

LA PROPIEDAD SEPARADA DEL SUELO Y DEL VUELO: LOS TERRENOS *ONDAZILEGI*

Mikel Mari KARRERA EGIALDE

1. Introducción	1
2. Terminología y etimología de la palabra <i>ondazilegi</i>	4
3. Antecedentes normativos e históricos de los terrenos <i>ondazilegi</i>	7
3.1. <i>Antecedentes normativos</i>	7
3.2. <i>Los diversos mecanismos de explotación de los montes comunales</i>	15
3.3. <i>Los efectos de la desamortización y su evolución</i>	22
4. El acceso al Registro de la Propiedad	44
4.1. <i>Régimen general</i>	44
4.3. <i>Supuestos específicos</i>	50
5. Caracteres de la institución	56
6. Figuras análogas	56
6.1. <i>Comunidad de bienes</i>	57
6.2. <i>Censo enfiteútico</i>	58
6.3. <i>Servidumbre personal</i>	59
6.4. <i>Usufructo</i>	60
6.5. <i>Derecho de superficie rural o vegetal</i>	61
6.6. <i>La comunidad incidental</i>	65
6.7. <i>Arrendamiento o aparcería</i>	66
7. La propiedad separada del vuelo y del suelo	66
7.1. <i>En la legislación</i>	66
7.2. <i>En la jurisprudencia</i>	73
8. Naturaleza jurídica de los terrenos y del derecho <i>ondazilegi</i>	82
8.1. <i>Naturaleza del objeto</i>	82
8.2. <i>Naturaleza del derecho: la propiedad separada como modalidad dominical</i>	89
9. Contenido del derecho	94
10. La inscripción en el Registro de la Propiedad	97
11. Limitaciones recíprocas en la propiedad separada	99
12. Extinción de la propiedad separada	101
13. Consideración final	105
BIBLIOGRAFÍA	108

1. Introducción

El legislador, desde hace siglos y en consonancia con ideas expuestas en numerosos trabajos doctrinales (técnicos y jurídicos), recalca la importancia de los montes en una triple dimensión: como soporte para la conservación y protección de los recursos naturales y de la vida silvestre (interés ambiental); como factor de renta y empleo (interés económico); y, más modernamente, como espacio de ocio y cultura (interés social). Por su trascendencia, la regulación jurídica del monte¹, y

¹ Sobre los montes y espacios naturales, *vid.* la monografía de Ricardo de VICENTE DOMINGO,

particularmente la política forestal, constituye un instrumento fundamental para equilibrar dos intereses que, aunque no de por sí, resultan muchas veces contrapuestos: la conservación del medio ambiente (el monte es elemento para el control de la erosión hídrica, la protección del agua y del ciclo hidrológico, la promoción de la diversidad de la flora y de la fauna, y la conservación del clima y la calidad del aire, que afecta directamente a la habitabilidad del planeta; se trata, por lo tanto, de un interés universal) y la obtención de productos forestales (para hacer frente al déficit de madera a través de la reutilización forestal del suelo agrícola excedentario, manteniendo y generando empleo en el mundo rural y ayudando a las pequeñas explotaciones). A partir de la situación de la masa arbórea actual, la política forestal debe dirigirse hoy hacia la expansión y restauración del arbolado. De ahí la necesidad de fomentar acciones e inversiones para el desarrollo de los bosques, de establecer un ritmo de forestación y de conservar las masas forestales y plantaciones realizadas, particularmente de algunas especies forestales, en función del ecosistema en que se planten y de su régimen de aprovechamiento. Esta repoblación, según la opinión más extendida, debe afectar a las tierras particulares poco atractivas para la agricultura, y especialmente a las tierras marginales y, asimismo, a las tierras públicas y comunales que pueden cederse para su explotación a forestalistas profesionales².

Por su parte, el Derecho Agrario y Civil Autonómico puede incidir en materias vinculadas al monte, como la política forestal o el régimen de los pastos, y, en suma, contribuir a que en la explotación de los montes privados y públicos se obtenga un resultado óptimo³. Y es que abordar el estudio de la realidad vinculada al ámbito agrario requiere, necesariamente, reunir tanto las referencias que se sitúan dentro del Derecho público como las que provienen del Derecho privado. La cuestión en la que pretende ahondar este trabajo presenta ambas ópticas, aunque el problema que de hecho se plantea demanda el análisis de la respuesta jurídica que se promociona en la exposición con independencia de su ámbito de incidencia.

La producción obtenida en el monte se liga, espontáneamente o mediante cultivo, al aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal de que es susceptible la finca rústica. Y en ese plano, se distingue entre el suelo y la producción o utilización del mismo, de modo que incluso pueden existir distintos titulares sobre cada aprovechamiento particular. En definitiva, el monte lo integran el suelo y el vuelo. La

Espacios forestales: su ordenación jurídica como recurso natural, Madrid, Cívitas, 1995.

² Alberto BALLARÍN MARCIAL, "Política regional. Mundo rural", en *VI Congreso de Derecho Agrario*, Málaga, 1997, pp. 29-35.

³ Sobre las acciones de reforestación, *vid.* María Desamparados LLOMBART BOSCH, "Política Forestal. Política Medioambiental en la Comunidad", *RDAA*, nº 16, 1990; Luis Martín BALLESTERO HERNÁNDEZ, "Sobre la reforestación en la síntesis del medio ambiente", en *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coord. Lorenzo PRATS), vol. I, Valencia, Universidad de Valencia, 1996, pp. 103-119.

posibilidad de llevar a cabo un aprovechamiento separado de ambos elementos sobre una misma finca ha generado, entre otros, moldes jurídicos en los cuales la titularidad se desglosa de modo que a un sujeto le corresponde el aprovechamiento forestal o del arbolado (derecho de vuelo o al vuelo) y a otro le pertenece el aprovechamiento agrícola o incluso pecuario (derecho de suelo o al suelo).

La separación del suelo y el vuelo se regula satisfactoriamente tanto en la legislación inmobiliaria como en la legislación de montes y se practica con óptimos resultados. Pero lo cierto es que este tipo de figuras jurídicas en su devenir y por su carácter local o regional⁴, que no por falta de raigambre histórica⁵, han carecido de la

⁴ Alejo LEAL GARCÍA, “Las unidades objetivas en el Derecho Agrario español”, *Información Jurídica*, nº 168-169 (1957), p. 162, dice que “la existencia de propiedad sobre árboles separados de la propiedad del suelo es un fenómeno conocido en diversas naciones” y en especial estudia tal modalidad de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres en el trabajo *Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres*, Madrid, Augusto Boné, 1934 [Separata del Boletín del Instituto de Reforma Agraria, nº 24 (junio 1934-III)]. Citando al autor anterior, José POVEDA MURCIA, “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, p. 149, nota 1, señala que “en el término municipal de Cáceres hay 44 dehesas afectadas por la separación jurídica de suelo y vuelo, sumando entre todas una extensión de 17.843 hectáreas”. A un caso concreto de Cáceres se refiere Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 187-190, que posteriormente (p. 196) informa sobre la existencia de la fórmula jurídica en toda la zona norte y oeste de España, según se desprende de la procedencia de los supuestos que han llegado a ser decididos por el Tribunal Supremo. Enrique MORENO DE ACEVEDO analiza también la propiedad rústica en Extremadura que da cuenta de estas situaciones en una Comunicación en las Jornadas Nacionales de Derecho Agrario celebradas en la sede del extinguido IRYDA en Madrid en 1974. Francisco CORRAL DUEÑAS nos da cuenta de otros casos (“La agricultura en las Constituciones españolas”, *Revista de Estudios Agro Sociales*, nº 114 (1981), pp. 30-31) y estudia específicamente el caso extremeño, siguiendo en ocasiones el estudio de Alejo LEAL GARCÍA (“La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *RCDI*, nº 560 (1984), pp. 271-307), y menciona parejas situaciones en Salamanca y Ávila recogidas por Eduardo FERNÁNDEZ COMBARRO y Leopoldo MEDINA DEL CERRO, números 1 y 29 del *Boletín de Información* del antiguo Servicio de Concentración Parcelaria; también sobre Cáceres, en el mismo *Boletín*, nº 12, José Antonio CABAÑAS COLOM. Los menciona también como práctica consuetudinaria Ramón de la RICA Y ARENAL, Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1959, p. 53. Esta institución de separar la propiedad del vuelo y el suelo explica la duda de Antonio Miguel LINARES LUJÁN, “Hacia la formación del primer censo general de la riqueza forestal española. La relación clasificada de todos los montes existentes en la provincia de Cáceres de 1846”, en *Actas del IX Congreso de Historia Agraria*, Bilbao, 15, 16 y 17 de septiembre de 1999, p. 535 cuando afirma que “no siempre es fácil clasificar, por ejemplo, a las dehesas boyales, anotadas generalmente como fincas de propios en la casilla correspondiente a la titularidad de los poseedores, pero acompañadas frecuentemente de una observación que hace referencia a la gratuidad de los aprovechamientos realizados durante todo el año o durante parte de él, no sólo por el ganado de labor (vacas, bueyes, mulas, yeguas y caballos), sino también por el ganado de cerda”. El término “dehesa” debe interpretarse en su

necesaria atención doctrinal que analice y diseccione los diversos conflictos jurídicos que plantean, acentuados por la falta de posiciones definidas y la inseguridad propia de los supuestos inmersos en un proceso de olvido y desuso muy avanzado.

De todos modos, como instituciones jurídicas conservadas y tuteladas por el ordenamiento, cualquier estudio está justificado porque existe un fundamento singular de cada caso al que conviene prestar atención. La realidad de esta práctica se detecta en el ámbito guipuzcoano a través de la figura de los terrenos *ondazilegi*, presentes en numerosas inscripciones registrales, y este estudio se centra, principalmente, en aportar datos sobre el origen y su evolución y, en segundo lugar, en desenmascarar su naturaleza jurídica. Con ello se persigue ubicar la figura en el régimen jurídico adecuado de entre los previstos por el ordenamiento.

2. Terminología y etimología de la palabra *ondazilegi*

Antes de iniciar el estudio jurídico de los terrenos *ondazilegi*, calificados como un supuesto de propiedad separada del suelo y del vuelo, se estima interesante recabar unas notas sobre el propio significado de la palabra en el lenguaje usual y social, sin que ello signifique la conceptualización jurídica del término, que debe extraerse del régimen jurídico al que se someten en el ordenamiento actual. Para ello se procede únicamente a dar cuenta de distintas referencias conceptuales de las que se tiene conocimiento.

La voz *ondazilegi* habitualmente no se recoge en los diccionarios más usuales de la lengua vasca. Únicamente en dos se define su significado: *onda-zilegi*, “monte común, ejido, terreno comunal”⁶; *ondazilegi*, “disfrute del dominio útil de un terreno”⁷.

sentido propio de terreno acotado destinado principalmente a pastos o apacentamiento del ganado, y no en el sentido que actualmente se le atribuye de latifundio.

J. Miguel LOBATO GOMEZ, “Consideraciones acerca de la superficie arbórea”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, p. 841, da noticia también de la “poznera” en Asturias.

Vid. también la conferencia de Fausto NAVARRO AZPEITIA, *Naturaleza y regulación de la propiedad de casas divididas por pisos o departamentos*, Barcelona, Publicación del Colegio Notarial de Barcelona, 1942, p. 49.

⁵ Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES, “Comunidad o servidumbre de pastos”, *RDP*, n° 237 (1933), p. 165, nota 23, entre los distintos modos de aprovechamiento colectivo en la Edad Media, describe que en algunas ocasiones los pastos aparecen separados del predio, como en el caso de una donación a la Catedral de León en 1173.

⁶ Plácido MÚGICA BERRONDO, *Diccionario vasco-castellano II*, Bilbao, Mensajero, 1981, p. 1548.

⁷ Luis ORTEGA (coordinador), *Diccionario Retana de autoridades de la lengua vasca VII*, Bilbao, La Gran Enciclopedia Vasca - D. Amaia, 1989, p. 3110. Remite a Eusko Folklore, t. XV, 118.

Por su parte, el jurista MÚGICA ZUFIRÍA⁸, afirma que “la etimología del *Ondazilegi* nos parece clara. Se compone de dos palabras: *Zilegi* que significa 'terreno comunal', como se puede ver en el Diccionario de Azkue y *onda* lo mismo que *ondo* que es igual a 'fondo', 'suelo'. *Ondoko sagarra* llamamos a la 'manzana del suelo'. Todo junto *Onda-Zilegi* 'suelo comunal'. Es decir no es *Zilegi* 'comunal', como antes, pero tampoco es libre y de propiedad particular aunque disfruta el cesionario los frutos, sino que nuestro euskera con esa característica de definir el objeto que nombra, dice, el suelo es comunal, y le pone su marca para que conste cada vez que se le cita que aquel terreno es propiedad del común de los vecinos”. Sin embargo, la acepción *ondo* no parece que sea tan clara, ya que en un informe se afirma que “en Oyarzun existen 430 trozos de terrenos *ondazilegi* valorados en 50.000 pesetas cuyo suelo es comunal y el *ondo* particular”⁹. Es decir, mientras aquél equipara el suelo y el *ondo*, en éste ambos términos se contraponen.

Otras hipótesis sobre la etimología del término pueden construirse sobre la base de entender que se refiere a las tierras que eran de roturación libre, o la propia cepa del árbol. Efectivamente, *hondo* significa fondo o suelo, y *bondeatu* excavar y roturar, de lo que puede defenderse que *ondazilegi* viene a designar las tierras que son libres para roturar [(h)onda(t)zea zilegi (izatea)]¹⁰. Pero, además, *ondo* sirve para referirse a la planta o la cepa (habitualmente como segundo componente de una palabra compuesta: *sagarrondo*, *pikondo*); de este modo, los jarales son los árboles cortados por la superficie, “por el *ondon* bien cortado como se acostumbra cortar los xarales”¹¹. En este último sentido, ARAGÓN RUANO sostiene que “este término bien pudiera significar suelo o árbol libre o franco; *ondo* = cepa o tronco de árbol (si aparece precedido por otro término significa arboleda), tierra baldía, *zilegi* = lícito, permitido. Lo cual demuestra que estos ejidos (...) fueron en origen de aprovechamiento comunal y libre, antes de pasar a ser bienes de propios de los concejos”¹².

⁸ Serapio MÚGICA ZUFIRÍA, “Ondazilegi”, *Yakintza*, nº 16 (1935), p. 304.

⁹ Informe de la Diputación Provincial de fecha 26 de noviembre de 1896, Archivo General de Gipuzkoa / Gipuzkoako Agiritegi Orokorra (AGG/GAO), JD IT 1858.

¹⁰ *Orotariko Euskal Hiztegia*, *zilegi* 6 2 7 Iztueta C 238 Eta atsegintasun andi oni begira egunen batean egon gaitean, guk orain aide guztien artean egin bear deguna da, berentzako labaki andi bat **zilegi lurretan jo, atxurtu, erre, eta garia bertan ereiñik ifintea**, lendabiziko aboztua artu dezaten gure izenean, gero beren lanbideari gogoz jarraitzeko; eta bitartean ere zer jan izan dezaten bear diegu eman, bakotxak al dezakean moduan, gari, arto, bigantxa, txekor, zeri, ardi, bildots, auntz, auntztika, ollo, ollanda, ollasko, eta beste zenbait gauza bizitza berriari dagozkionak.

¹¹ Archivo Municipal de Segura, C,4,1/2.

¹² Álvaro ARAGÓN RUANO, *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Donostia-San Sebastián, Aranzadi Zientzi Elkarte, 2001, p. 44, nota 78.

Lo que sí parece claro es el significado del término *zilegi* (o *zilegi-baso*) equiparado a monte comunal o terreno vecinal¹³, además de su acepción usual de libre o lícito; como lo corrobora la conocida existencia de los montes denominados francos o cilleguis.

Por otro lado, la palabra *ondazilegi* aparece equiparada a otros términos. De este modo, se habla de terrenos “ondacilleguis o ipiñaldes”¹⁴; terrenos “para prestación u ondacillegui”¹⁵; venta “en calidad de ondacilleguis, ipintoquis o de prestación”¹⁶; “a manera de ondacillegui”¹⁷; “a manera de ondacillegui o enfiteusis”¹⁸; “en calidad de enfiteusis, o vulgarmente de ondacillegui o ipintoqui”¹⁹. En este sentido, son significativos los términos toponímicos de ipintoqui (*ipintoki*) e ipiñalde (*ipinalde*) que, si bien no se refieren al contenido jurídico de una titularidad jurídica, hacen referencia al lugar o sitio, esto es, al objeto sobre el que esa titularidad recae. Ambas palabras se componen del mismo verbo de acción [*ipin(i)*, que significa poner(se), colocar(se), situar(se)] junto a los términos de *toki* (lugar, sitio, paraje) o *alde* (parte, zona, lado); viene a significar el lugar o la zona que se designa, dentro de los terrenos comunales, para llevar a cabo la colocación de los plantíos, en suma, el lugar de puesta o colocación.

Con todo, éstas son vinculaciones a situaciones jurídicas que no ayudan a concretar el significado jurídico propio de la palabra *ondazilegi*. Todas ellas reaparecen a lo largo de la exposición y son indicativas de la diversa significación, incluso jurídica, que ha tenido el término a lo largo de la evolución de la situación social.

¹³ Plácido MÚGICA BERRONDO, *Diccionario vasco-castellano II*, Bilbao, Mensajero, 1981; Resurrección María de AZKUE, *Diccionario Vasco-Español-Francés*, Bilbao, Euskaltzaindia, 1984.

¹⁴ Escritura ante Vicente de Arrivillaga de fecha 29 de enero de 1846, AGG/GAO, PI IPT 834, f. 22 vº, en la descripción de una casería de Gaztelu. Ventas de terrenos de la Universidad de Vidania ante Ramón Antonio de Goyvideta, AGG/GAO, PT-IPT 713, ff. 261 y 405, 30 de abril y 25 de junio de 1817.

¹⁵ Plan dispuesto por la villa de Azpeitia para la conservación y fomento de sus montes, AGG/GAO, JD IM 2/17/107. Por otra parte, se habla de terrenos “castañales de una plantación o prestación de particulares” (AGG/GAO, JD IM 2/17/159, respuesta de Elgóibar).

¹⁶ Venta de terrenos castañales ante Manuel Joaquín de Furundarena, 12 de agosto de 1810, AGG/GAO, PT-IPT 698, ff. 163-175 y Oficio de Hipotecas de Elduaen, Archivo Histórico de Protocolos de Oñate / Gipuzkoako Protokoloen Artxibo Historikoa (AHPO/GPAH), H-445, f. 66 vº.

¹⁷ En Beizama, 6 de septiembre de 1810, ante Juan Antonio de Soroeta, AGG/GAO, PT-IPT 633, ff. 574 ss.

¹⁸ Venta de la Universidad de Vidania ante José Manuel Sistiaga, AHPO/GPAH, PT 2/2492, 4 de junio de 1818, ff. 98, 103, 109 y 113, y 30 de junio de 1818, f. 144.

¹⁹ Permuta de terrenos castañales en Irura ante Manuel Joaquín de Furundarena, 9 de septiembre de 1810, AGG/GAO, PT-IPT 698, f. 203 vº.

3. Antecedentes normativos e históricos de los terrenos *ondazilegi*

Analizar el origen de la institución es fundamental para su calificación posterior como figura típica o atípica del ordenamiento y la determinación de su verdadera naturaleza jurídica. A la hora de acudir a las fuentes de conocimiento, ha habido que recurrir a la búsqueda y al uso de las fuentes directas, únicas que proporcionan los datos necesarios para construir el perfil de la figura jurídica de los terrenos *ondazilegi*. Para ello, y en busca de fuentes inéditas cuya existencia se sospecha, se ha acudido a los archivos de protocolos, archivos municipales y al archivo general de la provincia de Guipúzcoa, y asimismo a las inscripciones de los Oficios de Hipotecas y de los Registros de la Propiedad. En todos ellos ha tenido que realizarse una cata o muestreo, ciertamente no exhaustivo por razón del límite teleológico de la investigación, que busca, básicamente, aportar los datos mínimos precisos que expliquen y sitúen la figura en cuestión; de este modo, las citas aportadas constituyen muestras ejemplificativas de la situación general.

3.1. *Antecedentes normativos*

La conservación y repoblación de los montes es una de las cuestiones en la que ha puesto especial celo el legislador guipuzcoano²⁰. La razón de ello se encuentra en la importante función que ha desempeñado el bosque en el modelo económico de la provincia, especialmente en el período del predominio de la economía agrícola, al ser aquél fuente de alimentación, de energía, de material y de abono, incluso durante parte del siglo XX²¹.

Con el fin de fomentar el arbolado, las Juntas Generales de Guipúzcoa acuerdan distintas Ordenanzas en 1548, 1552 y 1657, a las cuales se refiere el título XXXVIII del Fuero guipuzcoano bajo el encabezamiento “Del plantar y cortar árboles y montes y de las rozaduras”²².

Entre los antecedentes reguladores del fomento del bosque, las Ordenanzas de la villa de Deba²³, que regían desde antiguo, se escribieron autorizadamente en

²⁰ Sobre los antecedentes, seguimos el trabajo de Carmelo de ECHEGARAY, *Compendio de las Instituciones Forales de Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Diputación de Guipúzcoa, 1924, pp. 255-260. *Vid.* Luis SAIZ SALDAIN, *Índice agro-pecuario forestal de la provincia de Guipúzcoa. Con el extracto de los acuerdos adoptados por las Juntas Locales y la Excm. Diputación desde el año 1697 a la fecha*, 1911, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, pp. 33-41.

²¹ Alvaro ARAGÓN RUANO, “Basoa Euskal Herriko historian zehar”, *Uztaro*, nº 29 (1999), pp. 25-38.

²² *Nueva Recopilación de los Fueros*: Tolosa, Imprenta de Petrus de Larrea, 1696, pp. 315-320; Tolosa, Imprenta de Andrés de Gorosábel, 1867 (reedición), pp. 315-320.

²³ “Ordenanzas provinciales de la villa de Monterreal de Deva”, *Colección de Cédulas, Cartas-patentes*,

el año 1394 y fueron confirmadas en 1536, consignan el fuero de que gozaban los vecinos de plantar árboles (robles, castaños, manzanos, nogales y otros fructíferos) en tierras concejiles y ejidos comunes. Pero tras la aparición de problemas derivados de las apropiaciones ilegítimas por parte de los particulares alegando la posesión del terreno, se manda posteriormente en la confirmación de las ordenanzas, para evitar esos inconvenientes, que ningún particular plante en lo sucesivo árboles en lo concejil²⁴.

Provisiones, Reales Ordenes y otros documentos concernientes a las Provincias Vascongadas (Tomo III: provincia de Guipúzcoa), Madrid, Imprenta Real, 1829, n° XC, p. 260 ss. Reseñado también por Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919, p. 45.

²⁴ Ordenanza 85. *Otrosí: ordenamos que cualquier o cualesquier persona o personas nuestros vecinos puedan plantar árbol e árboles, e robles en los seles de vacas que son en nuestros exidos comunes dentro de las cruces y límites de los dichos seles por y en voz y en nombre de nos el dicho Concejo, y por ello no incurra en pena alguna.*

La cual dicha ordenanza confirmamos e aprobamos para que se guarde e cumpla como en ella se contiene.

Ordenanza 86. *Otrosí: por cuanto en las tierras y exidos comunes a nos el dicho Concejo es usado e acostumbrado que cualquier nuestro vecino pueda hacer viveros de manzanos y otros árboles estercolándolos: e otrosí, que puedan hacer piezas labradías en los dichos exidos non estercolándolos; e otrosí, que puedan plantar fresnos en los dichos exidos comunes, pero que de los tales fresnos otro cualquier nuestro vecino pueda cortar y llevar para su menester, e que por ello non incurra en pena alguna, e por cuanto a cabo de tiempo, algunos de los tales plantadores de viveros e fresnos, e facedores de las tales piezas labradías con propósito de nos usurpar las tales tierras e apropiárselas para sí, dijeron e alegaron que las dichas tierras eran suyas propias, sin parte de nos el dicho Concejo, de que nos recrescieron males y daños; e por ende, porque en lo venidero seamos más seguros de los tales daños y males que nos avengan, acordamos de ordenar e ordenamos y ponemos por ordenanza y estatuto que alguna nin algunas persona nin personas no sean osados de decir ni alegar en juicio ni fuera de él por las dichas nuestras tierras, en que así plantaren fresnos, e hicieron viveros y piezas labradías que son suyas propias, e si alegaren o digieren como dicho es, e por nos el dicho Concejo y nuestra voz les fuere probado que dentro del tiempo de los sesenta años postrimeros pasados que fue exido común la tal tierra de las tales plantas y viveros, que paguen de pena por cada planta que les fuere fallado que plantó una dobla de oro de la dicha moneda, e si fuere pieza labradía como dicho es, que pague de pena por cada pieza labradía por grande o pequeña que sea cien doblas de oro de la dicha moneda, las cuales dichas penas sean las medias dellas para nos el dicho Concejo, y las otras medias para los dichos oficiales e montaneros.*

La cual dicha ordenanza mandamos que se entienda e guarde desta manera: que ningún vecino ni estraño plante ni pueda plantar en lo concejil vivero ni otra planta alguna so pena de perder lo plantado, lo cual se guarde e cumpla, y no lo contenido en la dicha ordenanza por evitar los inconvenientes que dello resulta.

Ordenanza 120. *Otrosí: ordenaron por cuanto en algunos tiempos se solía acaecer que por algunos vecinos e moradores de la dicha villa e de su término e de fuera parte solían plantar árboles de robles, y castaños, y manzanos, y nogales y árboles frutuarios en las tierras concejiles por aplicar las tierras para sí, e asimismo solían cortar e cortaban muchos árboles en los nuestros montes y exidos vedados y debesados muchos robles y otros árboles de diversas naturas e acebos, contra el tenor de nuestros ordenamientos, e los nuestros oficiales e guardas de los montes suelen hacer pesquisas, e fallados por culpantes en los tales dichos delitos las tales personas e otras por ellos por revolver el pueblo y traer escándalos, se oponen contra el Alcalde e oficiales, e traen e presentan escrituras e libelos, e se apelan contra la sentencia que el dicho nuestro Alcalde diere e pronunciare por virtud de las pesquisas, e segund tenor de las dichas nuestras ordenanzas diere e pronunciare contra los tales plantadores de los dichos árboles, e cortadores e taladores de los dichos montes, queremos e ordenamos que cualquier nuestro Alcalde que agora es o fuere de aquí adelante que no les resciba ninguna escritura que así trageren e presentaren, e quisieren traer e presentar, e que non les dé nin mande dar copia ni traslado de las tales pesquisas que así hiciere e tomare*

Sin embargo, la práctica de realizar esas plantaciones se mantiene en la provincia, ya que en las Ordenanzas dictadas por el Valle de Oyarzun para el servicio del Municipio en 1623, aprobadas por el Corregidor a principios del año 1626, y ampliadas en 1691, los apartados sexto y séptimo permiten realizar plantaciones en terrenos comunes, de modo que todos los vecinos aprovechen el fruto de los árboles bajo determinadas condiciones de vareo, y los plantadores de esos árboles queden como dueños de los mismos aprovechando su rama, el tronco y el fruto que reste²⁵. Pero en este caso también se originan o mantienen problemas de apropiación de terrenos por los particulares, de lo cual da noticia el capítulo LXXXIV de las Ordenanzas que ordena, luego, la necesidad de obtener licencia

sobre lo que suso dicho es, e si alguna o algunas personas se apelaren contra la sentencia o sentencias que así diere o pronunciare, segund tenor de las dichas pesquias e ordenanzas, e segund uso e costumbre, que al tal apelar, que el dicho Concejo sea tenido e obligado de seguir ante la merced de nuestro Señor el Rey e so su merced ante quien debiere a su costa e despensas del dicho Concejo, e de sacar a paz e a salvo al Alcalde que en tal tiempo e sazón e oficiales que fueren del dicho Concejo de la villa de Deba; y esto digeron que mandaban e mandaron asentar en el dicho su libro de las ordenanzas en la mejor forma e manera que entendían e debían poner._El Alcalde Miguel Martínez de Regui._Juan Pérez._Martín Sánchez._Ochoa Martínez.

La cual dicha ordenanza revocamos e mandamos que se guarde otra ordenanza que de suso está puesta que cerca de lo susodicho habla e no otra cosa alguna.

²⁵ Vid. Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919, p. 46; y Serapio MÚGICA ZUFIRÍA, “Ondazilegi”, *Yakintza*, nº 16 (1935), pp. 301- 304.

La provincia de Guipúzcoa en todo tiempo y en especial en los siglos XVII y XVIII adoptó notables disposiciones para el fomento de la agricultura y a la vez de los arbolados. Entre estas se hallan las ordenanzas de las Juntas Generales de 1548, 1552 y 1657 a que se refiere el Título 38 del Fuero de Guipúzcoa. Por dichas disposiciones se dio permiso a los Concejos y Ayuntamientos de la Provincia para ceder una parte de los terrenos concejiles a los vecinos o moradores, con obligación de que los cesionarios plantasen anualmente cierto número de árboles castaños o robles. A consecuencia del sistema originado por estas ordenanzas se instituyeron ciertas modificaciones del derecho de propiedad entre los Concejos y particulares interesados en las fincas. El Concejo o Ayuntamiento quedó como dueño del suelo o solar, y los particulares dueños de los arbolados creados en dicho suelo. A esta propiedad así dividida se le conocía con el nombre de ondacillegui, cuya extensión e importancia eran mayores o menores, según la latitud asignada por los pueblos a las autorizaciones. Así es que hay terrenos en que los particulares o plantadores son dueños únicamente de los árboles y otros en que lo son, no sólo de los árboles sino también de los helechos, argomas y yerbas del suelo en que vegetan.

El valle de Oyarzun inspirándose también en las resoluciones forales sobre descuajes de los terrenos y plantación de árboles, dispuso por su ordenanza reproducida el año 1691 que el Concejo o Ayuntamiento del Valle pudiera ceder trozos de terrenos concejiles con la obligación de plantar árboles, pero con la condición de que el solar y propiedad de los terrenos fuese perpetuamente del Concejo y que los plantadores o dueños de los tales plantíos pudieran disponer de ellos como cosa suya propia libremente. En estos predios de carácter en cierto modo forestal aparece dividido el dominio, siendo el Concejo o Ayuntamiento el dueño de la propiedad del suelo y los particulares dueños del arbolado existente en ellos (Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 4, medición y tasación de los terrenos ondazilegi del Valle en 1886).

previa del Concejo para realizar plantaciones de árboles en los ejidos comunes y concejiles²⁶.

Junto a las Ordenanzas recogidas en el Fuero de Guipúzcoa, las Juntas Generales acuerdan el 26 de septiembre de 1738 en Deba, un Reglamento de Montes que, entre otros puntos dirigidos a la repoblación forestal, recoge la posibilidad de los pueblos de permitir a sus vecinos la plantación de árboles en tierras concejiles, con la condición de aprovecharse de ellas, siempre que dejen fuera de duda que la propiedad del suelo es del Concejo, y consignent claramente la obligación de restituir al mismo el terreno en cuanto se desembarace de los árboles²⁷. De este modo, se autoriza crear masas arbóreas cuyo titular en exclusiva es un particular.

La posterior Real Ordenanza General de Montes del Reino de 31 de enero de 1748²⁸ pugna con el Reglamento, lo que ocasiona que la Provincia solicite al Rey su no aplicación en el territorio. El monarca comunica a la Provincia, mediante la Real Orden de 2 de julio de 1749, una Real Ordenanza Particular de Montes para el territorio, aprobada y mandada observar con fuerza de Ordenanza y Ley en la Real Cédula de 28 de junio de 1749 y cuyo cumplimiento se acuerda en las Juntas de Vergara del mismo año. Conforme a ella, el Rey excluye a la provincia de Guipúzcoa del cumplimiento exacto del Reglamento de Montes del Reino de 1748 y manda que se rija por el Reglamento de la Provincia de 1738, tras añadir a ésta ciertas disposiciones de vigilancia y policía²⁹.

²⁶ *Por cuanto el Concejo de esta tierra y valle de Oyarzun ha seguido y siguió muchos pleitos con mucha costa y gasto e trabajo contra muchos particulares que tenían ocupado los ejidos comunes concejiles, socolor de seles, heredades, particulares, donde siguió pleito en esta provincia y en la Corte y Chancillería de Valladolid se dieron y pronunciaron sentencias a favor de dicho Concejo, y se trajeron cartas ejecutoriales y para su ejecución al Lic. Antonio de Luxan Oidor de la Audiencia Real de Valladolid, e las dichas sentencias y ejecutoriales fueron ejecutadas contra algunos y contra otros, están por ejecutar... que el Concejo sea restituido e revestido e conservado en sus ejidos, que le están tomados y ocupados indebidamente y adelante se conserven e para su mayor conservación; mandaron que ninguna persona plante ni pueda plantar castaños ni otro algún género de árbol en los dichos ejidos comunes y concejiles, salvo cuando el Regimiento, o el dicho Concejo, acordare de plantar, y entonces en las partes, y cuanto e como el dicho Concejo e su Regimiento acordaren y mandaren* (Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919, pp. 48-49).

²⁷ AGG/GAO, JD IM, 2/17/27: Reglamento formado por la Diputación por encargo de las Juntas sobre plantación de montes.

²⁸ AGG/GAO, JD IM 2/17/59.

²⁹ *Vid.* el texto reducido de estos Reglamentos en Domingo Ignacio de EGAÑA, *El guipuzcoano instruido en las Reales Cédulas, Despachos y Órdenes que ha venerado su madre la Provincia*, San Sebastián, Imprenta de Lorenzo Riesgo Montero de Espinosa, 1780, pp. 395-398. La razón de este tratamiento especial a los bosques guipuzcoanos se halla en la importancia que la dinastía borbónica, recientemente instaurada, pretende otorgar a la creación de la Armada para cuya construcción precisa impulsar los astilleros de Guipúzcoa (ARAGÓN RUANO, “Basoa...”, *cit.*, p. 30). A través de esta disposición, la Corona queda como beneficiaria privilegiada de los

Por lo tanto, vigentes los artículos XIII y XIV del Reglamento de Montes de la provincia, se dispone que los municipios puedan permitir a vecinos suyos la plantación de árboles en tierras concejiles, con la calidad de aprovecharse de ellas y constar la propiedad del terreno; y que los seis mejores árboles que se criaren en el terreno plantado en cada fanega de sembradura sean del municipio por razón de reconocimiento. Los artículos en cuestión rezan del siguiente modo:

Artículo XIII. *Que si algunas Repúblicas por su extendida jurisdicción y cortedad de medios quisieren permitir a vecinos suyos la plantación de árboles en tierras concejiles, con la calidad de aprovecharse de ellas, se pueda permitir con las seguridades competentes, a que nunca se dude ser la propiedad de la República, y el habersele de restituir el terreno, siempre que se desembarazase de árboles.*

Artículo XIV. *Que respecto de que en las tierras que así se permitieren plantar a vecinos, es igual la razón que en las rozaduras; y para que sirva de reconocimiento, se ha de entender que los seis árboles mejores que se criaren en el terreno así plantado en cada fanega de sembradura han de ser propios de la república cuyo fuere el terreno, y podrá disponer de ellos como de propios suyos; y siempre que el que tomare la tierra no la plantare de árboles dentro de un terreno proporcionado que se le señale, haya de volverse a la República; y se entienda lo mismo, si vendiere de pie los árboles; esto es, que haya de volver a plantar de nuevo árboles en ella, o restituir la tierra a la República³⁰.*

En desarrollo de la facultad concedida por el Reglamento, los municipios proceden a elaborar y dictar sus propias Ordenanzas. La villa de Hernani promulga sus Ordenanzas para la conservación y repoblación de sus montes concejiles de 30 de enero de 1787³¹. Y en virtud de esa misma facultad, en el año 1797 se da noticia, en las Juntas Generales, del Plan dispuesto por el Ayuntamiento de Azpeitia para la conservación y fomento de sus montes³², entre cuyos puntos se establece:

10. *Que además de esto que si gusta la Villa puede franquear algunos terrenos débiles y que no sean muy pingües para prestación u ondazillegui como esta en uso y costumbre en varios pueblos de esta Provincia y que allí se permita hacer la plantación al común, esto es, a todo el que quiere pagando el reconocimiento y haciendo un libro de empadronamiento y que estos terrenos se reconozcan de tres a tres años o de seis a seis años y*

bosques guipuzcoanos, con la consecuencia de incrementar notablemente la presión sobre los mismos.

