(336) Suelen coincidir los autores franceses en señalar la naturaleza perpétua de la propiedad que ellos llaman superficialia, "como todo otro derecho de propiedad; lo que no impide que pueda ser concedido de una manera revocable". AUERY et RAU, op. cit., pág. 440. En similar sentido, vid. RIPERT y BOULANGER, op. cit., pág. 869. Difiere de ellos JOSSERAND, dando argumentos que sostienen su tesis, no obstante niega que se trate de una copropiedad, op. cit., págs. 359 y 360. En otra línea sobre la naturaleza de este derecho, LAURENT entiende que "nuestras leyes modernas no permiten contratos perpétuos que enajenen el goce total o parcial de la cosa", por tanto cuando son constituidos a perpetuidad considera que encajan mejor en la enfiteusis. Op. cit., pág. 517. MARTY hace una apretada síntesis de las posiciones mantenidas en el Derecho francés en torno a la naturaleza del derecho de superficie según el Code; "se trata -escribe MARTY-, según la concepción generalmente admitida en Derecho francés, de un derecho de propiedad parcial cuyo objeto es menos fácil de delimitar de lo que pudiera parecer a primera vista: o sus cimientos, tienen partes subterráneas que entran en el suelo. Por otra parte, una plantación o una construcción requieren vías de paso, lo que necesariamente entraña un cierto uso del suelo circundante". Op. cit., págs. 34 y 40.

(337) Vid. supra nota 291 en este mismo capítulo.

(338) Afirma ROCA BASTRE, que "a pesar de la denominación que emplea este Reglamento, el derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas es un derecho de superficie sobre plantaciones o superficie vegetal, aunque

no utilice materialmente el concepto de «superficie». Y es que el derecho de superficie es siempre un derecho real de vuelo sobre finca ajena, conforme resulta del tan repetido artículo 16 del mismo Reglamento al calificar de «derecho de superficie» al derecho de «levantar nuevas construcciones sobre el vuelo» de fundos ajenos. Op. cit., pág. 39. Esta opinión es deducible en GARRIDO PALMA, para quien la desconexión suelo-vuelo exige pasar por el tanto del Instituto Superficial o de la propiedad horizontal, op. cit., nota 118 en la pág. 154. En el mismo sentido SOTO RISOQUERT, op. cit., pág. 926 y 927, y CAMY SANCHEZ-CARETE, Buenaventura, Comentarios a la legislación hipotecaria, IV, Pamplona, 1.983, pág. 580.

(339) GUILARTE ZAPATERO, op. cit., pág. 176 y 177.

(340) Vid. supra, nota 315 en este capítulo. Esta posibilidad es también admitida por DIEZ-PICAZO y GUILLON BALLESPEROS, op. cit., pág. 428; ALBALADEJO que no duda de su admisibilidad en nuestro Derecho, la califica de copropiedad prop. divisa. Op. cit., pág. 343 a 345. LACRUZ BERDEJO, José Luis, que calificándola igualmente de comunidad prop. divisa, nos dice para estas situaciones que "ni el que disfrute el arbolado ni el que siembra son titulares de un derecho en cosa ajena, y si dueños", y ni tan siquiera "se trataría de un derecho real nuevo, sino de una forma peculiar del derecho real de propiedad". Op. cit., pág. 294. La admisión de la propiedad separada en nuestro Derecho para estos dos últimos autores (ALBALADEJO y LACRUZ) no presenta duda alguna, aún cuando el primero parte de la admisión en nuestro sistema del dominus edictus y el segundo del dominus clausus en materia de derecho reales. GRAU, en referencia a las plantaciones existentes en un monte, apunta "como no puede desconocerse el carácter de cosa susceptible de apropiación jurídica que tiene el arbolado de los montes, es consecuencia lógica que sobre él puede ejercerse un derecho de verdadera propiedad. Este derecho puede estar reunido al de propiedad del suelo o separado de él; en el primer caso, claro es que no habrá más que un dueño, pero en el segundo resultarán realmente dos dueños con derechos dominicales perfectos, que idealmente pueden dividirse, pero que prácticamente son inseparables". Op. cit., pág. 187

y 198. Ya VALVERDE Y VALVERDE, en nuestra doctrina tradicional, advertía que a diferencia del Derecho romano, "el derecho moderno admite la propiedad separada", op. cit., pág. 97.

(341) GARCIA DEL OLMO SANTOS, op. cit., pág. 99. Así lo refleja también GARCIA AXIAGO, al decir: "se trata de una concurrencia de derechos de igual categoría sobre elementos individualizados del fundo; no en cambio, de cargas o gravámenes, limitaciones, en definitiva de un derecho de propiedad independientes y autónomos, de idéntica naturaleza jurídica, con estrechas relaciones de vecindad". Op. cit., pág. 190. Dentro de la tónica general que ha ingeniado la imprecisa, forzada e inapropiada aceptación de comunidad prop. divisoria para denominar estas situaciones de propiedad separada, en opinión de GARCIA GARCIA, José Manuel, su esencia "consiste en la existencia de varias titularidades de aprovechamiento sobre la cosa, las cuales se encuentran en un mismo plano de importancia sin que pueda decirse que ninguna esté en inferioridad respecto a la otra. Esa igualdad o equivalencia excluye precisamente la existencia de un sólo dueño y explica la pluralidad de propietarios, en que si bien el contenido de sus facultades es cualitativamente diferente, la importancia de cada uno en todo es equivalente". Op. cit., pag 826. Según confirma el autor a renglón seguido, la existencia de tal comunidad prop. divisoria sólo se puede acoger cuando "la misma o equivalente importancia tiene el aprovechamiento de los árboles que la siembra", negándose para cuando se considere principal a uno y secundario a otro. El planteamiento no deja de ser sugerente, pero tropieza con imponderables de difícil solución que trasgreden el concepto de propiedad en nuestro Ordenamiento jurídico. En principio reina la indefinición en torno al que ha de considerarse el aprovechamiento más importante o prevalente. Subjetivamente cada propietario entenderá que lo que es el suyo, y puede no faltarle razón si atendemos a sus necesidades y a su economía particular. Objetivamente la importancia se puede medir con parámetros económicos y/o sociales, que no tienen que coincidir necesariamente. Pero, incluso, la cuestión estará sesgada por la tangibilidad de la Historia. Así el aprovechamiento de mayor consideración económica y/o social hace algún o algunos siglos puede constituir hoy, por la variabilidad de los cánones utilizados en su medición, un aprovechamiento secundario, para volver a ser mañana principal. Empero, al margen de cual sea el criterio elegido para

valorar la importancia, ¿Como fundamentar jurídicamente que lo que había nacido como propiedad separada y distinta de las otras que concurren con ella se reconvierta, por por de criterios extrajurídicos puestos en manos de los jueces y tribunales, en un derecho real limitado de la propiedad sobre la finca asignada al dueño del aprovechamiento principal, por el simple hecho de ser aquel secundario o de menor importancia? ¿No equivaldría tal solución a la privación de una propiedad en favor de otra? No se trata de aferrarnos, contra corriente, a la pervivencia de estas situaciones de propiedad separadas que efectivamente, pueden perjudicar el desarrollo y la transformación de las estructuras agrarias, sino más bien de buscar una solución del Alleg. ferend.; pero mientras no sea más que esto y no alcance su plasmación en la Alleg. data, entiendo peligroso conceder este poder arbitrario a los jueces y tribunales, para que por medio de caminos desvalidos e inseguros asuman funciones legisladoras con pretexto de calificar la naturaleza jurídica de estos derechos, cuando de su título constitutivo se deduzcan con toda claridad que los mismos son de propiedades diferenciadas aunque concurrentes por el necesario enlace físico.

(342) Según esta sentencia: "Que entre las múltiples modalidades que por razón de su elasticidad o diferente amplitud de las facultades de uso, disfrute y disposición puede revestir el dominio, la más irregular y difícil de catalogar en nuestro derecho es aquella en que el suelo y el vuelo de una finca con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda afinidad con otras figuras específicamente reguladas por el legislador, como la servidumbre personal y la copropiedad, a efectos singularmente esta última de la acción de retracto, o con el derecho de superficie, carente de la debida regulación legal, las normas de aquellas instituciones no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos, caracterizados en definitiva como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos sobre una misma finca, que, en su ejercicio, pueden entrar en colisión por las incompatibilidades que provoque la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y el arbolado, recíprocamente limitados o restringidos por el derecho ajeno, y en estos supuestos de incompatibilidad de facultades dominicales, sin abandonar por completo el

ordenamiento jurídico de instituciones afines, es preciso idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión, atendiendo preferentemente al título constitutivo del dominio y a las disposiciones generales que en el derecho positivo gobiernan el instituto de la propiedad, y sólo a falta de norma legal exactamente aplicable al punto controvertido, habría de ser llenada esta laguna con las reglas supletorias del derecho consuetudinario si se demuestran los presupuestos de hecho determinantes de su nacimiento y subsistencia"

(343) Recoge parte del Considerando transcrito de la sentencia anterior, manifestando la necesidad de distinguir la propiedad separada del derecho de superficie.

(344) Recogemos los considerandos que esta sentencia interesan a nuestro caso "En supuestos de propiedad dividida el contenido de la propiedad se presenta distribuido entre dos sujetos, de modo que cada uno de ellos tiene una parte de las facultades y pretensiones contenidas en el dominio, pero sin que por esto aparezca uno como propietario y el otro como titular de un derecho limitado sobre cosa ajena, sino que cada uno de los titulares es limitado por el derecho del otro, de manera que desapareciendo el derecho de uno de ellos, el otro se amplía sin más para convertirse en propiedad plena, otra vez; es decir que el derecho de los dos propietarios no recae sobre la totalidad e integridad de la cosa, de forma que cada uno pueda gozar de ella y de sus productos en proporción a su respectiva cuota, ya que no existen porciones alicuotas, por la cual esa figura resultante no puede calificarse de copropiedad, sino más bien de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distinta sobre una misma cosa -terminología francesa- o de propiedad dividida -según la técnica germánica-. "Que para la delimitación de las respectivas facultades de cada uno de esos propietarios de diversos aprovechamientos sobre una misma finca, hay que partir de que, como unánimemente proclama la doctrina científica, lo mismo los casos de limitación como los de desintegración o división de la propiedad son excepcionales y contrarios al concepto unitario de la misma, y han de ser, por ello, debidamente probados, pues la presunción de plenitud está a favor del primitivo propietario, quien tradicionalmente ha sido protegido por acciones

que, como la negatoria y la de jactancia, han implicado un desplazamiento de la carga de la prueba hacia el que alegue que ha adquirido ese derecho limitado, o esa participación en un determinado aprovechamiento". "El ejercicio simultáneo y contrapuesto de dos derechos de propiedad distintas y concurrentes sobre la misma finca, exige una completa y perfecta delimitación de ellos, evitando colisiones y que el uno no pueda invadir y hacer efectiva la anulación del otro"

(345) Siendo más bien un criterio de Acquiritus dicta, la sentencia de 28 mayo 1.963 considera la venta del suelo o del vuelo separadamente, a las que denomina ventas especiales, distinto de la constitución de un derecho real limitado del dominio. El considerando lo expresa en los siguientes términos: "Que no cabe duda que si el propietario, que tiene la plena señoría de la cosa, puede transmitir alguna o algunas de las facultades que la integran, reservándose el resto de los derechos reales limitativos del dominio y al de ciertas ventas especiales -venta a plazo o con reserva de dominio y pacto de resolución, venta con pacto de recobración, venta del suelo o del vuelo solamente, venta de la nuda propiedad con reserva de usufructo, venta con aplazamiento por tiempo determinado o determinable de la entrega de la cosa vendida, etc., etc.-". (El subrayado es nuestro).

(346) Vid. supra pág.

(347) Este planteamiento de LA RICA es consecuencia lógica del carácter de derecho real que tiene una duración limitada en el tiempo, según deduce de la interpretación del art. 30.3 LH. En opinión de GARCIA AMIGO, tanto el art. 11.5 de la LM como el 30.3 RH "no sólo no dicen nada que haga pensar en la superficie para catalogar el derecho de vuelo, sino que de su regulación separada en el Reglamento Hipotecario hace concluir que ni siquiera se piensa en su proximidad". Op. cit., pag 191. Otra es la interpretación que del término hace GOTO BISQUERT, para quien "no hay derecho real de vuelo sobre fincas rústicas, diga lo que diga el Reglamento hipotecario. Sobre fincas rústicas lo que puede haber es derecho de superficie". Cuestión más terminológica que sustancial, pues para GOTO BISQUERT el derecho real de vuelo sólo se

puede constituir sobre fincas urbanas si es utilizado con precisión. No obstante, como apunta en otro lugar, con estas sutilezas semánticas está negando la posibilidad en nuestro Derecho de la propiedad separada de la plantación y el suelo, según reconoce el autor. Op. cit., pág. 926 y 927.

(348) DE LA RICA, op. cit., pág. 52.

CAPITULO IV.

LA PLANTACION EN LAS CATEGORIAS DE LOS BIENES PATRIMONIALES.