³⁰ *Vid*, por ejemplo, el libro de plantíos de la Universidad de Irún, que recoge la legislación vigente y el registro de los árboles propios de la villa entre 1749 y 1851 (Archivo Municipal de Irún, C, 5, II, 5, 1).

³¹ Aunque no hay referencias a los terrenos *ondazilegi*, ni a sistema análogo de aprovechamiento (AGG/GAO, JD IT 4257, 3).

³² AGG/GAO, JD IM 2/17/107.

que qualquiera que se descuide de pagar el reconocimiento a un solo un año por solo esto quede privado y quede a beneficio de la Villa la plantación que hubiese hecho el tal plantador sin que tenga lugar a reclamo alguno y que todo el mundo tenga derecho a recoger el abono u hoja seca pero que no puedan hacer hoja verde sin consentimiento del plantador y que contraviniendo sea multado.

11. Que en el paraje que se señalase para ondazillegui o prestación se descuidase de plantar el plantador a quien se le concedió el terreno en dos años seguidos que en tal caso qualquiera vecino o morador tenga derecho a plantar para que no este despoblado el terreno que solo se le concedió para este fin y no otro.

12. Que el abono sea para el mismo plantador a quien se le concediese el ondazillegui cumpliendo inviolablemente con el tenor de los capítulos precedentes entendiéndose desde que hubiese hecho la plantación y no antes quedando al arbitrio de dichos señores comisionados el señalamiento de terrenos.

Sobre su conveniencia y adecuación a las disposiciones de la Provincia, en el correspondiente dictamen se señala:

El Capítulo décimo es conforme a la décima tercia de las Providencias del citado año de treinta y ocho, y se precabe que se apropien del terreno los vecinos, pero como no se expresa el reconocimiento que han de pagar los plantadores anualmente no puedo menos que pasar a noticia de V.S. que la Villa de Azpeitia no podrá eximir a los vecinos que prestase el terreno para plantación de que por vía de reconocimiento le entreguen los seis árboles mejores en cada fanega de sembradura con cuya adición pudiera V.S. aprobar el citado Capítulo diez.

El Capítulo undécimo como conforme a la disposición de la décima quarta Providencia de las mencionadas y no oponerse a otra pudiera V.S. aprobarla sin reparo alguno.

El Capítulo doce como dirigido al fomento del montazgo y no ser contrario a las disposiciones y reglas que V.S. tiene tomadas y prescriptas pudiera también conformarse con que por el aprovechamiento de los abonos además de los seis árboles por cada fanega de sembradura por vía de reconocimiento pagasen alguna cantidad con calidad precisa de invertirla conforme al espíritu de los Fueros en plantación y aumento de montes.

En el mismo año de 1797 se da lectura en las Juntas Generales de una proposición de Idiazábal para repoblar sus montes por reparto entre sus vecinos, que es tomada en consideración y se nombra una comisión de procuradores para su estudio. Y con ese mismo espíritu, la Asamblea General de la provincia acuerda el mismo año autorizar a los Concejos distribuir entre sus vecinos los terrenos baldíos del común a fin de poblarlos de árboles con derecho de aprovecharse de los mismos. Los titulares del aprovechamiento de esos terrenos debían pagar a los pueblos un canon moderado, en reconocimiento de su propiedad, y quedaba

siempre a salvo la facultad de los municipios para recuperar los árboles, pagando su valor a los plantadores.

Posteriormente, las Juntas Generales reunidas en San Sebastián y con fecha de 6 de julio de 1806 (6ª Junta) aprueban las reglas propuestas por la comisión para facilitar la puntual observancia de la regla XIII de la Ordenanza de 1738, los acuerdos de las de 1797 y buscar la uniformidad en todos los pueblos en la adjudicación de terrenos concejiles a los particulares para proceder a su plantación, bajo un canon y obligación de dar a la villa cierto número de árboles en reconocimiento de la propiedad del terreno³³. Sobre los motivos de estas

³³ AGG/GAO, R 79, p. 189: M. N. y M. L. *Provincia de Guipúzcoa = En descargo de la comisión con que V. S. nos honró en Junta General celebrada el día de ayer hacemos presente a V. S. que para facilitar la puntual observancia de la regla trece de la ordenanza del año de 1738, nos parece seria conveniente dictase V.S. otras dirigidas a su plantificación a poder ser uniformes en los pueblos de su hermandad y entre ellas las siguientes:*

1ª. Que todas y cada una de las repúblicas señalen dentro de un breve término los terrenos que les parezcan más adecuados para trasplantar los árboles de sus viveros y reserven también otros que según el estado de sus fondos puedan poblar dentro de algunos años.

2ª. Que hechas estas reservas, permitan a sus vecinos y moradores y, a falta de éstos, a cualquiera de otros pretendientes la población de los demás terrenos bajo las calidades y condiciones siguientes: 1ª. Que los seis mejores árboles que se criaren en el terreno plantado en cada fanega de sembradura han de ser para la república por razón de reconocimiento, como expresamente lo ordena el capítulo catorce del reglamento de 1738; exceptuando de esta regla general los castaños y nogales, pues como ocupan mayor extensión de terreno que los robles y otras especies de árboles dicta la equidad que el reconocimiento de aquellos se arregle a razón de tres por cada fanega de sembradura del terreno que se conceda para su plantación. 2ª. Que si no estuviese poblado de árboles el terreno concedido a ese fin a los trece años, han de quedar para la villa la mitad de los que existiesen y privado el agraciado de la porción de dicho terreno que en aquella época se hallase despoblado. 3ª. Que aunque completamente poblado a los trece años dicho terreno, si con el tiempo quedase despoblado (sea por la causa que fuere), y no quisiere poblar el agraciado o usufructuario, ha de ser despojado, pagándosele el importe de los árboles existentes a tasación de peritos. 4ª. Que el agraciado no ha de poder cerrar con paredes, vallados, ni setos el terreno que se les concediese, exceptuando la porción destinada para vivero; pero podrá disponer a su arbitrio del fruto, tronco y rama de los árboles que plantase y venderlos libremente dentro o fuera del pueblo, sin obligación alguna de consumirlos en él. 5ª. El artículo nueve del reglamento de 28 de junio de 1749 ordena 'que para que haya árboles aptos para vageles sea invariable la providencia 8ª del reglamento de 1738 en los parajes que distan menos de una legua del mar; y sólo pueden reducirse a trasmochos los dos tercios de las plantaciones en lo interior de la provincia, dejando la tercia para árboles bravos'. Esta providencia aunque excelente en sí, no es practicable con todo rigor, según lo ha acreditado la experiencia: con todo atendido a su espíritu, se podrá poner por quinta calidad o condición a los agraciados, que han de plantar en los terrenos que se les cediesen el número de robles, álamos negros, olmos, encinas y otros árboles en los parajes que se les señalará, según lo exija su extensión, calidad y localidad.

3ª. Que los terrenos en que hubiese árboles pertenecientes a la república se examinen y pague su valor el agraciado; y si entre ellos hubiese algunos inútiles se repartan al vecindario; bien entendido que no se ha de tener por árbol inútil ni cortarlo por tal para carbón o leña hasta que esté incapaz de medrar en el tronco o en la rama y que las justicias castiguen cualquiera trasgresión de este capítulo conforme al artículo 19 del reglamento del año de 38, sin perjuicio de la jurisdicción de la provincia, a quien incumbe celar por medio de persona de inteligencia la conservación de monte y castigar las talas y excesos como consta por el artículo séptimo del reglamento del año de cuarenta y nueve y varias declaraciones posteriores que hay sobre este punto.

disposiciones, ARAGÓN RUANO reseña que “José Baltasar Palacios, síndico procurador general de Azcoitia, ya en 1765 alertaba del peligro que se cernía sobre la concesión de terrenos a plantadores particulares y que acabaría por producirse a comienzos del siglo XIX: con la aplicación de este sistema, a largo plazo era muy posible que se olvidase que la propiedad del terreno era del concejo y el plantador la tomase para sí; cosa que ocurrió, como denunciaba en 1763, el promotor fiscal de la Universidad de Vidania, que se vio desposeída de sus ondazillegis por particulares –muchos de ellos cargos concejiles y vecinos concejantes- que habían realizado plantíos; en realidad lo que quería la Universidad es que los plantadores pagasen un censo o seis árboles por fanega, como establecía el Reglamento 1738 y la Ordenanza de 1749. Lo cierto es que problemas de este tipo ya venían siendo padecidos por villas como Urrechu desde el siglo XVI, que había tenido que dilucidar muchos pleitos sobre el plantío y la propiedad de los castaños en terrenos concejiles con los plantadores, quienes pretendían hacerse con la propiedad de las

4ª. Que los pretendientes de terrenos presenten sus memoriales a las justicia y regimiento que deberá hacerles la gracia, bajo las calidades y condiciones que quedan expuestas, y nombrarán persona de su confianza que señale y amojone el terreno pedido y haga la competente declaración jurada en su razón con toda especificación y claridad; y archivando la original se pondrá un traslado febaciente en el libro que debe parar en cada concejo de los de la hermandad para que asienten en él todos los asuntos relativos a montes con separación de los demás negocios, y este asiento deberá ponerse después del fol. 180 como tiene mandado la provincia por su carta circular de 17 de enero de 1799.

5ª. Que en todos y en cada uno de los pueblos de la hermandad se convoque anualmente por el mes de febrero una junta general de vecinos para tratar y conferir en ella sobre los medios más oportunos para la conservación, fomento y repoblación de montes y se presente en ella el libro relativo a montes que se expresa en la providencia anterior.

6ª. Que las diligencias que se dejan apuntadas se practiquen a costa de los pretendientes; bien que con la precaución de que se arregle su importe por la justicia y regimiento con la mayor equidad.

Por lo que respecta al oficio de Atauñ V.S. sabe muy bien que no se puede cortar para carbón por el pie en ningún caso árbol alguno que no esté revegado o sea capaz de medrar y adelantar en el tronco o en la rama, o no sea absoluta y perfectamente inútil sin una manifestación infracción del capítulo 8º tít. 38 de los Fueros, del capítulo 8º de la ordenanza de don Pedro Cano confirmada en Real dada en Madrid a diez y nueve de enero de mil setecientos cincuenta y siete; y somos del sentir que V.S. no debe apoyar la pretensión de la N. y L. villa de Atauñ.

Es cuanto nos parece oportuno proponer a V.S. en cumplimiento del encargo que se sirvió conferirnos en la Junta de ayer, y deseamos haber llenado las intenciones de V.S.; y pedir a Dios la que en sus mayores prosperidades por muchos años. San Sebastián, 6 de julio de 1806 = Juan José de Zuaznabar = Juan Antonio de Lardizabal = Juan Bautista de Andonaegui = Joaquín María de Yurybarria=

En su vista adoptó la junta por decreto cuanto exponen los señores comisionados en su descargo preinserto, sin perjuicio de las concordias que tuviesen los pueblos para el consumo de carbones en las ferrerías de sus respectivas jurisdicciones, y bajo la condición de que los agraciados hayan de dar anualmente a las repúblicas cuatro maravedís por cada porción de terreno de una fanega de sembradío a más de los seis árboles que expresa la comisión, para que de este modo jamás se dude que la propiedad es de la república. Además se decretó que este acuerdo se comuniquese desde luego a todos los pueblos encargándoles que cuanto antes lo publiquen en sus respectivas jurisdicciones, y añadiéndoles que en el reparto que deben hacer de sus terrenos baldíos procedan los respectivos ayuntamientos con toda equidad. Últimamente manifiesta el congreso su fina gratitud a los referidos señores comisionados por lo bien que han desempeñado este encargo. El señor don José Ignacio de Gamen caballero de la villa de Rentería dijo que su república no se halla en el caso de dar los terrenos a sus vecinos particulares, y pedía que constase así por decreto. La villa del Pasaje expuso lo mismo.

tierras plantadas”³⁴.

3.2. *Los diversos mecanismos de explotación de los montes comunales*

Para comprender el régimen de aprovechamiento de los montes guipuzcoanos, hay que mencionar, primeramente, la servidumbre universal de pastos y aguas en cuanto costumbre notoria, conocida y practicada en la provincia de Guipúzcoa³⁵, y que, al propio tiempo, los montes comunales se consideran de servidumbre forzosa por el continuo uso que hacen los vecinos para surtir sus necesidades derivadas de la práctica agrícola y ganadera. Y es que, en origen, el campesino parcelario guipuzcoano disfruta en propiedad los terrenos susceptibles de aprovechamiento agrícola (sembradíos), a raíz del origen y evolución del sistema de apropiación de la tierra derivado del tránsito de una sociedad pastoril (basada en la ganadería y los aprovechamientos forestales), en la que la tierra tiene carácter comunal (régimen colectivista)³⁶, a una sociedad asentada y estabilizada en el territorio gracias al desarrollo de la actividad agrícola. Es el afianzamiento de la agricultura en las zonas ocupadas en detrimento de la ganadería y del bosque el que origina la idea de la propiedad, primero sobre lo plantado, y seguidamente sobre la tierra a través del cultivo continuado. Los terrenos excluidos de la actividad agrícola por su inadecuación o por la gran dificultad de la tarea, que cuantitativamente constituyen la mayor parte del territorio, conservan el carácter comunal en beneficio de todos los habitantes y de la actividad ganadera y forestal³⁷.

³⁴ Álvaro ARAGÓN RUANO, *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Donostia-San Sebastián, Aranzadi Zientzi Elkarte, 2001, pp. 91-92.

³⁵ Antonio CILLÁN APALATEGUI, *La comunidad foral de pastos en Guipúzcoa*, San Sebastián, Publicaciones de la Excma. Diputación de Guipúzcoa, 1959.

³⁶ La teoría de la propiedad colectiva es difícilmente comprobable, pero es más lógica que la hipótesis, también incomprobada, de la propiedad *nullius* que exige la ocupación de la *res* no sometida a algún tipo de apropiación individual o colectiva, dato difícil de sostener en territorios habitados uniformemente a lo largo de miles de años.

³⁷ *Vid.* las breves notas históricas sobre los aprovechamientos colectivos y comunales de Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES, “Comunidad o servidumbre de pastos”, *RDP*, nº 237 (1933), pp. 161-180.

Arantxa OTAEGUI ARIZMENDI, “El paisaje forestal de Guipúzcoa de 1784”, en *Actas de IX Congreso de Historia Agraria*, Bilbao, 15, 16 y 17 de septiembre de 1999, pp. 481-486, al comentar el *Expediente que comprende el estado general de árboles de toda clase que había en los pueblos de esta Provincia, menos la villa de Oñate, formado en virtud de Reales Órdenes* (AGG/GAO, JD IM 2/17/82), da a conocer que sólo diferencian la propiedad concejil y particular las villas de Alegia, Alkiza, Antzuola, Hernani y Zegama dando como resultado un porcentaje de 75% de terreno comunal y 25% de terreno particular, lo que extrapolado a la provincia es un índice de la importante extensión del comunal.

Paralelamente, para administrar y posibilitar la explotación de los montes comunales³⁸, cuyo aprovechamiento corresponde a los vecinos, los municipios guipuzcoanos se sirven de diversos mecanismos jurídicos: lo más habitual es la repartición en lotes de los terrenos comunales y su posterior adjudicación entre los vecinos³⁹ y, específicamente, el “usufructo” de helechos⁴⁰; cabe el arrendamiento de montes castañales y helechales a vecinos para su aprovechamiento⁴¹; la concesión de terrenos en enfiteusis⁴² o constitución de censo reservativo⁴³; o el otorgamiento de

³⁸ Sobre el origen y la evolución de los comunales en general, *vid.* la obra clásica de Alejandro NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, Edersa, 1964.

³⁹ En Oñate, reparto de terrenos *anzabaso* (Archivo Municipal de Oñate, C, IV, II, 556, 44); 24 de octubre de 1751 (ante Juan Antonio de Cortázar, AHPO/GPAH, legajo 1/3401). Libro de montañería (Archivo Municipal de Oñate, C, IV, II, 564, 3) de 1721 a 1800, que recoge las ordenanzas de montes decretadas por la villa para la administración y deslinde de los montes y sanciones por diversas infracciones que atenten contra el arriendo de los montes, restricción de ventas, normas sobre las almonedas y remates y nombramiento de la comisión de actuación, para el cuidado y vigilancia del aumento y conservación de los montes. Monte en común entre Ataun, Zaldibia y Lazcano: adjudicaciones para que cada adjudicatario goce exclusivamente el helecho, la árgoma y los árboles (de plantación libre, Archivo Municipal de Zaldibia, C, 4, 3, 17) del trozo adjudicado, quedando libres y comunes las hierbas, aguas, fiemo y piedras (servidumbre, Archivo Municipal de Zaldibia, C, 4, 3, 16).

⁴⁰ En Goyaz (Archivo Municipal de Tolosa, E, 6, III, 52,3), venta en “usufructo” de terreno comunal, porción de robledal y hayadal, con calidad de retroventa (año de 1823).

⁴¹ Archivo Municipal de Oñate, C, IV, II, 556, y escritura de 5 de agosto de 1781 ante Francisco Xabier de Urtaza, AHPO/GPAH, legajo 1/ 3438; Archivo Municipal de Oñate, C, IV, II, 556, 23 y escrituras de 8 y 24 de junio de 1784 ante Manuel de Urmeneta, AHPO/GPAH, legajo 1/3391).

⁴² Archivo Municipal de Oñate, C, IV, II, 558, 21, inventario del año 1846. Archivo Municipal de Tolosa, C, 5, II, 5, 1: venta de terrenos concejiles a censo enfiteútico; año de 1833. Archivo Municipal de Fuenterrabía, C, 5, II, 3, 5: en 1847 se solicita el uso de terrenos comunales bien a censo bien pagando el derecho correspondiente; y C, 5, II, 4, 2: en 1926 se acuerda una subida del canon a satisfacer por el usufructo de los terrenos comunales. Archivo Municipal de Zaldibia, C, 4, 3, 18: fincas en censo enfiteútico: censos de carácter civil comprendidos en las leyes de desamortización. Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 1, escritura de 25 de septiembre de 1828: solicitud para roturar terreno erial concejil en cuya parte no se encuentra árbol ninguno pagando el reconocimiento o canon que se acostumbra en concesiones de esta naturaleza. Archivo Municipal de Irún: cesión de terrenos concejiles bajo canon enfiteútico a particulares. *Vid.* las solicitudes de vecinos pidiendo tierras concejiles en arriendo bajo canon entre 1841 y 1864 (Archivo Municipal de Irún, C, 5, II, 3,2); las cuentas de los cánones de las tierras concejiles que llevan los particulares en enfiteusis, años 1837-1847 (Archivo Municipal de Irún, C, 5, II, 3,3); y la venta de 89 piezas de terrenos y luición de cánones que pagaban a la villa los particulares entre diciembre de 1843 y marzo de 1844. El ayuntamiento se halla autorizado para admitir la luición de los terrenos concejiles que la villa tiene dados en enfiteusis (oficio Diputación Provincial de 5 de noviembre de 1843). En pago de la deuda recibe los documentos de deuda que expidió a favor de los acreedores. El ayuntamiento transfiere el dominio directo que le pertenecía quedando el particular como dueño absoluto.

⁴³ En Zaldibia: venta a censo reservativo de montes, conservando el vecindario el derecho de pastos y aguas, el de construir chozas y rediles y el de aprovechar el helecho y la hojarasca para así

escrituras de obligación suscritas entre la villa y particulares para criar viveros y plantar árboles en tierras concejiles, de modo que el plantador reciba una cantidad de dinero por cada árbol plantado y entregado de dos hojas⁴⁴.

Entre los distintos regímenes que inciden sobre los comunales y, específicamente, para impulsar el aprovechamiento y la producción forestal, cabe mencionar un régimen sin denominación específica practicado en Fuenterrabía, el régimen de los terrenos *ipinoki* (sin duda, una variante abreviadora del término *ipintoki*) localizado en Zumárraga y, como uso más extendido, el régimen de los terrenos *ondazilegi*.

3.2.1. *El aprovechamiento del fruto*

I. En Fuenterrabía es práctica conocida ya en los comienzos del siglo XVII la cesión por el ayuntamiento, tras la oportuna y previa concesión de licencia, de terrenos concejiles a particulares para la plantación de robles y castaños para su goce y aprovechamiento. Conforme al régimen, los particulares poseen tierras concejiles ocupadas con plantíos de castaños de forma abierta, es decir, sin cerrar con vallados, ni estacas, ni otra cosa, para que la gente pobre y común que quisiere gozar de la castaña que cayese del árbol y de lo que por el suelo pudiesen derribar con varas de cuatro codos y sin que ninguno se suba en los castaños, conforme a la costumbre de la provincia, pueda aprovecharse también de parte del fruto. Además, la villa, si tuviese necesidad de algunos robles y castaños para su utilización en la edificación de algún edificio común, cárcel o puente de madera, y no para otras cosas, conserva la facultad de cortar del pie el árbol y tomar los que para ello quisiere.

En todo caso, los plantadores de los árboles, titulares del aprovechamiento, ni sus hijos y sucesores, no pueden cortar del pie ningún árbol, ya que su facultad se extiende nada más que al aprovechamiento de los frutos, excluyendo, por tanto, el aprovechamiento del maderamen⁴⁵. Reservar esos derechos en favor de todo el

conservar su ganado y asegurar abonos para su labranza. Se conviene también que los compradores fomenten el arbolado haciendo viveros o cerrando algunos puertos en que la planta venga por sí. Es decir, para segurar esos abonos al vecindario, el comprador deberá cuidar del arbolado para segurar al labrador la hojarasca necesaria para el abono de las tierras, y deberá plantar robles y hayas en los puertos despoblados. De este modo dividen los montes comunes en lotes señalados para cada vecino (Archivo Municipal de Zaldibia, C, 4, 3 16; escritura de 9 de septiembre de 1858 ante el escribano de Ataun Miguel de Dorronsoro, Archivo Municipal de Zaldibia, C, 4, 3, 16b).

⁴⁴ Oñate, 6 de marzo de 1749 ante Manuel de Urmeneta, AHPO/GPAH, legajo 1/3356.

⁴⁵ Archivo Municipal de Fuenterrabía, C, 5, II, 4, 2 (1613) y escritura de 13 de marzo de 1613 (ante Martín Sanz de Zuloaga, AHPO/GPAH 3/455). En la visita realizada por el ayuntamiento a los montes del municipio en 1785, se constata la existencia de este tipo de arbolado plantado por los particulares para su goce y aprovechamiento en terrenos concejiles con la licencia del

vecindario y de la propia villa persigue mantener la memoria de la procedencia de los terrenos para que los titulares del aprovechamiento de los frutos no puedan alegar la propiedad absoluta⁴⁶.

II. En Zumárraga ya desde mediados del siglo XVI se lleva un registro de las plantaciones de castaños que los vecinos tienen puestos y plantados en terrenos concejiles con licencia del municipio⁴⁷. Conforme a antiguas ordenanzas de la villa⁴⁸, se concede permiso a los vecinos a plantar castaños a cambio de pagar un precio por cada pie de árbol, cuya relación se recogerá en un libro registro abierto al efecto. Parte del precio se paga en el momento de comprobar la cantidad de árboles plantados y el resto el día de Nuestra Señora de agosto que primero venga y sin aplazamiento. La plantación debe realizarse dentro de los siguientes cuatro años a la concesión de la facultad y tras el señalamiento de la tierra en que debe realizarse dentro de los parajes donde es posible hacer las plantaciones, de modo que no se pueden plantar más castaños que los señalados y en los lugares indicados. Al hacer la plantación, el titular de la facultad debe respetar la distancia de seis estados entre los castaños y si se secare o se perdiere tras ser injerido, no se puede replantar sin licencia de la villa. A partir de 1732, el plazo para realizar la plantación se eleva a seis años y se acuerda que cada casa no puede tener más de cien robles y cien castaños, es decir, hasta doscientos a elección del particular. Los que tienen ya plantados más de esos doscientos, no pueden solicitar nuevas plantaciones

ayuntamiento otorgado previa o posteriormente (Archivo Municipal de Fuenterrabía, C, 5, II, 3, 5).

⁴⁶ En un pleito del ayuntamiento contra varios propietarios de casas sobre la propiedad de algunos terrenos, se da cuenta de que “las concesiones para plantaciones que se hicieron por el ayuntamiento de la ciudad de Fuenterrabía fueron a condición de que los vecinos que quisieran pudieran aprovecharse de la fruta que cayese a los pies de los castaños y de la que del suelo pudieren derribar con varas de cuatro codos de largo conforme a la costumbre con tal que (no) pudieren subir a los árboles, y a condición también de que tuviesen que contribuir los dueños de las caserías con árboles siempre que hubiese necesidad para alguna obra común como reparación de puente o edificio público... Reservando varios derechos a favor del público y del vecindario para que a todos tiempos se reconociera la procedencia de aquellos terrenos y nunca se erigiesen en propietarios absolutos” (Archivo Municipal de Fuenterrabía, C, 5, II, 3, 5, 17 de septiembre de 1856).

⁴⁷ Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 4, 7, documento de 27 de diciembre de 1556. Robledal plantado con permiso de esta villa con nombre de *ipinoki* en diferentes sitios esto es, plantados para *ipinoki* (Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 8, 5, documento de 26 de abril de 1784 ante Agustín de Alzola). Junto a los terrenos *ipinoki*, en los terrenos conocidos en Zumárraga con nombre de *ostabaso*, el titular del robledal goza y se aprovecha de la leña (Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 8, 5, documento de 20 de febrero de 1788 ante Agustín de Alzola). En Oñati aparecen con el nombre de terrenos *anzabaso*.

⁴⁸ Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 4, 11: copia de la ordenanza de la villa sobre plantación de castaños en los terrenos propios de la villa y libro de acuerdos.

El plantador tiene el derecho de tomar los frutos del árbol, pero no goza de facultades sobre el maderamen, de modo que gozará del terreno mientras pervivan los árboles. En consecuencia, no puede vender ni enajenar el árbol, y se prevé la sanción por cortarlo o trasmocharlo. Pero si el fruto cae por el viento o por su propia natura, serán del que primero los recoja, aunque ninguno que no sea el titular tiene facultad de derrocar el fruto, ni con piedra, ni con palo, ni de otra manera contra la voluntad del titular, so pena de sanción. La hoja y la rama también pertenecen al titular de la plantación, pero el helecho tiene carácter comunal.

Para la conservación y guarda del árbol, y frente a la servidumbre universal de pastos favorable a la ganadería, puede procederse a poner alrededor de la planta espinas y seto en dos brazos. Esa protección puede retirarse el día que avareare o derribare el fruto de los castaños, ya que, después de ser avareado una vez, no puede avarearse o derrocarse otra vez y quien quiera puede gozar del fruto restante. Mientras el fruto esté en el árbol no puede venderse o donarse a ninguno de fuera de la jurisdicción, y habiéndose ya recolectado no se puede vender o donar fuera de la villa. El disfrute del fruto del árbol plantado exige que el titular resida en el concejo y contribuya a la universidad o que, viviendo fuera, tenga hacienda o casa en la villa y, por consiguiente, contribuya a las derramas del municipio; si el titular abandona el concejo sin dejar bienes en la villa, pierde los derechos sobre los árboles y éstos se adjudicarán al municipio, tal como sucede con todos los árboles plantados sin los requisitos expresados. De este modo, el derecho al disfrute de los árboles plantados en tierras concejiles queda vinculado a la casa o hacienda. Por último, hay que indicar que los gastos de señalamiento y deducción son a cuenta de los que obtuvieren la licencia⁴⁹.

⁴⁹ Archivo Municipal de Zumárraga, Zumárraga, C, 5, II, 2, 6 (sobre un terreno aplicado para *ipinoki*, se habla de árboles que quedan dentro de los terrenos de *ipinoki* pero que penden ya corta cantidad); C, 5, II, 4, 8, 17 de enero y 12 de marzo de 1593; C, 5, II, 4, 9 (diversas escrituras de los años 1735 a 1749 sobre licencias para plantar robles en tierras concejiles pagando lo que está determinado); C, 5, II, 4, 11 (recoge un expediente de una viuda que reside en Aramaiona y que vende su hacienda de Zumárraga, de modo que los castaños que poseía quedan adjudicados a la villa. Para tomar posesión, el regidor, presentado donde se hallan los castaños, se pasea, rompe ramas de dichos castaños y hace otros actos de verdadera posesión que la toma y aprehende quieta y pacíficamente sin otra contradicción); C, 5, II, 4, 12; C, 5, II, 4, 13. *Vel.* los Libros de registro de las plantaciones de robles y castaños de los vecinos particulares de la villa y que cada caserío tiene en los términos concejiles con licencia del regimiento, expresando la clase de árbol, fecha de la licencia, persona solicitante y condición de plantarlos en el término de seis años (Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 5, 1; C, 5, II, 6, 1; C, 5, II, 7, 1); y la descripción y tasación de diversos terrenos *ostabaso* e *ipinoki* (Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 8, 5, documentos de 26 de abril de 1784, 15 de abril de 1786 y 20 de febrero de 1788 ante Agustín de Alzola; Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 8, 10).

3.2.2. *El aprovechamiento del árbol*

El sistema de autorizar a los vecinos para plantar árboles en los terrenos concejiles baldíos y ceder su aprovechamiento se fue haciendo general en toda la provincia conforme a las Ordenanzas en vigor. Como señala el Reglamento de 1738, “por costumbre inmemorial se ha permitido a los vecinos el hacer plantaciones de castaños y otros árboles en terrenos eriales y concejiles y disfrutar de ellos pagando a la villa un canon muy corto por el reconocimiento del terreno”⁵⁰.

Esos terrenos son conocidos con el nombre de terrenos *ondazilegi*⁵¹. Reciben tal denominación aquellos trozos de terrenos comunales y concejiles que tras solicitud de los vecinos de la villa al municipio, principalmente para la plantación de

⁵⁰ Pleito de 1811 en Ataún sobre la propiedad de árboles en tierra concejil que se adjudican en propiedad privada, AGG/GAO, CO-ECI, legajo 5056, Elorza civiles.

⁵¹ “Semejante medio adoptado para la repoblación de los montes ha sido general en la provincia y de aquí viene el llamarse a estos terrenos con el nombre de *ondacilleguis*, o sea aquellos en que sólo el arbolado es de sus poseedores” (Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919, p. 47).

“Por dichas Ordenanzas se dio permiso a los Concejos y Ayuntamientos de la Provincia para ceder una parte de los terrenos Concejiles a los vecinos y moradores con obligación de que los cesionarios plantasen anualmente cierto número de árboles castaños y robles. A consecuencia del sistema originado por estas Ordenanzas, se instituyeron ciertas modificaciones del derecho de propiedad entre los Concejos y particulares interesados en las fincas. El Concejo o Ayuntamiento quedó como dueño del suelo y los particulares dueños del arbolado plantado en dicho suelo. A esta propiedad así dividida, se le conocía con el nombre de *ondazilegi*, cuya extensión e importancia eran mayores o menores según las facultades señaladas por los pueblos a los concesionarios. Así es que hubo terrenos en que los particulares eran dueños únicamente de los árboles, mientras que otros lo eran no sólo de los árboles sino también de los helechos, argomas y yerbas del suelo en que vejetaban” [Serapio MÚGICA ZUFIRÍA, “Ondazilegi”, *Yakintza*, nº 16 (1935), p. 301-302].

“Arbola mozketa horien eragin kaltegarriak zertxobait xamurtu nahian, 1797ko Batzorde Nagusiek erabaki zuten udalek auzakideei utz ziezaizkieten dohainik udal lur landugabeak, baserritar eta herritarrek arbola landaketak egin zituzaten, batipat gaztainondoan. Hori dela eta, XVIII. mendearen hondarretan, Gipuzkoako udalerrri gehienek ildo horretako kontratuak egin zituzten, hau da, *ondazilegi* izenez ezagutu zirenak” (Arantza OTAEGUI ARIZMENDI, *Gerra eta Hazienda Lokalaren Krisia. Udal Ondasunen eta Propioen salmentak Gipuzkoan 1764-1814*, Donostia, Gipuzkoako Foru Aldundia, 1991, p. 19).

Para una primera aproximación, sirvan las siguientes ideas: “un árbol, cualquiera que se plante, sea roble o sea chopo, pertenecerá al que lo haya plantado, será de su propiedad, pero el suelo, la tierra donde está enraizado dicho árbol no vendrá a ser de su propiedad; la tierra continuará siendo *erri-lur*, comunal” [Manuel LECUONA, “Instituciones Vascas”, en *Euskaldunak 1* (dirigido por José Miguel BARANDIARÁN), Zarauz, Etor, 1978, p. 42]. “De la misma forma que si en un terreno comunal y con el debido permiso se plantasen árboles, el árbol será propiedad del que lo ha plantado, pero el terreno continuará siendo comunal. Asimismo en los pastos comunales las *txabolas* de los pastores, aunque construidas por ellos, el suelo donde están implantadas permanece como propiedad comunal” [Fermín de LEIZAOLA, “Agricultura”, *Euskaldunak 2* (dirigido por José Miguel BARANDIARÁN), Zarauz, Etor, 1978, p. 293].

castaños y otros frutales, son concedidos por éste al particular para realizar la plantación y proceder al aprovechamiento del propio árbol, pero reservándose el concejo la propiedad del suelo.

El particular debe solicitar licencia a la villa para realizar un plantío en terrenos baldíos o desocupados de árboles⁵². Aquélla otorga el permiso de plantación conforme a las ordenanzas y costumbre del lugar y nombra el perito para proceder al señalamiento del terreno.

El titular, tras realizar la plantación en el paraje señalado, se convierte en dueño de lo plantado y, como propietario de los árboles, tiene plena facultad de disposición sobre los mismos. Específicamente, conforme al aprovechamiento normal del árbol, disfruta de la fruta producida, la leña y la propia madera del tronco, pudiendo cortarlo cuando lo estime oportuno⁵³. El resto de los productos del terreno, como helechos, hierbas o árgomas (*ote zuriak*), por lo general, y dependiendo de las facultades concedidas por los pueblos al particular, quedan para siempre de aprovechamiento común⁵⁴.

La relación de los terrenos afectos a este tipo de explotación y régimen jurídico se recoge en el libro que habitualmente llevan los municipios para consignar el estado de los montes y plantíos, y los nombres de los vecinos que solicitan el permiso de plantación y de los caseríos a los que se vincula. Ante la falta del libro de anotaciones, sólo puede respetarse a los vecinos el goce de los árboles plantados a través de la acreditación de la posesión continua⁵⁵.

⁵² *Vid.* las solicitudes de los vecinos de Oyarzun entre los años 1764 a 1893 (Archivo Municipal de Oyarzun C, 4, 15, 1).

⁵³ “Con licencia y permiso de los capitulares de este valle en la forma ordinaria, transplantó en el paraje... en término concejil doscientos pies de castaños, y siendo como es absoluto dueño de dichos castaños, desde luego en la vía y forma que más haya lugar en Derecho, otorga que da en venta real los mismos castaños... Como legítimo dueño de él se aproveche de sus frutos y utilidades vendiendo el tronco o cortando para sí a su arbitrio en el tiempo que quiera” (Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 1, escritura de 8 de mayo de 1785 ante Luis de Indart y Arvide).

⁵⁴ “Derecho de los vecinos a plantar con un simple permiso nogales o castaños en los terrenos comunales que carecieron del arbolado, pero con la condición de que tanto el fruto de los árboles como el espontáneo del terreno fuese de aprovechamiento común, quedando ellos propietarios solo del árbol al tirarlo” (Archivo Municipal de Oyarzun, CC, 4, 3, 2).