RESUMARIO: I. La distinción muebles-inmuebles. 1. Razones. 2. Origen de la doctrina. 3. La plantación: inmueble por incorporación. 4. Los árboles destinados a la tala como bienes inmuebles por anticipación. II. La plantación en el concepto de finca. 1. Finca material. 2. Finca funcional. 3. Otra perspectiva de finca funcional y su incidencia en la plantación como explotación independiente del suelo. III. La plantación como mejora. 1. Ideas previas. 2. Delimitación del concepto de mejoras. 3. La plantación en el régimen jurídico de las mejoras en el usufructo y el arrendamiento rústico establecido al Código civil. 4. La plantación en el régimen de las mejoras en el arrendamiento rústico especial. 5. Arrendamientos de plantación o de mejoramiento. IV. La plantación y los frutos. 1. Consideraciones generales. 2. La compraventa de árboles destinados a la tala. A. Los árboles destinados a la tala: cosa futura?. B. Algunas consideraciones en relación al capítulo del objeto del derecho y la plantación. C. Distinción del arrendamiento de una plantación. Notas del capítulo IV.

II. LA DISTINCIÓN MUEBLES - INMUEBLES -

1. RAZONES. -

La agrupación de los bienes en dos grandes categorías, a los fines de una mayor o menor protección jurídica, parece ser común a los Derechos históricos (1). Para el Derecho romano la resum divisio rerum (2) fueron las res mancipi y las res nec mancipi (3), hasta su completa abolición por Justiniano (4).

En el Derecho germánico ya empezaron a desenvolverse la distinción entre bienes inmuebles y bienes muebles (5), cuyo mayor realce y esplendor se adquirió en la Edad Media (6). La oposición entre los bienes pertenecientes a un grupo o a otro no parece residir en el valor atribuido, ni a un principio jurídico puro, unitario (7). En opinión de BONFANTE está motivado por la antítesis entre objetos de interés social y objetos de interés individual (8). La distinción muebles-inmuebles toma como punto de partida la susceptibilidad de una cosa para ser desplazada o no, en cuyo rigoroso sentido el único inmueble por naturaleza es la tierra; no obstante, "el nombre es convencional, porque en

realidad el objeto de cada una de estas categorías han variado profundamente en la Historia, sin tener en cuenta su movilidad o inmovilidad" (9).

Es común a todas estas tipificaciones históricas de los bienes considerar entre aquellas cosas que se incluyen en la categoría de las que más tutelación merecían las tierras (10). Y no es difícil encontrar la razón en economías fundamentalmente agrarias para asentarse el poder político y el control de las riquezas. Como acertadamente ha expuesto RESCIGNO: "el reconocimiento y el régimen de la propiedad fundiaria postulan una organización político-social, necesaria para la individualización de los bienes como objeto de la singular propiedad y para garantía por parte de la comunidad; a los bienes muebles debe por el contrario reconocerse la natural actitud para constituir cuerpos individuales y separados en el mundo sensible de la experiencia, antes aún que intervenga la organización económico-política de la sociedad gobernada por el derecho" (11).

2. CRISIS DE LA DISTINCIÓN.

Al recoger nuestro Código civil, como hiciera el "Code"

Napoleónico (12). La distinción muebles-inmuebles, elevando a la categoría principal de las cosas para asignarle un régimen jurídico divergente, no se podía argumentar en la amplitud de su significado que éces apuditas res viliss., y quizás haya que verlo no como "una consecuencia de las condiciones económicas y sociales de la época, sino el efecto de la fuerza de la tradición" (13). Si esta afirmación puede ser mantenida, a pesar de su relativo valor en aquellos momentos, para resaltar el desfase entre el legislador del Código y la realidad económica y social del momento codificador, el desarrollo y la recomposición de los intereses económicos en juego a lo largo del presente siglo han terminado por afianzarla definitivamente.

Ya no se puede afirmar que sean los bienes inmuebles el elemento principal de las fortunas personales; en todo caso y tratándose del suelo un elemento a veces necesario sobre el que actúan determinados bienes muebles (sobre todo el capital dinerario), que se han hecho imprescindibles para la supervivencia económica en términos de mercado y la acumulación de grandes fortunas. Indudablemente la tierra sigue teniendo una gran importancia, pero cada día depende menos de condiciones intrínsecas como de que su poseedor pueda realizar en ella inversiones de capital. El poder económico se ha desplazado lentamente de los terratenientes hacia los capitalistas, cuyo medidor no es ya la propiedad

de los inmuebles por su riqueza, sino sobre la explotación que ella sustenta, entendida como el conjunto de bienes y servicios organizados para un fin económico en manos de un empresario; o, simplemente, sobre un conjunto de bienes que funcionan al margen del suelo generando beneficios.

Por tanto, hemos de buscar la importancia de la máxima división de los bienes con arreglo a los imperativos de nuestro tiempo en otras razones. Según ha escrito LACRUZ BERDEJO, "la distinción, pues, siempre importante, ha de impostarse hoy sobre otros fundamentos y acarrear otras consecuencias. La diversidad de trato de las fincas, frente a otros bienes, ya no estriba en su valor pecuniario, sino en el carácter no multiplicable de la superficie terrestre; en ser el suelo rústico un factor de producción cuyo tamaño, acondicionamiento y modo de explotación importan a la comunidad, y el urbano un objeto de predominante interés público cuya especulación daña en muchos modos al bien común y donde la edificación ha de obedecer a reglas de convivencia muy estrictas; en la especialidad e identificabilidad del inmueble frente a la genericidad de muchos muebles, incluso los más valiosos. De hecho, a las reglas del C. civil se ha superpuesto una disciplina de los inmuebles en leyes especiales -legislación agraria y urbana- que atiende sobre todo a su papel en la vida social, mientras en viejo Código sólo le preocupa la salvaguarda de

las fortunas individuales" (14).

Pero, incluso aquella finalidad protectora expresada en el Código civil para los inmuebles se manifestaron pronto inadecuadas en la tutela de los intereses que allí se representaban, creándose situaciones absurdas, contradictorias e injustas frente a los sujetos. Contra ellos se levantaron las críticas de la doctrina, pero han tenido que pasar muchos años para que el legislador les diera cauce, como ha sucedido con la reforma que afectó a la regulación jurídica de los actos de disposición de las personas que ejercitan la patria potestad sobre los bienes del menor de edad (15) y la capacidad de obrar del menor emancipado para enajenar sus bienes (16), aprobada por ley de 13 mayo 1.981.

Otro aspecto que hizo naufragar la transformación económica de nuestro siglo ha girado en torno a la consideración, que se desprendía de la naturaleza de los inmuebles, como los únicos bienes idóneos para ser sometidos a publicidad registral, dada la imposibilidad de ser destruidos u. ocultados. Por una parte, esto ya no se puede predicar para algunos muebles, como el buque o la aeronave (17); y, por otra, la tendencia seguida está sustituyendo aquel criterio de la inmovilidad por el más amplio de la identificabilidad del bien (18). A propósito para estos

fines, que toma en consideración el criterio de la
susceptibilidad o no de identificación de los bienes, ha
emergido una nueva distinción entre bienes registrables y
bienes no registrables (19).

3. LA PLANTACIÓN Y INMUEBLE POR INCORPORACIÓN.-

SACHEZ ROMAN (20) y CLEMENTE DE DIEGO (21)
distinguió en nuestro Derecho (22) los bienes inmuebles
en cuatro grupos: por naturaleza, incorporación, destino y
analogía (23). A los árboles los encuadraron entre los
inmuebles por incorporación "mientras estuvieran unidos a la
tierra o formaren parte integrante de un inmueble", según
reza el nº2 del art. 334 del C. civil (24). Tal condición la
perderían para convertirse en muebles una vez desarraigados
o separados físicamente del terreno (25); pero, en ese
entonces dejarían de ser árboles para devenir madera, leña o
de cualquier otra manera algo distinto al árbol que sin o
mediante una ulterior transformación es utilizado como
materia prima para el consumo. Indudablemente se habría
producido una alteración fisiológica en la naturaleza del
árbol.

De una interpretación de a. l. 334 C. civil, y

especialmente en lo que aquí interesa, es su número 12, se pueden extraer las siguientes conclusiones para la plantación:

1. En nuestro Derecho no tiene ninguna relevancia para el concepto de incorporación que la unión física de la plantación con el suelo sea consecuencia natural o se haya producido artificialmente por la acción humana (26); que el árbol haya arraigado o no (27); y finalmente, que la incorporación haya sido realizada por quien tiene derecho a hacerla o por persona distinta, sea o no propietario del árbol incorporado (28). La incorporación es un hecho que se observa por la norma de la forma más objetiva posible: basta que el árbol se encuentre introducido en el suelo. El fenómeno se puede observar igualmente en sentido contrario, adquiriendo carácter mobiliario desde que se produce la separación física del suelo, cualquiera que sea la causa y el sujeto que la produzca (29).

2. No se trata de un bien inmueble por naturaleza, reservado exclusivamente para los terrenos, sino de bienes muebles inmovilizados (30), en virtud de la estabilidad que comporta la unión física con el suelo. A esta idea apunta el art. 313 C. civil, que al señalar la Regula iuris rerum dice "se consideran" bienes muebles o inmuebles, modificando el legislador premeditadamente la expresión "(son)".

La entrada en el proyecto de Código civil de 1943 en su art. 379, en relación al actual 33 (1). Por consiguiente, esta desviación de la naturaleza física de los bienes para ampliar la categoría jurídica de los inmuebles, debió responder a razones económicas y sociales que el legislador tuvo en cuenta para alcanzar determinados fines prácticos. Pero también plantea un cúmulo de problemas que exigen un estudio particularizado, pues como expresa PUGLIATTI: "para aplicar a estos bienes las normas dictadas para los inmuebles, no se puede proceder mecánicamente y con criterios inflexivos, sino que a menudo será necesario ver, hasta que punto tales normas pueden aplicarse a esta o aquella clase de bienes, tenidas presente la particular exigencia a la que la ley ha querido obedecer al inmovilizarlos" (32).

No ofrece dudas el interés económico que a lo largo de la Historia han presentado las plantaciones y la actividad plantadora, por lo que no debe sorprendernos que el legislador, en orden a la protección jurídica de los elementos más importantes de las fortunas individuales, las incluya entre los inmuebles (33); pero, hoy día todavía queda más justificado por el interés social que despierta. Las plantaciones, y sobre todo las forestales, es un bien cuya conservación, defensa y fomento importan a la comunidad; y no siempre la consecución de estos objetivos.

son controlables con el interés individual en su explotación. La prevalencia de este interés social de los árboles se ha reflejado en las legislaciones especiales que regulan los diferentes tipos de propiedad inmobiliaria, arbitrándose en ellas medidas de protección para los árboles que se traducen en límites al ejercicio de su propiedad (34).

3. Según DÍAZ-PIGAZO: "es dudoso que siempre que por disposición de la ley se utilice la expresión bienes inmuebles, se pueda aquélla generalizar a los inmovilizados por incorporación o por destino" (35). Son muchos los preceptos de nuestro Código Civil y fuera de él donde el término inmueble requiere una labor de exégesis, auxiliado de los instrumentos interpretativos, para deducir si la referencia incluye a los inmuebles por incorporación, y en concreto a las plantaciones. Si bien se puede afirmar que la expresión siempre incluye a los inmuebles por naturaleza, no ocurre lo mismo para aquellos en sentido impropio como la plantación.

4. LOS ARBOLES DESTINADOS A LA TALA COMO BIENES INMUEBLES POR ANTICIPACION.

Quando parte de los árboles que componen la plantación, previamente individualizados por el sistema de marcaje o cuarteles, adquieren el carácter de frutos de la explotación forestal, por venir destinados a la tala, se les considera muebles por anticipación a los efectos de constituir objeto del contrato de compraventa de frutos pendientes (36) o del derecho real de garantía de prenda sin desplazamiento. Ambos derechos al recaer sobre bienes muebles se verían afectados por el distinto tratamiento jurídico que el Ordenamiento Jurídico le dispensa respecto a los inmuebles, aun cuando esta naturaleza mobiliaria no la lleguen a adquirir plenamente mientras no se produzca la tala o separación física de la tierra (37); de ahí que se haya recurrido al ingenioso expediente jurídico, para salvar la sistemática del Código civil, de denominarlos bienes muebles por anticipación. Pero, en definitiva, se trata con ello de justificar la aplicación de las reglas de los bienes muebles para estos inmuebles por incorporación objeto de compraventa o prenda sin desplazamiento.

Mientras que la consideración mobiliaria de los árboles destinados a la tala y los frutos pendientes en general, es una construcción puramente doctrinal en el contrato de compraventa que recaiga sobre ellos (38), en la prenda sin desplazamiento aquella trae su origen de la legislación vigente.

Es sabido que nuestro Código civil parte de distinguir el derecho real de hipoteca y el de prenda en función de que el primero recae sobre bienes inmuebles y no requiere el desplazamiento de la posesión del deudor al acreedor (39); y el segundo, por el contrario, tiene por objeto bienes muebles y ha de producirse un desplazamiento de la posesión al acreedor o a un tercero (40). La calidad del objeto, manifestada por ese dualismo hipoteca-inmueble y prenda-mueble, constituyen elementos configurantes de una y otra institución en los Códigos influenciados por el Código Napoleónico, produciendo una profunda alteración en la naturaleza que esos derechos tuvieron en la concepción romanista (41). Esto condujo al legislador, a instaurar la prenda agrícola por Real decreto de 22 septiembre 1.917, al decir en su art. 19: "se estiman como bienes muebles, los árboles y los frutos pendientes... no obstante lo dispuesto en el art. 334" (42). CASTÁN TOBERAS, citando el RDL de 1.917 y la Ley de 5 diciembre 1.941 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (43) que incorporó al C. civil los arts. 1.853 bis a 1.871 bis, en referencia clara a la distinción entre prenda e hipoteca por razón de la regula divisio rerum expresa que "el legislador mismo no es consecuente a veces con su teoría, o tiene que acudir a violentas ficciones para mantenerla" (44).

Actualmente la ley de Hipotecas Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 16 diciembre 1.954 (45), en el art. 52.1 dispone: "podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes: 1º Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato".

Es preciso anotar por último que estas contrataciones manifestadas para los frutos pendientes, han sido salvadas en parte por la Compilación de Derecho civil de Navarra, al prescribir en la ley 347: "los frutos se consideraran bienes muebles desde que sean aparentes conforme a la Ley 354".

II. LA PLANTACION EN EL CONCEPTO DE FINCA. -

1. FINCA MATERIAL. -

Sabido es el que el Código civil no define el concepto de finca en sentido jurídico. Su ausencia se ha intentado suplir por tres medios, cuyos resultados han sido parciales.

1. Legislativamente. El Decreto-Ley sobre el Catastro de 30 de mayo de 1.925, repitiendo el texto del art. 6 de la ley del Catastro parcelario de 23 marzo 1.906, señala en el art. 4 que ha de entenderse por finca la "porción de terreno proindiviso dentro de un término municipal" (46). Además de no poder generalizarse este concepto de finca por la limitación intrínseca de la disposición que la contiene, ya advertía COSSIO que la expresión "dentro de un término municipal" invalida la aceptación de esta definición de finca, puesto que esta no deja de serlo por encontrarse situada en diversos términos municipales (47).

2. Jurisprudencialmente. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 diciembre 1.960 definió la finca como "un trozo de superficie terrestre cercada por una línea poligonal objeto de propiedad". Por su parte, la Dirección General de los Registros y el Notariado en dos resoluciones (48), ya viejas, precisa aquel concepto en relación a los objetos que se encuentran incorporados al suelo. En la de 30 septiembre 1.922 se expone que "los principios fundamentales del Registro de la propiedad se refieren directamente a trozos superficiales deslindados y comprenden, dentro de la finca determinada en forma hipotecaria, tanto las partes naturales del suelo como los cuerpos orgánicos y mecánicamente unidos al mismo, mientras constituyan una parte integrante del inmueble...". La de 4 noviembre 1.925,

en alusión a la idea que informa el art. 6 de la Ley Hipotecaria, afirma con lujo de detalles en este mismo sentido: "nuestro sistema hipotecario está basado en la finca como superficies deslindadas y las partes que la forman que se presentan necesarias para la existencia del todo son, más que cosas independientes verdaderos trozos que se encuentran en recíproca dependencia corporal, sin sustantividad separada dado el carácter absorbente e ilimitado del derecho de dominio, tal y como aparece reflejado en nuestras leyes civiles. Hay que añadir, además, que aquel precepto hipotecario se halla inspirado en el principio <<una sola cosa, un sólo derecho de propiedad>>".

3. Doctrinalmente. Partiendo de la definición dada sobre finca física por WOLF en el Derecho alemán como "espacio de límites determinados en la superficie de la tierra" (49), la doctrina tradicional elaboró el concepto jurídico de finca como "porción delimitada de la superficie terrestre perteneciente a un propietario o a varios proindiviso" (50).

Sobre la base de tal definición, algunos autores han ido añadiendo elementos nuevos. Así ROVIRA MOLA, presuponiendo a una porción determinada del espacio superior al suelo y del subsuelo parte integrante del fundo, considera que en nuestro Derecho la finca es "la porción

delimitada en el espacio vertical u horizontal, perteneciente a un propietario o a varios proindiviso" (51). Obviando el espinoso tema de la extensión vertical del objeto inmobiliario sobre el que recae el dominio, para reconducirlo al estudio de las facultades del dominus so. 18, GARCIA VALDECASA escribe que "prototipo de las cosas inmuebles son las fincas o predios que consisten en porciones delimitadas del suelo con cuanto a el está incorporado" (52). Por su parte, DIEZ PICAZO lo explicita aún más: "el concepto de finca debe reservarse para los inmuebles por naturaleza con sus incorporaciones o partes integrantes, pero con exclusión, en cambio, de las pertenencias" (53).

La plantación se puede entender desde el punto de vista de finca material (54) según los términos de las definiciones expuestas, como especie del genus finca fundado en la distinción entre finca urbana y rústica, cuando esta última ha sido destinada a constituir un viñedo, un olivar o un pinar, por señalar algunos ejemplos. Significado, por lo demás, bastante corriente y usual según expresa la resolución de la DGRN de 2 octubre 1.894 al referirse a la inscripción de una viña, "nombre que comprendería el suelo y el vuelo". En este planteamiento entendemos que la plantación constituye un elemento conformador de la finca junto con el suelo, donde se apoya y cuyo perímetro la

individualiza materialmente.

2. FINCA FUNCIONAL.-

Imperativos sociales y económicos de nuestro tiempo han deparado las deficiencias de la noción material de finca, entrando abruptamente en crisis. A sustituirle parece emerger un nuevo concepto de finca, caracterizada "por la unidad de destino económico que representa" (55). La doctrina se ha hecho eco del fenómeno, advirtiendo, en algunas disposiciones posteriores al Código civil, atisbos de su reconocimiento legal (56). Frente a la idea abstracta de finca material, circunscrita al concepto de superficie de terreno delimitada por una línea poligonal perteneciente a un propietario o a varios proindiviso, se impone el concepto moderno de finca funcional, cuyo papel innovador viene a modalizar a aquélla por el destino económico que el conjunto orgánico está llamado a cumplir.

Una primera manifestación del concepto de finca funcional se deduce del destino del suelo, donde intervienen criterios económicos y sociales que interesa ordenar jurídicamente; su calificación de suelo urbano, forestal o agrario no es un acto que emane de la soberanía territorial, y

por consiguiente no forma parte de su esfera de libertad en el ejercicio del derecho de propiedad. Por el contrario, depende del poder de "imperium" del legislador, concretado en la ley, ya sea de forma directa o por remisión a disposiciones y actos administrativos. No cabe duda que la fijación del destino ya es por sí sola un importante medio de sustracción de poderes al propietario en su interés económico.

En el ámbito agrario y en relación a la finca rústica es donde mejor acogida ha tenido el concepto de finca funcional, impulsada por el creciente desarrollo del Derecho agrario y la necesidad de fomentar y proteger la agricultura en condiciones objetivas de inferioridad frente a los demás sectores de la producción (57).

De esta vinculación de la finca rústica a un destino económico agrario o forestal, emanan significativas consecuencias jurídicas que la convierten en un bien de circulación controlada en el tráfico jurídico. DE LOS MOZOS advierte como "este nuevo sentido del concepto de finca se materializa en las nuevas formas que van apareciendo para su individualización y descripción, y aunque la base de ésta sigue siendo meramente <<literaria>>, haciendo constar su situación, delimitación, extensión y naturaleza (arts. 9-10. LH. 51-10 a 42 RH); así, por ejemplo, la reforma de 1.959

del Reglamento hipotecario ha introducido la expresión de su «clase de cultivo», en las rústicas, y la referencia al polígono y parcela catastral (art. 51 R.H.)" (58). Los autores que han comentado esta modificación coinciden en la importancia que reviste, si bien menor que otras que se introducen dada la relativa facilidad con que pueden ser alterados los cultivos en nuestros días (59). No obstante, si el cultivo al que se encuentra dedicada la finca es cualquiera de los que exigen estar plantado de árboles o arbustos (viñedo, olivar, naranjos, plantaciones forestales, etc.) no por ello deja de ser inmutable, pero, como en su momento advertíamos, estos son más difíciles de sustitución que los cultivos herbáceos, en general por influencia de razones económicas y sociológicas (60), cuando no jurídicas como sucede con las plantaciones forestales existentes en un monte. De esta forma y siempre dentro de la necesaria relatividad, el tipo de plantación, hallándose la finca plantada, puede constituir un elemento que ayude a la identificación de la finca frente a las colindantes; pero, también es verdad que el dato frecuentemente no tiene a estos fines identificadores apenas relevancia por hallarse en fincas que colindan plantadas de la misma especie, como es usual en amplias zonas geográficas de viñedos, olivares, montes poblados, etc.

MURCOZ CABIZANOS y GARCIA GARCIA han señalado la

5

influencia del concepto de finca funcional en la finca material, "por un lado, ampliando su concepto, y, recortándolo, por otro". La ampliación viene producida por la posibilidad de acceso al Registro como una sola finca de varias parcelas separadas físicamente en función de la unidad orgánica que representa su destino económico (52).

Entiendo que para estos supuestos si puede tener relevancia el hecho de que aquellas parcelas discontinuas se encuentren destinadas a un mismo tipo de plantación, pues ello puede significar un indicio claro de la intención del titular dominical de constituir una unidad orgánica afectada a un mismo destino económico, que se sirve de un conjunto organizado de medios humanos y materiales, siempre que la distancia entre las parcelas no lo impidan.

"Pero la finca funcional -siguiendo textualmente a MUÑOZ CARISAROS y GARCIA GARCIA- determina también un recorte o limitación en el concepto de finca material, ya que no todo trozo de terreno cerrado por una línea poligonal es una finca, sino solamente aquella porción de terreno que la costumbre y la misma lógica consideren puede explotarse con independencia. Desde esta perspectiva funcional, no serán fincas, por ejemplo, el exiguo espacio de terreno que comprende una sola copa de viña o un olivo, ni tampoco un decímetro cuadrado, etc. Esas diminutas porciones no cumplen

en el tráfico jurídico la función que minimamente cabe exigir en el concepto de finca" (67).

De gran interés en este segundo aspecto de la acogida del concepto de finca funcional en nuestra legislación es el régimen de las unidades mínimas de cultivos regulado en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 Enero 1.973 (arts. 45 a 49). Interés que conecta también con la plantación cuando ésta constituye el destino de la finca.

El criterio señalado en el art. 43 de la Ley citada es ambiguo al respecto, aunque creemos deducir que al decir que "se tendrán en cuenta las características de la agricultura de la comarca", en ella influirá notablemente el tipo de cultivo que prevalezca, hasta tal punto que la discriminación de una comarca en relación a otras puede venir motivada por el cultivo que tradicionalmente la haya identificado, en orden a que "dicha extensión será la suficiente para que las labores fundamentales, utilizando los medios normales de producción, puedan llevarse a cabo con un rendimiento satisfactorio". Siendo un determinado tipo de plantación al que usualmente se destinan las tierras en la comarca, aquélla tendrá indudable relevancia en la concreción de las unidad-tipo mínima exigible para el cumplimiento de la función económico-social de la finca.

Más expresivo resulta el art. 6 del Reglamento de
Montes de 22 febrero 1.962 en la importancia que reviste la
plantación forestal en la dimensión funcional de la finca.
Se señalar de forma expresa y con rotundidad el criterio a
tener en cuenta: la determinación de la Unidad mínima de
monte, subordinada a la "necesidad de que pueda ser
recorridos con cortas periódicas regularizadas".

LA OTRA PERSPECTIVA DE FINCA FUNCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LA PLANTACION COMO EXPLOTACION INDEPENDIENTE DEL SUELO.

Al PALADEJO, que no considera al espacio superior al
fundo parte integrante de éste, entiende, al igual que los
autores más erróneos señalados, por finca algo más que la
superficie terrestre, incluyendo sus incorporaciones; pero
también considera a las incorporaciones independientemente
del suelo como fincas, si bien su referencia queda
restringida a edificios o partes de él, al señalar que "a
ciertos inmuebles por naturaleza o incorporación, se les
llama fincas. Estas son cosas constituidas por un trozo de
terreno edificado o no, o incluido sólo por una parte de un
edificio (un piso)" (64).

Efectivamente, parece incontrovertible que el concepto

de finca no gira ya en torno a la superficie terrestre, compartiendo a elementos unidos materialmente a esta. Actualmente la nota fundamental parece residir en que pueda ser individualizada la unidad jurídica inmobiliaria, porque entonces podremos decir que existe un objeto autónomo y específico de derechos reales.

Pero bien, no sólo "hay que rechazar un concepto inmutable de finca en sentido material" (65), sino que el concepto de finca ha empezado a gozar de la indefinición para dar cabida a un concepto más amplio que permita beneficiarse de los efectos del Registro las nuevas realidades económicas que emergen en la situación presente (66). De esta forma se ha dicho que finca registra es todo aquello que es susceptible de abrir folio registral (67), y en este sentido la plantación jurídica independiente del suelo puede abrirlo, puesto que puede ser objeto de hipoteca, embargo, etc.

Contra dicha posibilidad se puede argumentar, por un lado, que si la plantación, en base a la definición vista de finca material, es algo que hunde sus raíces en el suelo, no tiene relación material, aunque la tenga económica, y los derechos reales siempre afectan a lo: la finca en esa magnitud de trozo delimitado de la superficie terrestre. Por otro, que la determinación del objeto en el caso de la

planta, en tanto finca autónoma del suelo, ha de realizarse por separado, esto es, la plantación respecto del suelo. Este fue el criterio que sustentó la DERN en las resoluciones de 22 febrero 1.863, 12 junio 1.863, 25 marzo 1.864, 4 noviembre 1.867, 29 agosto 1.871, 22 julio 1.874 y 2 octubre 1.884, donde resuelve para supuestos de inscripción de la propiedad separada de las plantaciones que previamente ha de preceder la del terreno.