⁵⁵ *Vid.* el libro de plantíos de la Universidad de Irún, que recoge la legislación vigente y el registro de los árboles propios de la villa entre 1749 y 1851 (Archivo Municipal de Irún, C, 5, II, 5, 1). En Oyarzun, según las ordenanzas antiguas del pueblo había un libro en el que se anotaban los nombres de los vecinos que solicitaban plantar árboles, pero al haber desaparecido durante la guerra, solo por la posesión continua se respeta a los vecinos en el goce de los árboles plantados en terrenos del valle [*vid.* Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 5, varias comunicaciones y solicitudes referentes a terrenos *ondazilegi* (1887-1917)].

En muchas ocasiones se otorga dicha facultad pero “pagando de reconocimiento un real por cada árbol, dejándoles gozar de los castaños plantados por varios siglos y mientras existen”; “es costumbre inmemorial que ha habido y hay en la villa de Ataun de permitir a los particulares especialmente labradores el uso de terrenos concejiles incultos o inútiles no solo para plantaciones de árboles sino también para romper y hacer tierras de labor pagando cierta pensión a la villa por su dominio directo; y que siempre se ha tenido mucha consideración con los que han puesto su trabajo en semejantes terrenos en no privarles de la utilidad que puedan sacarla ellos, y que en los casos que tenerlos que vender la villa por una extrema necesidad se les ha concedido a sus disfrutadores o poseedores útiles derecho de preferencia”⁵⁶. Son terrenos que se gozan, según la calificación tradicional, “por vía de enfiteúsis y poseedor de dominio útil” o “por prestación”, aunque con la evolución posterior irán desapareciendo los pagos y la prestación pasará a ser la del pago del precio de la venta “en calidad de *ondaꝯilegi*”.

3.3. *Los efectos de la desamortización y su evolución*⁵⁷

3.3.1. *Sobre los bienes comunales*

Los municipios contraen débitos con determinados particulares, generalmente vecinos de la villa. La razón de las deudas contraídas se halla en la necesidad de hacer frente, con carácter urgente, en la época de las guerras de finales del XVIII y comienzos del XIX a las contribuciones exigidas por el ejército y Estado francés y por los voluntarios en defensa del Rey de España y sus ejércitos cuando llegaron a ocupar la provincia. No hallándose los municipios con medios para anticiparlos por sí mismos, se recurre al auxilio y protección de los habitantes y propietarios de la villa, por medio de contribuciones y a calidad de reintegrar la anticipación de las cantidades exigidas.

Por esos haberes, el municipio, a cuenta de los citados anticipos, procede, inicialmente, a la adjudicación de terrenos propios de la villa a los particulares: venta de terrenos en prenda pretoria o calidad de reintegro⁵⁸; adjudicación del usufructo de

⁵⁶ Pleito de 1811 en Atáun sobre la propiedad de árboles en tierra concejil que se adjudican en propiedad privada, AGG/GAO, CO-ECI, legajo 5056, Elorza civiles.

⁵⁷ Sobre la desamortización, legislación y jurisprudencia, *vid.* Marcelo MARTÍNEZ-ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, Tomo V, Madrid, 1916 (6ª ed.), pp. 709-980. Para las distintas fases del proceso desamortizador en Guipúzcoa, con los balances de los bienes enajenados en la mayor parte de los municipios del territorio, *vid.* José María MUTILOA POZA, *Guipúzcoa en el siglo XIX: guerras, desamortización y fueros*, San Sebastián, Caja de Ahorros Provincial de Guipúzcoa, 1982; y Arantxa OTAEGUI ARIZMENDI, *Gerra eta Hazienda lokalaren krisia*, San Sebastián, Diputación Foral de Guipúzcoa, 1991.

⁵⁸ Oyarzun: Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 12,1 (1818-1854).

los terrenos a los vecinos prestamistas⁵⁹; aplicación de varios trozos o terrenos propios de la villa, entre otros terrenos *ipinoki*⁶⁰.

En principio, la adjudicación pretende ser hasta que la villa se halle en disposición de devolver a los prestamistas sus respectivas cuotas. Ante esta actuación, se reciben ya quejas de muchos vecinos al privárseles de leña y pastos de terrenos comunales que precisan en sus explotaciones agrícolas⁶¹, aunque en ocasiones se establece como condición de la venta que no se haga cerradura, si no es para rozadura y por un período máximo de tres años, porque conceptúan que la hierba y el agua deben ser comunes, es decir, ha de atenderse a la servidumbre de pastos y aguas conforme a la costumbre de la provincia⁶².

Posteriormente, existe la necesidad de verificar una tasación y liquidación general de las cantidades anticipadas y terrenos adjudicados a cuenta, y se procede al pago en terrenos concejiles⁶³, aplicando la teoría individualista de la propiedad,

⁵⁹ Segura: Archivo Municipal de Segura, C, 5, II, 3, 1.

⁶⁰ Zumárraga: Archivo Municipal de Zumárraga, C, 5, II, 1, 38, escritura de 22 de enero de 1827, ante Miguel de Izaguirre.

⁶¹ Segura: Archivo Municipal de Segura, C, 5, II, 3, 1.

⁶² AGG/GAO, JD IT 1902, en relación a una venta de bienes comunales en Arechavaleta de fecha 3 de abril de 1826, dentro de un expediente de la Sección de Fomento de fecha 3 de enero de 1909.

⁶³ En Hernialde, ventas de terrenos concejiles con fecha de 27 de enero de 1803 (ante Juan Antonio de Lizarribar, AGG/GAO, PT-IPT, 2155). En Zumárraga, (AHPO/GPAH, Legajos 1/4300, 1/4301, Miguel de Izaguirre), escrituras de 18 y 22 de enero de 1827, y 27 de noviembre de 1828 de venta de terrenos *ipinoki* y *ostabaso* aplicados a diversos caseríos, por los anticipos hechos al ayuntamiento durante la guerra para arreglar las cuentas pendientes; las ventas son en favor de las mismas casas que las tenían ya adjudicadas. En Oyarzun, venta de terrenos concejiles en 31 de diciembre de 1813 (ante Juan de Arrieta, AHPO/GPAH, PT 3/3394); Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 12,1 (1818-1854), en virtud del artículo 10 de la Real Orden de 28 de noviembre de 1828. Real Orden de la Dirección de Presupuestos sobre la forma de enajenar los propios de las villas (Boletín Oficial de Guipúzcoa de 8 de octubre de 1849).

La cuarta Junta de Elgóibar de 9 de junio de 1808 (AGG/GAO, R 80, pp. 14-15) otorga facultad para enajenar propiedades concejiles: *presentóse el descargo de la comisión nombrada a fin de proponer medios para la subsistencia de las tropas francesas y es del tenor siguiente: M.N. y M.L. Provincia de Guipúzcoa = La comisión encargada de proponer a V.S. los medios convenientes con instancias los acreedores, a quienes es justo satisfacer y ponerlos en disposición de continuar con los suministros ulteriores, para los que se necesitan cantidades considerables; habiendo tratado la comisión en varias conferencias el asunto con la madurez que exige su importancia, ha convenido en proponer a V.S. los puntos siguientes: 1º. Que en vista de los empeños existentes y los fondos que necesita la Provincia para atender al servicio, son precisos dos millones de reales de vellón. 2º. Que en atención a las circunstancias actuales, y a los pocos recursos de los particulares del país, no se puede adoptar ninguna contribución directa. 3º. Que bajo estos supuestos propone a V.S. la comisión que se haga a todos los pueblos de la hermandad un repartimiento de un millón y medio de reales vellón, obligando a cada pueblo a entregar su cuota en metálico o vales al curso en dos plazos por mitades; el 30 de julio y 30 de septiembre, lo más tardar, en poder del tesorero general. 4º. Que para que verifiquen los Pueblos sus entregas se les habilita a tomar dinero a interes, a enajenaciones de propiedades, y arbitrios que juzguen conveniente con tal que no sean contribuciones directas. 5º. Que para facilitar estas entregas, los*

defendida con éxito por JOVELLANOS, que propugna leyes que sistemáticamente tienden a hacer desaparecer la propiedad comunal⁶⁴.

En la operación enajenadora, la Ley de Desamortización General de 1 de mayo de 1855⁶⁵, que pone en venta los patrimonios de las corporaciones civiles (especialmente de los municipios y diputaciones) después de haber actuado anteriormente sobre los bienes de las corporaciones eclesiásticas, en su artículo 2.9 excepciona de la venta a los bienes comunales, esto es, “los terrenos que son hoy de aprovechamiento común, previa declaración de serlo, hecha por el Gobierno, oyendo al ayuntamiento y Diputación provincial respectivos”⁶⁶. Sin embargo, muchos bienes de aprovechamiento comunal no quedan excluidos de la desamortización porque en la práctica (no jurídicamente) era difícil distinguirlos de los bienes de propios y porque los intereses de los poderes económico-sociales que dominan en la vida política favorecen la enajenación de todo tipo de bienes; por ello, muchos no se incluían en los catálogos de bienes excluidos.

Por su parte, la Ley de Montes de 24 mayo de 1863⁶⁷ contempla medidas para el fomento del arbolado en los montes⁶⁸ y regula la separación del dominio del suelo

pueblos que tengan que enajenar propios eviten formalidades, procediendo al otorgamiento de una sola escritura al que compre varios terrenos en una misma jurisdicción (...). Después que la Junta se enteró (...) se decretó que se repartan (...). Finalmente se decretó que los pueblos deban arbitrar los medios necesarios en los terminos que se propone en el citado descargo para reunir sus respectivas cuotas (...).

El Consejo de la Provincia el 18 de abril de 1810 declara que todas las tierras que estén en enfiteusis se vendan a los que los cultivan (el 3 de marzo de 1810 se da cuenta de que el emperador francés suspende las Juntas y Diputaciones y manda constituir Consejo de Provincia: AGG, R 80).

⁶⁴ La Provincia, para hacer balance de la situación, realiza una Información sobre enajenaciones de bienes raíces públicos en 1818. AGG/GAO, JD IM 2/17/159: contiene las respuestas de Alquiza, Berástegui, Elduayen, Cestona, Elgóibar, Itsasondo, Legazpia, Salinas de Léniz y Tolosa. Afirma la villa de Elgóibar que en 1738 contaba con 570.494 posturas, de los que 471.5181/2 han sido enajenados, con lo que son propios de la villa 98.8751/2; de las 98.975 posturas, las 36.773 son jarales en que por ahora a los menos no se pueden plantar árboles; otras 2.372 posturas de castaños de una plantación o prestación de particulares, y las restantes 59.830 posturas de baldío y peñas de sitios que con dificultad se ha lograr en ellos ningún arbolado. Sirve de ejemplo de la gran actividad enajenadora en ciertos municipios y de la existencia de un régimen especial en la explotación de castaños. Los datos de esa información también los recoge Pablo FERNANDEZ ALBALADEJO, *La crisis del Antiguo Régimen en Guipúzcoa 1766-1833: cambio económico e historia*, Madrid, Akal, 1975, pp. 187-188. Asimismo, el expediente de propios pendientes para la enajenación de terrenos concejiles del año 1822-1823 recoge la expresión de fincas, su tasación y deudas para proceder a la venta de propios con el fin de pagar a los acreedores por las deudas contraídas con ocasión de los gastos de guerra: AGG/GAO, JD IM 4/12/102 y 102 (2).

⁶⁵ *Gaceta de Madrid* de 3 de mayo. *Vid.* sobre la discusión en Cortes la *Gaceta de Madrid* de 27 de marzo y siguientes.

⁶⁶ Este trámite viene desarrollado por la Instrucción de 11 de julio de 1856 (*Gaceta de Madrid* de 13 de julio).

⁶⁷ *Gaceta de Madrid* de 28 de mayo.

y del vuelo, pero únicamente el supuesto en el que el suelo es de algún particular y el vuelo pertenece a alguna entidad pública⁶⁹. Además, ampara la clasificación de los montes públicos y la formación de los catálogos que recojan los exceptuados de la desamortización⁷⁰. Pero ello no supone que no se enajenen más bienes comunales, ya que los ayuntamientos solicitan la venta de algunos de sus montes comunes⁷¹.

Conforme con ese Real Decreto, la posterior Ley de Montes y su Reglamento de 17 de mayo de 1865, la Real Orden de 29 de noviembre de 1877 del Ministerio de Fomento⁷² nombra los ingenieros que clasifiquen los montes públicos de las provincias vascongadas y formen los catálogos oportunos sobre los que queden exceptuados de la venta prescrita por la Ley de 1 de mayo de 1855⁷³. Al efecto, la Sección de Fomento de la Diputación de Guipúzcoa, con fecha 20 de marzo de 1878⁷⁴, dicta a los ayuntamientos la orden de manifestar a la comisión nombrada los montes públicos o vecinales que existen en el término municipal correspondiente.

⁶⁸ Artículo 5: “se emprenderán por cuenta del Estado las operaciones necesarias para poblar de monte los yermos, los arenales y demás terrenos que no sirvan de un modo permanente para el cultivo agrario reservando con tal objeto los que hoy posea el Estado de esta clase, y adquiriendo otros si el Gobierno lo creyese necesario, previa indemnización a sus dueños, y renuncia de estos al derecho de hacer las plantaciones por su cuenta, si le conviniere, y dentro del plazo que les fijare el Gobierno, según las circunstancias de los terrenos y de las plantaciones. En todos los casos se reserva a los dueños la facultad de adquirir nuevamente los terrenos que fueron de su propiedad, pagando al Estado el valor de los mismos y el del gasto invertido en el arbolado existente al tiempo de esta nueva adquisición, que podrá reclamarse dentro del término de cinco años, a contar desde el día de la expropiación”.

⁶⁹ Artículo 6: “cuando pertenezca a un particular el suelo de un monte exceptuado de la venta, cuyo vuelo sea del Estado o de algun pueblo o establecimiento publico, se refundirán los dos dominios, indemnizando previamente al particular”; desarrollado por los artículos 62 y siguientes del Decreto de 17 de mayo de 1865 (*Gaceta de Madrid* de 28 de mayo).

⁷⁰ Al respecto, mediante el Real Decreto de 22 de enero de 1862, y en aplicación de la ley desamortizadora, se había publicado ya el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, por lo tanto, de los exceptuados de toda venta, y por su parte, los ayuntamientos solicitan desde finales del siglo pasado y comienzos del presente, que los montes concejiles se declaren exceptuados de la desamortización con arreglo al artículo 2 de la Ley de 24 de mayo de 1863 (*Gaceta de Madrid* de 28 de mayo) y su Reglamento de 17 de mayo de 1865 (*Gaceta de Madrid* de 28 de mayo). El municipio de Alegría lo solicita ya en el año 1866 (Archivo Municipal de Tolosa, C, 5, II, 8, 33).

Sobre estos catálogos, Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “La presunción posesoria otorgada por el catálogo de montes de utilidad pública y la usucapción de montes públicos patrimoniales catalogados”, en *Derecho Agrario y Alimentario*, nº 35 (1999), pp. 7-25.

⁷¹ El ayuntamiento de Lizarza en el año 1875 inicia un expediente ante la Sección de Fomento de la Diputación solicitando la venta de algunos montes comunes tal y como antes se enajenaron otros (AGG/GAO, JD IT 66 c, 9).

⁷² Publicado en el Boletín Oficial de Guipúzcoa de 10 de diciembre de 1877.

⁷³ Teniendo presente para la confección las reglas de las RROO de 22 de enero y 5 de febrero de 1862, Circular del General en Jefe del Ejército del Norte de 5 de marzo de 1877 y Real Orden de 8 de diciembre de 1877, y atendiendo a la condición especial de las provincias vascongadas.

⁷⁴ Boletín Oficial de Guipúzcoa de 20 de marzo.

Paralelamente, la cuestión competencial sale a palestra a raíz de la conclusión de la guerra civil, en que los predios forestales sufrieron grandes daños. Tras dictarse la Ley de 21 de julio de 1876, de abolición del régimen foral⁷⁵, se intenta restringir la intervención de las Diputaciones Vascongadas en el Ramo de Montes, y a tal efecto se dicta la Real Orden de 17 de mayo de 1879, del Ministerio de Fomento, disponiendo pasase el expediente con tal fin incoado a la Presidencia del Consejo de Ministros, al entenderse que a ella estaban reservados todos los asuntos referentes a la administración del país vascongado. La Presidencia solicita informe al General en Jefe del Ejército del Norte quien solicita evitar todo cambio de sistema en la administración forestal de las provincias vascongadas. Por ello, se reconocen las facultades sobre conservación, aprovechamiento y fomento de los montes⁷⁶.

La Ley de Presupuestos de 30 de agosto de 1896⁷⁷, reguladora de las cuestiones de Hacienda, manda realizar, conforme a los artículos 8 y 14, el catálogo de los bienes enajenables y exceptuados por ser de aprovechamiento común gratuito, y el Real Decreto de 20 de septiembre fija el criterio de actuación⁷⁸. En el Boletín Oficial de la provincia de 27 de agosto de 1897 se publica, en cumplimiento del artículo 4 del Real Decreto de 27 de febrero de 1897, la relación de montes y demás terrenos forestales de dominio público de la provincia de Guipúzcoa que no revisten carácter de interés general y, por consiguiente, pueden ser enajenados por no estar exceptuados de la desamortización⁷⁹. Paralelamente se publica el Catálogo de la Diputación Foral de Guipúzcoa de montes de utilidad pública de 1897. Se declaran

⁷⁵ *Gaceta de Madrid* de 22 de julio.

⁷⁶ *Vid.* la Exposición de Motivos del Real Decreto de 27 de diciembre de 1910 (*Gaceta de Madrid* de 28 de diciembre).

⁷⁷ *Gaceta de Madrid* de 31 de agosto.

⁷⁸ Los Reales Decretos de 20 de septiembre de 1896 y 16 de noviembre de 1897 (de Hacienda, conforme al artículo 14 de la Ley de Presupuestos de 1896), y la Real Orden de 18 de noviembre de 1897 disponen que los declarados enajenables, para excepcionarlos de la venta, requieren de solicitud expresa.

Legislación referida a la exención de la desamortización y formación de catálogos de los bienes comunales: Real Ordenanza de 19 de julio de 1882, Real Orden del Ministerio de Hacienda de 28 de noviembre de 1883 y Ley de 8 de mayo de 1888. Ley de 30 de agosto de 1896, Real Decreto de 16 de noviembre de 1897 (y Real Orden de 18 de noviembre de 1897), RROO de 14 de junio de 1907 y 21 de noviembre de 1908. Para finalizar, la Ley de 10 de julio de 1935 deroga las leyes desamortizadoras que afectan a los bienes municipales (reflejo de lo dispuesto para las Diputaciones por el Estatuto Provincial de 20 de mayo de 1925 y, para los municipios, el artículo 189 de la Ley de Régimen Local de 16 de diciembre de 1950).

⁷⁹ *Vid.* en Oyarzun (Archivo Municipal de Oyarzun, CC, 4, 1, 9) montes y terrenos forestales exceptuados de la desamortización por razones de utilidad pública formado en cumplimiento del art. 4 del RD de 27 de febrero de 1897 (inserta en la *Gaceta de Madrid*, nº 202, p. 314, de 21 de julio de 1901).

como enajenables montes situados en las localidades de Aduna, Astigarraga, Beizama, Vidania, Gaztelu, Hernani, Irura, Larraul, Lizarza, Motrico y Cerain.

Esos municipios, y algunos otros, solicitan que no se aplique ese catálogo, que por tanto no se lleve a cabo la venta de los terrenos municipales y se reclame del Gobierno que no es de aplicación a la provincia la Ley de 30 de agosto de 1896⁸⁰; la Comisión provincial solicita al Consejo de Ministros no hacer extensiva la medida de enajenación de bienes comunales (montes y terrenos forestales) al país vascongado.

Posteriormente, el Real Decreto de 1 de febrero de 1901 publica el Catálogo de los montes y demás terrenos forestales exceptuados de la desamortización por razones de utilidad pública, en virtud de la revisión ordenada por la Ley de 30 de agosto de 1896 y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4 del Real Decreto de 27 de febrero de 1897⁸¹.

Tras esta inicial y necesaria defensa de los montes comunales, se constata, seguidamente, que su utilización no fomenta el repoblamiento forestal. Por ello, a partir de principios del siglo XX, la política forestal de la Diputación dirigida a la repoblación de los montes se encauza a través de la acción directa sobre los bienes comunales de los municipios, en razón de que la venta de muchos montes comunales a los particulares trajo consigo su esquilmación.

En primer lugar, hay que señalar que la división y aprovechamiento de los montes y bienes comunales es atribución del ayuntamiento⁸². Pero, a fin de evitar las apropiaciones por parte de particulares y ordenar el régimen de los terrenos comunales en la provincia, la Diputación guipuzcoana inicia una intensa labor

⁸⁰ En 1897, el 6 de septiembre, Irura (AGG/GAO, JD IT 1913) y Aduna (AGG/GAO, JD IT 1903 a), el 19 de septiembre, Lizarza (Archivo Municipal de Tolosa, C, 5, II, 8, 32) y el 1 de noviembre, Zaldibia (Archivo Municipal de Zaldibia, C, 4, 3, 21); en 1898, el 25 de agosto, Gaztelu (AGG/GAO, JD IT 1903 a) y Beizama, Larraul, Vidania, Aduna Irura. Lizarza y la solicitud de exclusión del monte Jaizquibel (AGG/GAO, JD IT 1903 b); en 1899, el 7 de junio Hernani (AGG/GAO, JD IT 1903 a).

⁸¹ *Gaceta de Madrid* de 6 de febrero y posteriores. La relación correspondiente a la provincia de Guipúzcoa se publica en los números correspondientes a las fechas de 21, 22 y 23 de julio de 1901 de la *Gaceta de Madrid*.

⁸² *Vid.* el artículo 75.2 y final de la Ley Municipal de 24 de junio de 1908 (Reglamento de 8 de octubre de 1909), y 87 y 89.2 del Reglamento de Montes de 17 de mayo de 1865, y STS de 10 de octubre de 1902 (*Gaceta de Madrid* de 6 y 14 de marzo de 1903).

En Aduna (Expediente ante la Sección de Fomento: AGG/GAO, JD IT 1899) en 1912 y conforme al Reglamento local de 29 de octubre de 1856 para la replantación, conservación y fomento del arbolado en los terrenos comunales, plantean el reparto en usufructo de lotes de los terrenos comunales, de los cuales algunos son para repoblar. Y en Ataun (Expediente ante la Sección de Fomento: AGG/GAO, JD IT 1899) en 1911 se acuerdan las bases para el aprovechamiento de bienes comunales.

fiscalizadora a través de la creación de un Servicio Forestal⁸³. Previamente hay que señalar que la Real Ordenanza general de Montes de 22 de diciembre de 1833⁸⁴, vino a modificar la legislación de la provincia en este ramo, quedando a la Diputación tan solo la intervención gubernativa relativa al fomento y aprovechamiento de los montes comunales y concejiles, en suma, a la administración de los montes de los pueblos declarados de utilidad pública⁸⁵.

La Comisión de Fomento realiza, con fecha de 14 de mayo de 1902, un informe previo al establecimiento del Servicio Forestal en el que da cuenta de sus actuaciones y reglamentaciones en el ramo de montes⁸⁶. Ese informe se presenta en la sesión de la Diputación de 18 de diciembre de 1902 quien eleva a acuerdo la solicitud de la Comisión y encarga a la misma que redacte el Reglamento del Servicio Forestal y lleve a efecto la implantación del mismo⁸⁷. El Proyecto de Reglamento para el Servicio Forestal es aprobado por la Comisión Provincial en la sesión de 7 de septiembre de 1903⁸⁸.

Para afianzar las competencias de la provincia en cuanto a montes y a solicitud de la Diputación guipuzcoana⁸⁹, se promulga el Real Decreto del Ministerio de Fomento de 27 de diciembre de 1910⁹⁰ que viene a aclarar el artículo 86 del Reglamento provisional⁹¹, para la ejecución de la Ley de Montes de 24 de junio de 1908⁹², en el sentido de que para dar cumplimiento al artículo segundo adicional de la

⁸³ Sobre la creación del Servicio Forestal y la política de repoblación de la Diputación Provincial *vid.* Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919, continuado posteriormente por Jorge ASCASÍBAR, *Los montes de Guipúzcoa*, San Sebastián, Diputación Foral, 1978.

⁸⁴ Cuya referencia se recoge en la *Gaceta de Madrid* de 24 de diciembre pero sin insertar el texto. *Vid. Diccionario de Legislación de Aranzadi*, Pamplona, Aranzadi, 1951, nº 13620.

⁸⁵ *Vid.* Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919.

⁸⁶ AGG/GAO, JD-IT 1858. En el informe se revela que “es poco halagüena la situación del arbolado: a ello han contribuido, entre otras causas, la forma de realizarse los aprovechamientos, bajo el régimen del disfrute gratuito y general de leñas, por todos los vecinos de los pueblos (...), el libre pastoreo y la codicia de los ayuntamientos que atentos al lucro inmediato y tentados por el elevado precio de los productos leñosos y maderables, han arrancado de los bosques, no la renta de que son susceptibles, sino el capital mismo (...). El usuario acomete al arbolado con toda la fuerza de su codicia. Solo le preocupa la calidad del material que arranca y la facilidad de su extracción, y alentado por una impunidad, casi absoluta, no tarda en desorganizar los montes mejor poblados”.

⁸⁷ AGG/GAO, JD-ADI 4/9, pp. 150-154.

⁸⁸ AGG/GAO, JD IT 1903 b.

⁸⁹ *Vid.* el expediente de la Sección de Fomento de la Diputación de Guipúzcoa de 12 de abril de 1910 (AGG/GAO, JD-IT 1858).

⁹⁰ *Gaceta de Madrid* de 28 de diciembre.

⁹¹ Real Decreto de 8 de octubre de 1909 (*Gaceta de Madrid* de 10 de octubre).

⁹² *Gaceta de Madrid* de 26 de junio.

Ley, quedan las Diputaciones Vascongadas encargadas de ejecutar los servicios forestales⁹³.

Teniendo la provincia, por lo tanto, las oportunas facultades de reglamentación del servicio forestal, se dictan la Ordenanza de Montes Comunales en 1923⁹⁴ y, posteriormente, la Ordenanza de Montes aprobada por la Diputación de Guipúzcoa el 23 de diciembre de 1926 en virtud de las facultades concedidas a las Diputaciones por Reales Decretos de 27 de diciembre de 1910 y 21 de octubre de 1924. El Reglamento estuvo vigente hasta que, con motivo de la posterior guerra civil, se priva a Guipúzcoa de todas sus prerrogativas y comienza a aplicarse la Ley de Montes general. Paralelamente, en consonancia con la Real Orden de 4 de marzo de 1915, la Diputación, en sesión de 22 de diciembre de 1926 y 4 de abril de 1928, dicta instrucciones para el aprovechamiento de los montes particulares.

En definitiva, se inicia por parte de los ayuntamientos y del Servicio Forestal de la Diputación de Guipúzcoa una intensa labor en defensa y protección de los montes comunales, que únicamente podrán cederse para su disfrute “en usufructo”⁹⁵. El aprovechamiento de los montes comunales, principalmente del helecho, corresponde a todos los vecinos, y ante la plantación de árboles en dichos montes surgen protestas de los vecinos porque provoca la consiguiente desaparición del helecho⁹⁶. Cuando se encuentra repartido en lotes, los particulares sostienen que desde tiempo inmemorial son dueños del helecho que se produce en los diferentes puntos de los montes comunales y cuando se traspasa un caserío por compraventa, donación o herencia se comprende en la transmisión el helechal como pertenecido del caserío, lo mismo que cuando se da éste en arriendo, y así se ha consignado en todos los catastros.

Puede ser ejemplificativo de la situación de gran parte de los bienes comunales el siguiente expediente tramitado ante la Sección de Fomento sobre plantaciones de particulares en terreno comunal⁹⁷. Como situación previa, se describe la pasividad del

⁹³ El artículo adicional segundo de la Ley de relativa a la conservación y fomento de la riqueza forestal de 24 de junio de 1918 (*Gaceta de Madrid* de 28 de julio; de defensa de los bosques para hacer frente a la destrucción sistemática del bosque por el alza de precio de la madera a raíz de la I Guerra Mundial) y el artículo adicional primero del Reglamento de 5 de septiembre de 1918 (*Gaceta de Madrid* de 12 de septiembre) confirman que las atribuciones del Ministerio de Fomento correspondan en las provincias vascongadas a las Diputaciones provinciales.

⁹⁴ *Ordenanzas de montes comunales de la provincia de Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Diputación de Guipúzcoa, 1923.

⁹⁵ En el diario *El Pueblo Vasco*, 19 de mayo de 1909, se da cuenta de la repoblación forestal en montes comunales a cargo del Servicio Forestal de la Diputación Provincial. *Vid.* las actas de la Comisión de Agricultura de los años 1920 y siguientes.

⁹⁶ AGG/GAO, JD IT 1501 (Beizama, años 1911 y 1912).

⁹⁷ AGG/GAO, JD IT 2882 (Berástegui, año 1927).

ayuntamiento frente el aprovechamiento de los bienes comunales por parte de los particulares, los cuales detentan los terrenos comunales, no sólo con el cierre de los mismos, sino también con la inscripción de informaciones posesorias en el Registro de la Propiedad. El ayuntamiento denuncia plantaciones de nuevos árboles en terrenos comunales. Los vecinos denunciados reconocen la realización de nuevas plantaciones, pero alegan que les pertenece el aprovechamiento del helecho de ciertos terrenos comunales en cuanto los tienen adjudicados desde tiempo inmemorial, y donde tienen en propiedad árboles, específicamente fresnos, destinados al alimento del ganado lanar, y que la sustitución de los fresnos ya perdidos, y para que los nuevos sirvan al ganado, se realiza en observancia de la costumbre general inmemorial que existe en la localidad; por lo tanto, argumentan, mientras no se declare en debida forma que esos hechos que atienden a una costumbre inmemorial no pueden repetirse, resulta absurdo plantear la denuncia de plantación de árboles.

El ayuntamiento acepta que los terrenos helechales son de aprovechamiento de los particulares, pero la Comisión Provincial estima que, siguiendo el artículo 42 de las Ordenanzas de Montes de la provincia de 1926, que prohíbe la ocupación de terrenos en monte público y, siendo la ocupación por plantación, de los artículos 361 y 362 CC se desprende que los árboles deben quedar de propiedad del ayuntamiento.

En el recurso de apelación contra la resolución de la Sección de Hacienda Municipal, se reitera que es hecho notorio y cierto que en todos los pueblos rurales de la provincia en que existen terrenos comunales, que en época ya lejana se repartieron a los vecinos en cuanto al aprovechamiento del helecho o para repoblarlos de árboles, sus adjudicatarios han venido siempre, sin cortapisa alguna, plantando nuevos árboles en sustitución de los que se perdían o derribaban, atendiendo a la costumbre creada por la aplicación de la Ordenanza de Montes de 1738. Y concretamente, en los terrenos helechales en que el aprovechamiento está adjudicado a determinados caseríos, las plantaciones han sido pocas, porque el arbolado es incompatible con el helecho; sólo se plantan algunos fresnos para destinar sus hojas al sustento del ganado, plantándolos y sustituyéndolos. En todo caso, la plantación de árboles realizada ha de calificarse como de buena fe porque por costumbre viene practicándose por todos los vecinos en muchos pueblos, a los efectos de la eventual aplicación de los artículos 361 y 362 CC relativos a la plantación en terreno ajeno, por lo que ha de otorgárseles la indemnización correspondiente o la posibilidad de trasplantarlos a sus terrenos particulares. Se recalca, en todo caso, que el aprovechamiento del helecho pertenece a los suscribientes del recurso y que, por tanto, la Diputación no puede practicar plantaciones a que se refiere la Ordenanza de Montes, ya que el aprovechamiento del helecho sería anulado con la repoblación. Al respecto hay que tener en cuenta la importancia de la conservación de los helechales ya que en el caserío tradicional sin helecho no hay abono, sin abono no hay pasto y sin pasto no hay ganado.

Por su parte, el letrado informante viene a reiterar la aplicación del artículo 42 de la Ordenanza de Montes de 1926 que prohíbe la ocupación de terrenos en monte público y la doctrina de la accesión. Estima que no pueden considerarse de buena fe porque los vecinos conocen el carácter público y comunal de los montes, en ningún caso de propiedad particular y alega el artículo 2 de la Ley de Montes públicos de 8 de mayo de 1884 que establece una presunción *iuris et de iure* de mala fe respecto del que ocupare montes públicos. Además, da a entender que los aprovechamientos forestales de los terrenos comunales corresponden en copropiedad o comunidad a los vecinos, por lo que en aplicación del artículo 397 CC es necesario el consentimiento del resto de cotitulares para realizar las plantaciones; en caso contrario se trata de un supuesto de mala fe.

La resolución del recurso viene a aplicar la Ordenanza de 1926, pero estima que no ha habido mala fe por parte de los plantadores, por lo que el ayuntamiento (propietario), que además tuvo una actitud pasiva (art. 364 CC), debe indemnizar el valor de lo plantado⁹⁸.

Por último, cabe hacer mención a la práctica de realizar plantaciones con el permiso municipal en terrenos comunales con la previsión de que la mitad de los árboles sean para el municipio y la otra mitad para el ejecutante⁹⁹. Así, en Oyarzun, municipio con amplia extensión de terrenos *ondazilegi*, se concede licencia para plantar árboles en terreno donde antes el particular ya tenía plantados pero con la condición de que la mitad sean para el ayuntamiento y no se pueda proceder a su venta y derribo sin autorización de la corporación municipal; además, se habla de una norma establecida por acuerdo de repartir a medias entre el ayuntamiento y los interesados el beneficio que se obtuviese de plantaciones verificadas en lo comunal sin licencia o permiso del municipio¹⁰⁰.

⁹⁸ Sobre denuncias y cuestiones acerca de cortas de árboles en terrenos comunales, *vid.* también Archivo Municipal de Oyarzun, CC, 4, 7, 1 (1917-1929).

La Diputación no resuelve estas cuestiones por ser de competencia de la jurisdicción civil y no de la vía administrativa. En sesión de 17 de noviembre de 1909 la Diputación de Guipúzcoa aprueba que “no es del caso hacer siempre declaración sobre los montes comunales sino poner de manifiesto el deber del ayuntamiento de reintegrar los terrenos que pudieran estar en poder de los particulares según proceda en cada caso a la comunidad”: en Lizarza, ante la solicitud del ayuntamiento para repoblar ciertos helechales en terreno comunal (expediente de 9 de septiembre de 1907, AGG/GAO, JD IT 2019, 1).

⁹⁹ AGG/GAO, JD IT 1902: expediente de la Sección de Fomento de fecha 26 de septiembre de 1906 sobre la solicitud de un vecino de Rentería para hacer entresaca de robles en monte comunal “por tratarse de plantaciones hechas por sus antepasados con el permiso del ayuntamiento y con la condición de que la mitad de los árboles habrán de ser para el municipio y la otra mitad para el que ejecutaba”.

¹⁰⁰ Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 5.

3.3.2. *Sobre los terrenos ondazilegi*

La venta de determinados aprovechamientos sobre los bienes concejiles provoca, en primer lugar, cambios en la titularidad, y, en segundo lugar, origina nuevos casos de separación de aprovechamientos. Hay que distinguir los terrenos *ondazilegi* que tienen su origen en la costumbre local y su evolución, y los que tienen su origen en subastas en las que se separa el aprovechamiento y se enajena al amparo de la legislación desamortizadora.

En base a la misma razón de responder a las deudas contraídas con motivo de los gastos extraordinarios derivados de la guerra, distintas villas de la provincia proceden a la venta y enajenación de los terrenos *ondazilegi* (y enfitéuticos) de modo que ya desde principios del siglo XIX la figura jurídica y su régimen son tomados en consideración en la operación enajenadora. La enajenación se produce normalmente en favor de los dueños de las casas que disfrutaban del terreno. En el valor se distingue el del suelo, que es el que se valora, y el de los árboles, valor que queda excluido por ser los árboles propios del dueño de las mismas casas. Suele ser habitual declarar que el precio lo tienen pagado los particulares en contribuciones que ha impuesto el gobierno¹⁰¹.

¹⁰¹ La villa de Albiztur, en concurso con las demás de la provincia, “interesándose en las victorias de la última guerra de nuestro monarca con la Francia, acudió con toda puntualidad a la raya de Irún a hacer la correspondiente defensa con la gente que la cupo en el reparto proporcional que precedió por la misma provincia en la cual y en atender a las disposiciones tomadas por ella en razón de los extraordinarios servicios hechos con este motivo de necesidad se le ocasionaron a esta villa de Albiztur considerables empeños y deudas contra sus propios y rentas que ascendieron a sesenta mil y más reales vellón y hallándose esta villa sin medio alguno para su pago ocurrió al Real y Supremo Consejo de Castilla por la facultad para la venta y enajenación de los terrenos *ondacilleguis* propios de esta villa que disfrutaban y gozan desde inmemorial tiempo varias casas del distrito de ella y a falta de estos de los terrenos concejiles; quien por su Real Orden de siete de noviembre de mil setecientos noventa y nueve lo estimó así como medio más útil y ventajoso a los propios y mandó se procediese a su venta por subasta y remate público en el mejor postor bajo la tasación del perito apropiado”.

Ventas de los terrenos *ondazilegi* de Albiztur ante el escribano Juan Martín de Elola: en 1798 se inicia un expediente de almonedas y remates de venta para enajenar “terrenos *ondacilleguis*, propios de esta villa que disfrutaban y gozan desde inmemorial tiempo varias casas del districcto de ella, y a falta de estos de los terrenos concejiles”, es decir, de aquellos otros pertenecientes en propiedad, posesión y usufructo a la villa. Tras su remate en los años posteriores de 1799 y 1800, se otorgan las correspondientes escrituras. En la evaluación de los terrenos *ondazilegi* se señala “que las referidas tierras *ondacilleguis* no han producido renta alguna para la villa desde inmemorial tiempo a esta parte, ni que pueden producir en adelante a causa de que los vecinos y demás que las están poseyendo las usufructuaron desde el mismo tiempo inmemorial como posesiones propias, sin otro gravamen, pensión, ni renta que el no poderlos cerrar, amojonar; por lo que es bien visto que, por su enajenación, en razón de renta no puede la villa perder interés alguno. No obstante la ninguna utilidad que en estas posesiones tiene la villa su compra trae algún interés a los particulares que las

Los terrenos *ondazilegi* enajenados, obviamente, pueden ser objeto de disposición jurídica a favor de cualquier persona, y en este sentido se encuentran casos en que el terreno es adquirido por quien no es dueño de la casería a la que está

poseen; y ésta se podrá verificar en mucha utilidad de la villa particularmente si en el estado actual se deja el servicio de los caminos usuales y comunes, y si por postura de tierra se entrega a la villa según la evaluación que sigue”. Ante el mismo escribano, AGG/GAO 859 y 860, las escrituras de ventas de porciones de tierra pertenecientes a la villa en 1801 y 1802.

En Lizarza, entre 1804 y 1805, se tramita un expediente de venta de cincuenta terrenos entre las cincuenta casas vecinales (concejantes) de la villa estableciendo que en caso de que se trate de terrenos *ondacilleguis*, se debe pagar el precio del terreno y, además, el importe de los árboles que haya en él (ante Pedro de Osinalde, AGG/GAO, PT-IPT 582, 18 de diciembre de 1804 y 24 de octubre de 1805, ff. 210 ss. y 761 ss. respectivamente).

Ventas de terrenos por el lugar de Irura en 1810, que incluye terrenos enfiteúuticos propios del lugar, y respecto de los cuales sólo se valora el terreno, excluyendo todos los árboles que existen en el mismo, y bajo condición de que hayan de estar siempre libres para el uso y tránsito del ganado (ante el escribano Miguel José de Charroalde, AGG/GAO, IP-IPT 2777, ff. 65 ss.).

En Arama en 1812: “siendo indispensable satisfacer las contribuciones que el gobierno impone a los pueblos para la subsistencia de las tropas francesas, y no teniendo esta villa propios concejiles, como ni tampoco sisa ni arbitrio alguno para atender al pago de dichas contribuciones, determinó enajenar la propiedad de los terrenos que en calidad de *ondacillegui* gozan desde inmemorial tiempo las diez casas de labranza que hay en este pueblo sin pagar renta alguna”(Escrituras ante el escribano Pelayo Juan de Alzuru, de fecha 29 de abril de 1812, AGG/GAO, PT-IPT 2350: la primera a favor del dueño de las casas Iturriotz, Etxeberria, Ayestabeltza e Ibares (Conde de Villafuertes; *vid.* Archivo de la Casa de Zavala, Casa de Zavala, Sección 2, Terceros Condes de Villafuertes, Administración del patrimonio, 96.16; registrado en el Oficio de Hipotecas de Arama, AHPO/GPAH, H-407, n° 31, folio 32 ss.); la segunda a favor del dueño de las casas Iriarte y Ayestazuria; la tercera a favor del dueño de la casa Mendizabal; la cuarta a favor del dueño de la casa Jauregui; y la última a favor del dueño de la casa Aguirre.

Se constata la existencia de enajenaciones en Ataún por un pleito sobre la propiedad de los árboles en tierra concejil que se adjudican en propiedad privada (AGG/GAO, CO-ECI, legajo 5056, Elorza civiles en 1811).

El ayuntamiento de Idiazábal en el año 1875 incoa un expediente ante la Sección de Fomento de la Diputación de solicitud de autorización para la división entre el vecindario de algunos trozos de montes de propios y para la enajenación de terrenos conocidos en el país con la denominación de *ondazilegi*. Se dice que los montes propios son usados por limitadas personas, y de dividirlos, cada vecino dispondrá a su voluntad de la parte que le corresponda; y que los otros terrenos son de esos que en tiempos remotos concedió el ayuntamiento para hacer plantaciones de castaños, de suerte que el arbolado es de los particulares que los plantaron y los solares continúan siendo de la villa, que absolutamente se utilizan y de sacarlos a venta sería fácil que produzcan alguna cantidad. Se faculta al ayuntamiento para vender los suelos de castaños cuyos arbolados pertenecen a particulares porque no rinden a la villa la menor utilidad y de sacarse a venta los dueños del arbolado por llegar a ser dueños en plena propiedad satisfarían cantidades (AGG/GAO, JD IT 66 c 9).

Tasación para enajenación de los terrenos *ondazilegi* del Valle de Oyarzun en 1886 (Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 4).

adjudicado en origen el terreno *ondazilegi*¹⁰², lo que crea una situación de propiedad separada en la que ambos titulares son particulares.

Junto a la enajenación del suelo de los terrenos concejiles en propiedad a los particulares, en segundo lugar, las villas proceden a lo que se denominan ventas, en públicas almonedas y remates, de trozos de terrenos “en calidad de *ondazillegui*”¹⁰³; “en calidad de enfiteusis”, esto es, “en calidad de *ondacillegnis, ipintoquis* o de prestación”¹⁰⁴; o “a manera de *ondacillegui* o enfiteusis”¹⁰⁵. Sin embargo, reciben asimismo la denominación de ventas sin prestación, ya que, a pesar de que recogen la tradicional referencia a la enfiteusis que lleva aparejado el pago de un canon de reconocimiento de la propiedad del municipio, no hay posteriormente obligación de pagar ningún tipo de prestación.

La razón de estas ventas se encuentra también en la necesidad de hacer frente a las deudas contraídas con los particulares a raíz del suministro de éstos de los artículos exigidos por los ejércitos y las contribuciones establecidas por el gobierno. Para atender a tantos objetos, se resuelve proceder a la venta de diferentes terrenos

¹⁰² En Albiztur se encuentra la venta de un terreno *ondazilegi* de la casa de Larreta en favor del dueño de la casa de Marquillus (denominado también Marquilor o Marquilor maior, actualmente *Markulus*; escritura de 28 de agosto de 1800 y registrado en el Oficio de Hipotecas de Albiztur al día siguiente, AHPO/GPAH, H-560, n° 31, folio 5), que posteriormente es vendido en 1804 al propietario de la casa de Larreta, es decir, la que efectivamente usufructuaba el terreno para que perpetuamente lo goce la misma casa, por el mismo precio en que lo compró, ya que ni los ha mejorado, “ni los ha talado”. En este caso la propietaria es la Condesa de Villafuertes, ante el escribano Juan Martín de Elola en fecha 16 de febrero de 1804 [Archivo de la Casa de Zavala, Casa de Zavala, Sección 1, Zavala, Aramburu, Administración del patrimonio, 41.6(b)], registrado en el Oficio de Hipotecas de Albiztur el mismo día (AHPO/GPAH, H-560, n° 379, folios 127 y 129 v°).

Escritura de 20 de marzo de 1841 ante el escribano Melchor de Ezcurdia, AGG/GAO, PT-IPT 804, f. 296 (Registro de Hipotecas de Lizarza, AHPO/GPAH, H-489, n° 36, p. 27); cesión y manifestación a favor de un tercero de la pertenencia de terrenos que adquirió por adjudicación de otros terrenos enajenados, al igual y para el mismo fin que el 9 y 10 de diciembre de 1810, en 1813 (escritura de 26 febrero 1833, ante Melchor de Ezcurdia).

¹⁰³ Escrituras ante Ramón Antonio de Goyvideta, AGG/GAO, PT-IPT 707, de fechas 9 y 10 de diciembre de 1810, 42 a calidad de *ondazilegi* y 11 en propiedad (Registro de Hipotecas de Lizarza, AHPO/GPAH, H-489, n° 77, f.52); y ante Melchor de Ezcurdia, AGG/GAO, PT-IPT 796, ff. 210-298 v°, de protocolización de ochenta declaraciones periciales que contienen los terrenos concejiles enajenados por la villa y minutas de remates causados el 15 y 18 de mayo, y 12 y 19 de noviembre de 1815.

¹⁰⁴ En Elduayen venta de terrenos castañales ante Manuel Joaquín de Furundarena, 12 de agosto de 1810, AGG/GAO, PT-IPT 698, ff. 163-175 (Oficio de Hipotecas de Elduayen, AHPO/GPAH, H-445, f. 66 v°).

¹⁰⁵ La Universidad de Vidania procede, además de arrendar terrenos concejiles, a vender trozos de arbolado en tal calidad de *ondazilegi* (ante José Manuel de Sistiaga, AHPO/GPAH, PT 2/2492, 4 de junio de 1818, ff. 98, 103, 109 y 113, y 30 de junio de 1818, f. 144).

concejiles pero no en cuanto a la propiedad de ellos, cuya propiedad queda siempre para la villa, sino en cuanto al arbolado que contienen, al usufructo y a la mera prestación del terreno.

De este modo, se cede al comprador de estos terrenos, no la propiedad del terreno propiamente o del suelo más específicamente, que queda en todo tiempo reservada para la villa enajenante, sino, por un lado, la propiedad del arbolado del terreno y derecho de replantación y, por otro, la titularidad del usufructo y de la prestación del terreno, es decir, de todo tipo de abono y de cualquier aprovechamiento que pueda producir aquél. En suma, el comprador gozará y aprovechará, además del arbolado, todo el helecho, hoja, árgoma y demás abonos que produzca el terreno¹⁰⁶.

Sobre la pervivencia de los terrenos *ondazilegi*, es muy significativo un informe que elabora la Diputación provincial en 1896 sobre los medios más adecuados para fomentar la riqueza forestal de la provincia, que pone de relieve la existencia del régimen de los montes en que pertenece a los particulares el arbolado y/o el aprovechamiento, y siendo comunales, por ser de propiedad del concejo, los derechos y aprovechamientos no cedidos a los particulares; e incluso a la inversa, siendo el terreno y el helecho de particulares y el arbolado y demás aprovechamientos del común¹⁰⁷. En tales observaciones, que constituye una muestra

¹⁰⁶ “Venta en calidad de enfiteusis” (Oficio de Hipotecas de Elduaiein, AHPO/GPAH, H-445, f. 66 vº), es decir, “venta del usufructo y prestación de dos terrenos castañales, salva su propiedad por la N. Villa de Elduayen”; “resuelve vender en públicas almonedas y remates, y en calidad de ondacilleguis, ipintoquis o de prestación los terrenos castañales concejiles de la misma villa que han estado agregadas a la casa concejil de ella, salva siempre su propiedad para la misma villa”. El particular se convierte en “dueño y poseedor legítimo de los citados, esto es, del usufructo y prestación de los terrenos, con la propiedad de su arbolado, salva siempre la propiedad del terreno para esta dicha villa” (ante Manuel Joaquín de Furundarena, 12 de agosto de 1810, AGG/GAO, PT-IPT 698, ff. 163, 166, 169 y 172).

¹⁰⁷ De fecha 26 de noviembre de 1896, AGG/GAO, JD IT 1858. Para su realización se solicita de los municipios la siguiente información: 1. La relación de los montes exceptuados de la desamortización. 2. La forma de aprovechamiento: en general todos se dividen en lotes y se distribuyen los helechales y el arbolado. 3. Si hay derechos adquiridos: por ejemplo, si siendo el pasto de aprovechamiento común, el arbolado es particular, o viceversa, si siendo el helecho de propiedad particular, los demás aprovechamientos son comunales. 4. Los títulos de esos derechos particulares. 5. Los montes en comunidad con otros pueblos. En el inventario realizado posteriormente de montes comunes exceptuados de la desamortización se recogen las siguientes observaciones: en Aduna, algunos trozos fueron vendidos en la primera guerra civil, reservándose al común el pasturaje; en Oyarzun existen 430 trozos de terrenos *ondazilegi* valorados en 50.000 pesetas cuyo suelo es comunal y el *ondo* particular y están denunciados; en Ataun, todo vecino tiene derecho a hacer plantaciones; en Alegría, algunos particulares gozan del usufructo del helecho, castaño y ramaje; en Berástegui, en su mayor parte el terreno y helechos es de particulares y del común el arbolado, árgomas, yerba, etc; en Elduayen, el terreno y helecho aparecen de particulares y del común el vuelo, árgomas, yerbas y agua; en Oreja, en algunos puntos

muy gráfica de la situación, se detecta la presencia, junto al usufructo universal de pastos, terrenos comunales adjudicados a particulares para su disfrute y terrenos propiamente *ondazilegi*¹⁰⁸.

Al proceder a la enajenación de los terrenos *ondazilegi*, se plantean una serie de cuestiones jurídicas derivadas de la relación entre la propiedad del vuelo y la propiedad del suelo, que quedan reflejadas en el dictamen elaborado a raíz de una consulta sobre el régimen de los terrenos *ondazilegi* elaborado por los letrados Doctor José Manuel Aguirre Miramón y Licenciado Juan Bautista Sanz y Ochoa, de fecha 2 de octubre de 1886¹⁰⁹.

los helechos son particulares; en Elgueta, existen 25 trozos de montes en los que el suelo es comunal y el vuelo particular; en Legazpia, el aprovechamiento del arbolado es exclusivo de Legazpia y el del suelo pertenece a la Parzonería; en Oñate, un hayedal pertenece a particulares.

¹⁰⁸ En relación al régimen de los montes, y particularmente de los *ondazilegi*, el Valle de Oyarzun realiza la siguiente descripción (Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 5): *La posesión de los montes de Oyarzun es del Valle desde tiempo inmemorial sin que se hallen inscritos en el Registro de la propiedad. Hay dos clases de montes unos conocidos con el nombre de suertes exceptuados de la desamortización por su especie y cabida por RO fecha 4 de septiembre de 1886: otros conocidos con el nombre de Ondacilleguis en los que los particulares tienen arbolado castaño y otros frutales siendo el suelo del valle y de aprovechamiento de los vecinos su producto de yerbas y helechos; estos montes se denunciaron el año mil ochocientos ochenta y siete al Gobierno habiéndose medido y tasado por el Ingeniero de Montes Dn. Lorenzo Aguirre Miramón: son 430 trozos y su valor aproximado 50.000 pesetas de los que el 20% pertenece al Estado y el resto a sea el 80 % al valle: actualmente se halla suspendida la venta por que la Administración de Hacienda quería vender por grupos y los particulares como es natural quieren que su venta sea por trozos separados. Las plantaciones de estos Ondacilleguis se hacen por los vecinos sujetándose a la Ordenanza sobre el plantío de los castaños que existe en el archivo del Valle y es de fecha 1623 y confinada el año 1691 añadiendo los Plantíos de Nogales. Desde que la enfermedad de los castaños ha destruido en su mayor parte el arbolado no se hacen plantaciones estos últimos años y convendría que la Excm. Diputación provincial se fijara en este asunto de mucha importancia para este Valle y a poder ser se ampliara el derecho de los vecinos para plantar en los montes plantíos de árboles que no sean frutales pues solo de estas clases autorizan sus ordenanzas; sería esta medida la más apropiada para repoblar los montes del Valle. En los primeros o sea en las suertes el aprovechamiento de los montes se hace por subasta ingresando anualmente en las arcas del Municipio 4 o 5.000 pesetas; los demás aprovechamientos como las yerbas y helecho se hace por los vecinos del Valle y Villa de Rentería como más tarde se explicará.*

¹⁰⁹ Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 3:

Consulta:

En nombre del vecindario de Oyarzun, interesado en los montes Ondacilleguis (ante la medición y venta de esos montes y dentro de las comunicaciones con el comisionado de ventas e investigación de propiedades y derechos del Estado).

Hechos:

1. Los castañales llamados Ondacilleguis pertenecen al municipio en lo que respecta al suelo y el arbolado corresponde a los particulares.

2. Se desea saber con vista de lo que dispone la ley vigente de montes: 1. Si se podrá por analogía (art. 6.2) refundirse en los particulares el dominio del suelo y del arbolado previa indemnización al Gobierno del valor de dicho suelo. 2. En el supuesto negativo y verificadas las subastas consiguientes ¿qué tiempo tienen los particulares según la Ley para arrancar el arbolado? o lo que es lo mismo ¿durante qué tiempo el que se hiciere dueño del suelo no podrá

La primera cuestión gira en torno a la posibilidad de aplicar por analogía el derecho de refundición de dominios del suelo y del arbolado regulado en la Ley y Reglamento de Montes que permite tal refundición a favor del titular del derecho del vuelo cuando éste es el Estado¹¹⁰, de modo que los particulares, en cuanto titulares del derecho de vuelo, puedan solicitar la refundición previa indemnización del valor del suelo. Al respecto, se establece el siguiente razonamiento jurídico:

obligar al que fuere propietario del arbolado a su derribo o arranque?. 3. ¿En último caso el dueño del arbolado podrá pedir la indemnización correspondiente al comprador del suelo?.

Nota:

En esta consulta prescíndese del derecho de tanteo como cosa conocida.

Respuesta:

No sólo en la ordenanza de Montes de 22 de Diciembre de 1883, sino también de las sesiones de Cortes de Marzo de 1855 y en otros documentos y publicaciones oficiales se trató de los derechos administrativos de los partícipes en fincas cuyo dominio estaba separado en las varias formas o caracteres en que aparece el condominio. Teniendo presentes las doctrinas y disposiciones vigentes sobre la materia, emitiremos nuestro dictamen con relación a los puntos que abraza la consulta y con abstracción del derecho de tanteo o retracto de que se hace mérito.

El art. 6 de la Ley de 24 de mayo de 1863 y el art. 62 del Reglamento de 17 de mayo de 1865 establecen que cuando pertenece a un particular el suelo de un monte cuyo vuelo sea del Estado o de algún pueblo o establecimiento público, se refundirán los dos dominios, indemnizando previamente al particular. Esta es una disposición especial dada a favor del aumento del arbolado público. Pero el particular, dueño del arbolado únicamente no tiene derecho a apropiarse del dominio del suelo.

Además la ley se refiere a montes que reúnen la cabida y especie arbórea marcadas en ella. Si los montes no tienen estas circunstancias quedan sujetos a la desamortización y a las disposiciones que regulan este ramo.

Por tanto sería ocioso pretender cerca de los centros oficiales que se refundan el dominio del suelo y del arbolado a favor de un particular sin las subastas acordadas por los Reglamentos de Hacienda. Sería una pretensión contraria a leyes terminantes y no la admitirían el Gobierno ni autoridad alguna.

En cuanto a los derechos que tiene el dueño de los árboles que se planten en suelo ajeno, sea del pueblo o sea de un particular, rigen las leyes relativas a la accesión que son muy conocidas y de derecho universal. Todo lo plantado y edificado en terreno ajeno pertenece al dueño del mismo: esta es la regla general. Pero si el que planta o edifica ha obrado de buena fe, tiene el dueño del suelo la obligación de indemnizar al dueño del arbolado. Y no cabe duda de que el dueño del arbolado no solo tuvo buena fe, sino que efectuó las plantaciones en virtud del derecho que le otorgaban las ordenanzas locales de Oyarzun. Está, pues, fuera de toda discusión el deber que tiene el dueño del suelo o el comprador de él para indemnizar al dueño del arbolado.

Convendría que en interés de la Administración y de los compradores de estos terrenos, y a fin de evitar toda duda, se pusieran, además de las condiciones reglamentarias de las subastas, las siguientes:

El comprador del suelo que queda dueño del arbolado, tendrá la obligación, según derecho, de indemnizar al dueño del vuelo con la suma en que convengan con el comprador y el propietario del arbolado, y en defecto con la cantidad que gradúen peritos elegidos por los interesados.

El dueño del arbolado tendrá el derecho de tanteo o retracto dentro del plazo y términos legales.

Tal es nuestro dictamen que firmamos en esta ciudad de San Sebastián a dos de octubre de 1886.

¹¹⁰ Artículo 6 de la Ley de 24 de mayo de 1863 (Ley de Montes, *Gaceta de Madrid* de 28 de mayo): “cuando pertenezca a un particular el suelo de un monte exceptuado de la venta, cuyo vuelo sea del Estado o de algún pueblo o establecimiento público, se refundirán los dos dominios, indemnizando previamente al particular”; desarrollado por los artículos 62 y siguientes del Decreto de 17 de mayo de 1865 (Reglamento de Montes, *Gaceta de Madrid* de 28 de mayo).

El art. 6 de la Ley de 24 de mayo de 1863 y el art. 62 del Reglamento de 17 de mayo de 1865 establecen que cuando pertenece a un particular el suelo de un monte cuyo vuelo sea del Estado o de algún pueblo o establecimiento público, se refundirán los dos dominios, indemnizando previamente al particular. Esta es una disposición especial dada a favor del aumento del arbolado público. Pero el particular, dueño del arbolado únicamente no tiene derecho a apropiarse del dominio del suelo.

Además la ley se refiere a montes que reúnen la cabida y especie arbórea marcadas en ella. Si los montes no tienen estas circunstancias quedan sujetos a la desamortización y a las disposiciones que regulan este ramo.

Por tanto sería ocioso pretender cerca de los centros oficiales que se refundan el dominio del suelo y del arbolado a favor de un particular sin las subastas acordadas por los Reglamentos de Hacienda. Sería una pretensión contraria a leyes terminantes y no la admitirían el Gobierno ni autoridad alguna.

Excluida tal posibilidad, hay que reseñar la cuestión referente a la existencia de un eventual derecho de tanteo o retracto a favor del particular que es titular del derecho de vuelo. Al respecto, en una venta de la villa de Ataun de un terreno *ondazilegi* a una tercera persona no titular de ningún derecho sobre el terreno pero mejor pujador en la subasta sin limitación alguna, el licenciado de la época don José Lorenzo de Galdós opina que al titular del *ondazilegi* sólo le asiste el derecho al valor de dichos árboles por parte de la villa, o a la correspondiente licencia para plantar otros en términos concejiles, o a otros castaños en otro lugar. En el pleito suscitado sobre los derechos del titular del terreno *ondazilegi*, el demandante alega que:

Es costumbre inmemorial que ha habido y hay en la villa de Ataun de permitir a los particulares especialmente labradores el uso de terrenos concejiles incultos o inútiles no solo para plantaciones de árboles sino también para romper y hacer tierras de labor pagando cierta pensión a la villa por su dominio directo; y que siempre se ha tenido mucha consideración con los que han puesto su trabajo en semejantes terrenos en no privarles de la utilidad que puedan sacarla ellos, y que en los casos que tenerlos que vender la villa por una extrema necesidad se les ha concedido a sus disfrutadores o poseedores útiles derecho de preferencia (...), sin que se les haya despojado de iguales terrenos concejiles plantados de árboles y castaños contra su voluntad a los poseedores de tales castañales.

El demandado (comprador) reconoce que la venta puede extenderse a “tierras y terrenos cultivados o empleados en plantaciones de árboles por los particulares con licencia o por costumbre del país, con calidad de que en los de esta última clase hayan de ser preferidos en el tanto los cultivadores o plantadores de árboles, haciéndose su regulación y cuenta como eriales”. Pero, tras aceptar ese derecho de preferencia, sostiene que el silencio del demandante (titular del arbolado) durante la subasta y amojonamiento del terreno, y la interposición de la demanda tras pasar dos años, suponen una tácita conformidad y consentimiento que derivan en la pérdida del

derecho de preferencia. Por tal motivo, la resolución judicial no otorga la preferencia pero reconoce al demandante el derecho al valor de los árboles y su fruto, y la posibilidad de solicitar a la villa la permuta del *ondazilegi*¹¹¹.

En el informe de los dos letrados citado anteriormente se prescinde expresamente de informar sobre el derecho de tanteo y retracto por estimar que es cosa conocida, pero se señala que:

Convendría que en interés de la Administración y de los compradores de estos terrenos, y a fin de evitar toda duda, se pusieran, además de las condiciones reglamentarias de las subastas, las siguientes:

(...)

El dueño del arbolado tendrá el derecho de tanteo o retracto dentro del plazo y términos legales.

Paralelamente, en una memoria sobre medición de tasación de los terrenos *ondazilegi* del Valle de Oyarzun practicada en el mismo año de 1886¹¹² se recoge:

En estos predios de carácter en cierto modo forestal aparece dividido el dominio, siendo el Concejo o Ayuntamiento el dueño de la propiedad del suelo y los particulares dueños del arbolado existente en ellos: por lo tanto, el Estado puede enajenar el terreno o solar teniendo el dueño del suelo derecho de tanteo conforme al artículo 9 de la Ley de 15 de Junio de 1866, Real Orden de 13 de Agosto de 1868, y Resolución de 27 de Setiembre de 1870, y respetándose los derechos y servidumbres inherentes a esta clase de fincas.

Por las consideraciones expuestas y con relación a los textos legales, el municipio es el dueño del suelo y algunos particulares lo son de los arbolados; y como los derechos de propiedad así en orden aquel como estas tienen sus límites en las disposiciones legales, procede que para evitar confusión, conflictos y reclamaciones que pudieran entorpecer los derechos del Estado y de los particulares, se establezcan en la subasta, además de las consideraciones ordinarias las especiales que exigen dichos derechos también especiales a saber:

Que el comprador del suelo que queda dueño del arbolado tendrá la obligación según derecho de indemnizar al dueño del suelo en la suma en que convengan el comprador y el propietario del arbolado, y en defecto en la cantidad que gradúen peritos elegidos, por los interesados. El dueño del arbolado tendrá derecho del tanteo o retracto dentro del plazo y término según las disposiciones de la desamortización. Estas disposiciones están en las leyes administrativas y civiles y conviene consignarse en las condiciones de venta en beneficio del

¹¹¹ AGG/GAO, CO-ECI, legajo 5056, Elorza civiles, pleito de 1811 en Atáun sobre la propiedad de árboles en tierra concejil que se adjudican en propiedad privada. *Vid.* Oficio de Hipotecas de Ataun, 20 agosto de 1809, sobre una de las ventas que se produjo antes del pleito (AHPO/GPAH, H-416, n° 203, folio 84).

¹¹² Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 4 (1886).

*mismo Estado y de los propietarios del arbolado para evitar entorpecimientos, conflictos y reclamaciones*¹¹³.

La siguiente discusión se centra en el régimen aplicable a los titulares del derecho de vuelo cuando se enajena la propiedad del suelo a favor de otro particular. Si tras la enajenación del terreno el aprovechamiento del arbolado sigue perteneciendo al titular del *ondazilegi*, ¿durante qué periodo conserva la facultad? ¿o es que el adquirente de la propiedad del suelo adquiere asimismo el aprovechamiento del vuelo tras la correspondiente indemnización al dueño del arbolado?.

Para dilucidar la cuestión, los juristas contemporáneos aplican la doctrina de la accesión. Al respecto, los letrados antes mencionados sostienen lo siguiente:

En cuanto a los derechos que tiene el dueño de los árboles que se planten en suelo ajeno, sea del pueblo o sea de un particular, rigen las leyes relativas a la accesión que son muy conocidas y de derecho universal. Todo lo plantado y edificado en terreno ajeno pertenece al dueño del mismo: esta es la regla general. Pero si el que planta o edifica ha obrado de buena fe, tiene el dueño del suelo la obligación de indemnizar al dueño del arbolado. Y no cabe duda de que el dueño del arbolado no solo tuvo buena fe, sino que efectuó las plantaciones en virtud del derecho que le otorgaban las ordenanzas locales de Oyarzun. Está, pues, fuera de toda discusión el deber que tiene el dueño del suelo o el comprador de él para indemnizar al dueño del arbolado.

Convendría que en interés de la Administración y de los compradores de estos terrenos, y a fin de evitar toda duda, se pusieran, además de las condiciones reglamentarias de las subastas, las siguientes:

El comprador del suelo que queda dueño del arbolado, tendrá la obligación, según derecho, de indemnizar al dueño del vuelo con la suma en que convengan con el comprador y el propietario del arbolado, y en defecto con la cantidad que gradúen peritos elegidos por los interesados.

En el mismo sentido, el letrado de la Sección de Fomento de la Diputación de Guipúzcoa sostiene que:

el hecho de plantar árboles en predio ajeno constituye un caso de accesión previsto por el Código Civil en los artículos 353 y siguientes, y por lo tanto el ayuntamiento del citado pueblo debe buscar la solución correspondiente dentro de las citadas prescripciones, entablado las acciones civiles que la ley concede para hacer efectivo su derecho, caso de que los interesados

¹¹³ El artículo 9 de la Ley de 15 de julio de 1866 dispone que “en las enajenaciones que verifique el Estado de fincas cuyo dominio se halle dividido tenga el condueño el derecho de tanteo, durante un plazo de diez días a partir del remate”; esto es, se establece una disposición para el caso concreto de las fincas en situación jurídica de separación de derechos y enajenables en virtud de la legislación desamortizadora.

*no se conformen con la solución que se le proponga, a no ser que ostenten otro título distinto sobre los mismos*¹¹⁴.

Entre las condiciones de la almoneda pública de los terrenos y arboledas puestos en venta se establece, en referencia al pago del precio, que el rematante de “algún terreno donde hay *ondacillegui* tendrá que abonar a su dueño el valor de los árboles y *ondacillegui*”¹¹⁵. Además, tras la adquisición del terreno, el adquirente no puede hacer en ningún tiempo, ni momentáneamente, la menor cerradura sin el permiso del concejo, sino que deberá tenerlo abierto en calidad de *ondazilegi*; normalmente la villa concederá tal permiso de acuerdo con la forma y manera que se acostumbra en el caso de los montes que se reducen a rozadura. Se puede exigir, por otra parte, que el comprador haya de tener siempre poblado de árboles dicho terreno, lo que reafirma el derecho de replantación del titular; en otros casos, sin embargo, el hecho de extraer el arbolado supone la recuperación por la villa de toda la propiedad¹¹⁶. En el supuesto de que, luego, el titular quiera deshacerse del terreno adjudicado, deberá hacerlo con citación de la villa que tendrá preferencia para adquirirlo por el tanto (derecho de tanteo) a justa prestación de peritos nombrados por los interesados y el tercero en discordia. Por tanto, estos terrenos, su arbolado y sus aprovechamientos y abonos pueden ser objeto, y de hecho lo son, de posteriores enajenaciones¹¹⁷.

¹¹⁴ Expediente de la Sección de Fomento de la Diputación de Guipúzcoa, promovido por el alcalde de Arechavaleta en torno a las condiciones en que podría apropiarse el ayuntamiento de los árboles plantados en terrenos comunales por particulares y que los mismos vienen disfrutándolos (3 de noviembre de 1906, AGG/GAO, JD IT 1899). El ayuntamiento llama a los dueños de los árboles y les solicita los documentos que tuvieren autorizando dichas plantaciones y ninguna tenía documentación, por lo que el ayuntamiento tasó y pagó el valor del arbolado.

¹¹⁵ En Lizarza, ante Melchor de Ezcurdia, AGG/GAO, PT-IPT 796, ff. 210-298 vº.

¹¹⁶ En una enajenación de un terreno de calidad de *ondazilegi* se valora el arbolado ya que “por el hecho de cortar y extraerlo queda el terreno que le ocupa por la expresada calidad de *ondacillegui* en propiedad para la prenombrada villa de Lizarza” (ante Juan Fermín de Furundarena, AGG/GAO, PT-IPT 744, f. 484).

¹¹⁷ Permuta de terrenos castañales en Irura, uno comprado a la villa y el otro de “calidad de enfiteusis, o vulgarmente de *ondacillegui* o *ipintoqui*” (ante Manuel Joaquín de Furundarena, 9 de septiembre de 1810, AGG/GAO, PT-IPT 698).

El terreno *Osidi-aundia*, enajenado por la villa en la escritura de referencia antes citada de 10 de diciembre de 1810 al folio 358, y posteriormente vendido en fecha de 30 de marzo de 1843 ante el escribano Melchor de Ezcurdia, AGG/GAO, PT-IPT 808, f. 314, “en los mismos términos y forma en que los adquirió, cuya extensión y límites son públicos u notorios en la citada villa de Lizarza, y por lo mismo se omite especificarlos como se hizo en la escritura de referencia”. Al particular “en terreno propio de esta N. Villa y término nombrado Yunzurezabal le pertenecen con todo dominio y propiedad veinte árboles castaños frutales, los cuales ha determinado venderlos” (en Elduayen a 19 de octubre de 1828, ante José Luis de Aguirre, PT-IPT 2177, f. 39).

Ventas de terrenos montazgos en calidad de *ondazilegi* o *ipinalde* entre particulares en la Universidad de Vidania, con el derecho de plantar árboles y usufructuarlos, con todo lo que diese el árbol, hojarasca, helecho y demás; sólo se valora, lógicamente, “el derecho del terreno o su

Asimismo, en las ventas de terrenos por el lugar de Irura en 1810, que incluye terrenos enfitéuticos (u *ondazilegi*) propios del lugar, sólo se valora el terreno excluyendo todos los árboles que existen en el mismo, pero además la enajenación se realiza bajo condición de que hayan de estar siempre libres para el uso y tránsito del ganado¹¹⁸. Limitación al cierre del terreno que se recoge también en la enajenación de tierras *ondazilegi* de Albiztur que han sido poseídas sin otro gravamen que el no poderlos cerrar ni amojonar¹¹⁹.

En ocasiones, y para posteriores enajenaciones del terreno *ondazilegi* adquirido en propiedad que pretenda realizar el particular, la villa tendrá preferencia a cualquier comprador por el precio que valiese el terreno¹²⁰.

A partir de la nueva normativa de montes que deroga el Reglamento de 1738 y en relación al problema del mantenimiento de los derechos de los particulares conforme a las costumbres y ordenanzas locales se estima que al régimen de aprovechamiento de los árboles en terrenos *ondazilegi* han de aplicarse las autorización y requisitos que se exigen a los terrenos comunales, y que verificado el aprovechamiento de los árboles plantados, no existe derecho a posteriores plantaciones, debiendo volver a poder del municipio el suelo con todos los productos y plantas nuevas que por repoblación natural hayan arraigado¹²¹. El derecho de los

usufructo, siendo solo la propiedad de la expresada Universidad de Vidania” (30 de abril y 25 de junio de 1817, ante Ramón Antonio de Goyvideta, AGG/GAO, PT-IPT 713, ff. 261 y 405).

Permuta de una tierra sembradía y un terreno arbolado castañal en calidad de *ondazilegi* sitios en la villa de Lizarza (ante Juan Fermín de Furundarena, AGG/GAO, PT-IPT 744, f. 484).

¹¹⁸ AGG/GAO, PT-IPT 2777, ff. 65 ss., ante Miguel José de Charroalde.

¹¹⁹ AGG/GAO, PT-IPT 858.

¹²⁰ En Lizarza, ante Pedro de Osinalde, AGG/GAO, PT-IPT 582, 18 de diciembre de 1804 y 24 de octubre de 1805, ff. 210 ss. y 761 ss., respectivamente.