Empero, entendemos que esto no es óbice para considerar a la plantación como finca, abriendo su propio folio registral (66), aun cuando se requiera la inscripción del suelo donde se encuentra ubicada, pues como expresa POUEDA MURCIA (67), y reitera CORRAL DUERAS, la solución a este problema parece encontrarse en la "adopción del folio múltiple, que ya había aparecido en nuestra legislación con ocasión de la propiedad de casas por pisos, más conocida por <<propiedad horizontal>>; en ella como es sabido hay un folio común donde aparece inscrito el edificio en su conjunto y después, folios u hojas filiales independientes para cada uno de los distintos pisos susceptibles de dominio separado, relacionados con el folio matriz", por tanto "la inscripción principal -continúa CORRAL DUERAS- se dedicará a la totalidad, pudiendo pasar después, tanto ellas como los aprovechamientos parciales a folios distintos donde se detallase su contenido y biología jurídica, haciendo las

oportunas referencias en la inscripción principal como en las especiales" (70).

No desconocemos en este punto que la realidad puede ofrecernos una gama de situaciones que complicar a la solución cada una (p. g., que la plantación ocupe un terreno que a su vez, constituya varias fincas pertenecientes a distintos propietarios, que el suelo-finca sea de mayor extensión que aquél que ocupe la plantación, etc.), pero estamos convencidos que estos problemas no son insalvables en la mecánica del Registro, si se arbitra la adopción de algún sistema de señalización para andar por él.

Mutatis mutandis lo señalado para el supuesto de propiedad separata, aplicado a la empresa o explotación agrícola que recae sobre una plantación separada es tal vez más útil mantenerlo. A favor de la misma se puede sostener que:

1. No hay que cerrar el Registro por razones puramente dogmáticas, sino buscando la propia finalidad que éste ha de cumplir, básicamente, servir de base segura al tráfico de los inmuebles y el crédito. La plantación requiere continuamente para ser explotada de créditos, cuya obtención no se le debe negar por impedimentos de acceso al Registro en cuanto bien independiente, que como tal circula en el tráfico apoyado en

el concepto de actividad económicamente organizada que lo imparte un valor distinto al que físicamente tiene. Hemos de observar que nada obsta a ello, en virtud del concepto de finca funcional en cuanto una unidad de destino económico basada en criterios formales, no materiales, individualizada por la actividad organizada. Como advierte GARCIA CANTERO, esto responde al "concepto moderno de explotación o empresa y reviste un especial significado para el Derecho agrario, dando mayor importancia al destino económico que a la configuración física" (71). Si la plantación independientemente del suelo responde a esta idea de actividad económicamente organizada, como tal constituiría una finca funcional que puede ingresar en el Registro, abriendo folio registral. No nos es posible entrar en detalles sobre tan importante tema, aunque podemos constatar la necesidad de avanzar en este camino que pone de manifiesto la insuficiencia acreditada del concepto de finca tal y como es planteado en la doctrina actual.

2. El interés que para los terceros representa la constancia registral de las circunstancias que caracterizan una explotación, como puede serlo la plantación, con independencia del suelo (v. g., el hay créditos preferentes).

III. LA PLANTACION COMO MEJORA.

a. IDEAS PREVIAS.

La consideración de mejoras para las plantaciones hechas en un fundo viene desde antiguo. Las Leyes de Partidas refiriéndose a las "Adesensas utiles", llamadas así porque se mejora la renta de la cosa donde son hechas, mencionaban expresamente a los Arboles y Viñas plantadas por quien fuese tenedor del campo de otro (72).

En la legislación de nuestro tiempo se puede seguir predicando este carácter de mejora para las plantaciones, si bien ya vemos como en la utilización que hace el legislador en algunas disposiciones de uno y otro concepto no se le hace coincidir. Pero, por ahora, conviene advertir en torno al concepto de mejora que:

1. No es realmente una cosa, como acertadamente advierte ALBADALEJO (73); se trata más bien del resultado de una actividad que afecta directamente a la cosa, produciéndole modificaciones, más o menos sustanciales, que hacen aumentar su valor (74).

2. Tiene relevancia jurídica cuando el mejorante es un sujeto distinto del dueño de la cosa mejorada, pero tiene su detención por cualquier título o sin título alguno (75). Esta situación, llegado el momento de la restitución de la cosa (76), afecta a esferas patrimoniales distintas (77), que pueden dar lugar a consecuencias en el campo de las relaciones jurídicas (78), y que es preciso liquidar, principalmente, en evitación de un enriquecimiento injusto del sujeto propietario (79).

3. Se halla regulada de forma dispersa, con mayor o menor similitud, para las diferentes relaciones jurídicas que pueden recaer sobre una cosa (80).

2. DELIMITACION DEL CONCEPTO DE MEJORAS. -

Veanos las notas que delimitan el concepto de mejora en sentido técnico:

1. La mejora comporta siempre un gasto en sentido lato, de dinero y trabajo, de trabajo propio o ajeno. Si esto es cierto no lo es precisamente lo contrario: que todo gasto en el sentido que es utilizado por el Código civil (en una relación causal con las mejoras), produce mejoras, como son

los trabajos gastos necesarios para la conservación de la
casa y los gastos de producción, activo y mero
entretimiento (81).

La ausencia del gasto es manifiesta en lo que se ha
denominado mejoras provenientes de la Naturaleza o del
tiempo, a los que habrá que excluir del concepto técnico
de mejoras. Cuando la plantación sea el resultado de la
fuerza germinativa de la Naturaleza, sin que haya supuesto
un dispendio de medios económicos y energías humanas, aún
reportando un aumento del valor del fundo, no es correcto
asimilarla a las mejoras (82). ¿Que consideración jurídica
merecen tales plantaciones germinadas espontáneamente por
la acción de elementos naturales? Se trataría de una
adquisición natural de la finca (83), a las que se extenderá el
derecho de disfrute del usufructuario (art. 479 C. civil) o
del enfiteuta (arts. 1.655 C. civil) y la hipoteca
constituida sobre una finca (art. 1.877 C. civil y 109 Ley
Hipotecaria); pero, una vez extinguido el derecho real de
usufructo o enfiteusis no se le aplicará el régimen jurídico
que regulan las mejoras en las respectivas materias (84).

2. Como corolario de lo anterior se desprende que las
mejoras han de provenir de la acción humana (85), pues, como
hecho resuelto, las que tienen su causa en la Naturaleza o
en el tiempo son adquisiciones naturales y siguen un régimen

jurídico distinto a las mejoras.

3. La mejora ha de producirse sobre una cosa determinada y corporal y, lo que es igual, ha de incorporarse a una cosa (86). Tratándose de plantaciones, como es obvio, han de producirse en la finca, que, para concretarlo más, diremos dentro de los confines del fondo, por lo que no lo serían aquellas realizadas más allá de sus límites, aunque de ellas reciba beneficios directos o indirectos que aumenten el valor de la finca.

No relacionado de modo directo con la plantación, es cuestión controvertida los supuestos de cumplimiento de una obligación ajena, que implicaría gastos al propietario, los cuales se ha ahorrado al ser realizados por el poseedor de la finca. Dejamos al margen los gastos realizados por el pago de contribuciones, gastos fiscales, el pago de las pensiones de los censos y los gastos judiciales hechos para la defensa de la cosa, por recibir la polémica en su configuración o no de gastos necesarios para la conservación de la cosa o gastos de producción (87), en cuanto no afectan en nada al tema de las mejoras (88). Por el contrario, se ha planteado si mejoran la cosa y, en consecuencia, aumentan su valor el gasto realizado para la redacción de un censo, el pago de un préstamo hipotecario que se haya en finca o la redención de una servidumbre; en general los gastos que

liberan a la finca de un gravamen o un derecho real que lo grava. Estos gastos no producen una mejora material en la cosa y "la noción de mejora no consiente hacer abstracción de la cosa que viene mejorada"; porque en el momento de producirse la liquidación de los gastos por mejoras, "la naturaleza de la cosa ejercita influjo sobre la reglamentación de las mejoras" (88). En opinión de ROVIRA MOLLA, que nosotros suscribimos, "en realidad se libera la finca de un gravamen; se adquiere o se incorpora un derecho separado; se reúne en una sola personalidad que estaba en dos. Al redimir el censo, el poseedor adquiere un derecho que antes no tenía; crea una nueva relación con entera independencia del que pueda tener mejor derecho a la propiedad o a la posesión. La cuestión con éste puede versar sobre lo que era de un tercero. Bajo esta base debe resolverse la dificultad. El pago de un préstamo hipotecario esta en igual caso, si no fué contraído por el poseedor; este al ser vencido, queda en situación del que paga por un tercero" (90).

4. Para calificar la plantación de mejora ha de producir un aumento de valor de la finca. Pero según cual sea la razón de este plusvalor de la finca, podrá consistir la plantación en una mejora útil (91) o voluptuaria, cuyas consecuencias jurídicas se manifiestan generalmente en un régimen diversificado de la máxima importancia. Si este

aumento de valor de la finca por la realización de plantaciones son debidas a un acrecimiento de su capacidad de rendimiento. Como puede ocurrir con la reemplazo de los árboles en un monte, o al aumento de las rentas que se obtienen en la finca desmontada tratándose de un monte, o dedicada a cualquier cultivo herbáceo si era agrícola, la plantación ha de ser considerada como mejora útil. Pero, también lo sería cuando sin cumplir esos objetivos vengan a proporcionar una mayor consistencia o seguridad a la finca, reportando otros beneficios: evitar la erosión sujetando los terrenos, sanándola, protegiéndola contra la acción del viento, etc. (92). Series voluptuarias, por el contrario, las plantaciones que cumplan una función de embellecimiento de la finca o sirvan para el recreo o comodidad de las personas. Esta función la cumplen fundamentalmente las denominadas plantaciones ornamentales, y no cabe duda que también aumentan el valor de la finca, o como dice ALBALADEJO su valor en venta o venal de mercado (93).

3. Además, para que tales plantaciones puedan recibir el tratamiento de mejoras, han de subsistir al tiempo de la devolución del inmueble que fue plantado por el mejorante. La importancia de esta condición se manifiesta sobre todo en las útiles a efectos indemnizatorios (94).

Esta situación o momento suele coincidir con la

extinción de la relación jurídica; pero la hipótesis normal no siempre se cumple y pueden no coincidir la extinción del derecho y la restitución de la finca, lo cual puede influir decisivamente en la calificación de la presencia de buena o mala fe del autor de las mejoras con los efectos jurídicos consiguientes. Puede haberse realizado la plantación en ese interregno que media entre la extinción del derecho y la devolución de la finca reclamada, situación a resolver conforme a las normas de la accesión; puede producir una situación de Acra debitoria, que impone al plantador mejorante determinados riesgos por perecimiento o depreciación de la obra. Y, tratándose de mejoras útiles, ninguna obligación de indemnizar, cuando le venga impuesta legalmente o por pacto al Adminus solus, puede ser pretendida por el mejorante en virtud de aquellas plantaciones que existiendo en el momento de extinguirse el derecho no subsisten en el de la tardía restitución (95); o cuando por agotamiento han perdido su carácter de mejora útil, pudiendo devenir a los efectos del ius tollendi, cuando le viniera reconocido, mejora de adorno o comodidad.

3. LA PLANTACION EN EL REGIMEN JURIDICO DE LAS MEJORAS EN EL USUFRUCTO Y EL ARRENDAMIENTO RUSTICO SOMETIDO AL CODIGO CIVIL.

Segun el art. 1.573: "el arrendatario tendrá, respecto de las mejoras útiles y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario". Esta referencia a las reglas que rigen las mejoras en el usufructo es coincidente con el art. 1.507 (96) del proyecto de Código civil de 1.851, en el que tiene su precedente más inmediato. GARCIA GOYENA lo justificó en los siguientes términos: "el derecho del arrendatario es menos fuerte y pleno que el del usufructuario; no era, pues, posible hacerle de mejor condición que al segundo; los dos saben que gastan en cosa ajena; el Derecho Romano y Patrio abrían una ancha puerta a pleitos y a la mala fé de los arrendatarios". Como concluye GARCIA GOYENA en el comentario del artículo, estas reglas sobre mejoras son de derecho dispositivo, pudiendo las partes variarlas mediante pacto (97).

Esta equiparación, que ha merecido la crítica de algunos autores (98), nos conduce a examinar el problema en el usufructo cuando la mejora llevada a cabo por el usufructuario consiste en una plantación, siendole de aplicación la solución que alcanzase al arrendamiento

cuéstico del Código civil.

El régimen jurídico de las mejoras realizadas por el usufructuario contemplado en el art. 495 del viejo Código italiano de 1865 (99) era muy similar al que recoge el art. 487 de nuestro Código (100), pues ambos se inspiraron en el art. 559 del Código Napoleónico (101).

En la doctrina francesa la aplicación del art. 599 a construcciones y plantaciones hechas por el usufructuario planteó desde bien pronto útiles discusiones (102). La jurisprudencia francesa desde antiguo lo entendió aplicable a aquellas, considerándolos a tales efectos como mejoras (103), lo que ha merecido la crítica en la literatura jurídica que, en línea de principio, advertía de su injusticia notoria (104).