¹²¹ *Vid.* Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 5: entre diversas solicitudes referentes a terrenos *ondazilegi*, se recogen denuncias sobre la extracción de árboles sin la debida licencia:

En sesión de hoy, la Comisión provincial ha adoptado el siguiente acuerdo:

S.S., elevó a acuerdo, mediante su aprobación el siguiente informe del Servicio forestal:

El Alcalde de Oyarzun remite a V.S. con fecha 16 de Marzo último, las diligencias instruidas por aquella Alcaldía, ordenadas por V.S. con motivo de la denuncia presentada por el Celador de Montes de la Cuarta Comarca, don Justo Mendizabal por haber cortado sin la competente autorización diez y ocho castaños situados en terrenos llamados ondacilleguis.

Resulta de las diligencias que remite el Sr. Alcalde que el denunciado declaró que es cierto, en efecto, que él derribó dichos castaños sin la competente autorización de V.S. pero que al obrar así los hizo en la creencia de que no necesitaba ningún permiso para verificar dicho aprovechamiento, pues antes de ahora había él mismo llevado a cabo, libremente, sin autorización alguna, varios aprovechamientos de la misma clase, sin que nadie le hubiera puesto el menor reparo.

Informando luego el mismo Sr. Alcalde, manifiesta que siendo de fecha reciente el acuerdo tomado por V.S. exigiendo para aprovechamientos de árboles en terrenos denominados ondazilleguis los mismos requisitos que se cumplen en los demás terrenos comunales, y no estando por esta razón, bastante vulgarizada dicha nueva disposición, se

particulares a hacer la replantación y derribar los árboles, que por costumbre y ordenanza local no requiere autorización, ha de adecuarse a la nueva normativa tras cesar la vigencia de las disposiciones a cuyo amparo se hacían. Por ello, si a las nuevas plantaciones en terreno comunal se aplica el derecho común de accesión, para la extracción se exigen los mismos requisitos que se cumplen para la venta y utilización de los demás aprovechamientos comunales, y tras verificar el aprovechamiento de los árboles existentes, el particular debe poner el terreno a disposición del municipio.

le dispense por esta vez al vecino don Agustín Sein de la falta de haber cortado diez y ocho árboles sin la competente autorización de V.S.

Antes de informar este Servicio forestal a V.S. sobre este asunto, cree el que suscribe será conveniente hacer algunas observaciones referentes a los montes denominados Ondacilleguis.

Los Ondacilleguis son terrenos comunales cedidos por los ayuntamientos a los particulares para que en ellos pudieran hacer estas determinadas plantaciones de árboles, teniendo luego derecho a su aprovechamiento, pero sin ningún derecho a hacer posteriores plantaciones y con la condición de que una vez aprovechados los árboles plantados volviera a poder del Ayuntamiento el suelo con todos los demás productos y plantas nuevas que pudieran haber venido por repoblación natural.

Verificándose hasta fecha reciente los aprovechamientos de esta clase de terrenos libremente por los particulares sin intervención de las autoridades locales, y por consecuencia del abandono en que algunos Ayuntamientos han tenido la vigilancia de estos Ondacilleguis, ha resultado que los particulares, dueños del suelo, después de pasar algunos años se han creído con derecho al suelo y no sólo han hecho nuevas plantaciones, sino que, como sucede en muchos casos, han hecho informaciones posesorias sobre dichos terrenos, que después de registrados les dan ciertos derechos de propiedad que dificultan la reversión natural de los Ondacilleguis a los Municipios respectivos.

Para evitar todo esto se hace preciso que para los aprovechamientos de los terrenos Ondacilleguis se exijan los mismos requisitos que en los demás terrenos comunales y de este modo, además de evitar abusos por falta de vigilancia, se hacen actos continuos de posesión, que acreditan siempre la propiedad del terreno Ondacillegui a favor del Ayuntamiento.

Con esta nueva disposición en nada se restringen los derechos de los particulares usufructuarios de los Ondacilleguis.

Por todo esto será conveniente que V.S. haga saber al Ayuntamiento de Oyarzun que por esta vez se le dispensa al vecino de aquella villa don Agustín Sein de la falta cometida, recomendándole al mismo tiempo, que por los medios que crea convenientes haga saber a todos los dueños de los Ondacilleguis esta disposición, de exigir para los aprovechamientos de los Ondacilleguis los mismos requisitos que se exigen en los demás montes comunales.

Y lo traslada a V. para su conocimiento, el del interesado y demás efectos.

Dios guarde a V. muchos años.

San Sebastián 11 de Abril de 1917. Vicepresidente: Máximo Laborda. Secretario: Ramón de Zubeldia.

En Rentería, solicitud de dos vecinos para aprovechar parte de los árboles que tienen plantados en terrenos comunales (23 de mayo de 1917, AGG/GAO, JD IT 2021 a). En Oyarzun, varios expedientes en los que se solicita autorización para aprovechar árboles en terrenos o parajes *ondazilegi* plantados por sus ascendientes; en los montes se distinguen los terrenos *ondazilegi*, y los terrenos comunales del valle o municipio cuyo aprovechamiento es común o normal (en 1918, AGG/GAO, JD IT 2021 b).

En todo caso, la Administración forestal se declara incompetente para resolver la cuestión de la propiedad de los árboles plantados por vecinos en terrenos comunales cuando estos alegan el derecho de propiedad sobre los mismos¹²².

Para finalizar, en las bases que el concejo de Ataun acuerda para el aprovechamiento de los bienes comunales en 1911¹²³, se distinguen los terrenos según existan o no árboles plantados por particulares. En el régimen normal se divide el aprovechamiento de los terrenos que se ceden por un plazo inicial de diez años, con posibilidad de nueva adjudicación en caso de ser satisfactoria la evaluación, y a cambio de satisfacer un canon módico. Pero se establece además el siguiente régimen especial:

Regla especial para el caso de que existan en los lotes formados árboles plantados por particulares: a los que actualmente disfrutan de terrenos con árboles plantados, adjudicará el mismo lote de terreno que actualmente disfrutan imponiéndoles una renta o canon proporcionado a la extensión y condiciones de los terrenos que serán evaluadas por el ayuntamiento, valiéndose de persona inteligente.

4. El acceso al Registro de la Propiedad

4.1. Régimen general

Como muestra inicial, a finales del siglo XIX, en una descripción relativa al régimen de montes, el Valle de Oyarzun declara que “la posesión de los montes de Oyarzun es del Valle desde tiempo inmemorial sin que se hallen inscritos en el Registro de la Propiedad”, entre los cuales se encuentran los terrenos *ondazilegi*¹²⁴. Sin embargo, la apropiación de terrenos comunales por parte de personas particulares tiene su inicio desde fechas tempranas del siglo XIX. Los vecinos, en muchas ocasiones, disfrutaban del aprovechamiento de los terrenos concejiles de modo exclusivo y en un clima de tolerancia que en el devenir temporal origina actuaciones tendentes a consolidar la supuesta propiedad particular del terreno¹²⁵.

¹²² Por ejemplo, en un expediente de consulta de 16 de abril de 1900 de Zaldibia (AGG/GAO, JD IT 1903 b). *Vid.* nota 67 en el epígrafe 2.3.1.

¹²³ Expediente ante la Sección de Fomento: AGG/GAO, JD IT 1899.

¹²⁴ Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 5.

¹²⁵ *Verbi gratia*, en Fuenterrabía (Archivo Municipal de Fuenterrabía, C, 5, II, 3, 5) se desarrolla entre 1799-1856 un pleito del ayuntamiento contra los propietarios de varias casas sobre la propiedad de algunos terrenos que aprovechaban los habitantes de aquéllas y el municipio sostiene que son montes concejiles. Se describe que lo cerrado con setos y vallados, esto es, amojonado, son tierras de pan llevar y manzanales propios y privativos de las casas, pero que el resto de tierras que ocupan y tienen poblado de árboles es terreno concejil sin mojón alguno. El concejo estima que se ha abusado de una tolerancia tal vez excesiva en el disfrute como pertenencia exclusiva de los terrenos

De las distintas formas de aprovechamiento por parte de los particulares de los terrenos comunales, algunas han tenido acceso a los Registros de la Propiedad y, con independencia del verdadero título constitutivo del derecho en origen de cada caso particular, continúan vigentes bajo la denominación de terrenos *ondazilegi*.

Se ha vinculado tal calificación a los bienes que, con motivo de la normativa desamortizadora, los ayuntamientos venden, provocando una profunda transformación en el régimen de los bienes propios y de las tierras comunales. “Al amparo de todas estas disposiciones la propiedad cambió de manos y de signo. Uno de los más característicos es aquel que se puede observar en las inscripciones obrantes en los Registros de la Propiedad, en las que muchas de las fincas arrastran todavía la denominación de 'Ondacilleguis' que proclama su procedencia”¹²⁶. Algunos caseríos privatizaron terrenos comunales que hasta entonces estaban aprovechando; “posteriormente, basándose en la cuantía de la contribución que pagaban, muchas casas registraron a su nombre terrenos de monte que tenían en usufructo, por las plantaciones de árboles que habían realizado en ellos”¹²⁷.

Paralelamente a superarse el envite principal del proceso desamortizador de los terrenos concejiles, algunos vecinos disfrutaban como propietarios terrenos de carácter comunal que se encuentran repartidos en lotes. En un supuesto particular, los particulares sostienen que desde tiempo inmemorial son dueños de los aprovechamientos del helecho que se produce en los diferentes puntos de los montes comunales y que cuando se traspasa un caserío por compraventa, donación o herencia se comprende en la transmisión el helechal como pertenecido del caserío, lo mismo que cuando se da éste en arriendo. Ante estas cuestiones, la Diputación de Guipúzcoa, acertadamente, opta por la remisión de la solución a la competencia de la jurisdicción civil y aprueba que “no es del caso hacer siempre declaración sobre los montes comunales sino poner de manifiesto el deber del ayuntamiento de reintegrar los terrenos que pudieran estar en poder de los particulares según proceda en cada caso a la comunidad”¹²⁸. En otro caso, el ayuntamiento mantiene el carácter comunal

que son concejiles y que a los habitantes de los caseríos les conviene poseer por la proximidad con cada casa en cuestión. Sin embargo, la sentencia, partiendo de que no se ha probado que los terrenos eran concejiles y ni que fueron cedidos bajo ciertas condiciones (tal vez porque la documentación desapareció en el incendio de 1794), y probada la posesión inmemorial como dueños absolutos de los particulares, declara la propiedad de los terrenos demandados a los particulares.

¹²⁶ Antonio CILLÁN APALATEGUI, *La comunidad foral de pastos en Guipúzcoa*, San Sebastián, Publicaciones de la Excma. Diputación de Guipúzcoa, 1959, pp. 196.

¹²⁷ Gurtze ARREGI, “Auzoa”, *Euskaldunak 3* (dirigido por José Miguel BARANDIARAN), Zarauz, Etor, 1978, p. 642-643.

¹²⁸ En Lizarza, ante la solicitud del ayuntamiento para repoblar ciertos helechales en terreno comunal (expediente de 9 de septiembre de 1907, AGG/GAO, JD IT 2019, 1).

de un terreno en cuanto a su aprovechamiento de leñas, reconociendo la propiedad particular del resto de aprovechamientos¹²⁹.

La normativa que sirve de base a esas actuaciones arranca de la Ley Hipotecaria de 1861: *la inscripción hecha en virtud de la justificación de la posesión, perjudicará o favorecerá a terceros desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que atribuyen las leyes a la mera posesión* (art. 408); *la inscripción de posesión no perjudicará en ningún caso al que tenga mejor derecho a la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito. Entre las partes surtirá su efecto la posesión, desde que deba producirlo, conforme al Derecho común* (art. 409). Tras la Ley de reforma de 1869, ambos artículos integran el art. 403 y, tras la de 1909, el artículo 396: *las inscripciones de posesión perjudicarán o favorecerán a tercero desde su fecha, pero solamente en cuanto a los efectos que a la posesión se atribuyen en esta ley. La inscripción de posesión no impedirá a quien tuviere mejor derecho a la propiedad del inmueble, aunque su título no haya sido inscrito, el ejercicio de las acciones reivindicatorias procedentes para obtener la declaración de aquél. El tiempo de posesión que se haga constar en dichas inscripciones (de posesión) como transcurrido cuando éstas se verifiquen, se contará para la prescripción que no requiera justo título, a menos que aquel a quien ésta perjudique lo contradiga, en cuyo caso deberá probarse dicho tiempo de posesión con arreglo al Derecho común. En la última reforma, el artículo 41 establece que la posesión inscrita producirá, mientras subsista, iguales efectos que el dominio en favor del poseedor y conforme al art. 466 del Código civil.*

Por su parte, el artículo 399 recoge el sistema de *conversión de la inscripción posesoria en inscripción de dominio*, modificado para rebajar el plazo establecido por el Real Decreto Ley de 13 de junio de 1927¹³⁰: *Las inscripciones de posesión verificadas con anterioridad a la promulgación de la presente ley y las que en lo sucesivo se hagan se convertirán en inscripciones de dominio en cualquiera de los casos siguientes: 3º Cuando hayan transcurrido diez años desde la fecha de la inscripción, siempre que en el Registro no aparezca asiento alguno posterior de información o certificación posesoria o demanda que la afecte o contradiga; plazo en consonancia con el de la usucapión ordinaria del artículo 1.957 CC. En cuanto a su fundamento, la exposición de motivos señala lo siguiente: Consecuencia de esta presunción, que reputa poseedor de buena fe al titular, debiera ser la posibilidad de transformar la posesión inscrita en dominio, transcurridos diez años desde la fecha de la inscripción. El número 3º del párrafo primero del artículo 399 exigía para estos efectos treinta años, y con ello olvida que el artículo 41 declara expresamente que quien tenga inscrito el dominio o cualquier derecho real gozará de los derechos consagrados en el Código civil a favor del poseedor de buena fe, y uno de ellos es la prescripción del dominio y demás derechos reales por la posesión de diez años entre presentes con buena fe y justo título.*

¹²⁹ AGG, JD IT 1858, Expediente de la Sección de Fomento, Gaztelu, 1914.

¹³⁰ *Gaceta de Madrid* de 14 de junio.

A toda esa situación de incertidumbre sobre las titularidades reales se refiere un autor coetáneo al afirmar que “en realidad existe una verdadera confusión entre los montes de dominio público y privado. La catalogación de los montes está tan mal hecha, que hay pueblos que tienen más montes comunales que los que aparecen en la Gaceta y otros en que ocurre lo contrario. Existen pueblos de la provincia en que el terreno que ocupan sus casas está incluido como monte de aprovechamiento común. Por otra parte, los Ayuntamientos no tienen documentos con que justificar sus derechos sobre algunos de sus montes. Muchos montes de particulares tienen un estado legal muy dudoso, pues se sabe que no han sido adquiridos mediante compra, dato sobrado elocuente para poner en tela de juicio su legitimidad, pues el carácter de particular obedece a que sus propietarios vienen disfrutando de ellos sin interrupción ni oposición de nadie y con una información posesoria les basta para que se les reconozca como tales propietarios”¹³¹; y añade luego que los dueños del arbolado no sólo usaban el fuero provincial para realizar las plantaciones “sino que abusaban pretendiendo al cabo del tiempo so pretexto del vuelo apropiarse del suelo y usurparlo. No cabe la menor duda que en esta forma de mancomunidad de la propiedad existe una marcada tendencia a incorporarse el dominio del suelo al del vuelo, considerando aquél como una accesión o como una dependencia de éste”¹³².

4.2. *Los expedientes de legitimación de los terrenos comunales “roturados”*

Los montes comunales no merecieron en Guipúzcoa por parte de muchos ayuntamientos toda la atención debida. Algunos particulares, propietarios de caseríos, extienden sus terrenos internándose en zona comunal, por roturación¹³³. En 1914 la Diputación decide aclarar la situación y su Servicio Forestal realiza un trabajo de delimitación de las zonas particular y comunal. Citados todos los propietarios sobre el terreno, cada cual presenta la acreditación de su derecho de posesión.

El Real Decreto-Ley de 1 de diciembre de 1923¹³⁴ establece las normas relativas a la legitimación de la posesión y adquisición de la plena propiedad de terrenos roturados, cercados, edificados o transformados en explotaciones

¹³¹ Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919, pp. 2 -3.

¹³² Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919, p. 47.

¹³³ La roturación de montes concejiles para uso privado, mediante su conversión en terrenos de sembradío, con pago del reconocimiento del dominio concejil, es una práctica documentada desde finales del s. XVI; *vid*, Rosa AYERBE IRIBAR y Luis Miguel DÍEZ DE SALAZAR FERNÁNDEZ, “Andoain, de tierra a villazgo (1379-1615). Un caso modélico de preautonomía municipal en Gipuzkoa”, en *Leyçaur (Revista de Estudios Históricos de Andoain)*, nº 0 (1996), pp. 230-231.

¹³⁴ *Gaceta de Madrid* de 4 de diciembre.

agropecuarias o forestales pertenecientes al Estado o de propios o comunes de los pueblos, previa solicitud en el plazo en principio de un año desde la publicación de la Ley, ampliado en seis meses por la Real Orden de 3 de diciembre de 1924¹³⁵, y tras abonar el justo precio fijado por los técnicos del Ministerio de Hacienda; los terrenos comunales roturados arbitrariamente y no legitimados serán incautados. Quedan exceptuados de la posibilidad de ser legitimados, entre otros, los terrenos roturados que hayan sido declarados como de utilidad pública. Cuando se trate de terrenos comunales o propios del pueblo, el 80% del valor se adjudicará al pueblo y el 20% al Estado¹³⁶. Para la ejecución de la Ley, se aprueba el Reglamento de desarrollo Real Decreto de 1 de febrero de 1924¹³⁷ que regula la legitimación de posesión de terrenos roturados por particulares o cedidos indebidamente a éstos por los ayuntamientos¹³⁸.

El mencionado Reglamento es ampliado por el Real Decreto de 22 de diciembre de 1925¹³⁹ de modo que las roturaciones hechas en terrenos del Estado se registrarán por el Decreto-Ley de 1 de diciembre de 1923 y su Reglamento de 1 de febrero de 1924, y las verificadas en terrenos comunales o de propios pertenecientes a los pueblos se ajustarán a lo prevenido en aquél de 22 de diciembre de 1925¹⁴⁰. En este último caso, el Reglamento establece un plazo de tres meses desde su publicación para iniciar el expediente de legitimación. Los plazos para solicitar la legitimación de la posesión en el ámbito de los dos Reglamentos se reactiva por Real Decreto de 22 de diciembre de 1930¹⁴¹.

Para la resolución de los expedientes tramitados en aplicación de tal medida legitimadora, y en relación a la situación de los terrenos *ondazilegi*, el ayuntamiento de Oyarzun defiende el carácter comunal de esos terrenos, si bien reconoce que los antecesores de los solicitantes aprovecharon los árboles por ellos plantados como autorizaban las disposiciones entonces vigentes, pero sin derecho ninguno al terreno. El ayuntamiento alega que ha continuado ejerciendo su dominio realizando

¹³⁵ *Gaceta de Madrid* de 7 de diciembre.

¹³⁶ En una descripción de los montes de Oyarzun se declara que del valor de los trozos de terrenos *ondazilegi* el 20% pertenece al Estado y el resto a sea el 80% al Valle (Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 5).

¹³⁷ *Gaceta de Madrid* de 2 de febrero.

¹³⁸ *Vid.* Archivo Municipal de Oyarzun, CC, 4, 3, 1: bandos del alcalde sobre legitimación de terrenos roturados; y CC, 4, 3, 2: 1924-1932: legitimación de propiedad sobre diversos terrenos comunales interpuesta por varios vecinos de este valle.

Cfr. el Boletín Oficial de Guipúzcoa (1924-1925) que publica las distintas solicitudes de los particulares presentadas para legitimar la propiedad sobre terrenos por ellos poseídos.

¹³⁹ *Gaceta de Madrid* de 23 de diciembre.

¹⁴⁰ *Vid.* Archivo Municipal de Oyarzun, CC, 4, 4, 4-6: legitimación posesoria de terrenos comunales por roturación arbitraria con arreglo a la Ley de 22 de diciembre de 1925 (*vid.* Boletín Oficial de Guipúzcoa de 20 de febrero de 1931) y RD de 22 de diciembre de 1930.

¹⁴¹ *Gaceta de Madrid* de 23 de diciembre.

plantaciones y que “cuando se organizó la Dirección forestal de la Diputación se anuló aquel derecho de plantar quedando de propiedad del ayuntamiento los que abusivamente se plantaren que fueron pocos y máxime no siendo de las dos clases antes autorizadas. Hace años que terminaron aquellos aprovechamientos de árboles castaños”. En definitiva, el particular no ha tenido una real posesión del suelo, sino un derecho de propiedad del vuelo en virtud de concesión que en tiempos pasados otorgó la corporación, sin que esa cesión pueda significar la posesión del suelo para hacer roturaciones, cierres, edificaciones o transformaciones, sino que en el mismo ha andado libremente el ganado, y que al desaparecer el arbolado perdía el vecino todo el derecho en dicho terreno.

El órgano administrativo decisorio competente, sin embargo, no mantiene una postura y una doctrina unificada en relación a la cuestión, centrada en decidir si la posesión del particular es del suelo o del vuelo. En alguna ocasión acepta la argumentación de la corporación municipal y no procede a conceder la legitimación solicitada por el particular¹⁴². En otras, por el contrario, se accede en vía administrativa a la legitimación al dar por demostrado que el particular tiene la posesión del suelo, ya que la finalidad de la normativa es legitimar la posesión de terrenos comunales que han sido roturados¹⁴³.

Por lo tanto, las resoluciones administrativas se ciñen a valorar los hechos de posesión, roturación y carácter del terreno, con independencia del sistema de aprovechamiento instaurado sobre la finca, lo que impide sacar conclusiones sobre el régimen particular de los terrenos *ondacillegi*.

Al respecto, y ante denuncias de extracción de árboles sin la debida licencia administrativa en los terrenos *ondacillegi*, es ilustrativo el siguiente pasaje¹⁴⁴:

*En sesión de hoy, la Comisión provincial ha adoptado el siguiente acuerdo:
S.S, elevó a acuerdo, mediante su aprobación el siguiente informe del Servicio forestal:*

(...)

Verificándose hasta fecha reciente los aprovechamientos de esta clase de terrenos libremente por los particulares sin intervención de las autoridades locales, y por consecuencia del abandono en que algunos Ayuntamientos han tenido la vigilancia de estos Ondacilleguis, ha resultado que los particulares, dueños del vuelo, después de pasar algunos años se han creído con derecho al suelo y no sólo han hecho nuevas plantaciones, sino que, como sucede en muchos casos, han hecho informaciones posesorias sobre dichos terrenos, que después de registrados les dan ciertos derechos de propiedad que dificultan la reversión natural de los Ondacilleguis a los Municipios respectivos.

¹⁴² Archivo Municipal de Oyarzun, CC, 4, 3, 2.

¹⁴³ Archivo Municipal de Oyarzun, CC, 4, 3, 3.

¹⁴⁴ Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 5.

Para evitar todo esto se hace preciso que para los aprovechamientos de los terrenos Ondacilleguis se exijan los mismos requisitos que en los demás terrenos comunales y de este modo, además de evitar abusos por falta de vigilancia, se hacen actos continuos de posesión, que acreditan siempre la propiedad del terreno Ondacillegui a favor del Ayuntamiento

(...)

San Sebastián 11 de Abril de 1917. Vicepresidente: Máximo Laborda. Secretario: Ramón de Zubeldia.

4.3. Supuestos específicos

4.3.1. Inscripciones registrales.

Para continuar, hay que traer a este punto el hecho que motiva que los terrenos *ondazilegi* se integren entre los elementos del caserío: la situación registral de estos derechos caracterizada por la falta de uniformidad, claridad y precisión en cuanto al contenido del mismo. Por ello en la inscripción registral, por el carácter atípico del derecho y su amplia variedad de contenido, tiene especial trascendencia la extensión con que se inscribe el derecho.

I. La casería G. de Gaztelu se vende en subasta pública en 1846 tras un juicio ejecutivo¹⁴⁵. En la tasación de la casería y sus pertenecidos se incluyen diversos árboles “en terreno *Ondazillegui*, pertenecientes a la casa”, y otros en distintos términos o terrenos, sin hacer mención a que se trate de terrenos *ondazilegi*. Además, “previendo que esta casa usufructúa varios trozos de helechales que son *Ondacilleguis* o *Ipinaldes* cuyo supuesto capital no se incluye en esta tasación pero que influye mucho para el aumento de la renta”.

Con posterioridad, se vende nuevamente la casería en 1862¹⁴⁶ y en la descripción se recoge: “y además en los castaños llamados (...) con otros diferentes árboles sueltos, el robledal de (...) y el goce de los helechales de los términos de (...), cuyos helechales y arboles se hallan aplicados a la misma casería de G. en calidad de *Ondazilleguis* y los disfrutan su poseedor o poseedores según la costumbre y pactos que desde hace muchos años se observan en dicho lugar de Gaztelu”. El caserío y los terrenos “se los venden con todas sus entradas, salidas, usos, servidumbres y demás cosas anejas que los tocan y pertenecen según derecho”; y al comprador, en principio, “nadie le inquietará ni moverá pleito sobre su propiedad, posesión, goce y disfrute a

¹⁴⁵ Testimonio de Vicente de Arrivillaga de fecha 29 de enero de 1846 (AGG/GAO, PT-IPT 834, ff. 8-48).

¹⁴⁶ Testimonio de José María de Furundarena de fecha 28 de enero de 1862 (AGG/GAO, PT-IPT 3379, ff. 70-79; Registro de Hipotecas de Gaztelu, AHPO/GPAH, H-452, nº 76, folio 89 ss.).

excepción de los arbolados y helechales *Ondacilleguis*, cuya propiedad corresponde al lugar de Gaztelu y el arbolado y aprovechamiento al propietario de G.”.

En 1868 se inscribe la casería en el Registro de la Propiedad¹⁴⁷, que comprende la casa y sus pertenecidos “que se deslindan con varios castaños y árboles sueltos aplicados a la misma casería en calidad de *ondacilleguis*”. Poco después, se otorga una escritura de préstamo e hipoteca voluntaria¹⁴⁸, y en la correspondiente descripción de los pertenecidos se detalla la existencia de terrenos del lugar que “disfruta y usufructúa el dueño de la casería”, para concluir finalmente “que la expresada casería y pertenecidos de G., sin comprender los terrenos del lugar que corresponden en usufructo o calidad de *ondazillegui*, importan” el valor final de la suma. En la primera inscripción se describen los “pertenecidos” de la casería y es la tercera, donde se da cuenta de un procedimiento ejecutivo contra la finca, la que describe, además, los “terrenos *ondacilleguis*” sobre los cuales, y prescindiendo de la propia descripción y su denominación, el titular o el propietario de la casería tiene los siguientes derechos: “a doce carros de helecho”; “a todo el helecho y a doscientos veinte y cuatro árboles”; “a todo el helecho”; “a todo el helecho de él”; “a todos los frutos de este terreno así como del helecho, hojarasca y demás”; “a todo el arbolado, helecho y demás de él”; “al helecho de él”; “a la castaña y helecho”; “a todo lo que produce dicho terreno”; y el disfrute de otros terrenos (herbal, helechal, fresnal o castaño) respecto de los cuales no se señalan las facultades concretas sobre los mismos.

II. En una descripción de 1841 de las casas de M., L., G. y R. de Lizarza, tras describirse las casas y sus pertenecidos en propiedad, en apartado aparte se enumeran los “árboles castaños, robles y fresnos en terrenos concejiles pertenecientes a dichas casas”, para proceder a la “partición de arboledas” o de los “árboles en terrenos concejiles”¹⁴⁹.

La casería M. de Lizarza, tras un procedimiento concursal y su posterior adjudicación o remate, junto a las caserías G. y L., se inscribe, tras la oportuna escritura que da fe del proceso¹⁵⁰, en el Registro de la Propiedad en 1867¹⁵¹, y como

¹⁴⁷ Registro de la Propiedad de Tolosa, libro 2 de Gaztelu, tomo 63, finca n° 38.

¹⁴⁸ Testimonio de José María de Furundarena de fecha 10 de junio de 1868 (PT IPT 3387, ff. 1635-1642).

¹⁴⁹ En el contrato matrimonial de 7 agosto 1841 ante Melchor de Ezcurdia, PT-IPT 805, f. 153. Para rastrear la vida de las fincas referidas, en el documento se citan los testamentos de la titular de 8 de octubre de 1813 y 5 de marzo de 1814 ante Ramón Antonio de Goyvideta (AGG/GAO, PT-IPT 709 y 710 respectivamente) pero en los mismos no se recoge descripción alguna de los bienes, aunque sí la existencia de capitulaciones matrimoniales que, de localizarse, pueden representar un antecedente inetersante.

¹⁵⁰ Escritura de 27 de abril de 1867, ante Joaquín María de Osinalde, AGG/GAO, PT-IPT 3309, ff. 1222 ss.

¹⁵¹ Registro de la Propiedad de Tolosa, libro 1 de Lizarza, tomo 19, finca n° 46.

parte de la finca incluyen: “otro terreno helechal *ondacillegui* que la propiedad pertenece a la villa y el usufructo al propietario”; “otro terreno helechal y argomal *ondacillegui*”; otro terreno helechal *ondacillegui* poblado de robles y fresnos jóvenes”; “otro terreno helechal *ondacillegui* poblado también de robles, fresnos y nogales jóvenes”; “otro terreno castañal *ondacillegui* con varios robles”; “ otro terreno castañal y helechal *ondacillegui*”; “otro terreno helechal *ondacillegui*”; “otro terreno helechal *ondacillegui*”. El valor de todos estos terrenos *ondazilegi* se incluye en el total de la casa y pertenecidos. Pero en la descripción de los caseríos y terrenos del proceso concursal, se distinguen, por una parte, las “tierras que le pertenecen en toda propiedad”, y por otra parte, las “tierras de la clase de Ondacillegui cuyo arbolado y usufructo total pertenece a dicha casa de M. y el suelo al ayuntamiento”.

Tras enajenarse uno de los terrenos *ondazilegi* en 1992, la calificación del Registrador señala que no suspende su inscripción “por no considerar el que suscribe con facultades para privar a los interesados del derecho que pueda darles dichas inscripciones (...); pero que no es susceptible de inscripción separada con arreglo a la Ley mientras no se inscriba el suelo previamente a favor de la villa de Lizarza”¹⁵².

III. En la información posesoria de la primera inscripción de la mitad del caserío B. de Vidania se citan “terrenos *ondacilleguis* de su pertenencia” que son “el dominio útil de un cerrado sin árbol”, “otro cerrado montazgo” en su mayor parte poblado de hayas, “otro *ondacillegui*” en cuyo trozo existen diez plantas de haya jóvenes, y por último otro “ondacillegui montazgo” donde existen treinta hayas y robles y “se regula el dominio útil de dicho arbolado”; un “terreno cerrado *ondacillegui* despoblado o sin arbolado”, del cual se valora su “dominio útil o derecho por mejora de hierba”, y otro “montazgo *ondacillegui*”; “unos árboles en terreno de la universidad”, y “en terreno de la universidad un helechal..., un argomal..., un arbolado robledal y hayal”¹⁵³.

En la descripción de la otra mitad, la meridional, del mismo caserío (que deducimos por la circunstancia de no tener título inscrito en el Registro de la Propiedad), se recogen, asimismo, como terrenos pertenecidos, dos terrenos *ondazilegi* pero sin expresar el tipo de disfrute sobre los mismos¹⁵⁴.

¹⁵² Registro de la Propiedad de Tolosa, libro 26 de Lizarza, tomo 1.623, finca nº 1.244.

¹⁵³ Registro de la Propiedad de Azpeitia, Libro 2 de Vidania, Tomo 17 (finca nº 32, ff. 159 ss.; finca nº 33, ff. 166 ss.; finca nº 37, ff. 187 ss. y otras). En AHPO/GPAH, 2/ 3809 (contrato matrimonial de 3 de junio de 1868 ante Nicasio de Eizmendi) y 2/3823 (donación de 4 de abril de 1877 ante Nicasio de Eizmendi).

¹⁵⁴ Escritura de capitulaciones matrimoniales ante Lorenzo de Salterain, notario de Tolosa, 11 de enero de 1934, nº 25, posterior testamento ante Ricardo de Gomeza y Ozamiz, notario de Azpeitia, 16 de marzo de 1955, nº 189 que los recoge, y la aceptación de herencia ante Ana Isabel Jaurrieta Alegría, notario de Azpeitia, 29 de marzo de 1990, nº 508 que incluye entre los

IV. En la venta de las caserías de C.-z., C.-b. y V. de Oreja, y O. de Lizarza, se describen, para su valoración y enajenación, terrenos concejiles o llamados *ondacilleguis*, principalmente de roble, castaño, nogal, fresno, pero también de helechal y argomal, pertenecientes al caserío “en usufructo”, y en colindancia con terrenos *ipintoqui*¹⁵⁵.

V. La casería U. de Lizarza, que en 1794 no tiene como pertenecido ningún terreno *ondazilegi*¹⁵⁶, es puesta en venta en un concurso universal de acreedores en 1831 y recoge, entre sus pertenecidos, cierto número de árboles fructíferos (robles, fresnos, castaños y nogales) en los sitios, términos o partidos *ipinaldes* de distintos nombres. En la tasación se distingue el valor de los terrenos y de los árboles de los *ipinaldes*, que también se denominan como de *ondacilleguis*¹⁵⁷.

Posteriormente, en una permuta de tierras, se incluye como objeto del contrato uno de esos terrenos, concretamente un arbolado castañal en calidad de *ondazilegi*, y se valora el arbolado ya que “por el hecho de cortar y extraerlo queda el terreno que le ocupa por la expresada calidad de *ondacillegui* en propiedad para la prenombrada villa de Lizarza”¹⁵⁸.

VI. La Universidad de Beizama, para hacer frente a las deudas originadas por la guerra, vende su casería A. en 1810¹⁵⁹, y en su descripción, tras la casa y terrenos pertenecidos, y “fuera del expresado plano, se le han aplicado a dicho caserío de Aguinondo varios trozos de terrenos montazgos de bastante extensión a manera de enfiteusis u *ondacilleguis*”. Además, los árboles, como bienes independientes, se valoran aparte, y entre ellos se distinguen los que están “en *ondacillegui*” y los que están en los terrenos propios de la casa.

VII. En el Oficio de Hipotecas de Belaunza se recoge una descripción pericial de las heredades de las caserías A. y P., realizada en 1856, en la que se describe la existencia de castaños pertenecientes a las casas en terrenos concejiles: “declaro haber contado en los castaños Ondacillegui de la propia casa en terrenos concejiles,

pertenecidos de la casería los dos terrenos *ondazilegi*, pero sin expresar el tipo de disfrute sobre los mismos.

¹⁵⁵ Cuatro escrituras de 25 de abril de 1867, ante el escribano Joaquín María de Osinalde, AGG/GAO, PT-IPT 3309, ff. 1126, 1158, 1188 y 1200.

¹⁵⁶ Contrato matrimonial de 14 de junio de 1794, ante Manuel Joaquín de Furundarena, AGG/GAO, PT-IPT 683, ff. 182 ss.

¹⁵⁷ De fecha 20 de abril de 1831, ante Manuel de Gaztañaga, AGG/GAO, PT-IPT 828, ff. 110 ss.

¹⁵⁸ Ante Juan Fermín de Furundarena, AGG/GAO, PT-IPT 744, f. 484.

¹⁵⁹ En fecha 6 de septiembre de 1810, ante Juan Antonio de Soroeta, AGG/GAO, PT-IPT 633, ff. 566 ss.

a saber (...) castaños entre mayores, menores y plantíos (...), robles (...), cerezos (...) nogal (...)¹⁶⁰.

4.3.2. *Documentación privada*

Aparte de esta relación de inscripciones registrales, se ha tenido conocimiento por fuentes privadas de documentos que revelan y atestiguan la práctica de esta forma de aprovechamiento.