Para COLIN y CAPTYANT merece el desagrado esta jurisprudencia porque "consagra notorias injusticias y trata al usufructuario más desfavorablemente que al usurpador. La extensión de la regla del art. 599, ya criticable por sí misma, como hemos visto, es contraria al buen sentido. Las mejoras son hechas, en general, a costa de los productos; y se concibe, en rigor, que el usufructuario soporte él sólo el efecto de una especulación que ha hecho sacrificando una parte de los frutos. Pero una edificación

nueva es un capital por qué hacerlo pasar sin indemnización del patrimonio del usufructuario al del propietario?. La dificultad práctica que existe para distinguir las obras nuevas de las simples mejoras, ¿es tan grande? Hemos visto, además, que la Corte de Casación establece esta distinción cuando se trata de poseedores en el sentido riguroso de la palabra. En cuanto al argumento deducido de la tradición doctrinal, carece de valor. En efecto; los romanos, y a imitación de ellos nuestros antiguos autores (K. Pothier, Rouaire, num. 277), negaban toda indemnización al que había edificado inconscientemente sobre el suelo ajeno (7. 12. D., Re acquir. rer. don. XLII, 1). Pero hoy el art. 555 ha roto con esa regla injurta y concede una indemnización al poseedor de mala fé cuando el dueño del terreno quiere conservar las obras. Lo menos que podría concederse al usufructuario sería asimilarle al poseedor de mala fé (105).

AUBRY y RAU entendieron que las edificaciones no eran simples mejoras y, por tanto, cuando fueran hechas por el usufructuario no entraban en el ámbito de aplicación del 599, para caer bajo el del art. 555 (106) del Code. De esta forma, si el propietario quería quedarse con la edificación debía reembolsar al usufructuario el precio de los materiales y la mano de obra; en caso contrario, el usufructuario podía llevarse la edificación retirando los

materiales y dejando el fundo en el estado en que se encontraba antes de construir. Pero, tratándose de plantaciones, el usufructuario no tenía el ius tollendi ni derecho a indemnización alguna (107), puesto que "las plantaciones hechas en un fundo no tienen por resultado crear una cosa verdaderamente distinta de este fundo, y no constituyen más que un modo de explotación o de goce destinado a aumentar la renta o la comodidad, formando, para nosotros, simples mejoras en el sentido del art. 599" (108).

LAURENT critica esta distinción entre construcciones y plantaciones, tanto si se llega a la conclusión de considerar aplicable el art. 599 como el 555, porque la ley no distingue entre unas y otras (109). Hecha esta advertencia, el profesor belga no entiende aplicable para las construcciones y plantaciones realizadas por el usufructuario ninguno de los dos preceptos, por encontrarse fuera de sus supuestos normativos: 1. Respecto al art. 599, porque tanto las construcciones como las plantaciones no son mejoras y, 2. En cuanto al 555, porque el usufructuario no es un poseedor de mala fe. La solución, según LAURENT, por no encontrarse en el texto del artículo, hay que decidirla recurriendo a los principios generales. El nudo propietario y el usufructuario tienen respectivamente el derecho de exigir la demolición de la construcción o el arranque de la plantación y el ius tollendi. Si el nudo propietario

quiere conservarla no le queda otra opción que llegar a un acuerdo con el usufructuario (110).

En el derecho italiano era clásica la distinción entre mejoras y adiciones. MIRABELLI nos dice que "adiciones y mejoras son, por tanto, dos fenómenos distintos, que proponen problemas y requieren soluciones distintas, pero a ambos fenómenos le puede ser aplicada la disciplina propia de las mejoras en cuanto la adición produzcan el resultado económico de mejora" (111). Asimismo CARROZZA reconoce que las adiciones pueden ser mejoras, como pueden no serlo (112), cuestión por lo demás pacífica en la doctrina, pero la calificación de las adiciones como adiciones-mejoras no deja de producir importantes consecuencias jurídicas (113).

En base a esta doble condición de adición y mejora que tienen las plantaciones en el Derecho italiano (114), la doctrina suscitó si el concepto de Ampliamenti del art. 493 del C. civil de 1.865 comprendía también las plantaciones. STOLFI expone las argumentaciones en pro y en contra que se han alegado, para concluir que: "en primer lugar las mejoras son ordinariamente ejecutadas con la renta de la cosa, mientras que las construcciones y plantaciones importan por regla la erogación de un capital relevante del usufructuario. Además para las mejoras, que por regla no se pueden separar de la cosa, necesitaba imponerse o la

obligación de pagarlos o permitir al propietario beneficiarse de ellas: y la ley ha acogido esta segunda determinación, en aplicación del principio, que Reservitus in faciendis consistere nequit. Por el contrario para las construcciones y plantaciones, no siendo imposible retirarlas, viene a faltar la razón de la norma reguladora de las mejoras, porque el propietario o las considera útil y quiere conservarlas, y debe pagar la indemnización; o bien las considera inútiles y el usufructuario podrá removerlas" (115).

El nuevo Código civil italiano de 1.942 dedica expresamente el art. 986 a las adicciones ejecutadas por el usufructuario (116). Este artículo resuelve el problema anteriormente discutido en la doctrina, distinguiéndose las adicciones separables de las inseparables. La plantación cae bajo el régimen establecido para las primeras. Como indica GUARANTA y PREDER. "aún cuando el Código vigente, no obstante habiéndose cambiado radicalmente la disciplina de las mejoras, ha conservado por el contrario la que ya el código derogado preveía para las adicciones y por tanto, en el intento de moderar los intereses del usufructuario y del propietario, ha conservado en favor de este último la facultad de retener las adicciones con el correspondiente de una indemnización" (117).

No existiendo en el Derecho español esta distinción entre mejoras y mejoras vistas para el Derecho italiano (15), se puede plantear entre nosotros que la plantación hecha por el usufructuario en la finca usufructuada puede constituir una mejora en sentido técnico, afirmación irrefutable, y como tal hay que considerarla incluida en el concepto y regulación contenida en el art. 487 C. civil, de lo que diferimos absolutamente como ya lo expusimos.

Por el momento, hipotizando que en tenemos la integración del concepto plantación en el art. 487 C. civil, no tendríamos que plantear los problemas que este concepto suscita, motivo de dispar opinión doctrinal, en torno a la interpretación del párrafo de dicho artículo señalando: "Podrá (el usufructuario), no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes".

1. La facultad para el ejercicio del ius tollendi concedida por el art. 487 C. civil al usufructuario, tiene un límite "sin detrimento de los bienes". ¿A que bienes se refiere: al objeto dado en usufructo o indistintamente a este y a la cosa en que consiste propiamente la mejora?

Al compararse el ámbito del ejercicio del ius tollendi concedido por los arts. 451 y 453 C. civil al poseedor

5

venido con el que reconoce el art. 487 del mismo cuerpo legal al usufructuario, nos dice VATTIER: "mientras que en los supuestos de posesión se precisa que el deterioro que impide para el ejercicio del Rius tollendū se refiere al objeto mejorado, en el art. 487, C.C., esta limitación queda indeterminadamente referida <<a los bienes>>, pudiendo presentar un ámbito más restrictivo más amplio, puesto que bien puede comprender, de una parte las cosas mejoradas y, de otra, las mejoras propiamente tales sobre las que intente ejercitar el derecho" (119). Con esta interpretación, impecable en su sentido gramatical, el usufructuario no tendrá ningún derecho a desarbolar el suelo, puesto que lógicamente la plantación dejaría de existir, aun que los árboles individualmente considerados sufrirían detrimento, aún cuando el suelo no se deteriorase o menoscabe.

Así lo registró igualmente la sentencia del Tribunal Supremo de 10 enero 1.906, al negar la facultad al arrendatario que planta árboles para cortarlos y llevarselos, porque esa mejora no puede retirarse sin detrimento de los árboles.

Otra es la interpretación que les mereció a los comentaristas del Código, MANRESA, al comentar esta sentencia, expresa su contrariedad, "porque sufrirá detrimento el árbol al cortarse, pero no la finca, que es la

cosa dada en usufructo, y a esa cosa es, sin duda, a la que se refiere la última parte del art. 497" (120). Tampoco deja dudas MUCIUS SCAEVOLE de su inclinación a esta forma de interpretar la cuestión resuelta, al comentar el art. 487 C. civil (121).

2. ¿Tiene algún derecho el propietario para impedir el ejercicio del rius tollendū al usufructuario, optando por la correspondiente indemnización de la mejora?

Para las plantaciones, se admitirse el rigor literal de VATTIER en la interpretación del precepto y el alcance de los bienes que no han de sufrir deterioro (122), huelaiga pensar que el propietario pretenda indemnizar al usufructuario, máxime cuando el art. 487 C. civil no le concede a este último ningún derecho a exigirlo, beneficiándose gratuitamente al propietario.

En la otra dirección, MANREGA terminantemente declara que "el propietario no tiene derecho para impedir que el usufructuario retire las mejoras, ni aún abonando su valor, como lo prueba la distinta redacción del art. 497 respecto a los 453 y 454", desvinculando el régimen de las mejoras consistentes en plantaciones para el usufructo del de la accesión, que no considera de aplicación a aquél (123).
Plantamiento concurrente con el otro comentarista, MUCIUS

SCAEVOLAN, para quien "como tal usufructuario, se rige por sus reglas propias, sin que el régimen de la accesión pueda aplicarsele en contra suya" (128). Más recientemente insiste en ello ALDADALAN, "si el que edificó o plantó en terreno ajeno era usufructuario o arrendatario de éste (que pertenece en propiedad al nudo propietario o al arrendador), la edificación o plantación son una mejora de la finca que se rige por lo establecido para tales mejoras en los casos de usufructo o arrendamiento, respectivamente" (129).

A esto se opone VIEZ PICAZO, para quien, por un lado, no existe total y absoluta incompatibilidad entre las normas que regulan las mejoras en estas dos instituciones y las de la accesión; y, por otro, subsisten además dos interrogantes: 1. Que una plantación no ha de resultar necesariamente siempre una mejora en sentido técnico, pues ello dependerá del tipo, función y calidad de la plantación, y 2. Que las normas sobre el régimen jurídico de las mejoras trata de resolver el problema del gasto más que el destino final de la obra o instalación. Por todo ello se inclina "a pensar que la regla de los arts. 358 y 365 se aplican también cuando el constructor se encuentra ligado por una previa relación jurídica con el dueño del suelo (arrendatario, etc.). Apoyan esta conclusión no sólo alguna jurisprudencia sino también los textos históricos, en los que gran parte de las normas de la accesión se aplicaron

precisamente para resolver problemas planteados por arrendatarios. Es cierto, sin embargo, que las reglas de los arts. 358-365 son de carácter general y habrán de ceder cuando exista una norma de carácter especial o más concreta. Nos parece cierto también que cuando existe una relación jurídica entre constructor y propietario, especialmente regulada por la ley, lo que se impone es una interpretación conjunta o sistemática de las dos esferas o planos normativos" (130).

Despejado el camino por DIEZ PICAZO, arriesgamos nuestra opinión sobre el particular. Conjugando las dos cuestiones vistas, nos inclinamos por una tercera solución deducible de la distinción que se desprende en el C. civil entre mejoras y plantaciones. Hay que atribuirle a la plantación el carácter de mejora en el sentido que lo otorga el C. civil. Aclarando que si bien la plantación puede constituir, y así es generalmente, una mejora en sentido técnico, pensamos que el legislador del C. civil creyó conveniente distinguir una de otra; según veíamos para el Código Napoleónico, la doctrina francesa distinguía las mejoras simples de las plantaciones, criterio que entendemos también aplicable a nuestro Código si observamos con un mínimo de atención aquellos supuestos normativos donde el legislador, al referirse expresamente de forma conjunta a mejoras y plantaciones, los discrimina como si de conceptos

Jurisdicciones diferentes y no identificables se tratarán. El art. 338 C. civil habla de "lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos y las mejoras o reparaciones hechas en ellos..."; para el contrato, el art. 503 al señalar la facultad del propietario, con sus límites en las establecidas, para hacer "las obras, mejoras de que sea susceptible la finca usufructuada, o nuevas plantaciones en ella si fuera rústica..."; vuelve a incidir en la definición de estos conceptos, asimismo el art. 1.359 C. civil se refiere a "las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras..." (131).

Luego, en nuestra opinión, cuando el C. civil trata exclusivamente en una norma de las mejoras, sin referencia alguna a plantaciones, creemos que a éstas las está excluyendo del ámbito de aplicación material de la norma, por lo que la plantación no entraría en ese concepto de mejora. Este es el supuesto del art. 487 C. civil que estamos examinando, donde se autoriza al usufructuario a hacer mejoras. Queremos evaluar el ámbito del concepto de mejoras, para lo cual analizaremos el art. 487, como un caso concreto, para ver si la facultad para hacer plantaciones, rústicas y como rústicas, que se cita en el art. 487, cuando tal facultad sólo podrá ejercitarse si por ella no se produce una alteración de la forma y sustancia de la cosa usufructuada. Y la plantación siempre supondría alteración de la forma por variar el destino que recibió el fundo.

Si, entrar en el tratamiento de las consecuencias jurídicas que podrían derivarse de la contravención de esta prohibición impuesta al usufructuario de no alterar la forma y sustancia de la cosa usufructuada, nos interesa, en línea con la temática esbozada en este epígrafe, saber como se resuelve el conflicto surgido una vez realizada la plantación por el usufructuario. Contra la posición dominante en la doctrina y alguna jurisprudencia (132), para nosotros no existe otra solución que aplicar el régimen jurídico que para la accesión contemplan los arts. 361 y ss. del Código civil.

En esta dirección apunta LACRUZ BERDEJO, basándose en los antecedentes legislativos (133), deducidos de la interpretación auténtica del art. 447 del proyecto de 1.851 (134), correlativo al actual 487 C. civil, que recogen idéntica solución. Para el artífice del proyecto, GARCIA GONZALEZ, "el propietario retendrá lo edificado, y el usufructuario no tendrá derecho a ninguna indemnización, si el primero no se halla en el caso del art. 407" (135). De aquí que LACRUZ entienda que "la remisión al art. 407 del proyecto, equivalente a nuestro 364, reconduce la solución, en la intención del legislador, a los arts. 358 y siguientes sobre accesión inmobiliaria, con arreglo a los cuales, habrá de considerarse de buena fé (por tanto, con derecho a

indemnización), al usufructuario que edifique, plante, etc. a vista, ciencia y paciencia del nudo propietario sin que éste se oponga" (136).