I. “Tasación de las casas y pertenecidos de O.-c. y Z. de Elduayen, por los peritos D. Juan José Arrillaga, vecino de Tolosa; y D. Juan Miguel de Lizurume de Villabona. En la villa de Tolosa a diez y siete de Enero de mil ochocientos cuarenta y ocho ante el señor Dn. José Manuel Aguirre Miramón Juez de 1ª instancia del partido bajo de juramento que prestamos Juan José de Arrillaga e yo el infraescrito rendimos la declaración siguiente (...): pertenecidos (...): cuatro plantas de castaños y tres id. de roble que se hallan en el terreno denominado (...) propio de la villa, y que por lo mismo se halla sin amojonar, y a tres reales cada castaño y a dos reales cada roble...; trece castaños medianos que existen en la parte superior del castañal antecedente y terreno también denominado (...) propio de la villa y sin amojonar y a diez reales cada uno con inclusión del usufructo del alecho que se halla en su superficie...; doce árboles castaños grandes y veinte y dos pequeños en otro terreno llamado (...) también de la villa y a doce reales los primeros y a ocho los segundos...; treinta y cuatro castaños muy pequeños en el terreno llamado (...) igualmente de la villa y a cinco reales...; seis castaños grandes, diez pequeños y un nogal también pequeño en el terreno llamado (...) propio también de la villa y a diez reales los primeros, cuatro los segundos y ocho el nogal...; diez y ocho castaños grandes, doce id. medianos y tres nogales pequeños en el terreno denominado (...) y propio también de la villa...; cincuenta y seis castaños medianos y once robles trasmochos muy pequeños en el terreno llamado (...) propio de la villa, y que se halla sin amojonar...; mil trescientas catorce posturas de otro terreno helechal llamado (...) propio de la villa, (...) y a un cuartillo de real en que regulan cada postura por el usufructo del helecho importan (en total) (...). Se advierte que en el término de (...) según relación del mencionado Lizarralde, hace tres años se arrancaron los castaños que existían en él para carbón por dicho O., cuyo terreno es propio de la villa”.

II. “Aplicación de los once mil ochocientos cuarenta y ocho reales y veinte y ocho maravedís de legítimas correspondientes a (...) que hacen los infraescritos Maestros Agrimensores aprobados Juan José de Arrillaga vecino de esta villa de

¹⁶⁰ AHPO/GPAH, H-431, f. 17; escritura de 14 de noviembre de 1856 ante Melchor de Ezcurdia (AGG/GAO, PT 3252).

Tolosa y Juan Miguel de Lizurume de Villabona, de los bienes de (...) hermano de los primeros y todos vecinos de villa de Elduayen, es como sigue: los árboles castaños y un nogal existentes en el terreno llamado (...) que lo es de la villa...; últimamente los árboles existentes en el terreno llamado (...) también de la villa (...).”

III. “Permuta de árboles.

En la villa de Elduayen a once de Marzo de mil novecientos diez y ocho, Don M. C. A. y Don L. C. O. de esta vecindad permutan los cincuenta y seis árboles castaños que cada uno posee M. C. A. como propietario del caserío R. en el terreno común de I. y L. C. O. como dueño del caserío O. en terreno común de B. de modo que pasan a ser los árboles de I. de L. C. O. y los árboles de B. de M. C. A.”

IV. “En la villa de Elduayen a veintiocho de Febrero de mil novecientos veintiseis, comparecen de una parte Don H. O., mayor de edad, vecino de esta villa y de la otra Don L. C., también mayor de edad y vecino de esta misma villa.

Manifiestan hallarse en pleno goce de sus derechos civiles y dicen: Que tienen tratada y convenida la permuta de los árboles que se expresarán existentes en término municipal de esta villa, bajo las siguientes cláusulas:

1ª.- Que el compareciente D. H. O. es dueño de nueve árboles castaños existentes en el punto A. y ciento veinte castaños, fresnos y robles en el helechal pertenecientes al caserío U. de este término municipal.

2ª Que al compareciente D. L. C. le pertenecen como dueño los árboles siguientes: ciento veinte y siete castaños, robles y cerezos existentes en el punto G. de este término municipal.

3ª Que conviniendo a los comparecientes la permuta de los referidos árboles, la han pactado y convenido y llevan a efecto por el presente documento, por el cual se transmiten una a otra parte los árboles objeto de permuta.

4ª Que este documento se otorga por duplicado.

Así lo dicen y otorgan ambos comparecientes y leído que fue el presente documento, lo hallan conforme y firman”.

V. “Reunidos con fecha 17 de Febrero de 1948, por una parte Don V. G. y por la otra Doña J. E., acuerdan lo siguiente: V. G. vende a J. E., por la cantidad de trescientas pesetas, veinticinco castaños trasmochos que se hallan en terreno propiedad de ésta, en el punto denominado E., deshaciéndose aquél, desde este mismo instante, de todos sus derechos en este terreno, y cobrando la citada cantidad, cuyo recibo es el presente documento”.

VI. Venta de la casería de S. de Elduayen el 15 de enero de 1909 y 23 de noviembre de 1925 ante Lorenzo Salterain: “y también posee esta casa en los terrenos de aprovechamiento común los helechales y arbolados siguientes: el llamado G.... Dentro del perímetro de este helechal se hallan inscritos los arbolados siguientes (de

otras varias caserías): veintidos hayas plantadas por el dueño del caserío de H. y sus ascendientes y por lo mismo pertenecen a la misma casa... otro castañal (...), helechal arbolado (...), otro llamado A... comprende helechal de A. con ciento seis árboles..., helechal de la casería de O. con ciento ocho árboles...”; y como pertenecido del caserío de U. “pertenecen también como de aprovechamiento común un helechal..., otro helechal...”.

5. Caracteres de la institución

En definitiva, de las referencias recogidas, pueden remarcarse los siguientes caracteres de la institución:

1. Reúne las dos notas que, según la opinión más extendida, caracterizan al derecho real: el carácter inmediato o poder directo sobre el objeto determinado, y el carácter absoluto u oponibilidad frente a terceros en general (*erga omnes*) y frente a las personas que tengan relación con el objeto del derecho.

2. Al titular se le otorga la facultad de gozar o de disfrutar, y la de disponer.

3. El objeto del derecho son los frutos y aprovechamientos de contenido económico que a través de la producción espontánea o por cultivo obtiene el titular. En este aspecto, además, es un derecho ilimitado respecto del contenido de su objeto.

4. Su duración es perpetua o cuando menos indeterminada.

5. La finca es propia del titular y no se trata de un derecho sobre cosa ajena.

6. Concorre con otros titulares de otros aprovechamientos, por lo que se encuentra limitado respecto a los demás titulares de derechos sobre la misma finca.

En suma, en el supuesto coexisten diversos aprovechamientos, independientes entre sí y que recaen sobre una misma cosa, con distinta titularidad dominical.

6. Figuras análogas

A pesar de ser una institución crepuscular, la idea que subyace en la solución aportada por el mecanismo estudiado se manifiesta en otras muchas. Ello constituye un síntoma de la utilidad de la ya antigua fórmula de distribuir el disfrute de las fincas

y de la viabilidad económica para su titular, lo que refleja el papel de función útil que ha desempeñado y puede desempeñar en todo tiempo.

En el Código Civil y en las legislaciones civiles autonómicas existen diversas instituciones jurídicas que inciden en la materia de los aprovechamientos de pastos y de leñas, pecuarios y forestales. Esa misma variedad hace difícil la calificación de los supuestos prácticos que puedan presentarse¹⁶¹. Por ello, procede utilizar la vía comparativa para excluir todas aquellas figuras reguladas en las que no encaja la institución (forma peculiar de propiedad) que es objeto de este análisis.

Existen además otros preceptos en la legislación especial que regulan situaciones similares cuya descripción es de interés significativo para valorar la finalidad de la institución y la eventual aplicación analógica de las normas reguladoras.

6.1. *Comunidad de bienes*

Para que exista comunidad se requiere que exista alguna cosa en común de la que dos o más propietarios son cotitulares. Es nota indispensable de la comunidad la unidad e indivisión material del objeto del derecho, cosa que no se da cuando cada titular tiene un derecho exclusivo sobre un aprovechamiento. Por otro lado, en la comunidad, la peculiaridad es subjetiva en cuanto existe una pluralidad de personas que integran el sujeto activo titular del derecho de propiedad que actúan externamente como voluntad única, formada ésta a través del mecanismo de la fracción ideal de las cuotas. Además, la provisionalidad de la situación y la finalidad del régimen de atender a los problemas de administración, tanto en la comunidad romana como en la germánica, apuntan a no estimar aplicable las normas de la comunidad.

Como se comentará más adelante, el Tribunal Supremo ha defendido la equiparación de la institución con la comunidad por motivos prácticos. En principio para colmar la laguna legal presente en el Código Civil y, seguidamente, posibilitar la aplicación del derecho de retracto al objeto de unificar el pleno dominio de la finca sobre un mismo titular por estimar que es lo más conveniente. Para aplicar este remedio, y como es de carácter excepcional, es decir, no aplicable por analogía, necesariamente ha optado por la asimilación sin atender rigurosamente a la técnica jurídica¹⁶². Y es que el retracto es un derecho no de aplicación exclusiva a la

¹⁶¹ Sobre la naturaleza nada clara de los aprovechamientos pecuarios y forestales, *vid.* el trabajo de Manuel CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamiento en común de leñas y pastos*, Madrid, Servicio de Publicaciones del Ministerio de Agricultura, 1980.

¹⁶² José POVEDA MURCIA, “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, p. 158-163; José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil III*, vol. II,

comunidad, sino que sirve para acabar con situaciones antieconómicas e irregulares. Sin embargo, la posible aplicación y aceptación de tal remedio no afecta a la esencia de la figura, ya que el retracto aparece también en otras situaciones.

Cuestión distinta es la posibilidad de que la titularidad de un derecho de propiedad separado sobre la finca pertenezca a varias personas a la vez, es decir, que haya comunidad sobre ese derecho o, tal vez, incluso una figura societaria.

6.2. *Censo enfiteútico*

La enfiteusis es un contrato de innovación y de mejora agrícola, cuyo objeto natural son las tierras incultas y que surge en situaciones económicas extraordinarias. El enfiteuta crea riqueza propia a partir de su conveniencia y de los términos del contrato, cumpliendo fines agrícolas y sociales importantes a partir de la base de fraccionar, no el suelo, sino el propio derecho de propiedad¹⁶³.

Es una figura que el Código denomina de dominio dividido sobre la finca (dueño útil y dueño directo: *vid.* arts. 1605 y 1.628 ss.), aunque actualmente la doctrina tiende a reconocer, en atención al contenido de los derechos que otorga la regulación del Código, que el dominio de la finca se transfiere al enfiteuta a cambio de un canon o pensión periódica (derecho real limitativo que grava una cosa ajena).

Los elementos fundamentales que el Código exige para constituir el censo enfiteútico responden a la cesión del dominio útil sobre la finca a cambio de una pensión anual en reconocimiento del dominio directo que se reserva el cedente. En principio, las facultades del dominio útil parece que son más extensas que las que

Barcelona, Bosch, 1979 (3ª ed.), p. 53; José María MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario del artículo 392 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), tomo V, vol. 2º, Madrid, Edersa, 1985, p. 23; José Luis LACRUZ BERDEJO y Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1991 (2ª ed.), p. 506.

Verbi gratia, la STS de 25 de octubre de 1941 (RAJ 1092) señala que no pueden asimilarse la situación jurídica de los autores de letra y música respecto de una obra literaria-musical y la relación de condominio que se crea entre los dueños pro indiviso de la cosa o derecho común; esto es, no puede aplicarse la expresión “comunidad” en sentido técnico cuando sobre una cosa se estatuyen aprovechamientos diferentes.

¹⁶³ *Vid.* el proyecto de ley sobre redención de censos y cargas de la propiedad territorial de 3 de julio de 1886 (*Gaceta de Madrid* de 21 de julio). Art. 3: “son igualmente redimibles, y se registrarán para el caso por la presente ley, todas las demás pensiones y cargas de carácter perpetuo que pesan sobre la propiedad inmueble de España, ora procedan de enfiteusis, ora de derecho de superficie, ora de censo reservativo o consignativo, y sea cualquiera la denominación bajo que fueren conocidas”.

tiene el titular del derecho sobre un aprovechamiento. Sin embargo, la pensión anual es determinante en la figura censal (arts. 1.604 y 1.629 CC), y la ausencia de pago de prestaciones entre los titulares, a modo de renta o canon, es elemento característico en la institución del *ondazilegi* actual. A lo que se añade que, tras cualquier enajenación, no hay que dar el laudemio al eventual dueño directo.

6.3. *Servidumbre personal*

El concejo puede establecer sobre terrenos de su propiedad un derecho real limitativo del dominio en beneficio del común para el aprovechamiento de los pastos, hierbas, rastrojeras, derecho de sembrar u otros. El derecho de ciertas personas a determinado aprovechamiento sobre fincas ajenas ha sido calificado como *servidumbre personal* en múltiples ocasiones¹⁶⁴.

El Código Civil reconoce la existencia de las *servidumbres personales* (art. 531) y la facultad de todo propietario de establecer las que tenga por conveniente en el modo y forma que le pareciere (art. 594). Además, específicamente, el art. 603 CC se refiere a la *servidumbre de pastos* y el art. 604 CC a las establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular¹⁶⁵.

La primera característica de toda *servidumbre* es que recae sobre cosa ajena y limita las facultades del dueño de la cosa gravada, es decir, existe un dominio exclusivo de un sujeto distinto al titular de la *servidumbre* que se limita o grava. Ello no ocurre cuando los requisitos esenciales de la propiedad no recaen exclusivamente sobre uno de los titulares y lo que existe son dos derechos del mismo rango limitados recíprocamente. Por tanto, cuando el titular del suelo se comporta como propietario pero limitando su actividad a los pastos y sembradíos, y el titular del vuelo, asimismo, se manifiesta como dueño pero limitando su actividad a otros pastos o sembradíos, o a los productos del arbolado y su conservación, y cada cual permite la actividad del aprovechamiento correlativo, no puede afirmarse la existencia de la titularidad dominical exclusiva de ninguno.

¹⁶⁴ Vid. la clásica monografía de Juan OSSORIO Y MORALES, *Las servidumbres personales (Ensayo de sistematización)*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1936, pp. 93 ss; Alejandro NIETO, *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, Valladolid, Junta Provincial de Fomento Pecuario, 1959; José Luis de los MOZOS, “Dictamen sobre *Servidumbre personal de pastos*”, *ADC*, 1964, pp. 125-145; en *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, Tecnos, 1972, pp.139-168.

¹⁶⁵ Vid. Manuel CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Publicaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura, 1980.

En segundo lugar, es característica de las servidumbres personales que las facultades del titular sobre un determinado aprovechamiento del inmueble se extienda únicamente al ámbito necesario para satisfacer las necesidades de la persona beneficiaria, esto es, recibir un servicio a través del fundo que le proporciona una utilidad concreta. Colmar esas concretas necesidades del sujeto actúa como límite de la servidumbre. Por tanto, cuando la naturaleza de la relación no pueda deducirse expresamente del título de constitución, la nota de relación entre la amplitud del derecho y las necesidades del titular debe ser decisiva¹⁶⁶. Esta limitación subjetiva deja, sin duda, la relación del titular del terreno *ondazilegi* fuera del ámbito de la servidumbre personal; en éste los titulares pueden agotar el aprovechamiento sin el límite impuesto por necesidad específica.

Además, la regulación de las servidumbres personales en el Código Civil tiene como fin establecer un mecanismo de redención a favor del dueño del inmueble; en consecuencia, si el derecho sobre el terreno es de carácter perpetuo, desvinculado de cualquier limitación impuesta por un interés objetivo o subjetivo, y desempeña una función económica útil y justificada con independencia absoluta de los demás aprovechamientos, no puede ser sometido a la regulación de las servidumbres personales.

6.4. *Usufructo*

Es posible otorgar un derecho de usufructo para usar del suelo, según su forma y sustancia, y apoyar los árboles u otras producciones agrícolas. En ese caso, la propiedad de los árboles es exclusiva del usufructuario. Según el artículo 469 CC, “podrá constituirse el usufructo en todo o en parte de los frutos de una cosa”; el hecho de tener plantados determinados árboles es, en suma, disfrutar de los frutos del suelo, y para ello cuenta con las facultades necesarias para conservar y producir el fruto (árbol u otra producción).

Dentro del régimen del usufructo que engloba masas vegetales, hay que distinguir¹⁶⁷ el supuesto del usufructo de la propia plantación con independencia del suelo (art. 483 CC¹⁶⁸) y el usufructo de una finca calificada de maderable (que permite la tala e incluso el carboneo) o, más genéricamente, vegetable (art. 485 CC¹⁶⁹).

¹⁶⁶ José POVEDA MURCIA, “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, p. 155. Recurren a tal criterio las SSTs de 9 de abril de 1909, 6 de julio de 1918, 29 de noviembre de 1923, 14 de noviembre de 1924 y 20 de marzo de 1929.

¹⁶⁷ *Vid.* STS de 6 de abril de 1968 (RAJ 2074).

¹⁶⁸ *El usufructuario de viñas, olivares u otros árboles o arbustos podrá aprovecharse de los pies muertos, y aun de los tronchados o arrancados por accidente, con la obligación de reemplazarlos por otros.*

¹⁶⁹ *El usufructuario de un monte disfrutará todos los aprovechamientos que pueda éste producir según su naturaleza.*

Entre las características del usufructo, que se ha imponer sobre finca ajena, se recalca su carácter esencialmente temporal, ya que lo contrario sería vaciar el contenido de la propiedad al anular la perspectiva de recuperación del disfrute. Atendiendo a la temporalidad, el art. 513 CC recoge las causas de extinción, entre las que se incluye la muerte del usufructuario. Por tanto, la extinción se produce con independencia de la perduración o no del aprovechamiento.

El carácter temporal, reflejado en las causas de extinción, entre otras la propia muerte del usufructuario, diferencian el usufructo del derecho de aprovechamiento del que tratamos, que es ilimitado y sin plazo predeterminado y cierto de extinción.

6.5. Derecho de superficie rural o vegetal

Una de las múltiples manifestaciones que la legislación comprende en el derecho real de vuelo es el derecho real de superficie¹⁷⁰. El derecho de superficie

Siendo el monte tallar o de maderas de construcción, podrá el usufructuario hacer en él las talas o las cortas ordinarias que solía hacer el dueño, y en su defecto las hará acomodándose en el modo, porción y épocas, a la costumbre del lugar.

En todo caso hará las talas o las cortas de modo que no perjudiquen a la conservación de la finca.

En los viveros de árboles podrá el usufructuario hacer la entresaca necesaria para que los que queden puedan desarrollarse convenientemente.

Fuera de lo establecido en los párrafos anteriores, el usufructuario no podrá cortar árboles por el pie como no sea para reponer o mejorar alguna de las cosas usufructuadas y en este caso hará saber previamente al propietario la necesidad de la obra.

¹⁷⁰ Vid. Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, pp. 99-107.

Que la superficie es un particular derecho real de vuelo se deduce de múltiples referencias legislativas que no aluden para nada al derecho de superficie a la hora de catalogar el derecho de vuelo. En primer lugar, en los artículos 2.g), y 9.1 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941, y 48 y 55 a 59 del Reglamento de 30 de mayo de 1941 contemplan que la cesión del suelo para explotaciones forestales crea el derecho de vuelo, inscribible obligatoriamente en el Registro de la Propiedad. En segundo término, en los artículos 11.5 de la Ley de Montes de 8 de junio de 1957, y 287.1, 290 y 323 del Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962, se califica la cesión del suelo para plantar especies forestales como derecho real de vuelo. Posteriormente, la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario de 12 de enero de 1973, en los artículos 150 a 165, regula de modo diferenciado el arrendamiento y el derecho real de vuelo. Por último, y específicamente, el artículo 30.3 RH regula únicamente los aspectos a reunir para la inscripción, pero es una manifestación de que el legislador admite constituir derechos reales para el aprovechamiento del vuelo sobre fincas rústicas. No es solamente un complemento de la legislación forestal, porque se aplica a la inscripción de consorcios a favor de la Administración Forestal y también a favor “de los particulares”. Reconoce la existencia del derecho de superficie en las plantaciones forestales y agrícolas, pero para ello no se refiere únicamente al derecho de superficie, sino que habla de derecho real de vuelo, como lo hace la legislación forestal. Es un concepto más amplio y ambiguo que el contemplado en

puede constituirse sobre plantaciones en suelo ajeno generando la propiedad superficiaria de lo plantado, una titularidad semejante al dominio. Es decir, a partir de la existencia de una titularidad dominical sobre una finca, sus propietarios pueden limitar la propiedad creando un derecho real en favor de tercero por el que se cede la posesión al concesionario del derecho de superficie. Este derecho de superficie rural es un derecho real de goce inmobiliario, de limitación de la propiedad o gravamen sobre finca ajena, por el que el titular tiene y mantiene una plantación en suelo ajeno, es decir, el derecho a plantar o sembrar y mantener lo plantado o sembrado sobre una propiedad ajena, que por ello resulta limitado, adquiriendo la propiedad sobre el fruto de las actividades. Principalmente se refiere a la masa arbórea, pero, en general, engloba todas las plantaciones que de modo permanente sean susceptibles de un aprovechamiento económico, sean de ciclo vital prolongado (árboles y arbustos) o de

el artículo 16 RH. Algunos autores defienden que el derecho real de vuelo del artículo 30.3 RH es equivalente al derecho de superficie rústica; sin embargo, la amplitud de la norma responde a la necesidad de recoger la gran variedad de manifestaciones del derecho de vuelo que existen en el Derecho consuetudinario (exposición de motivos del Decreto de 17 de marzo de 1959 que modifica el RH e introduce los artículos 16 y 30.3: “es interesante consignar que el artículo 30, el derecho real de vuelo, un tanto impreciso que multiforme aparece de antiguo en grandes comarcas españolas, queda confirmado”). Es decir, el artículo 30.3 emplea la calificación de derecho real de vuelo con una regulación menos concreta que la del artículo 16 sobre el derecho de superficie, por tanto, con mayor alcance que el derecho de superficie, evitando de este modo proscribir la propiedad separada y otras situaciones diferentes de la superficie. El derecho real de vuelo, en su utilización y regulación jurídica, abarca tanto la propiedad superficiaria, como la propiedad separada que no se apoya o tiene su origen en un derecho de superficie (*vid.* Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, pp.167-169; y SSTS, sala 3ª, de 20 de octubre y 15 de diciembre de 1971, RAJ 4127 y 5010).

Por su parte, la superficie aparece regula de forma separada en diversas normativas, lo que confirma la falta de coincidencia de ámbitos entre ambas ideas.

De todos modos, algunos autores estiman que el derecho sobre el vuelo únicamente puede configurarse como un derecho de superficie (Vicente GUILARTE ZAPATERO, *El derecho de superficie*, Pamplona, Aranzadi, 1966, pp. 176-177; José Luis de los MOZOS, “Dictamen sobre Comunidad incidental de la plantación efectuada por un tercero en monte comunal”, *ADC*, 1970, p. 632; Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “Contratos constitutivos de derecho real de vuelo sobre fincas rústicas y arrendamientos rústicos”, *La Ley*, 1988-2, pp. 994-997, equipara ambos conceptos).

Según, Manuel GARCÍA DEL OLMO SANTOS, “Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 67-68 (1970), pp. 81, la relación entre el superficiario y lo edificado o plantado es un derecho de propiedad, y por tanto en la superficie hay una propiedad separada.

Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “Contratos constitutivos de derecho real de vuelo sobre fincas rústicas y arrendamientos rústicos”, *La Ley*, 1988-2, p. 997, dice que en el derecho real de vuelo el titular es dueño de las masas vegetales creadas y el superficiario rústico es propietario de lo plantado, aunque sea temporalmente, ya que la perpetuidad no es nota necesaria de la propiedad.

período agrícola anual (helechos), sean silvestres, plantados o cultivados, y estén agrupados o aislados¹⁷¹.

El Código Civil sanciona el derecho de superficie en los artículos 1.611, relativa a la redimibilidad, y 1.655 en tanto en cuanto no vaya contra la esencia del propio derecho¹⁷². Por su parte, en el Derecho civil autonómico, la Compilación de Navarra distingue el derecho de superficie, que confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido (leyes 430 a 434), los derechos de sobre-edificación y sub-edificación, que otorgan la facultad de construir nuevas plantas sobre un edificio o por debajo de éste (leyes 435 a 442) y el derecho de plantaciones en suelo ajeno, derecho real sobre suelo ajeno por el que pertenece al concesionario la propiedad de la plantación separadamente del dominio del suelo (leyes 443 y 444).

En la legislación especial, junto al derecho real de superficie urbana¹⁷³, el de superficie rústica aparece en el art. 3, párrafos 3 a 7, de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común, cuya regulación, en consonancia con la naturaleza del derecho de superficie, recoge algunas notas características que definen a la superficie rústica¹⁷⁴; y en el art. 13 de la Ley de Arrendamientos Rústicos¹⁷⁵.

¹⁷¹ Vid. J. Miguel LOBATO GOMEZ, “Consideraciones acerca de la superficie arbórea”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 840-858.

¹⁷² Las SSTs de 3 de julio de 1941, 17 de abril de 1948, 29 de mayo de 1950, 21 de abril de 1951, 5 de febrero de 1953, 26 de octubre de 1956, 5 de enero de 1967 entienden incluido el derecho de superficie entre esos gravámenes, pero sin que ello signifique acabar con la superficie. Se trata de encauzar el arriendo superficial, es decir, un contrato complejo en el que junto a las estipulaciones arrendaticias se conceden al arrendatario los poderes del superficial; de este modo, el derecho de superficie tiene su propia sustantividad y no se subsume en la figura del arrendamiento, en el cual se subsumirá únicamente el arriendo superficial; *vid.* Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “Contratos constitutivos de derecho real de vuelo sobre fincas rústicas y arrendamientos rústicos”, *La Ley*, 1988-2, p. 996.

¹⁷³ Arts. 136.2 y 287.2 y 3, 288.2 y 3, y 289 de la Ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, Texto refundido aprobado por Real decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (BOE de 30 de junio; *vid.* Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, BOE de 14 de abril), y art. 16.1 RH aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 y modificado por Decreto 393/1959, de 17 de marzo.

¹⁷⁴ Ley 55/1980, de 11 de noviembre (BOE de 21 de noviembre): Artículo 3.º: 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 indispensable 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 superficial podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión, en el de un canon periódico, en la adjudicación de parte del vuelo en varias de estas modalidades a la vez, o en otras diferentes. En todo caso, la comunidad titular del*

De la regulación de la superficie en general, y rústica en particular, se desprende que los caracteres de éste no coinciden con los que integran el derecho del titular del terreno *ondazilegi*. En principio, conviene observar que en el derecho de superficie no existe una concurrencia de propiedades diversas, ya que la propiedad superficiaria es inescindible del derecho de superficie al que pertenece, y que el propietario, en las plantaciones sobre suelo ajeno, no se reserva derechos de goce sobre la finca. Nítidamente, además, este particular derecho de vuelo sobre fincas rústicas tiene una duración limitada pasado el cual el dueño del suelo recupera los aprovechamientos existentes en el vuelo, de modo que el titular del suelo, en algún momento posterior, lo será de la superficie¹⁷⁶. A ello hay que añadir que el derecho de

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, cualquiera que sea el título en virtud del 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.

¹⁷⁵ Ley 83/1980, de 31 de diciembre (BOE de 30 de enero de 1981). Artículo 13: *Los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, susistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola; también podrá subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si a su otorgamiento hubiere concurrido el propietario.*

¹⁷⁶ La temporalidad como nota esencial se recoge en los arts. 30.3 RH (*El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya; en la inscripción se harán constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y el de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipulados, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Igualmente deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración Forestal o de los particulares*), 3 de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común y 13 LAR (donde, en el primer párrafo, la temporalidad deriva del propio contrato de arrendamiento en el que se basa, pero en el segundo es un requisito esencial, ya que al mismo concurre el propietario). El CC se refiere, asimismo, a la duración indefinida (distinta de la perpetua) o duración temporal (limitada).

El derecho real de vuelo es “el derecho a plantar y explotar árboles sobre una finca ajena, a título oneroso o gratuito, de acuerdo con unos determinados planes (tipo de plantación) y pacto entre las partes, con una duración no perpetua, deviniendo su titular propietario de lo plantado hasta la extinción del derecho, gozando de la facultad de disposición” [Manuel GARCÍA DEL OLMO SANTOS, “Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 67-68 (1970), pp. 73].

Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, p. 169, recalca que la distinción entre la propiedad separada y la propiedad superficiaria se sitúa en el carácter perpetuo o indefinido de la primera frente al carácter temporal de la segunda.

superficie comporta el pago al propietario cedente de un canon como precio del aprovechamiento¹⁷⁷.

En suma, la superficie recae sobre un fundo ajeno, cuya titularidad dominical no se percibe cuando existen derechos de igual rango e importancia que tienen carácter temporal perpetuo o indefinido. El dueño directo en la superficie y en el censo no se reserva ningún aprovechamiento y, por su parte, en el caso de concurrencia analizado, tiene el derecho a los restantes aprovechamientos compatibles, sin obligación de pagar ningún canon periódico fijo o variable al otro u otros titulares¹⁷⁸.

6.6. *La comunidad incidental*

En el caso de que las plantaciones se realicen de buena fe en terreno ajeno surge una especie de comunidad incidental con especificación de partes dominicales. “En la mayoría de las comunidades incidentales lo que surge es una comunidad dominical específica como puede verse en las surgidas en la accesión de cosas muebles, conforme a las normas de los arts. 375 y ss. CC y especialmente en los arts. 381 y 382.1 del mismo”¹⁷⁹. Cada parte conserva su derecho en la medida en que es compatible con la naturaleza de las cosas, y lo único que puede hacerse es separar lo que se ha unido, bien material y directamente, bien acudiendo a unas reglas que sustituyan esta separación respetando el juego de intereses de las partes, cuando aquella no pueda hacerse. Es precisamente a ese juego al que responde el art. 361 CC, lo que no excluye aplicar por analogía el artículo 378.1 CC: “cuando las cosas pueden separarse sin detrimento, los dueños respectivos pueden exigir la separación”.

En éstas también va a existir una propiedad del arbolado separada de la del suelo aunque están destinadas a desaparecer por su propia naturaleza.

¹⁷⁷ El Código Civil lo concibe como una variedad del censo (art. 1.655), y el art. 3.5 de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común regula la contraprestación del superficiario; indirectamente en el art. 30.3 RH.

¹⁷⁸ La jurisprudencia reconoce la sustantividad propia de la propiedad separada, sin identificarla con el derecho de superficie o la propiedad superficiaria (SSTS de 22 de enero de 1953, 10 de diciembre de 1962 y 8 de abril de 1965), como una manifestación más del derecho real de vuelo (STS de 20 de octubre de 1971, *RAJ* 4127).

Sobre las diferencias marcadas entre la propiedad superficiaria y la propiedad separada, *vid.* Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, pp. 158-169.

¹⁷⁹ José Luis de los MOZOS, “Dictamen sobre Comunidad incidental de la plantación efectuada por un tercero en monte comunal”, *ADC*, 1970, pp. 625-642.

6.7. *Arrendamiento o aparcería*

La Ley de Arrendamientos Rústicos establece como elemento básico de ambas figuras la cesión temporal del uso y disfrute de los aprovechamientos a cambio de precio o renta, o a cambio de repartirse los productos en partes alícuotas, ninguno de los cuales confluye en la calidad del *ondaşilegi*. Por otro lado, la naturaleza jurídica del derecho arrendaticio no es real sino personal.

De la disposición del artículo 4.1 LAR se deduce *a contrario* que cuando la repoblación que ha de llevar a cabo el cesionario es de especies arbóreas forestales y por tiempo superior a doce años, el contrato se rige por la LAR. Pero ello no equivale a afirmar que la LAR prohíba la constitución de derechos reales sobre las fincas rústicas que lleven consigo la facultad de su utilización y aprovechamiento; es decir, la legislación arrendaticia no se aplica a los contratos constitutivos del derecho real de vuelo¹⁸⁰.

7. La propiedad separada del vuelo y del suelo

7.1. *En la legislación*

Dentro del ordenamiento jurídico positivo, ha habido y existen múltiples normas que de forma explícita o implícita contemplan la propiedad separada de la plantación con independencia del suelo donde arraiga o de los que puede deducirse que es posible constituir tal institución¹⁸¹. Más que otra cosa, lo único que hace el legislador es plantear el problema, ya que responden a supuestos muy concretos y no al tema en términos generales, aunque es nítido que separa las situaciones en que el dominio se divide y las situaciones en que el dominio se grava.

Particularmente, en el Derecho Agrario la intervención administrativa referente a las fincas mejorables y manifiestamente mejorables opera sobre el destino y naturaleza de la explotación a través de la expropiación o privación singular del derecho de uso y disfrute que instaura la disociación entre el suelo y el vuelo rústico.

7.1.1. *Legislación de Montes*

¹⁸⁰ *Vid.* Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “Contratos constitutivos de derecho real de vuelo sobre fincas rústicas y arrendamientos rústicos”, *La Ley*, 1988-2, pp. 994-997.

¹⁸¹ *Vid.* Nicolás PEREZ CÁNOVAS, “Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 586 (1988), p. 752, nota 80.

Como antecedente, la Ley de Montes de 24 mayo de 1863¹⁸² contempla medidas para el fomento del arbolado en los montes¹⁸³ y regula, en su artículo 6, el supuesto de la separación del dominio del suelo y del vuelo, pero únicamente aquél en que el suelo es de algún particular y el vuelo pertenece a alguna entidad pública: *cuando pertenezca a un particular el suelo de un monte exceptuado de la venta, cuyo vuelo sea del Estado o de algún pueblo o establecimiento publico, se refundirán los dos dominios, indemnizando previamente al particular* (desarrollado por los artículos 62 y siguientes del Decreto de 17 de mayo de 1865).

El Decreto de 17 de octubre de 1925¹⁸⁴, relativo a las Instrucciones para el régimen de los montes de los pueblos y su adaptación a la Ley de Estatuto Municipal de Calvo Sotelo de 1924, establece en su artículo 35 que *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 (...). 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 a favor del usufructuario del suelo en dicho supuesto*. Esta disposición, al no ser derogada formalmente, únicamente ha de entenderse derogada en cuanto se oponga al ulterior Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962.

La posterior Ley de Montes de 8 de junio de 1957¹⁸⁵ habla, en su artículo 23, de condominio pero distinguiendo la propiedad del suelo y la propiedad del vuelo: *en los casos de condominio, cuando el suelo pertenezca a un particular o 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*.

La excepción se refiere a los convenios, acuerdos o consorcios (aplicación de la técnica contractual, en este caso a través de contratos de naturaleza administrativa,

¹⁸² *Gaceta de Madrid* de 28 de mayo.

¹⁸³ Artículo 5: “se emprenderán por cuenta del Estado las operaciones necesarias para poblar de monte los yermos, los arenales y demás terrenos que no sirvan de un modo permanente para el cultivo agrario reservando con tal objeto los que hoy posea el Estado de esta clase, y adquiriendo otros si el Gobierno lo creyese necesario, previa indemnización a sus dueños, y renuncia de estos al derecho de hacer las plantaciones por su cuenta, si le conviniere, y dentro del plazo que les fijare el Gobierno, según las circunstancias de los terrenos y de las plantaciones. En todos los casos se reserva a los dueños la facultad de adquirir nuevamente los terrenos que fueron de su propiedad, pagando al Estado el valor de los mismos y el del gasto invertido en el arbolado existente al tiempo de esta nueva adquisición, que podrá reclamarse dentro del término de cinco años, a contar desde el día de la expropiación”.

¹⁸⁴ *Gaceta de Madrid* de 18 de octubre.