Con esta conexión establecida por LACRUZ entre el 487 y la disciplina de la accesión, fundamentada en un criterio hermenéutico de interpretación de los recogidos expresamente en el art. 361 C. civil, se alcanza una solución más equitativa para el usufructuario, sin que por ello no dejemos de proclamar la injusticia del régimen de la accesión en nuestro Código civil.

Por tanto, hemos de entender, ha sensu contrario, de la interpretación de LACRUZ, que si el usufructuario planta en el fundo contra la voluntad del propietario o ignorándolo absolutamente éste, hay que aplicar el art. 362 C. civil, con lo que podría perder lo plantado sin derecho a indemnización. Con esto llegaríamos a dar solución a la de los que proponen que el detrimento de bienes, señalado en el inciso final del art. 487 C. civil, viene referido también a la mejora y, en consecuencia, el usufructuario no tendría derecho al ius tollendi; pero, suavizando el rigor del precepto y esta doctrina para cuando el propietario actúa de mala fé con la intención de beneficiarse tortiosamente de lo ajeno. Entonces, ha de reconocerse la equidad de la solución apuntada por LACRUZ y acogida por

nosotros; no significa gravar al propietario con la obligación de indemnizar un gasto que acaso él no hubiera podido o querido hacer, dejando a su elección el considerar útil o no la plantación arborescente por el usufructuario, no debiendo en el primer caso enriquecerse a su costa.

A. LA PLANTACION EN EL REGIMEN DE LAS MEJORAS EN EL ARRENDAMIENTO RUSTICO ESPECIAL.

Previamente a dar algunas pinceladas sobre las plantaciones en el régimen de las mejoras dibujado por la LAR de 31 diciembre 1.980, vamos a hacer un breve Rekursus por el Derecho francés e italiano, cuya influencia, especialmente del último, se ha dejado notar en materia de mejoras, aunque en lo concerniente a plantaciones no es coincidente del todo la solución a la que han llegado en sus respectivas legislaciones especiales de arrendamientos rústicos.

Hasta la promulgación de la ley 15 junio 1.943 no se reconocía en el Derecho francés la indemnización al arrendatario por las mejoras, cualesquiera que fueren, realizadas en el fundo arrendado (137). A partir de esta ley, se suceden la Ordenanza de 17 octubre 1.945, primer

estatuto del arrendamiento rústico en el país vecino, y la Ley de 13 abril 1.946, que con criterios distintos mencionan de forma expresa la indemnización por las mejoras consistentes en plantaciones (139). Significativa en el régimen del arrendamiento rústico son las 43 leyes que se han sucedido desde la Ordenanza de 1.945 hasta la Ley de 15 julio 1.975, última sobre la materia que nosotros estudiamos, prueba irrefutable de la evolución sufrida.

Especial relieve en lo concerniente a plantaciones en el ámbito de las mejoras tiene el BCode rural, aprobado por Decreto de 16 abril 1.955, en aplicación de la Ley 12 marzo 1.953. En el libro sexto (arts. 790 a 792), destinado a regular los arrendamientos rústicos, dedica los arts. 847 a 851-1 a las mejoras, haciendo especial hincapié en las indemnizaciones que corresponderían por las mismas al arrendatario. El art. 850 detallaba el procedimiento que había de seguir el arrendatario para poder efectuar plantaciones en el fundo arrendado, en defecto de cláusula en el contrato que las autorizara (139). La ley de 12 julio 1.967 modificó este precepto, insertando el art. 850-1 en el BCode rural y ampliando el poder del arrendatario para hacer mejoras sin previa autorización del arrendador o del comité paritario para arrendamientos rústicos, desapareciendo toda mención expresa a las que consistieran en plantaciones (140); se las encuadraba dentro de las que

suponen trabajos de transformación del suelo, que por contraposición a las mejoras culturales (141), quedaban sometidas para su ejecución por el arrendatario al siguiente procedimiento: estar previamente autorizado por el arrendador o por el tribunal paritario, si notificado aquél por acta extrajudicial o por carta certificada con acuse de recibo, no respondía o lo hacía negativamente en el plazo de dos meses (142). Finalmente la ley de 15 Julio 1.975 introdujo el art. 850-2 en el Código rural, cuyo último párrafo dispone de forma expresa que las "productions hors sol" (143) y las plantaciones previamente han de ser autorizadas por el arrendador (144). En lo tocante a plantaciones supone esto una restricción a la facultad de mejorar del arrendatario respecto a la Ley de 1.967, pues parece desprenderse que sólo compete autorizarlas al arrendador, excluyendo, ante su negativa o ausencia de respuesta, la decisión del Tribunal paritario.

En el derecho italiano, el régimen de las mejoras en el arrendamiento rustico mereció un tratamiento expreso en el Código civil de 1.942, dedicando a este fin los arts. 1.632 a 1.634 y una disciplina especial para cuando el arrendatario fuera cultivador directo (arts. 1.651 a 1.653). El arrendatario, al igual que en las leyes especiales francesas, estaba legitimado para hacer mejoras (145), siguiendo el procedimiento señalado por los preceptos

menciones que atienden a su situación o no de cultivador directo; siempre que tales obras de mejora no conllevarán "una transformación profunda del ordenamiento productivo" (146). ¿Que significado orgánico a este límite? Partiendo de una casística de difícil sistematización. ¿como entender cuando la plantación transforma profundamente el ordenamiento productivo? SCALINI daba para las plantaciones una fórmula vaga e imprecisa, pero no menos útil; atendiendo a la naturaleza y extensión del fundo (147).

Los citados preceptos del Código civil fueron derogados por el art. 29 de la Ley 11 febrero 1.971, sustituido por lo dispuesto en los arts. 11 a 14 de esta Ley que siguieron manteniendo un régimen especial para el cultivador directo (art. 14) (148). La nueva Ley no derogó de forma expresa el art. 1.618 del Código, donde se establecía que el arrendatario no podía cambiar de forma estable el destino económico de la cosa. La doctrina discutió si tal precepto había de entenderse derogado implícitamente (149) y, en consecuencia, si se consideraban ampliados los poderes del arrendatario hasta consentirle tomar todas las iniciativas de organización y gestión para un racional cultivo del fundo. Según SALONI, "la orientación jurisprudencial prevalente había sostenido que el arrendatario pudiese realizar mejoras sólo con el respeto al destino económico establecido por el concedente y por

esto no podía sustituir una ordenación cultural por otra" (150). Conforme a la Ley del 71 que cambia el sistema de autorización judicial para las mejoras, a falta de acuerdo entre las partes de la relación arrendaticia, por el de autorización administrativa, a la Administración Pública corresponde averiguar si el proyecto de mejora destinado a hacer nuevas plantaciones o sustituir las existentes por otras de distinta especie no contradicen los programas regionales de desarrollo o tendencias del desarrollo de la zona para aprobarlos o denegarlos. Pero, esta resolución podía chocar con lo dispuesto en el art. 1.618 RC. civil, presentándose, si alguna de las partes acudía a los tribunales por tal motivo a una posterior revisión. En definitiva, la suficiente falta de claridad al respecto, por el estado en que queda la normativa sobre mejoras de 1.971 crea incertidumbres, desvirtuándose los objetivos que se pretendían alcanzar.

Una nueva Ley de 3 mayo 1.982 -"nuevas normas sobre contratos agrarios"- reordena toda la materia dispuesta sobre mejoras en la Ley de 11 febrero 1.971 (arts. 16, 17, 18 y 20 de la Ley 1.982). El artículo 16 de la nueva Ley (151), como ya hiciera el art. 11, párrafo 12, de la anterior, faculta al arrendatario para hacer, además de mejoras, adiciones. A esto añade que, asimismo, el arrendatario podrá efectuar "transformaciones de los

ordenamientos productivos y de las construcciones rurales" con tal que estas estas "no modifiquen el destino agrícola del fundo", con lo que se acoge, desterrando posibles interpretaciones, la facultad del arrendatario para efectuar plantaciones o variar las existentes ateniéndose al procedimiento indicado en el art. 56, siempre y cuando sean respetados los programas regionales de desarrollo o, ante la falta de los mismos, las vocaciones culturales de la zona de ubicación del fundo. El límite impuesto -que "no modifiquen el destino agrícola del fundo"-, cumpliendo esos requisitos, viene referido a no cambiar el destino agrícola del fundo a otro extraagrícola, como urbano, industrial, turístico, comercial, etc. (152).

En nuestro Derecho, el Decreto-ley de 21 noviembre 1.929 (153), primer texto legal que cobija sustancialmente la faz del régimen jurídico de las mejoras dispuesto en el Código civil para el arrendamiento rústico (154), exigía, en el párrafo 2 del art. 17, el consentimiento expreso del arrendador para aquellas mejoras que implicaran una transformación esencial de la finca. La conversión de la finca de cultivo herbáceo a arbóreo y viceversa se incluía de forma explícita en este tipo de mejoras (155). Hipotizando que la plantación se encontrara incluida en el concepto de mejora recogido en el art. 487 C. civil, al que se recurre en materia de arrendamiento el art. 1.573 del

misma cuerpo legal. Lo dispuesto en el art. 17, part. 2, del D.L. de 1.929 significaba un retroceso respecto al Código civil, al restringir el ámbito material de legitimación para mejorar unilateralmente el arrendatario con plantaciones, cuando fuere conforme a la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre del lugar y en ausencia de uso pactado con el arrendador sobre el cultivo de la finca (art. 1.555, nº 2 C.c.). Desde nuestra óptica no se produce tal reducción en el ámbito material de la facultad del arrendatario para mejorar la finca con plantaciones en relación a lo dispuesto en el C.c., pues, como señalábamos, en éste quedan excluidas las plantaciones del concepto de mejora (156); por tanto, nada añade el mencionado D.L. de 1.929 en éste aspecto, salvo en lo referente al tema indemnizatorio cuando la plantación se hubiera ejecutado con el consentimiento del arrendador.

Pronunciada la LAR de 15 marzo 1.935 (157), el régimen jurídico de las mejoras es contemplado con una confusa terminología en los arts. 19 a 21, recogido sin apenas modificaciones de fondo en los arts. 20 a 23 del RAR de 29 abril 1.959 (158), destinada a refundir y aclarar la jungla legal producida en la materia tras las múltiples disposiciones dictadas desde 1.935 (159), entre las que reviste especial interés para nuestro estudio la ley de 23 julio 1.942.

Reconoció la facultad de mejoras al arrendador y arrendatario, el contenido material es más amplio para aquel. Abarcaba cualquier tipo de mejoras, incluidas con el cambio de cultivo mediante "nuevos cultivos o aprovechamientos forestales o de otras especies que se consideran más beneficiosos para la economía nacional que las existentes", sino también la transformación del destino específicamente agrícola de la finca en otro completamente distinto (industrial o urbano) (160), según reconocen los arts. 11.2 y 32.2 RAR. En ellos quedaba regulado las consecuencias jurídicas que de tales actos se derivaban para el arrendatario (161). ¿Que duda cabe que esta facultad concedida al arrendador para variar el cultivo comprende la de hacer plantaciones agrícolas o forestales, siempre dentro del límite impuesto del beneficio de la economía nacional?

Más restringida, por el contrario, aparecía la facultad mejoradora del arrendatario. En lo tocante a plantaciones, un obstáculo se interponía: el art. 13.2 RAR, cuyo incumplimiento era sancionado con la acción de desahucio por el art. 28.6 RAR, salvo que el cambio de cultivo estuviera motivado por el cumplimiento de una obligación impuesta por disposición estatal (162).

El referido precepto 13.2 RAR, al obligar al

arrendatario "a usar la finca y a destinarla al cultivo o explotación para que ha sido arrendada", planteaba la posibilidad de que se produjeran distintas situaciones en la práctica, dependientes de la existencia o no en el contrato de cláusula de la especificación del cultivo al que quedaba destinada la finca arrendada y, existiendo tal especificación, de la amplitud del término mediante el que se había querido precisar (163). Luego, en función de estos factores, la facultad para hacer al arrendatario nuevas plantaciones podía tener un ámbito más amplio o restringido. Si de esta cláusula inserta en el contrato, venía señalado el destino a un cultivo herbáceo determinado, en general, o se especificaba la plantación, aun sin existir cláusula alguna en particular, por formar parte de la naturaleza de la finca que se arrendaba (supuesto de arrendarse un olivar, un viñedo, un pizar o cualquiera finca plantada de una especie concreta para su explotación), el arrendatario en ningún caso, sin contravenir lo dispuesto en el art. 13.2 RAR, podía variar el destino plantando o arrancando las plantaciones existentes para poner otras de distinta especie en su lugar (164). Cuestión diferente es que se especificara exclusivamente al dedicario a cultivo agrario, forestal o pecuario, o bien a cualquiera de sus posibles variedades en un sentido amplio que permitiera un margen de discrecionalidad al arrendatario en las especies a elegir, entre las que pudiera optar sin desvirtuar el destino

pactado. De cualquier manera se precisaba estar al caso concreto para saber si el arrendatario se encontraba legitimado para mejorar con plantaciones el fundo arrendado.

En efecto, como observaba PÉREZ TEJEDOR y BERRANO MORENO, "la libertad de forma contractual, proclamada por la Ley de 23 de julio de 1.942, da lugar frecuentemente, a que nada se haya pactado expresamente, en relación con la explotación o cultivo que a la finca debe darse" (165). La solución se encontraba invocando el nº 2 del art. 1.535 C. civil (166). Sin gozar el arrendatario de libertad absoluta, la facultad de mejorar la finca con plantaciones no podía ser hab ilitat o ne tampoco de forma absoluta, si correspondía "a la naturaleza de la cosa arrendada, según la costumbre de la tierra", aunque conllevara una transformación del cultivo al que se encontrara destinada la finca antes de tomar posesión el arrendatario. Por último, hay que advertir que esta forma integradora de la ausencia de pacto sobre el cultivo de la finca, a veces podía ser más limitativa, y probablemente más perjudicial para esta actividad mejoradora, por el conservadurismo que encierra frente a una iniciativa empresarial tendiente a asignar el mejor destino al fundo, que un pacto suficientemente amplio donde poder amparar la transformación de cultivos.

¿Cuál es la situación de la plantación en el régimen

jurídico de las mejoras establecido en la LAR de 31 diciembre 1960? En este punto nos centraremos a examinar si la plantación en cuanto mejora útil cabe dentro de las facultades que concede la LAR al arrendador y arrendatario para hacer mejoras en el fundo arrendado (167).

Dado por sentado siempre que las plantaciones que se pretendan realizar por cualquiera de las partes de la relación jurídica, a las que viene reconocida la facultad de mejora el fundo arrendado, reúna los requisitos exigidos por el art. 57 LAR, y, en consecuencia, adquiere el carácter de mejora útil, los supuestos e, los que se puede encontrar la planta, a proyectar, es posible resolverlos, atendiendo a la normativa que regula esta clase de mejoras, de la siguiente forma:

1. Nuevas plantaciones en finca destinadas a cultivos herbáceos (agrícolas o pastos) o de distinta especie a las ya existentes en la finca arrendada.

a. Arrendador.

Entendiendo que hacer nuevas plantaciones o variar las existentes significa alterar el uso agrícola al que se ha destinado la finca arrendada, produciendo un menoscabo a la facultad, que en los límites señalados por el art. 10.1

corresponde al arrendatario determinar el tipo de cultivo, dicha facultad expresa disposición del art. 58.1 ha de ser le otorgada al arrendador en cuanto sea dentro de los límites a la facultad de mejorar que le es reconocido por el último precepto citado.

El mencionado art. 58.1 habla de "uso agrícola", pero la expresión hemos de interpretarla en sentido extensivo, incluyendo tanto el uso ganadero como el forestal, cuando la pretensión por parte del arrendador consista en efectuar nuevas plantaciones, bien sustituyendo las forestales existentes en el fundo por otras de carácter agrícola o forestales de distintas especies, bien acondicionando el destino peculiar para cuyo aprovechamiento se había cedido la finca en arrendamiento. Esta interpretación es conforme al criterio general seguido por la LAR de equiparar el régimen de las explotaciones pecuarias y forestales al de las agrícolas a efectos del sometimiento a su normativa.

Como excepción a este límite otorgado a la facultad mejoradora reconocida al arrendador, señala el 193 del art. 58: "en el caso especial de plantaciones forestales o aprovechamientos más intensos del arbolado se estará a lo dispuesto en el art. treinta y cuatro de la Ley cinco mil novecientos setenta y siete de cuatro de enero, sobre Fomento de la Producción Forestal". Con este precepto se

...a confirmar, por su carácter de excepción, la restricción de la que hablamos a la facultad mejoradora del arrendador cuando la mejora consista en nuevas plantaciones

La Ley sobre Fomento de la Producción Forestal, en su art. 72 autoriza al arrendador en tal supuesto a resolver el contrato de arrendamiento (reiterado en la causa sexta del art. 73 LAR); pero la resolución del contrato sólo podrá instarse cuando el aprovechamiento para el que se ha arrendado la finca sea de leñas bajas o de pastos (168). El alcance de tales conceptos han de interpretarse restrictivamente, dado el carácter excepcional que hay que reconocerle al art. 58.3 LAR. Queda, por consiguiente, fuera del supuesto normativo cualquier nueva plantación si el destino para el que arrendó la finca era agrícola o forestal consistente en cualquier otro aprovechamiento distinto a la roza de leñas bajas, tales como el aprovechamiento maderable, de corcho, resina, urz de roble, etc.

El precepto comentado (58.3 LAR) no ha merecido los halagos de los comentaristas de la LAR, que no aciertan a ver cuál es la razón que fundamenta la ruptura de la sistemática del precepto en su totalidad, como la desviación del principio que lo inspira (169).

b. arrendatario.

El art. 40, que reconoce la facultad mejoradora al arrendatario, sólo puede ser determinado en su alcance normativo interpretándolo conjuntamente con los arts. 10.2 y 61 LAR.

El primero de los proyectos limita el poder concedido al arrendatario por el artículo mismo para determinar el tipo de cultivo en la finca objeto de arrendamiento, cuando dicha determinación no implique transformación de destino, salvo que ésta se haga de acuerdo con lo dispuesto en el art. 40. Según esta disposición, las nuevas plantaciones, en cuanto siempre supondrán una alteración del destino productivo de la finca (170), exigirán para su ejecución por el arrendatario que "lleven consigo una inversión superior a nueve anualidades de renta y el arrendador no las realizare, previamente requerido por el arrendatario... previa autorización del IRYDA, con tal que a juicio de este se garantice la terminación de las obras en el plazo previsto".

2. Nuevas plantaciones de la misma especie a las que vienen a sustituir.

¿Podría el arrendador o arrendatario hacer mejoras en la finca consistentes en sustituir las plantaciones por

otras nuevas de la misma especie, cuando es manifiesto el envejecimiento o inadaptación a las exigencias expresadas por la ciencia agronómica o la técnica desarrollada en el sector? Sin que lo excluyamos para otras especies, nos estamos refiriendo con esto a aquellas situaciones, nada fuera de lo usual, producidas en relación al viñedo y al olivar. Es sabido que la Administración Pública fomenta (e incluso en determinados ámbitos y condiciones impone el arranque mediante medidas expropiatorias) la sustitución de las modalidades de viñedos constituidos por vid americana introducida en nuestros campos tras la crisis de la filoxera por su inmunidad a la plaga) e híbridos productores (171); en el olivar, entre las medidas de reestructuración del sector (172) se comprende, cuando el olivar es mejorable, la replantación sustituyendo los olivares viejos e improductivos (173) y, por razones de su mecanización, sustituir los de varios pies por los de un sólo pie.

Creemos que, si efectivamente, y parece que la política agraria tiende a cubrir ese objetivo, con ello se aumenta la productividad o rentabilidad de la plantación en estos sectores, y teniendo presente que al IRYDA corresponde autorizar dichas mejoras así como velar por las medidas dirigidas a la modernización del agro, ningún inconveniente existirá para que tanto el arrendador como el arrendatario se hallen facultados para realizar las mejoras mencionadas,

que, por lo demás, en absoluto menoscaban el uso agrícola al que se ha destinado la finca, ni alteran su destino productivo, que continúa siendo el mismo que tenía antes de provenir tales sustituciones.

C. ARRENDAMIENTOS RAD PLANTANDUM o RAD MELIORANDUM.

La cesión del suelo para plantar viñas había recibido regulación legal en el art. 1.656 C. civil. Más no eran las viñas la única plantación para las que se cedían terrenos, donde la actividad plantadora constituía la obligación principal del cesionario, elemento esencial, incardinado en el esquema que da vida al negocio, al sustituir el precio, total o parcialmente, por esa obligación. Modalidad ésta del arrendamiento Rad meliorandum (174) situada por la doctrina como una de las diversas clases de arrendamientos complejos.

Aquellas cesiones del suelo con esta finalidad mejoradora mediante la plantación de especies distintas al viñedo, quedaban huérfanas de regulación jurídica en todos los puntos donde no alcanzara el pacto expreso de las partes, por ausencia del mismo o por falta de previsión, a los que no era aplicable el art. 1.656 C. civil en cuanto quedaban fuera de su ámbito material. Generalmente eran

cesiones de larga duración, pues de otra forma no se verían suficientemente compensados los gastos y esfuerzos del cesionario y la pretensión del cedente, derivadas de la naturaleza de estas mejoras que no rendirán un beneficio económico rentable hasta transcurrido un tiempo, más o menos extenso en función de la especie plantada, una vez alcanzado su óptimo productivo.

Promulgada la legislación especial de arrendamientos rústicos de 25 abril 1.935, ante el completo silencio guardado sobre esta modalidad de arrendamientos, se planteó el problema de la exclusión o inclusión en su ámbito de aplicación de los arrendamientos ad meliorandum. En el régimen de indemnización de las mejoras, una vez precluido el pacto de cesión del suelo, la cuestión era de gran trascendencia para los intereses contrapuestos del cedente y el cesionario, cuando nada se hubiera pactado sobre la liquidación de estas mejoras: de lo contrario debían someterse a lo acordado, sin que ello entrara en contradicción con la LAR que, según el párrafo 69 del art. 22, para las realizadas de común acuerdo entre arrendador y arrendatario se regirán "por lo que pacten entre ellos sobre gastos, indemnizaciones y aumento de renta". Para PORCIOLES y la generalidad de la doctrina (175), esta modalidad contractual de arrendamientos rústicos quedaba excluida de la letra y del espíritu de la legislación especial, de la

que se deduce "que sus precentos han sido dictados para arrendamientos simples", porque "la idea de precio cierto y en metálico o signo equivalente inspira toda la legislación sobre arrendamientos rústicos" (174). En nuestro caso, la obligación principal de hacer plantaciones asumida por el cesionario vendría a sustituir, total o parcialmente, el precio del arrendamiento, por lo que "más que un precio, Restitua senquæ, hay una especie de permuta de relaciones locativas (locatio rei, per locatio operis faciendæ), cada una de las cuales es causa de la otra" (177).

Dictado el RAP de 29 abril 1.959, se podía amparar la exclusión de estos arrendamientos ad meliorandum, por lo menos en lo relativo a la indemnización de mejoras, en el art. 21.R: "el arrendador no estará obligado a indemnizar las mejoras que se hubiere tenido en cuenta al otorgar el contrato o hubieran sido objeto de compensación, incluso por reducción de la renta". Era discutible la validez de este precepto por la traslación sistemática que se produce al pasar de la LAR, a la que éste no habría podido modificar sin contravenir el principio de jerarquía normativa (178). Aún pasando esto por alto opina VATTIER que "la autonomía contractual no es absoluta para establecer la disciplina convencional de la actividad en estudio, ya que solamente en el supuesto de las operaciones mejoraticias obligatorias tenidas en cuenta en la otorgación del contrato, autoriza la

disposición del art. 21.3 RAR, la supresión total de la indemnización, situación excepcional que, según se ha visto, no puede extenderse por analogía a la actividad mejorativa útil. Antes al contrario, del texto del art. 22.7 RAR, que permite la convencionalidad de éstas, se puede inferir que, en cualquier caso, la indemnización de sus resultados contractualmente acordada debe tener siempre un contenido "económico positivo". Interpretación que refuerza VATTIER con lo dispuesto en el art. 27.3 RAR (199).

El asunto quedó resuelto en lo que atañe a los contratos de cesión de uso del suelo, por un plazo fijo menor de treinta años, para establecer plantaciones necesariamente de vinya con olivos o con otras especies arbóreas no forestales que requirieran un tiempo análogo o mayor para lograr su plena productividad, a cuyo régimen jurídico atendió la Ley de 15 diciembre 1.944 (180). Esto venía, según FORCIBLER, a confirmar su tesis, pues "si estas locaciones venían comprendidas en la referida Ley (LAR), no hubiera hecho falta una disposición especial que ordenaría su sujeción a ella, mediante una forzosa conversión en arrendamientos simples" (281). Por de pronto en lo relativo a la indemnización de las plantaciones, en cuanto a mejoras efectuadas en la finca en virtud del contrato de cesión de uso, la referida Ley de 1.944 vino a dejar claro su exclusión del régimen de la LAR y, en consecuencia,

su no indemnizabilidad, incluso para cuando el convenio ad meliorandum versara sobre especies a las que aquella se aplicaba, donde se concedía al cesionario la facultad, sometiendo al procedimiento en ella señalado, de convertir el primitivo convenio en un contrato de arrendamiento sometido a la legislación especial. Así se desprende de la exposición de motivos de la Ley de 1946. El propósito perseguido era evitar que pueda privarse al cesionario del disfrute de las tierras "antes de haber recogido el fruto de la transformación, que les compense del esfuerzo y de los gastos realizados"; medida protectora del cesionario que no hubiera sido preciso consignar si le viniera reconocido el derecho a ser indemnizado por tales mejoras. Se separa nitidamente en la Ley comentada el convenio "ad meliorandum" y el nuevo contrato de arrendamiento sometido a la LAR; si bien existe una relación entre ambos al no poder existir éste sin aquél, como acertadamente refleja el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 octubre 1956: "el derecho que concede al cesionario el artículo 19 de la Ley de 1946 no implica la prórroga del contrato de cesión sino la constitución de uno arrendaticio que había de regirse, según dispone el artículo 32 de la propia Ley, «por las normas vigentes reguladoras de los contratos de dicha clase», y aunque es cierto que a tenor de dicho precepto «las facultades del uso y del disfrute del arrendatario no podrá exceder, salvo pacto en contrario,

de las que le correspondieren en virtud del convenio anterior>>>, ello no supone que este contrato haya de continuar, pues del contenido de dicha Ley se infiere, que en virtud de la facultad concedida al cesionario el contrato de cesión es sustituido por otro de arrendamiento".