¹⁸⁵ *BOE* de 10 de junio.

en la gestión administrativa) que para el fomento y auxilio en la tarea de repoblación forestal se realizan entre particulares y el Patrimonio Forestal, por los cuales el propietario de un monte puede constituir un derecho real de vuelo en favor del ICONA, para que éste pueda repoblar el terreno y aprovechar la masa forestal, reservando al propietario un derecho de participación en el valor neto de los productos obtenidos¹⁸⁶. Por lo demás, el procedimiento concreto para el ejercicio de dicho derecho de opción legal¹⁸⁷ se desarrolla en el Decreto 485/1962, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Montes¹⁸⁸, cuyos artículos 13 a 17 contemplan normas procedimentales para la refundición de los dos dominios¹⁸⁹, sin establecer el régimen jurídico interno de ordenación de la institución, que deberá regirse por el Derecho Civil.

En suma, la legislación de Montes establece un mecanismo para poner fin a la situación y refundir los “dos dominios”, lo que significa que para el legislador se trata

¹⁸⁶ Artículo 2 de la Ley de Patrimonio Forestal del Estado de 10 de marzo de 1941 (BOE de 10 de abril): *El Patrimonio Forestal del Estado se constituye con:... g) El vuelo de los montes creados con arreglo a esta Ley, sobre terrenos no adquiridos en propiedad.* Artículo 58 de su Reglamento de 30 de mayo de 1941 (BOE de 26 de junio): *El vuelo de las masas creadas deberá en todo caso ser inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del Estado, sin perjuicio de los derechos sobre el mismo que se reserven al propietario del suelo.* Desarrollado en los artículos 56 a 59 del Reglamento Forestal del Estado y el artículo 11.3 de la Ley de Montes de 1957.

En opinión de la mayor parte de la doctrina, los consorcios forestales son derechos de superficie arbórea, aunque el Tribunal Supremo (STS, sala 3ª, de 20 de octubre de 1971, R/AJ 4127) no la haya entendido siempre así. *Vid.* J. Miguel LOBATO GOMEZ, “Consideraciones acerca de la superficie arbórea”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 848-849.

En la línea de la figura de los consorcios se encuentra la política de reforestación de tierras agrícolas entre las medidas de acompañamiento de la reforma de la PAC, que asigna derechos de producción en materia forestal a explotaciones agrarias (percepción de primas por superficie y por especie vegetal). La larga duración del destino forestal que exigen las ayudas exige que la realización del compromiso requiera siempre el consentimiento del propietario. El desarrollo de la legislación de reforestación se desarrolla en los tres niveles: Unión Europea (CEE, 2.080/92 del Consejo de 30 de junio), Estado español (RD 152/1996, de 2 de febrero, y RD 1356/1998, de 26 de junio; *vid.* Félix LÁZARO BENITO, “Reforestación de tierras agrarias: ¿suelo agrícola o forestal? Naturaleza y régimen jurídico”, en *Derecho Agrario. IV Congreso Nacional* (Madrid, 26-28 de octubre de 1994), Madrid, MAPA y Ed. Agrícola Española, 1995, pp.191-200) y Comunidades Autónomas (disposiciones reglamentarias dictadas en ejercicio de sus facultades legislativas de desarrollo de los Reales Decretos vigentes).

¹⁸⁷ Es un derecho real de adquisición configurado como un supuesto de opción legal: *vid.* Manuel GARCÍA AMIGO, “Derechos reales de adquisición”, *RDP*, 1976, p. 120.

¹⁸⁸ *Vid.* Miguel MASA ORTIZ, *Legislación de Montes. Comentarios al reglamento de 22 de febrero de 1962*, Barcelona, Nauta, 1964.

¹⁸⁹ De modo complementario, la Ley 5/1977, de 4 de enero, de fomento de la producción forestal (BOE de 8 de enero) y el Decreto 1279/1978, de 2 de mayo, reglamento para la aplicación de la anterior Ley (BOE de 12 de junio) establecen en los artículos 13 y 24, respectivamente, la concesión de beneficios fiscales a aquellos actos encaminados a la extinción del derecho real de vuelo constituidos a favor de la Administración.

de una realidad odiosa y de ahí su tendencia a hacerla desaparecer. Por otro lado, la preferencia en favor del vuelo parece que no atiende al propio derecho en sí, sino que es por causa de que el titular es precisamente el Estado¹⁹⁰.

7.1.2. Ley de Reforma y Desarrollo Agrario

En materia de régimen de comarcas y fincas mejorables, el artículo 140.2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, aprobado por el Decreto 118/73, de 12 de enero¹⁹¹, prevé lo siguiente: *En los supuestos de dominio dividido o existencia de derechos reales de disfrute sobre cosa ajena o personales que incidan sobre la explotación de las fincas, los preceptos de esta Ley relativos a comarcas y fincas mejorables afectarán a todos los titulares concurrentes o sucesivos, según la respectiva naturaleza de los derechos que ostenten de acuerdo con la legislación civil.*

Dentro del régimen de la concentración parcelaria, el texto refundido de la Ley de Concentración Parcelaria, aprobada por Decreto de 10 de agosto de 1955¹⁹², establecía en su artículo 45 que *cuando el aprovechamiento del suelo de una parcela de procedencia corresponda a una persona distinta de la facultad para aprovechar el vuelo o arbolado, se considerará a ambos titulares, a efectos de la concentración, como dueños pro indiviso, en proporción al valor de sus derechos, determinado conforme al procedimiento de expropiación forzosa, y la división de aprovechamientos no se trasladará a la finca de reemplazo.* Sigue la técnica jurisprudencial, que se comentará más adelante, de la analogía con la comunidad para otorgar el derecho de retracto.

El posterior texto refundido de la Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962¹⁹³ no recoge ese precepto que desaparece por razones prácticas de dificultad en su aplicación¹⁹⁴. Pero la Ley de Ordenación Rural de 27 de julio de 1968¹⁹⁵ la vuelve a introducir en su artículo 17.2: *con carácter excepcional, el procedimiento de concentración parcelaria podrá ser utilizado por el Instituto con la finalidad de dividir comunidades de bienes rústicos para su posterior concentración cuando se produzca una discordancia entre el Registro y la realidad, siempre que no se opongan la mayoría de los partícipes, que no haya pacto que impida la división y que ésta permita un mejor aprovechamiento de las fincas.* Es esta disposición la que recoge el artículo 175 LRDA, que es de aplicación a otro tipo de comunidades

¹⁹⁰ Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, p. 198.

¹⁹¹ BOE de 2 de febrero. El artículo en cuestión recoge el artículo 2.2 de la Ley 27/1971, de 21 de julio, sobre régimen de comarcas y fincas mejorables.

¹⁹² BOE de 26 de septiembre.

¹⁹³ BOE de 10 de noviembre.

¹⁹⁴ Francisco CORRAL DUEÑAS, “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 560 (1984), p. 297.

¹⁹⁵ BOE de 29 de julio.

distintas de las copropiedades por cuotas, a las que se aplica el artículo 195 LRDA. Es una vía para asignar, tras el expediente concentrador, trozos en propiedad plena y resolver el problema jurídico-económico de esas otras comunidades de bienes, en las que hay que enmarcar los supuestos de propiedad separada.

7.1.3. *Normativa de Expropiación Forzosa*

La legislación de expropiación forzosa tiene por objeto principal regular la “privación singular de la propiedad privada” en su conjunto. Pero, al mismo tiempo, el artículo 2 del Reglamento de Expropiación Forzosa de 26 de abril de 1957¹⁹⁶ se refiere a las expropiaciones de “facultades parciales del dominio”, que son aprovechadas por la intervención administrativa en las medidas de reforma agraria. Es decir, el legislador acepta la idea de despojar alguna facultad de la propiedad, que puede corresponder a algún aprovechamiento, otorgándosela a la entidad o persona beneficiaria del procedimiento expropiatorio y constituyéndose en una vía para crear eventuales dominios separados sobre un mismo objeto.

7.1.4. *Ley de Arrendamientos Rústicos*

En el contrato de arrendamiento rústico es posible dividir los aprovechamientos principales de la finca ya que cada aprovechamiento puede satisfacer las necesidades de su titular (artículo 3). En los supuestos de ejercicio del retracto arrendaticio rústico y derecho de acceso a la propiedad pueden existir plantaciones forestales que no se consideren incluidas en el contrato de arrendamiento por no existir pacto expreso (art. 3.2). La jurisprudencia ha impedido que se incluyan en el retracto pretendido¹⁹⁷ de modo que crea una situación de dominio separado; sin embargo, en los casos de ejercicio del derecho de acceso a la propiedad se tiende a excluir la constitución de supuestos de propiedad separada¹⁹⁸.

7.1.5. *Disposiciones del Régimen Local*

El artículo 82 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de

¹⁹⁶ BOE de 20 de junio.

¹⁹⁷ STS de 2 de febrero de 1982 (RAJ 372): “el ejercicio del retracto tiene que limitarse a lo arrendado... aparecen excluidos del arriendo... los bosques (en cuanto tales aprovechamientos forestales)”.

¹⁹⁸ *Vid.* Mikel M. KARRERA EGIALDE, *Los arrendamientos rústicos históricos: análisis a partir de la realidad guipuzcoana*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 257 a 260.

régimen local¹⁹⁹, establece: 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 terrenos del mismo patrimonio no catalogados 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 cesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultiven, y durante los cinco años primeros podrán acotar las parcelas plantadas para preservarlas 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 acuerdo del Ayuntamiento Pleno*²⁰⁰. Los vecinos se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultiven, es decir, adquieren la propiedad de lo plantado con independencia del suelo.

¹⁹⁹ BOE de 22 y 23 de abril. Artículo cuyos precedentes se sitúan en el artículo 27 del Real Decreto de 23 de agosto de 1924, del Reglamento de la Hacienda Municipal (*Gaceta de Madrid* de 30 de agosto) y el artículo 195 del Decreto de 16 de diciembre de 1950, del texto articulado de la Ley de Administración Local (BOE de 1 de julio de 1951).

²⁰⁰ El artículo 116 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio (BOE de 7 de julio), tiene la misma redacción. De entre sus antecedentes, los artículos 195 del texto articulado y refundido de las leyes de bases de régimen local de 17 de julio de 1945 y de 3 de diciembre de 1953, aprobado por Decreto de 24 de junio de 1955, y 195 del texto articulado de la Ley de régimen local aprobado por Decreto de 16 de diciembre de 1950 (BOE de 29 a 31 de diciembre), plasman una redacción casi idéntica: 1. *No implicarán enajenación ni gravamen las concesiones 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 terrenos del mismo patrimonio no catalogados como de utilidad pública.* 2. *Dichas concesiones habrán de ser acordadas por el Ayuntamiento Pleno con el voto favorable de las dos terceras partes de sus componentes.* 3. *Los concesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultiven, y durante los cinco años primeros podrán acotar las parcelas plantadas para preservarlas de los ganados. Si esta acotación perjudicara aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos, quedará en suspenso la concesión hasta que sobre ella recaiga nuevamente acuerdo del Ayuntamiento Pleno.* El artículo 101 del Reglamento de bienes de las entidades locales aprobado por Decreto de 27 de mayo de 1955 (BOE de 14 de julio): 1. *No implicarán enajenación ni gravamen las concesiones de parcelas de terrenos del patrimonio municipal a favor de vecinos braceros o cabezas de familia, aunque el disfrute de éstos haya de durar más de diez años, ni las que se otorguen a vecinos para plantar arbolado en terrenos del mismo patrimonio no catalogados como de utilidad pública.* 2. *Dichas concesiones habrán de ser acordadas por el Ayuntamiento Pleno con el voto favorable de las dos terceras partes de sus componentes y no tendrán eficacia hasta que se hayan hecho constar en escritura pública y ésta sea inscrita en el Registro de la Propiedad.* 3. *Los concesionarios se harán, en su caso, dueños del arbolado que cultivan, y durante los cinco años primeros podrán acotar las parcelas plantadas para preservarlas de los ganados.* 4. *Si esta acotación perjudicara aprovechamientos comunales y hubiera reclamaciones de vecinos o cabezas de familia, quedará en suspenso la concesión hasta que recaiga nuevamente sobre ella acuerdo del Ayuntamiento Pleno.* Y el artículo 160 del Real Decreto Ley de 8 de marzo de 1924, aprobando el Estatuto Municipal (*Gaceta de Madrid* de 9 de marzo): *No serán reputadas como enajenación ni gravamen, ni sometidas a los requisitos de los artículos 157 y concordantes, las concesiones de parcelas de terreno del patrimonio municipal, a favor de vecinos braceros, cuando el disfrute a éstos otorgado haya de durar menos de diez años. Estas concesiones, y las que se otorguen a vecinos del Municipio para plantar arbolado en terrenos del patrimonio concejil, no catalogados como de utilidad pública, han de ser acordadas por el Ayuntamiento pleno, o es aplicación que haga la Comisión municipal permanente de las reglas establecidas al efecto por aquél. Los vecinos que obtengan permiso para plantaciones y lo utilicen con arreglo a las condiciones establecidas, se harán dueños de los árboles que cultiven, y durante los cinco primeros años*

7.1.6. Reglamento Hipotecario

El artículo 16 RH permite crear una verdadera propiedad separada. En el título que constituya la superficie debe señalarse el plazo de duración, transcurrido el cual lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo “salvo pacto en contrario”. Estipulado por las partes que transcurrido el plazo, que necesariamente ha de señalarse, la propiedad no pasará al propietario del suelo, se crea una auténtica propiedad separada, porque al finalizar el plazo el dueño del suelo, por la obligación *propter rem* adquirida, transmite la propiedad de la edificación al ya ex-superficiario. Al igual que cuando se otorga el derecho a construir y no se pacta el plazo de duración; en tal caso no existe un derecho de superficie, sino una perpetua propiedad del constructor²⁰¹. Su régimen jurídico se determinará a partir de la intención de las partes, y por analogía podrá aplicarse el régimen del derecho de superficie, no en cuanto al derecho a reconstruir o a utilizar el suelo para edificar en términos generales, pero sí en cuanto a mantener la edificación en la propiedad ajena hasta que perezca el edificio.

7.1.7. En la legislación autonómica

En la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, la corraliza puede ser, según su origen y título, un gravamen de la propiedad o una concurrencia de derechos dominicales cualitativamente distintos pero recíprocamente limitados (ley 379). El legislador lo califica de comunidad indivisible pero redimible en diversos casos, entre otros cuando el Juez estime que la subsistencia de estos derechos dificulta notablemente el cultivo o la explotación racional de las fincas según su naturaleza (ley 382) y portadora del derecho de retracto en caso de enajenación, por cualquier titular, de su derecho dominical (ley 383). Por otra parte, se contempla el derecho de aprovechamiento de las producciones espontáneas de helecho de montes cuya titularidad es comunal (“helechales”, ley 388), en el cual el legislador distingue el dueño del aprovechamiento y el dueño del terreno (ley 389) y al que se aplica la redención y el derecho de retracto contemplado para las corralizas (ley 390); en

podrán acotar las parcelas plantadas a fin de preservarlas de los ganados. Cuando la acotación de parcelas perjudique los aprovechamientos comunales, las concesiones quedarán en suspenso por virtud de reclamación de los vecinos, hasta que sobre ella recaiga nuevamente acuerdo del Ayuntamiento pleno. Entre ambos, el artículo 152.3 de la Ley Municipal de 31 de octubre de 1935 (*Gaceta de Madrid* de 1 de noviembre).

²⁰¹ Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, pp. 230-234.

relación a los helechales se sostiene que la continuidad en su disfrute e incluso el acceso al Registro de la Propiedad no priva a estos terrenos del carácter comunal²⁰².

En el ámbito extremeño, el artículo 3 de la Ley extremeña 1/1986, de 2 de mayo, de la Dehesa²⁰³ dispone que *en los supuestos de dominio dividido o existencia de derechos reales de disfrute sobre cosa ajena o personales que incidan sobre los distintos aprovechamientos de una dehesa, los preceptos de esta Ley afectarán a todos los titulares concurrentes o sucesivos, según la respectiva naturaleza de los derechos que ostenten de acuerdo con la legislación civil*. Asimismo, el artículo 3 de la posterior Ley extremeña 3/1987, de 8 de abril, de ordenación y utilización de las tierras en regadío²⁰⁴ hace referencia al dominio dividido: *1. La existencia, sobre una superficie de regadío, de figuras o supuestos de dominio dividido o de cualesquiera otros derechos reales sobre la misma, no será obstáculo para la obligatoria observancia de todos los preceptos establecidos en la presente Ley, que afectarán no sólo al propietario, sino también a todos los titulares concurrentes o sucesivos, según la respectiva naturaleza de los derechos que ostenten de acuerdo con la legislación civil. 2. La Junta de Extremadura arbitrará los medios necesarios a través de líneas de crédito que se creen al respecto para la unificación de dominios en aquellas explotaciones que no lleguen a la extensión mínima de explotación.*

7.2. En la jurisprudencia

²⁰² Sobre las corralizas: SSTs de 7 de marzo de 1981 (RAJ 903), 29 de noviembre de 1983 (RAJ 6684) y 11 de diciembre de 1987 (RAJ 9420); STS (Sala de lo Contencioso) de 16 de mayo de 1989 (RAJ 3719); y SSTSJ de Navarra de 17 de diciembre de 1991 (RAJ 2582), 28 de diciembre de 1995 (RAJ 9669) y 17 de marzo de 1997 (RAJ 1852). Distinción con la facería, STS de 12 de julio de 1988 (RAJ 5609).

Respecto de los helechales: SSTs de 16 de febrero de 1979 (RAJ 516), 24 de diciembre de 1979 (RAJ 4138) y 16 de octubre de 1985 (RAJ 4899; comentada por Enrique RUBIO TORRANO, *CCJC*, nº 9, 1985, pp. 3009-3018); SSTs (Sala de lo Contencioso) de 23 de enero de 1980 (RAJ 268) y 6 de febrero de 1987 (RAJ 2746); y SSTSJ de Navarra de 31 de julio de 1992 (RAJ 8376), 28 de junio de 1993 (RAJ 4826) y 17 de octubre de 1994 (RAJ 9024).

En la doctrina, *vid.* Felipe de ARIN Y DORRONSORO, *Problemas agrarios. Estudio jurídico-social de las corralizas, servidumbres, montes y comunidades de Navarra*, Herald Segoviano, 1930; Victoriano LACARRA Y MENDILUCE, *Instituciones de Derecho Civil Navarro*, Pamplona, Imprenta Provincial, 1917, y Ed. Aramburu, 1932; José M^a IRIBARREN, *Vocabulario navarro*, Pamplona, Ed. Gómez, 1952; Rafael AIZPUN TUERO, en *Curso de Derecho Foral Navarro I. Derecho Privado*, Gráficas Iruña, Pamplona, 1958-59; Juan GARCÍA GRANERO FERNÁNDEZ, *Derecho foral de Navarra: derecho privado (recopilación privada)*, Pamplona, Aranzadi, 1971; Francisco SALINAS QUIJADA, *Derecho Civil de Navarra II*, Pamplona, Diputación Foral, 1983 (2^a ed.); Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, “El sistema de los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra”, *ADC*, 1974, pp. 67-90 y “Los derechos reales en el Fuero Nuevo de Navarra”, en *Estudios de Derecho Civil II*, Pamplona, Universidad de Navarra, 1978.

²⁰³ BOE de 22 de julio.

²⁰⁴ BOE de 9 de mayo.

Ante el silencio legislativo sobre una regulación general de la propiedad separada, la jurisprudencia ha tenido la labor de adoptar posiciones para detectar esos supuestos y establecer criterios para su regulación.

7.2.1. *Del Tribunal Supremo*

La jurisprudencia recoge casos en que los distintos aprovechamientos de que es susceptible una finca rústica pertenecen a distintos titulares, pero sin llegar a configurar una doctrina clara y uniforme sobre la naturaleza de la relación, aunque sí se pueda deducir la tendencia de una línea general de posicionamiento.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la diversa titularidad de los aprovechamientos de una misma finca con referencia a dos problemas: el de la aplicación del derecho de retracto de comuneros cuando alguno de los titulares enajena a un tercero su derecho; y el de las limitaciones entre los distintos derechos separados de los diversos titulares, es decir, la determinación del contenido de cada derecho. Y para decidir, al mismo tiempo y necesariamente, se toma postura frente al problema de su naturaleza jurídica²⁰⁵.

A) Por lo que respecta a la eventual aplicación del derecho de retracto, la doctrina jurisprudencial, con arreglo a la normativa anterior al Código Civil, establece como régimen común que la verdadera proindivisión requiere la indispensable concurrencia de dos o más dueños en todas y cada una de las partes de una finca²⁰⁶. Por ello, en el caso de que, entre las propiedades o terrenos de distintas personas que se hallan divididas por señales ostensibles y conocidas por los dueños, exista una mancomunidad que se limita solamente al aprovechamiento de los pastos, sin comprender en la comunidad los demás aprovechamientos, como la labor y el arbolado, que a cada uno corresponden por razón de su dominio particular, no puede hablarse de verdadera comunidad a efectos de aplicar el retracto de comuneros a la enajenación de una de esas propiedades²⁰⁷.

Existe, por otro lado, en la legislación desamortizadora, la regulación establecida por la Ley de 15 de julio de 1866 en su artículo 9, por la cual, vendida por el Estado el suelo de la finca, el dueño del arbolado tiene derecho de tanteo²⁰⁸.

²⁰⁵ *Vid.* el análisis de los diversos pronunciamientos jurisprudenciales, en orden cronológico, en Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 180-186.

²⁰⁶ SSTs de 28 de enero de 1865 (*JC*, t. 11, n° 29, pp. 98-100), 1 de abril de 1865 (*JC*, t. 11, n° 130, pp. 441-444), 15 de abril de 1867 (*JC*, t. 15, n° 104, pp. 381-385).

²⁰⁷ STS de 24 de marzo de 1860, *JC*, t. 5, n° 144, pp. 330-331.

²⁰⁸ *En las enajenaciones que verifique el Estado de fincas cuyo dominio se halle dividido tenga el condueño el derecho de*

Aplican directamente esta disposición las SSTS de 20 de diciembre de 1877²⁰⁹ y 20 de enero de 1880²¹⁰, e indirectamente la STS de 12 de julio de 1881²¹¹, al ser supuestos en los que, tras adquirirse la propiedad del arbolado u otro aprovechamiento en las subastas de enajenación de bienes nacionales, se ejercita el derecho de retraer la propiedad del adquirente del suelo en una posterior subasta. En estos casos, como fundamento jurídico, reconoce el Tribunal Supremo que existe una verdadera comunidad que permite aplicar el retracto de comuneros²¹².

En los pronunciamientos realizados tras la puesta en vigor del Código Civil, inicialmente se equipara la situación jurídica en que se yuxtaponen el dominio del suelo y el del arbolado a la copropiedad de cosa común principalmente para fundamentar la aplicación del derecho de retracto de comuneros y consolidar el dominio separado, a pesar de reconocer que no hay comunidad en todos los disfrutes o aprovechamientos de una finca según requiere la doctrina jurisprudencial antes citada²¹³.

tanteo, durante un plazo de diez días a partir del remate.

²⁰⁹ *JC*, t. 38, n° 463, pp. 366-369.

²¹⁰ *JC*, t. 43, n° 24, pp. 67-70.

²¹¹ *JC*, t. 47, n° 343, pp. 122-125.

²¹² La STS de 20 de diciembre de 1877 señala que “basta ser condueño en una porción, aunque sea la menor, siempre que el que la tuviera mayor no hiciera uso de su derecho”. La de 12 de julio de 1881 considera que “tiene parte *en la cosa* en unión con el señor del suelo, el dueño del arbolado que el mismo suelo produce, existiendo entre ellos el verdadero condominio”.

²¹³ La STS de 9 de marzo de 1893 (*JC*, t.73, n° 75, pp. 349-354) califica “de copropietarios de cosa común al dueño del suelo y al del arbolado”. La STS de 22 de junio de 1897 (*JC*, t. 81, n° 271, pp. 1240-1254) sostiene que, el caso en que existe derecho a disfrutar directamente cuantos aprovechamientos eran peculiares a todos los terrenos y baldíos de que se trata y a intervenir y prestar su consentimiento a los arrendamientos que de dichos terrenos pudiera hacerse, constituye un verdadero condominio por demostrar una igualdad absoluta de derechos.

Indirectamente, las SSTS de 17 de mayo de 1898 (*JC*, t. 84, n° 64, pp. 321-327), en que se discute la validez del dominio del arbolado adquirido al Estado en subasta pero no inscrito en el Registro de la Propiedad a efectos de decidir la existencia de copropiedad y la eficacia del ejercicio del derecho de retracto por el dueño del arbolado tras la enajenación del suelo en que se asientan; la de 19 de abril de 1901 (*JC*, t. 91, n° 105, pp. 556-571), en que se reconoce el condominio de dos municipios sobre unos terrenos que son propios de un municipio y sobre los cuales el otro únicamente tiene el derecho de aprovechamiento de los pastos, frutos, caza, pesca, corta de madera y estiércol, y que tras su enajenación se discute la repartición de la renta; y la de 27 de noviembre de 1906 (*JC*, t. 105, n° 144, pp. 821-828), que acepta el retracto de comuneros, tras la enajenación del terreno, por acreditar el demandante la posesión en concepto de dueño, e inscrito preventivamente en tal calidad en el Registro, del arbolado de la finca, al estimar que no cabe racionalmente distinguir entre propietarios a título de poseedores en concepto de dueños y propietarios a título de dominio.

Cuestión distinta es que exista comunidad sobre el derecho de propiedad de la masa vegetal, como claramente aparece en la STS de 25 de enero de 1928 (*JC*, t. 180, n° 104, pp. 646-652).

En las posteriores sentencias, con mayor cautela, se matiza que no es una verdadera copropiedad y se califica de relación jurídica análoga a la comunidad de bienes o comunidad especial, es decir, no es una figura idéntica a la copropiedad pero sí semejante²¹⁴; en alguna ocasión se habla únicamente de una situación de

²¹⁴ La STS de 9 de julio de 1903 (*JC*, t. 96, n° 25, pp. 140-147), tras descartar que se trate de un derecho real de servidumbre, por tener los titulares de los aprovechamientos la cualidad de propietarios, sostiene que “esos distintos disfrutes, el de yerbas, pastos y agostaderos, por un lado, y el de siembra en determinados sitios, por otro, sobre una misma cosa, si no constituyen una comunidad, en el sentido del art. 392 del propio Código, engendran una relación jurídica análoga entre los legítimos explotadores de la heredad, que autoriza a reputarlos, para los efectos del retracto, dados los fines económicos de esta institución, como condueños o propietarios de una cosa común”.

La STS de 3 de abril de 1909 (*JC*, t. 114, n° 47, pp. 376-419) considera que “el condominio en toda su extensión supone o implica una igualdad absoluta de derechos, siquiera pueda ser en proporción varia cuando la finca se halla pro indiviso, constituyendo por tal modo una verdadera comunidad; y en sentido más estricto, cuando existe división entre la propiedad del suelo y del vuelo, puede también estimarse con relación al conjunto de la finca por el íntimo enlace que entre una y otra existe dentro de dicho conjunto o totalidad... No cabe estimar el verdadero condominio en tal sentido... sino más bien una limitación mayor o menor de ésta (de la propiedad), o sea una coparticipación en varios de los productos de las fincas”, en un caso en que varios pueblos ejercitan la acción reivindicatoria del dominio de ciertos aprovechamientos de varias fincas, derecho dominical sobre el aprovechamiento que acepta el Tribunal pero que previamente fue incautado y enajenado por el Estado en su mayor parte conforme a las leyes desamortizadoras, lo que supone la desestimación de la acción.

La STS de 6 de julio de 1920 (*JC*, t. 151, n° 19, pp. 93-120) describe que “en el caso actual se trata de predios únicos singulares, respectivamente, y no se dan ninguna de las circunstancias referidas (los caracteres de las servidumbres), puesto que el aprovechamiento de hierbas y pastos en el año y en la parte no sembrada corresponde a la demandada y pertenece al actor tan sólo el derecho de labor que le fue transmitido por las tres relacionadas escrituras, claro está que es incontrovertible reputar a la una y el otro como copropietarios de cosa común... ya que los distintos disfrutes de aprovechamiento y labor, engendran, entre ambos dueños, relación jurídica análoga a la comunidad de que trata el art. 392 del citado Código”.

La STS de 9 de mayo de 1922 (*JC*, t. 156, n° 41, pp. 302-325) afirma que “interpretando el artículo 392 del Código aludido, tiene declarado la jurisprudencia de esta Sala que debe estimarse la existencia del condominio o comunidad de bienes no sólo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca pro indiviso a diferentes personas, sí que también cuando el dominio o aprovechamientos que de él se deriven estén distribuidos en tal forma, que hay entre los copartícipes algo común, en términos que pueden reputarse como copropietarios... Aun en la hipótesis de que el disfrute de los referidos aprovechamientos durante tan largo tiempo no constituyera copropiedad, sería de todos modos muy bastante, desde luego, para legitimar y revestir de entera eficacia el ejercicio de la acción deducida por los recurridos, ya que en distintas sentencias tiene declarado esta Sala que para que prospere la acción de retracto preconizada en el artículo 1.522 del Código Civil, no es necesario que el título en que se apoye el retrayente acredite de manera acabada el pleno dominio en la porción de la cosa común, sino que basta a ese fin demostrar la posesión en concepto de dueño” [sentencia comentada por José CASTÁN TOBEÑAS, “Comentario de la sentencia de 9 de mayo de 1922”, *RDP*, n° 115 (1923), pp. 119-120].

Indirectamente, en las SSTS de 21 de febrero de 1920 (*JC*, t. 149, n° 64, pp. 422-427) en un

copropiedad²¹⁵. Sin embargo, otras situaciones de hecho similares son calificadas de cargas, gravámenes o limitaciones de la propiedad, negando, por tanto, la existencia de condominio²¹⁶.

Se recalca la existencia de algo común en esos supuestos en que el dominio sobre los aprovechamientos está dividido, ya que existe un enlace entre ellos dentro del conjunto o totalidad, lo que subordina, de alguna manera, recíprocamente ambos derechos. Se insiste en la idea de que todos los derechos están adheridos de alguna forma al terreno, que se presenta como cosa común y por tanto están relacionados y subordinados unos a otros²¹⁷.

A efectos de aplicar el derecho de retracto, aparte de equiparar o reconocer la analogía con la comunidad, se alega asimismo el argumento teleológico. Al respecto, la STS de 9 de marzo de 1893 señala que “el retracto legal tiene por objeto refundir en una sola persona el dominio pleno de una finca, evitando los inconvenientes que la desmembración del mismo produce para la facilidad de las transacciones y el desarrollo de la riqueza inmueble, por cuya razón el Código civil, que es aplicable a este asunto, concede la facultad de retraer, no sólo cuando existe verdadera comunidad en un predio, sino en el censo enfiteútico, en los foros, en la cesión del suelo para la plantación de viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, y en los contratos de naturaleza análoga al de enfiteusis, sin que obsten al ejercicio de aquella facultad la separación e independencia que hay entre los derechos que comprenden al dominio directo y los inherentes al dominio útil... Es manifiesto en el caso presente, con arreglo al art. 1522 del Código civil, la procedencia del retracto, el cual, según otros preceptos del Código, tiene lugar en circunstancias iguales y aun menos calificadas”.

supuesto de división de un municipio en dos que reparte dominio del territorio pero mantienen en común el aprovechamiento de los pastos y frutos sobre el conjunto inicial; y 27 de noviembre de 1923 (*JC*, t. 160, nº 136, pp. 603-647).

²¹⁵ STS de 21 de noviembre de 1929 (*JC*, t. 191, nº 63, pp. 319-329).

²¹⁶ SSTs de 6 de julio de 1918 (*JC*, t. 144, nº 16, pp. 111-128), 30 de octubre de 1919 (*JC*, t. 147, nº 114, pp. 560-574), 14 de noviembre de 1924 (*JC*, t. 164, nº 83, pp. 406-421), 20 de marzo de 1929 (*JC*, t. 188, nº 99, pp. 492-498), 18 de febrero de 1932 (*RAJ* 914) y 5 de noviembre de 1956 (*RAJ* 3431).

²¹⁷ La STS de 9 de marzo de 1893 (*JC*, t.73, nº 75, pp. 349-354) señala que “no puede menos de reputarse como copropietarios de cosa común al que tiene el derecho de siembra y a aquél a quien pertenece el arbolado, ya porque éste se halla adherido al terreno y no puede subsistir separado de él, ya porque los derechos de ambos dueños están relacionados y subordinados de manera que el uno en las operaciones de cultivo no puede hacer nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro el utilizarse de ellos, impedir, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo”. La misma idea reside implícitamente en la STS de 9 de julio de 1903 (*JC*, t. 96, nº 25, pp. 140-147). La de 6 de julio de 1920 (*JC*, t. 151, nº 19, pp. 93-120) reseña que “los derechos de los dos se relacionan y subordinan de tal modo que ni la demandada ni el demandante pueden menoscabar en nada lo privativo de cada uno”.

En la línea de aceptar la aplicación del derecho de retracto en la propiedad dividida, la STS de 26 de junio de 1976²¹⁸ excluye en el supuesto la existencia de “la verdadera comunidad de bienes según definición del art. 392 del Código civil, esto es, de aquella forma de propiedad en la que todo es de todos y para toda clase de usos y derechos, sino también en el sentido más estricto en que pudiera entenderse copropietarios a efectos de retracto, a todos los que tuvieran sobre la cosa derechos dominicales, aunque fuera con separación unos de otros”. Por el contrario, la STS 28 de octubre de 1958²¹⁹ distingue la comunidad y la propiedad separada, y no acepta la aplicación por analogía del derecho de retracto de comuneros, previsto para la primera a la segunda.

B) En segundo término, en una ulterior fase, los pronunciamientos jurisprudenciales tratan de delimitar los derechos separados. Al tener que decidir sobre los límites de los derechos, el Tribunal entra a analizar más detenida y acertadamente también la naturaleza de la institución. Sobre la naturaleza jurídica del supuesto se pasa a sostener que, a pesar de la afinidad con figuras reguladas como la servidumbre personal, la copropiedad o el derecho de superficie, en el dominio compartido existe un concurso o una yuxtaposición de derechos de propiedad distintos sobre una misma cosa, según la terminología francesa, o de propiedad dividida, según la técnica germánica²²⁰.

²¹⁸ *RAJ* 3110; *vid.* José Manuel GARCÍA GARCÍA, “Comentario de la sentencia de 26 de junio de 1976”, *RCDI*, n° 527 (1978), pp. 823-826.

²¹⁹ *RAJ* 3779.

²²⁰ La STS de 22 de enero de 1953 (*RAJ* 258) inicia tal orientación: “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 aquélla en que el suelo y el vuelo de una finca, con sus respectivos aprovechamientos, corresponde a titulares distintos, pues si guarda alguna 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 típicas no son exactamente aplicables al supuesto del dominio compartido que es objeto de examen en estos autos, caracterizado en definitiva como relación jurídica innominada de derechos yuxtapuestos, sobre una misma finca”; reiterada en la de 10 de diciembre de 1962 (*RAJ* 5060).

La STS de 8 de abril de 1965 (*RAJ* 2151) describe que “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 dos titulares es limitado por el derecho de otro, de manera que, desapareciendo el derecho de uno de ellos, el del 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 alícuotas-, por lo cual, esa figura resultante, no puede calificarse de copropiedad, sino más bien de concurso o yuxtaposición de derechos de propiedad distintos

Hay que reseñar en primer lugar que cada derecho de propiedad es sustantivo en sí mismo. La STS 28 de octubre de 1958²²¹ recalca que “cualquiera que fuese la concepción y alcance de los derechos del propietario del suelo con relación a los subsuelos y la de los dueños de éstos relativamente a aquél, aparecerán siempre con una unidad de dominación total y completamente independiente, con potestad de disposición exclusiva, sin que pueda pensarse en modo alguno que exista una copropiedad o comunidad de uso, disfrute y disposición, pues pueden darse casos en que la extensión de los subsuelos exceda con mucho horizontalmente de los límites de los suelos, cuando estas propiedades están en manos distintas”.

Sobre los límites de los derechos concurrentes, la STS de 8 de abril de 1965²²² indica “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, que 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”. Partiendo de ello, añade que “el ejercicio simultáneo y contrapuesto de dos derechos de propiedad distintos y concurrentes sobre la misma finca, exige una completa y perfecta delimitación de ellos, evitando colisiones y que el uno pueda invadir y hacer efectiva la anulación del otro”. Esa delimitación de los derechos de aprovechamiento es la que marca el límite de cada uno, siempre en aras a hacer compatibles todos los derechos.