La actual y vigente LAR de 31 diciembre 1.980 derogó expresamente la ley de 1.946 (disp. final), estableciendo en el art. 42: "uno. Los contratos en cuya virtud el dueño del suelo cede, contra un canon o participación fija o variable, su uso por tiempo superior a doce años para plantar y aprovechar viñas, naranjos, olivares u otras especies arbóreas no forestales se regirán por las variaciones en su caso pertinentes en los territorios de Derecho especial, por los del artículo mil seiscientos cincuenta y seis del Código civil. Dos. Cuando después de terminado el plazo del contrato continuare el usuario en el uso y aprovechamiento de la finca con consentimiento tácito del cedente, se considerará establecido un arrendamiento por seis años, con posibles tácitas reconducciones, por periodos de tres años. La renta, en defecto de acuerdo entre las partes, se determinará conforme a lo dispuesto en la letra a) del apartado cuatro del artículo ciento veintiuno"

Dada la finalidad perseguida por las partes con este tipo de arrendamiento, dedicar el fondo con plantaciones,

nal acomodo tendria su sometimiento a la legislación especial de arrendamientos rústicos, haciéndolo inviable en muchos aspectos. Es plausible esta previsión del legislador, evitando dejar a la interpretación de los Tribunales el régimen jurídico aplicable. La LAR está pensado en el arrendamiento en plazos de tiempo más breves que los que exige una nueva plantación, obtener beneficios en compensación de la renta o precio pagado por el arrendamiento y los gastos de producción (capital circulante), como lo prueban suficientemente las normas que regulan la duración del contrato (art. 25) y la excepción a la prórroga (art. 26), sin menoscabo de la actividad mejoradora a las que se encuentran unilateralmente facultadas las partes para ejercitarla, conforme a la normativa que las regula (arts. 57 a 69).

El artículo 1.656 C. civil, a cuyo régimen jurídico se remite el artículo 4.1 de la LAR, ha sufrido a resultas del mismo, en aplicación del principio lex posterior derogat anteriori por tratarse de una norma de igual rango jerárquico, las siguientes modificaciones:

1. Se amplía el objeto de su aplicación. El tipo de plantación para el que se cedía el suelo venía restringido en el art. 1.656 al viñedo, que podía simultanearse con otras plantaciones siempre que aquella fuera la principal.

Ahora, el objeto, según el art. 4.º LAR, comprende cualquier otra especie arbórea de las consideradas no forestales.

2. Para que sea de aplicación el art. 1.º 2.º C. civil, la cesión del suelo para hacer plantaciones ha de pactarse por un plazo mínimo de doce años, al que nada se aludía en el mismo. Siendo este plazo inferior quedará sometido a la LAR, "puesto que entran dentro del campo acotado por su art. 1.º y no vienen excluidos por el 4.º" (167), consecuencia derivada, además, de su vis attractiva. El supuesto puede acarrear serios problemas, algunos de difícil solución que admiten fácilmente la posibilidad de una jurisprudencia creadora. Por nuestra parte, mediante una interpretación sistemática, pensamos que en dichos supuestos la obligación a la que se compromete el arrendatario de hacer plantaciones puede ser incumplida sin derecho a reclamación alguna del arrendador, por ir en contra de determinados preceptos de la legislación especial a la que hemos concluido que queda sometido el contrato. ¿Acaso la actividad plantadora no supondría imponerle el arrendatario una condición o prestación que le irrogaría gastos, así como una determinación parcial del arrendador sobre el tipo de cultivo, todo ello contrario a lo dispuesto en beneficio del arrendatario, manifestación del carácter tuitivo de la LAR, en los art. 9.º y 10.º Creemos que sí. Al arrendador, entonces, sólo corresponderá pedir, siguiendo el trámite señalado en

el art. 1213 LAR, la revisión de la renta conforme a los arts. 40 y 41 LAR, cuando se considere perjudicado el equilibrio negocia, por la negativa del arrendatario a pagar las plantaciones acordadas en el contrato.

3. Finalmente, ha quedado derogado el nº10 del art. 1.656, sustituido en este punto por lo dispuesto en el nº2 del art. 4 LAR (183).

De la remisión hecha al art. 1.656 C. civil para la regulación de esta modalidad de arrendamientos rústicos señalado en el art. 42 LAR, se deja a la voluntad de las partes la posibilidad de que pacten sobre todo lo referente a indemnización de las plantaciones con las que se mejora el fundo y otras diferentes que pudiera llevar a término el cesionario durante la vigencia del contrato. De lo dispuesto con carácter suplenorio en el art. 1.656 C. civil sobre la materia para cuando nada pacten las partes, se deduce que considera a la actividad plantadora en estas cesiones formando parte del esquema inicial del contrato, incorporado al equilibrio de las prestaciones entre arrendador y arrendatario. Cuestión que extiende a otras mejoras útiles que hayan estado ajenas en el, lo que entendemos una actitud que contrasta con las nuevas tendencias de incentivar la actividad empresarial y el desarrollo productivo en la dirección de proteger la actividad mejoradora del

existente. Esta solución no puede menos que mostrarse
injustificada y perjudicial para la agricultura, propia de
una concepción individualista de la propiedad que se
pretende superar. Las plantaciones exigen muchas veces para
obtener una explotación rentable (y a ser posible
competitiva) determinadas obras y trabajos en la finca
que entran dentro del ámbito de las mejoras, para cuya
realización debía contemplarse al cesionario en la misma
situación que la que le viene reconocida al arrendatario en
el arrendamiento sometido a la LAR, máxime cuando tales
contratos se realizan por un largo plazo de tiempo y se
trata de mejoras no compensadas con el precio pagado por la
cesión, al no haberse tenido en cuenta por las partes al
firmarlo y, por consiguiente, no justificados en base a la
teoría del equilibrio comercial.

IV. LA PLANTACIÓN Y LOS FRUTOS.

1. CONSIDERACIONES GENERALES.-

El derecho de goce de una plantación por título
distinto al dominio tiene un límite claro en la naturaleza
de los frutos (184). ¿Debe de entenderse por frutos de la
plantación? La respuesta se hará depender de la naturaleza
de la plantación y del destino impuesto por el propietario a

la planta, el árbol siempre a salvo la voluntad regocional.

La plantación es la sustancia sobre la que se ejercita el poder de fructificar; en los arbolados, el fruto es una parte morfológicamente distinta de los árboles adscritos a la plantación, que aparece y reaparece permaneciendo inalterablemente la plantación en condiciones de volverlos a producir periódicamente (185). A estas partes solo alcanzan la facultad de fructificar, en consecuencia, la facultad de disfrute del árbol (186), pues "si se añade la idea <<facultad de disponer del árbol>> para atribuirle <<en todo caso>> al árbol, se desnaturaliza jurídicamente el concepto legal del arrendamiento, por incluir en el algo extraño a su naturaleza, con la inmediata consecuencia de disminuir la capacidad de rendimiento de la finca arrendada, a medida que se la despojase de uno de los elementos productores de frutos...", declara la sentencia del Tribunal Supremo de 22 marzo 1945, en relación al arrendamiento de una finca arbolada de árboles frutales (187).

Se refiere a este concepto de frutos, los que pueden obtenerse de las plantaciones forestales destinadas a procurar productos no maderables, distintos del árbol en sí, tales como las plantaciones cauchíferas, medicinales, estimulantes, productoras de especias, etc. Las fuentes romanas (188) y la tradición secular han distinguido entre

"el bosque tallar y maderable, cuyo aprovechamiento propio es únicamente los árboles en sí con su corta, y los otros montes en que su utilidad está en los frutos que esos árboles dan en vida como son los piñones, bellotas y corcho, los que si bien necesitan la saca de los árboles viejos e improductivos..." (189) no pueden confundirse con aquellos. Distinción que se deduce implícitamente del art. 485 C. civil ("siendo el monte tallar o de maderas de construcción") y a la que explícitamente se refiere el art. 282 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña (190).

La sentencia de 6 marzo 1.965, tras señalar "que al margen de la imprecisión técnica que se atribuye a la clasificación tripartita de los frutos, que contiene el art. 355 C. civil, no hay duda de que, comunmente y refiriéndose a las creaciones del reino vegetal y animal, el fruto se inicia con una actividad inmanente de los seres vivos no racionales que, en cierto grado de su desarrollo, se convierte en actividad transcendente que da origen a un ser de la misma naturaleza; la planta o el animal al producir un efecto distinto en sí, son causa eficiente del fruto que crean y el concepto de éste se refiere no a la causa que los produce, sino a la cosa producida", considera seguidamente "que constituye excepción por exigencias del tratamiento jurídico que ha de aplicárseles, el de los objetos del mundo vegetal, no susceptibles de producir frutos, en el sentido

técnico indicado, pero que en sí mismo integran productos aprovechables, aunque sea a base de su propio consumo o extinción; en tal aspecto, ese tratamiento jurídico aplicable, suele establecer la distinción 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 corta, y, a estos últimos ha de considerarseles como verdaderos <<frutos>> a todos los efectos legales procedente" (12).

Luego, tratándose de plantación forestal de árboles destinados a la tala, se impone la distinción entre el capital explotable y el producto que reporta, puesto que los árboles integrantes de la plantación pueden ser ora frutos ora capital.

A propósito del usufructo de bosque, ROMAGNOLI ya situó los elementos materiales que modalizan, dándole carácter de especialidad, el disfrute sobre plantaciones tallares, señalando que "el fruto no es una parte morfológicamente distinta de la cosa madre, sino una porción homogénea de esta última. De ahí la dificultad de determinar cuál y qué entidad deba ser dicha porción para que pueda ser separada de la cosa madre sin que esta pierda la propia capacidad de

producir" (192). A título de ejemplo, es ilustrativa la sentencia de 21 noviembre de 1.973, relativa a las talaas efectuadas en un monte taliar por el usufructuario "que perjudican gravemente el valor de las fincas", porque "esas talaas no suelen realizarse tan profundamente sino sin arrasar el monte como en éste ha ocurrido, determinando que los pocos árboles que han quedado se encuentren sin protección contra las inclemencias del tiempo e incluso que una parte de los que no se han talado aparezcan arrancados de raíz por el viento, precisamente por falta de abrigo, con la secuencia de que en general no queda riqueza forestal aprovechable..." (193).

Distinción, en última instancia, que estará mediatizada por el plan de explotación, que habrá de confeccionarse con arreglo a criterios técnicos y económicos propios de la ciencia forestal, y a cuyo cumplimiento habrá de ajustarse el titular de la explotación forestal (194).

Esta distinción, por lo demás, juega un papel transcendental en la calificación del acto jurídico y de los frutos (195). Ambos situados en el marco de las relaciones jurídico-privadas cuando sobre la explotación forestal recae un derecho ajeno al dominio al que, por definición, siempre lo presupone en otra persona; porque si la intervención administrativa, muy acentuada sobre esta clase de bienes,

límite los actos de dominio, es necesario tener presente que se tratan de facetas jurídicas diferenciadas, como refleja la sentencia de 24 febrero 1960 al decir que pretender "que con las disposiciones administrativas para defensa de la riqueza forestal, están reguladas las relaciones civiles entre usufructuario y nudo propietario y que a éstos corresponde cortar todo lo que autorice la Administración, sin pararse ni en los derechos del usufructuario... constituye un error evidente por ser esferas distintas el interés general encomendado a la custodia de los órganos administrativos, de los intereses y los derechos privados regulados entre particulares por el Derecho civil...".

Sólo en relación con el concepto de explotación se puede calificar la tala de determinados árboles de la plantación forestal como acto de administración y no de disposición. Más locuaces que las mías son las palabras de LOPEZ JACOISTE: "en ausencia de la finalidad de explotación como inherente a la cosa, es decir, considerando el bosque en su dimensión meramente estructural, el cambio de destino de ciertos árboles constituiría un acto de disposición. Pero verificada en sede de explotación, constituye una actividad de simple cumplimiento del destino insito en la naturaleza de la cosa, por lo que ofrece el valor de acto de pura administración. La propiedad forestal de un monte tallar incluye como elemento conformador de su esquema jurídico un

sentido funcional capaz de superar cualquier estimación meramente estructural. En una concepción de la cosa con independencia de la actividad explotadora, no sería posible delatar como producto lo que estructuralmente es parte integrante de la sustancia; sólo funcionalmente esa discriminación resulta posible y actualizable" (149).

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de la tala de árboles maderables de la plantación integrada dentro de la actividad explotadora. Aprecia la sentencia de 20 septiembre 1.958 que "es claro que la explotación y administración del pinar de la clase del que motiva el pleito, exige su corta y subsiguiente replantación..., y mediante este requisito, no se destruye el monte pinar, pues los árboles se sustituyen por otros, no variando su naturaleza y en este sentido no puede decirse que se realice un acto de disposición, sino de simple administración, pues tales árboles para que produzcan una utilidad es necesario que sean cortados...". Asimismo la sentencia de 26 noviembre 1.962 marca la diferencia entre el acto de disposición y el de administración, en razón de que la tala se acomode o no a un plan de explotación que conlleva el respeto a la sustancia que constituye la plantación. Entiende nuestro Tribunal Supremo que la venta a enajenación de un monte es un acto de disposición y no de administración, por no constituir una explotación