Al mismo tiempo, comienza a señalarse, más específicamente, la delimitación de los ámbitos de ambos derechos de propiedad. En la STS de 27 de noviembre de 1923²²³, el Tribunal Supremo “señala especial diferencia en la propiedad de las heredades, según a unos pertenece el suelo y a otros el arbolado sito en el mismo, estableciendo que el dueño de aquél carece de acción para impedir al del arbolado el libre aprovechamiento de éste”. Por su parte, la STS de 22 de enero de 1953²²⁴ dice que “en su ejercicio, pueden entrar en colisión por la incompatibilidad que provoque la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del 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 las instituciones afines, es preciso idear la regla razonable que armonice las facultades en colisión atendiendo preferentemente al título

sobre una misma cosa -terminología francesa- o de propiedad dividida -según la técnica germánica-”.

²²¹ *RAJ* 3779.

²²² *RAJ* 2151.

²²³ *JC*, t. 160, n° 136, pp. 603-647.

²²⁴ *RAJ* 258.

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”.

En suma, la jurisprudencia parte de la idea de que hay una situación análoga a la copropiedad o comunidad sobre la finca y una división de carácter jurídico real de los aprovechamientos; no existe jurídicamente una copropiedad, pero puede hablarse de una especie de comunidad en sentido económico. Con ello se busca corregir las situaciones de propiedad separada, principalmente para aplicar el derecho de retracto de comuneros y refundir en una sola propiedad los distintos aprovechamientos, económicamente diferenciados, pero físicamente enlazados, consolidando la propiedad individual de la totalidad de la finca; pero también para reconducir a la comunidad los eventuales nuevos aprovechamientos de que sea susceptible la finca y para llenar la laguna legal por la falta de reglamentación legal que existe en su régimen jurídico²²⁵.

7.2.2. *De la Dirección General de Registros y Notariado*

Durante la vigencia de los Reglamentos Hipotecarios de 1863 y 1870 se dictan diversas Resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado sobre los problemas de inscripción de los supuestos de separación del suelo y del arbolado. Responde a que el Reglamento Hipotecario de 1861 recoge esta realidad al exigir en el artículo 27 “que en toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra se expresará con claridad esta circunstancia, al hacer mención de las cargas que pesen sobre el derecho que se inscriba”. La última frase se suprime en el Reglamento Hipotecario de 1870 (de ejecución de la Ley Hipotecaria de 1869). El artículo en su conjunto se suprime al dictarse el Reglamento Hipotecario de 1915 (de ejecución de la Ley Hipotecaria de 1909).

Es al amparo de ese artículo 27 que el propietario del vuelo pretende su inscripción sin estar inscrito previamente el dominio del suelo y la DGRN emite resoluciones sobre supuestos de inscripción de la propiedad separada de las

²²⁵ Otros casos en que se alega el derecho de propiedad separada sobre una misma finca, o se la menciona, sin manifestaciones jurídicas relevantes sobre la materia: SSTS de 5 de noviembre de 1956 (RAJ 3431), 3 de mayo de 1961 (RAJ 1857), 21 de noviembre de 1962 (RAJ 5004), 28 de junio de 1964 (RAJ 3736) y 20 de octubre de 1971 (sala 3ª, RAJ 4127), 26 de junio de 1976 (RAJ 3110), 15 de junio de 1984 (RAJ 3243), 9 de julio de 1988 (RAJ 5601), 13 de marzo de 1989 (sala 3ª, RAJ 1979) y 23 de junio de 1998 (RAJ 4744).

plantaciones respecto al suelo. La doctrina dictada por el organismo en cuestión exige, reiterada y uniformemente, como requisito indispensable para la inscripción del vuelo (en la mayoría de los casos, del arbolado), la previa inscripción del dominio de la misma finca sobre la que radica, sin la cual no es posible extender la inscripción de aquél²²⁶, salvo que sea a favor del Estado²²⁷.

²²⁶ Referencias extraídas de Carlos ODRIOZOLA Y GRIMAUD, *Diccionario de Jurisprudencia Hipotecaria de España*, Madrid, Librería de Leopoldo Martínez, 1901 (4ª ed.) y Ed. Reus, 1916 (5ª ed.), voz *Arbolado*: “Para verificarse la inscripción de la venta de un arbolado es indispensable la previa inscripción del dominio de la misma finca sobre la que radica; y si no constare en los libros antiguos ni en los nuevos, podrá el interesado exigirla, en conformidad a lo que para el caso prescribe la ley y el Reglamento” (12 de junio de 1863). “Se halla bastantemente acreditada la propiedad de una viña plantada en terreno razonado en los libros antiguos y trasladado el asiento a los modernos, puesto que, inscrito lo principal, se tiene inscrito lo accesorio. En tal caso, el expediente para justificar la posesión en que se está de la viña no es necesario, puesto que el expediente mencionado se forma para suplir títulos, y el dueño de la viña los tiene bastantes, con los que justifica su dominio sobre el terreno. Sin embargo, dicho expediente puede servir para adicionar las circunstancias que de ellos resulten y contribuyan a identificar perfectamente la finca en la forma marcada por el Reglamento en su art. 25” (5 de septiembre de 1863). “Para la inscripción de un arbolado ha de preceder la del terreno” (22 de febrero de 1864). “Para inscribir la enajenación de un arbolado es necesario la inscripción previa del terreno en que radica. Si el arbolado que se ha de inscribir radica en varias suertes de tierra que están reputadas como fincas distintas, deberán hacerse tantas inscripciones cuantas sean éstas, según el art. 228 de la ley” (23 de marzo de 1864). “Es necesaria la inscripción del suelo para que se pueda verificar la del arbolado” (4 de noviembre de 1867). “La escritura de cesión de un arbolado no es inscribible cuando al redactarla el Notario falta a lo dispuesto en el n° 1, art. 8 de la Instrucción de 12 de junio de 1861, omitiendo la naturaleza, situación, medida superficial y linderos de cada una de las fincas a que afecta el derecho en el arbolado que cede el otorgante, y no constando del Registro a qué personas pertenece el suelo donde está plantado dicho arbolado, no puede cumplirse el requisito que exige el art. 27 del Reglamento; cuyas dos omisiones, la que se advierte en la escritura y en los libros, constituyen dos faltas que pueden subsanarse extendiendo nueva escritura y obteniendo la inscripción del suelo conforme a las reglas establecidas en la ley Hipotecaria, en el Reglamento y en el Real decreto de 21 de julio de 1871” (22 de julio de 1874). “Es doctrina inconcusa sentada por la Dirección general en las Resoluciones de 12 de junio de 1863, 22 de febrero y 23 de marzo de 1864, 4 de noviembre de 1867 y 22 de julio de 1874, que a la misma inscripción del vuelo ha de preceder siempre la del suelo, sin cuyo previo requisito no es posible extender aquélla. En su virtud, no es inscribible la escritura de venta de varias cepas de viña puestas en una tierra de un tercero, por no estar el terreno previamente inscrito a favor de quien corresponda” (2 de octubre de 1884).

Asimismo, la RDGRN de 30 de julio de 1908 (*JC*, t. 111, n° 142, pp. 799-803), a pesar de alegar el recurrente que el derecho de arbolado es un verdadero condominio que puede inscribirse como tal propiedad, establece que “se inscriba previamente en tal caso, a nombre de sus dueños, la propiedad de la finca en que dicho arbolado existe”.

²²⁷ “La inscripción de los aprovechamientos de pastos y arbolado a favor del Estado no perjudica a los que tengan o pueden tener mejor derecho a la propiedad de los terrenos, hayan inscrito o no su título, ni desconoce la posesión en que algunos se hallan de sembrar cierto número de años, por lo que es infundada la negativa de un Registrador a inscribir los certificados de posesión expedidos por un Jefe de una Administración económica de la provincia de los

8. Naturaleza jurídica de los terrenos y del derecho *ondazilegi*

Hay que partir de distinguir la naturaleza jurídica de los aprovechamientos en sí y la de los bienes sobre los que recaen aquéllos.

8.1. *Naturaleza del objeto*

Previamente a abordar la naturaleza jurídica propia de la institución, se estima conveniente delimitar el carácter del objeto sobre el que recae el derecho, esto es, de los bienes sometidos al aprovechamiento de los titulares. Al respecto, cabe decir que en la propiedad separada del suelo y del vuelo, las titularidades dominicales recaen sobre objetos que están perfectamente acotados. Esa diversidad de objetos, independientes y autónomos, es la principal razón por la cual no es posible admitir las calificaciones jurisprudenciales que la aproximan a la idea de comunidad o copropiedad donde la unidad del objeto es esencial a la propia idea de condominio. Por tanto, en cuanto existen dos o más propiedades individuales y exclusivas que recaen sobre dos o más objetos, cabe distinguir las consideraciones realizadas sobre cada uno de ellos.

8.1.1. *El vuelo*

Actualmente no existe dificultad para admitir que el vuelo constituye una cosa en sentido jurídico. La ciencia jurídica, valiéndose de los postulados de la ciencia económica, ha concluido que las utilidades de que es susceptible el suelo son variadas y que económicamente no se agotan con las utilidades concretas existentes sobre el vuelo. La masa vegetal, particularmente el arbolado, es una fuente de producción que tiene autonomía económica y una función diferenciada de otras que recaen sobre el suelo.

Por tanto, es posible disociar jurídicamente el vuelo y el suelo. La doctrina actual sostiene que “el concepto de *parte integrante* debe reservarse para aquellos entes que permaneciendo unidos físicamente a otros no gozan de autonomía jurídica independientemente del todo que constituyen; por el contrario, los que manteniendo este enlace o unión física son susceptibles de disociación jurídica deben recibir la denominación de *partes*, si los queremos poner en relación con el todo, y de *cosas* en

aprovechamientos de pastos y arbolado de ciertos terrenos y procede la inscripción de dicha posesión, la que deberá verificar el Registrador con arreglo a las disposiciones vigentes y teniendo presente lo dispuesto en el art. 332 del reglamento” (RDGRN 29 de enero de 1871).

sentido jurídico en cuanto pueden ser objetos autónomos de derechos... Para nuestro Derecho hay que admitir que se pueden constituir derechos independientes sobre las partes de una cosa, siempre que tengan un valor económico en el tráfico jurídico... La regla general en nuestro Derecho es que es susceptible de constituir objeto de derechos separados los elementos que están físicamente unidos a otros, si éstos, efectivamente, son considerados en el tráfico jurídico como cosas en sí mismos; a esto llamábamos nosotros que cumplieran una funcionalidad económica distinta de las otras partes del todo, no sólo permaneciendo unido a él, sino mientras lo estuviera”²²⁸. De este modo, el vuelo, en cuanto cosa privativa, es susceptible de dominio y de integrarse en el patrimonio del titular.

En relación al arbolado, el artículo 334.2º CC preceptúa que es un bien inmueble al igual que el terreno al cual está unido. No es un fruto de la tierra, sino que, conforme a las calificaciones económicas utilizadas también en el ámbito agrario, es un capital que, como la tierra misma, produce frutos. Sin embargo, sí que cabe distinguir, como lo refleja la STS de 6 de marzo de 1965, 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 como verdaderos frutos a todos los efectos legales procedentes”²²⁹. Sin embargo, la expresión parte integrante que utiliza la norma no tiene significado técnico²³⁰.

8.1.2. *El suelo*

Como ya se ha señalado en un apartado anterior, “si bien en un principio todas las tierras del Concejo pertenecían al común aprovechamiento de los vecinos, más tarde, algunos pueblos las utilizaron como fuente de ingresos, contrariando así la propia y especial naturaleza de estos bienes. De este modo nació su división fundamental: propios y comunes o patrimoniales y comunales (que ya distinguen exactamente las Partidas: Leyes 9 y 10, tít. XXVIII, Part. 3ª), entre los que existe una diferencia esencial, puesto que los primeros constituían una propiedad privada, como otra cualquiera, y eran sólo un medio económico de ordenar recursos para levantar las cargas del Concejo, mientras que los otros constituían una forma peculiar de propiedad y servían de base fundamental para la vida del grupo y que, por sus

²²⁸ Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, pp. 45, 64 y 95.

²²⁹ Sobre el concepto de plantación *vid.* Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, pp. 10-37.

²³⁰ Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, p. 94, nota 137.

circunstancias particulares, no puede confundirse con ninguna otra”²³¹. En origen, es una distinción funcional para señalar aquellos bienes comunales que quedan afectos para producir una renta destinada a sufragar las necesidades del ayuntamiento, pero que después se convierte en sustancial y se utiliza, inadecuadamente, para adjudicar la propiedad de los primeros al ayuntamiento y la de los segundos a los vecinos²³². Partiendo de separar la institución jurídico política (el municipio) y el núcleo social (el común de vecinos), es una clasificación interesada e impulsada por los poderes económico-sociales para ir convirtiendo los bienes comunales en propios, adjudicando la titularidad al ayuntamiento como entidad político-administrativa tras usurpársela a la entidad vecinal, y acceder posteriormente, al amparo de la legislación desamortizadora, a la titularidad dominical de los mismos (excepción significativa de ese proceso ha sido la región gallega, donde se han mantenido en gran extensión todavía los montes vecinales en mano común). En suma, los terrenos arbitrados se convierten en la figura intermedia de transición para proceder al paso de los terrenos comunales al régimen particular.

Los artículos 338 a 345 CC establecen el régimen de los bienes según las personas a que pertenecen, distinguiendo el Patrimonio Real, los pertenecidos del Estado y los bienes de las provincias y los pueblos²³³. Pero en la clasificación de los bienes en cuanto tales, se distinguen los que constituyen dominio público y los que son de dominio privado. A esos efectos, se establece el criterio del destino al uso o servicio público, de modo que los bienes de dominio público del Estado, cuando dejen de estar destinados al uso o servicio público, pasan a ser fincas de propiedad particular del Estado (art. 341 CC)²³⁴; y los bienes de las provincias y de los pueblos que no sean de dominio público, esto es, no vinculados al uso público (art. 343 CC), son bienes patrimoniales (art. 344.2 CC). El artículo 343 CC, al referirse a los bienes de las provincias y los pueblos, contrapone los bienes patrimoniales y los bienes de uso público; sin embargo, esta contraposición no es correcta en cuanto los bienes de uso público son una categoría de los bienes de dominio público, tal y como lo pone de manifiesto el artículo 79 de la Ley de Bases del Régimen Local²³⁵ y sus concordantes al establecer que los bienes de dominio público son de “uso” o “servicio” público. El Código establece una relación de cuáles son de uso público

²³¹ Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES, “Comunidad o servidumbre de pastos”, *RDP*, nº 237 (1933), p. 167.

²³² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura”, *ADC*, 1976, pp. 285-289; *Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, Ed. Estudio, Santander, 1986, pp. 16-21.

²³³ Sobre la distinción de esos bienes, *vid.* Manuel CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Publicaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura, 1980, pp. 137-186.

²³⁴ Por tanto, reguladas por la Ley de Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril (*BOE* de 23 de abril).

²³⁵ Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (*BOE* de 3 de abril).

(art. 344 CC) pero para conocer los vinculados al servicio público hay que acudir a la normativa administrativa.

Respecto de los bienes patrimoniales, atendiendo a la legislación anterior, los pertenecientes a la provincia son siempre “de propios”, pero cuando pertenezcan a los pueblos, pueden ser “comunales”²³⁶ o “de propios”²³⁷. Como afirma FLÓREZ DE QUIÑONES, “para las gentes rurales, bienes de *proprios* eran aquellos que el Ayuntamiento explotaba en régimen de arrendamiento y *comunes* los que disfrutaban los propios vecinos, unas veces con aprovechamientos gratuitos y otras, las más, mediante el pago de unos pequeños arbitrios, lo que significaba una mayor justicia en el aprovechamiento y, siempre, conforme a las normas que contenían las Ordenanzas, producto de larga experiencia”²³⁸. Pero, particularmente en el ámbito jurídico y en referencia a los bienes de los pueblos, la STS de 17 de diciembre de 1904²³⁹ reseña que “pueden y deben agruparse en tres clases: bienes de propios, que son aquéllos que perteneciendo a los pueblos, dan algún fruto o renta en beneficio del procomún, beneficio o producto que ingresa en las arcas municipales y figura en los presupuestos; pero del que nadie en particular, ningún vecino aisladamente, puede usar; otra clase, bienes comunes o de aprovechamiento común, de los cuales cada vecino por sí puede usar o aprovecharse gratuita y libremente, cuyos productos o rentas nunca entran en el tesoro municipal, hasta el punto de que si se utilizan de modo que produzcan renta o recurso aplicable a los gastos municipales, pierden su condición de comunes para caer en la de propios; y una tercera clase que consiste en los bienes que, aun pertenecientes a los pueblos, no sólo los pueden usar todos y cada uno de los vecinos, sino la generalidad de las personas, que no producen ni propiamente pueden producir ningún fruto o renta; aquéllos, en una palabra, que son de uso público”.

Por tanto, los bienes comunales o de aprovechamiento común, bien se denominen montes del común de los pueblos o del común de los vecinos, están comprendidos en el párrafo segundo del artículo 344 CC, con la consecuencia de que el carácter comunal del monte revela su carácter patrimonial; es decir, en cuanto no sea bien adscrito a un servicio general o uso público, determinante del carácter de bien de dominio público, será un bien patrimonial, en suma de propiedad privada, a

²³⁶ Art. 187 LRL: cuyo aprovechamiento y disfrute pertenece exclusivamente a los vecinos.

²³⁷ Arts. 186 y 673.2.1.c) LRL: los que pueden constituir fuente de ingresos. Los bienes de propios son los que están arbitrados y constituyen una fuente de ingreso para el municipio (dato fiscal), y de aprovechamiento común los demás (Alejandro NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, Edersa, 1964, pp. 221-232).

²³⁸ Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES, “Ley Hipotecaria y vida rural” (conferencia pronunciada el 6 de marzo de 1961), *AAMN*, tomo XIV (1965), p. 192.

²³⁹ Sala 3ª, *Jurisprudencia Administrativa*, t. 68, nº 80.

tenor de los artículos 344 y 345 CC, cuya titularidad corresponde al ayuntamiento en cuanto persona jurídica titular de derechos y obligaciones de índole civil²⁴⁰.

De todos modos, conforme al artículo 80 de la Ley de Bases del Régimen Local, los bienes de dominio público y los comunales serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, y no están sujetos a tributo alguno. A pesar de distinguir los bienes públicos y los patrimoniales, en los cuales se incluyen los bienes de propios y comunales, aplica a los bienes comunales el régimen de los bienes públicos (del dominio público).

Sin embargo, la distinción teórica entre bienes propios y comunales es, en muchas ocasiones, de difícil aplicación práctica, ya que, con independencia de la calificación jurídica que tengan otorgada por los interesados, los bienes son lo que son y no como se les llame. La naturaleza comunal de un bien no la da su titularidad dominical, sino la forma comunal de sus aprovechamientos²⁴¹. Sin embargo, conforme a la normativa vigente, se distinguen los bienes de dominio público, vinculados a un uso o servicio público, y los patrimoniales o de propios, considerando que los comunales son de dominio público²⁴².

Por otro lado, no hay que olvidar que, el carácter de bien patrimonial que imprime el Derecho civil al monte, es compatible con el de monte público que otorga el Derecho administrativo²⁴³. Por su condición jurídica, los montes de las entidades

²⁴⁰ *Vid.* SSTs de 14 de diciembre de 1908 (*JC*, t. 112, nº 122), 6 de abril de 1921 (*JC*, t. 153, nº 9), 21 de marzo de 1929 (*JC*, t. 188, nº 106), y el Decreto de la Presidencia del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 1934 (*RAJ* 219).

El concepto de “propiedad común de los pueblos”, utilizado en el ámbito fiscal, “no queda exclusivamente limitada en su significado a los denominados bienes de aprovechamiento común en el derecho municipal, sino que se extiende a cuantos poseen los pueblos como destinados a servicios públicos; interpretación que, además de ajustarse perfectamente al sentido gramatical del adjetivo empleado y al propósito del legislador, inspirado en principios de equidad y de justicia, se acomoda también a la clasificación de tales bienes en el Código Civil, pues el concepto genérico de bienes en común o comunales conviene perfectamente a los de uso e interés público, cuales son, según el artículo 344, las obras públicas en servicio general costeadas por los pueblos” (SSTs, Sala 3ª, de 23 y 24 de abril de 1935, *RAJ* 892 y 894).

²⁴¹ Alejandro NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, Edersa, 1964, pp. 135-137. *Vid.* la STS de 26 de junio de 1943 (*RAJ* 754) sobre un supuesto en que el suelo es de propiedad privada y el aprovechamiento, cedido a los vecinos a cambio del pago de un canon de reconocimiento, tiene carácter comunal.

²⁴² Art. 2.3 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real decreto 1372/1986, de 13 de junio (*BOE* de 7 de julio).

²⁴³ STS de 19 de noviembre de 1949 (*RAJ* 1427): “aunque el artículo 344 del Código Civil reputa bienes patrimoniales sujetos a las disposiciones del Derecho Privado los de los pueblos, que no sean de uso público, el mismo precepto deja a salvo lo que dispongan leyes especiales de aplicación preferente, y la legislación especial de montes asigna el concepto de públicos a los de

municipales se dividen en la legislación específica en patrimoniales (subdivididos en comunales y de propios), de dominio público, del común de vecinos y en mano común de vecinos en Galicia²⁴⁴.

Avanzando en las particularidades de la clasificación, los montes y terrenos forestales pertenecientes a una Entidad Territorial de Derecho Público, que por sus condiciones específicas sea preciso mantener o repoblar, pueden ser declarados, mediante una Orden del Departamento de Agricultura que tiene asumida la competencia, Montes de Utilidad Pública²⁴⁵. Como consecuencia, quedan sometidos a un régimen jurídico especial: inclusión en el Catálogo de Montes de Utilidad Pública, traspaso de la administración al órgano forestal correspondiente, y sometimiento a las medidas de protección similares a los del dominio público²⁴⁶. Pero esta demanialidad es predicable sólo de los montes de titularidad del Estado, Comunidades Autónomas o Diputaciones, pero no respecto de los pertenecientes a las Entidades Locales en base al artículo 4.1 del Reglamento de la Ley de Régimen Local de 1955 que dispone que los montes catalogados se consideran como bienes patrimoniales de propios²⁴⁷. Se produce un cambio de calificación a la demanialidad a

los pueblos y corporaciones que dependan del Gobierno, lo que no quiere decir que el régimen jurídico de los montes de pueblos entre de lleno y absolutamente en la esfera administrativa con exclusión de la civil, pero sí que, en términos generales, la materia reviste carácter predominantemente público por razones de interés general y conveniencias sociales que restringen considerablemente la aplicación de las normas de derecho privado”.

²⁴⁴ Aurelio GUAITA MARTORELL, *Régimen jurídico-administrativo de los montes*, Santiago de Compostela, Porto, 1951, pp. 43-46 y 281-282; Miguel MASA ORTIZ, *Legislación de Montes. Comentarios al reglamento de 22 de febrero de 1962*, Barcelona, Nauta, 1964, p. 30.

²⁴⁵ *Vid.* M^a Teresa RIBELLES SANS, “Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de los montes de utilidad pública”, en *Derecho Agrario. IV Congreso Nacional* (Madrid, 26-28 de octubre de 1994), Madrid, MAPA y Ed. Agrícola Española, 1995, pp. 419-423.

²⁴⁶ Regulados en la Ley de Montes de 1957 y Reglamento de 1962: presunción de propiedad, inembargabilidad aunque excepcionalmente los aprovechamientos pueden servir de garantía hipotecaria, enajenabilidad sólo por ley, potestad sancionadora, facultad de deslinde, administración y tutela por la Administración Forestal.

²⁴⁷ El artículo 10 del Decreto 485/1962, de 22 de febrero, que aprueba el Reglamento de Montes (*Vid.* Miguel MASA ORTIZ, *Legislación de Montes. Comentarios al reglamento de 22 de febrero de 1962*, Barcelona, Nauta, 1964) establece que *los montes cuyo dominio útil, o parte de él, correspondan al Estado o a cualquiera de las Entidades referidas en el artículo anterior, se considerarán públicos, aunque el dominio directo pertenezca a un particular*. Esta disposición deroga la RO de 31 de enero de 1879 (DF 2^a), del cual es transcripción pero sin incorporar la frase que da sentido a la norma: *se consideran bienes públicos, para los efectos de su conservación, mejora y aprovechamiento*. Cuando regula que puede atribuirse el dominio útil a un titular y el dominio directo a otro, y que además los sujetos pueden ser de Derecho Público o de Derecho Privado, se refiere a la figura enfiteútica, que tiene su complemento regulador en el artículo 18 del Reglamento cuando contempla la fórmula de redención, en primer lugar, en base al libre arbitrio de las partes, y en su defecto capitalizando el canon al 4% frente al 3% que es la regla general en el artículo 1.611 CC. La relación jurídica entre censalista y enfiteuta se rige por las disposiciones civiles correspondientes.

través del artículo 39 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 13 de junio de 1986. Sin embargo, la vía reglamentaria, por la trascendencia jurídica del cambio de calificación, no es la adecuada para incorporarlo al ordenamiento local, forestal y administrativo. Con rango legal, los artículos 74.2 y 176 del Real Decreto Legislativo de 18 de Abril de 1986 (Texto Refundido del Régimen Local) establecen que los montes catalogados de los ayuntamientos no están destinados al uso público, ni afectos a servicio público, y por poder constituir fuente de ingresos para la entidad, siguen teniendo el mismo carácter patrimonial de propios de la legislación anterior (artículo 186 de la anterior Ley de Régimen Local); y los Montes Catalogados, enunciados en el Reglamento, son los expresamente citados en el artículo 74.2 de la Ley, esto es, los Montes Catalogados de Propiedad Provincial. En consecuencia, se someten a un régimen legal contradictorio; por un lado, de protección y tutela rígida, propia de los bienes demaniales, pero, por otro, sin ser exonerados del pago de tributos públicos y sin poder gozar de las facultades excepcionales de recuperación de oficio.

Pero ello en cuanto hace a la legislación estatal. Particularmente, la Norma Foral de Montes de Guipúzcoa²⁴⁸ da paso a una nueva orientación para unificar el criterio absoluto de la demanialidad con independencia de la titularidad: “los montes de titularidad pública que sean de servicio público, de uso público, o de uso comunal, son de Dominio Público o Demaniales” (art. 7); “los montes de dominio público, así como los protectores, deberán declararse de Utilidad Pública y serán incluidos en el Catálogo de los Montes de Utilidad Pública de Gipuzkoa” (art. 13).

Por lo que hace a la naturaleza jurídica de los terrenos cedidos en calidad de *ondazilegi*, es difícil dar criterios generales de calificación para todos los supuestos, por

El artículo 11 dispone: “1. Los montes públicos tienen la condición jurídica de bienes patrimoniales, y, por consiguiente, son de la propiedad privada del Estado, o de las Entidades a que pertenecen, conforme a los dos artículos precedentes. 2. No obstante, tanto los montes del Estado, como de las provincias a que se refiere el artículo 282 de la Ley de Régimen Local y los de las demás Entidades públicas, tendrán la condición de bienes de dominio público cuando estén adscritos a algún uso público o algún servicio público. 3. Los bienes comunales de las Entidades municipales tendrán el carácter y condición jurídica que les atribuye la Ley de Régimen Local”.

²⁴⁸ Competencia reguladora en base a la Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de relaciones entre las Instituciones comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos, artículo 7.a): “Los Órganos Forales de los Territorios Históricos tienen competencia exclusiva, que ejercitarán de acuerdo con el régimen jurídico privativo de cada uno de ellos, en las siguientes materias:... 7. Régimen de los bienes provinciales y municipales, tanto de dominio público como patrimoniales o de propios y comunales... 9. Montes, aprovechamientos, servicios forestales, vías pecuarias y pastos, en los términos del artículo 10.8 del Estatuto de Autonomía; guardería forestal y conservación y mejora de los suelos agrícolas y forestales” (BOPV de 10 de diciembre). En desarrollo de la competencia, Norma Foral 6/1994, de 8 de julio, de Montes de Gipuzkoa (BOG de 15 de julio).

lo cual habrá de atenderse a la casuística particular de cada supuesto. En origen, y en desarrollo del Reglamento de Montes de 1738, “por costumbre inmemorial se ha permitido a los vecinos el hacer plantaciones de castaños y otros árboles en terrenos eriales y concejiles y disfrutar de ellos pagando a la villa un canon muy corto por el reconocimiento del terreno”²⁴⁹. Sin embargo, en la evaluación de los terrenos *ondazilegi*, se señala “que las referidas tierras ondacilleguis no han producido renta alguna para la villa desde inmemorial tiempo a esta parte, ni que pueden producir en adelante a causa de que los vecinos y demás que las están poseyendo las usufructuaron desde el mismo tiempo inmemorial como posesiones propias, sin otro gravamen, pensión, ni renta que el no poderlos cerrar, amojonar”²⁵⁰. Los terrenos que se conceden a los particulares para realizar tales plantaciones son los comunales de la villa que no dan renta, y no los propios que ya dan renta²⁵¹.

Por su parte, las ventas a calidad de *ondazilegi* son denominadas asimismo como ventas sin prestación, es decir, que una vez producidas, ya no dan rentas. Al respecto se faculta al ayuntamiento para vender los suelos de castañales cuyos arbolados pertenecen a particulares porque no rinden a la villa la menor utilidad y de sacarse a venta los dueños del arbolado por llegar a ser dueños en plena propiedad satisfarían cantidades²⁵².

8.2. Naturaleza del derecho: la propiedad separada como modalidad dominical

Cuestión previa a la admisión de la propiedad separada del vuelo y del suelo, es decidir el carácter dispositivo o imperativo de los artículos 358 y siguientes del Código Civil referentes a la doctrina de la accesión, ya que el fin pretendido por el Código al regular el derecho de accesión es evitar las situaciones de propiedad

²⁴⁹ AGG/GAO, CO-ECI, legajo 5056, Elorza civiles, pleito de 1811 en Atáun sobre la propiedad de árboles en tierra concejil que se adjudican en propiedad privada.

²⁵⁰ Enajenaciones de Albiztur, AGG/GAO, PT-IPT 858.

²⁵¹ En la nota de abril de 1881 de tierras sembradías del valle de Oyarzun concedidas a particulares, y confines y capacidades de los terrenos llamados Suertes y de aprovechamiento común, y nota de las que poseen terrenos *ondazilegi*, se distinguen, por un lado, las tierras sembradías para manzanal, huerto o sembradío en general concedidas a particulares con reconocimiento anual y, por otro lado, los terrenos llamados Suertes y de aprovechamiento común, y los nombres de los vecinos que tienen plantaciones hechas en terrenos concejiles, para señalar luego que los vecinos del valle han acostumbrado desde tiempo inmemorial hacer plantaciones en terrenos comunales, previa venia de los ayuntamientos, siendo para ellos la leña, madera y fruta que produzcan, quedando para siempre de aprovechamiento común los demás productos de los terrenos; y recoge finalmente los vecinos que tienen plantaciones en dichos terrenos comunales. En suma, distingue los terrenos llamados Suertes propios del valle y los terrenos comunales del mismo valle (Archivo Municipal de Oyarzun, C, 4, 15, 2).

²⁵² Expediente del ayuntamiento de Idiazábal para enajenar terrenos *ondazilegi*, AGG/GAO, JD IT 66 c 9.

separada cuando alguien, sin derecho para ello, planta en terreno ajeno; ante la concurrencia de derechos y los potenciales conflictos que ello puede acarrear, se resuelve la cuestión de acuerdo con el criterio de la accesión, que propiamente sólo puede darse cuando la incorporación es económicamente inseparable²⁵³, y que es la posición adoptada inicialmente por los juristas tras la promulgación del Código Civil en diversos informes relativos a los terrenos *ondazilegi*. Si bien existen posturas que se inclinan a favor del carácter imperativo del régimen de la accesión, la doctrina dominante considera que en esta materia se consagra la autonomía de la voluntad²⁵⁴.

De todos modos, el derecho de accesión no opera de modo automático, sino que el propietario del suelo debe ejercitar su opción y, en su caso, proceder a la indemnización²⁵⁵. Entre tanto, se produce una situación de interinidad en la cual es difícil de calificar la naturaleza del derecho del incorporante²⁵⁶.

El Código Civil carece de normas que regulen el supuesto analizado en este trabajo. Como principio, el Código protege la unidad de los bienes inmuebles rústicos a partir de los artículos 350 y 353 CC, y en múltiples disposiciones trata de conservar la unidad de la cosa²⁵⁷. Pero ello no impide, dado el carácter dispositivo de las normas relativas a la unión de las cosas, admitir la existencia de una propiedad separada sobre las distintas partes que completan un fundo.

La titularidad sobre los distintos aprovechamientos referidos a una misma finca puede tener su base en la distribución del contenido de la propiedad o en entender la existencia de diversos objetos sobre los que concurren propiedades también diversas.

²⁵³ José Luis LACRUZ BERDEJO y Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1991 (2ª ed.), p. 150.

²⁵⁴ Vicente FONT BOIX, “El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal”, *RDN*, nº 57-58 (1967), pp. 23-25; Manuel GARCÍA DEL OLMO SANTOS, “Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 67-68 (1970), p. 79.

Sobre el régimen jurídico de la accesión y la plantación, Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, pp. 126-169.

²⁵⁵ Entre otras SSTs de 18 de marzo de 1948 (*RAJ* 467), 17 de diciembre de 1956 (*RAJ* 338/1957), 2 de diciembre de 1960 (*RAJ* 3782) y 17 de junio de 1971 (*RAJ* 1044).

²⁵⁶ Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, p. 147.

²⁵⁷ De modo directo, los arts. 453, 454, 456, 479, 487, 1.573, 1.404, 1.656.8; de modo indirecto, los arts. 602, 603 y 604; mediante la inmovilización por destino, el art. 334.5; en materia de sucesiones, el art. 1.056.2; impidiendo la división, los arts. 301 y 1.062; y aunque sea una manifestación mínima, cabe citar el retracto de asurcanos recogido en el art. 1.523.

Según la técnica germánica, “el contenido de la propiedad puede distribuirse entre dos sujetos de modo que cada uno de ellos tenga una parte de las facultades y pretensiones contenidas en la propiedad, sin que por esto uno de ellos aparezca como propietario y el otro como titular de un derecho limitado sobre cosa ajena... La esencia jurídica de esta forma se revela en que cada uno de los dos titulares es propietario limitado por el derecho del otro, de modo que desapareciendo el derecho de uno de ellos el del otro se amplía sin más para convertirse en propiedad plena”; la propiedad se distribuye en cuanto a su contenido (propiedad dividida)²⁵⁸.

Si en la propiedad dividida el dominio útil y el directo recaen sobre la totalidad unitaria del fundo, en la propiedad separada cada derecho recae sobre un aprovechamiento individualizado del fundo de forma exclusiva y no compartida, esto es, en lugar de dividirse jurídicamente el contenido del derecho de propiedad, se divide económicamente y materialmente el objeto por producciones. Pero hay que distinguir los supuestos en que se produce una desintegración de las distintas facultades que forman el contenido del dominio, en los cuales ha de ubicarse también la separación del dominio en un dominio directo y un dominio útil (la propiedad dividida se refiere a la separación del contenido del dominio sin que la división alcance al objeto de la propiedad siguiendo o atendiendo a la técnica germánica)²⁵⁹, y los supuestos en que la propiedad, según la técnica francesa, se desintegra tomando como referencia el objeto, en los cuales se sitúa el caso de la propiedad separada o yuxtaposición de derechos sobre distintos aprovechamientos económicos de un mismo fundo²⁶⁰.

Junto a la propiedad dividida se encuentra la propiedad separada²⁶¹, conjunta o consorcial: todos los aprovechamientos potenciales de que es susceptible la cosa tienen una única titularidad dominical, sea ésta colectiva (comunal o en mano común, cuando el derecho de cada persona, que concurre al aprovechamiento con los demás, recae sobre la cosa en su conjunto, por lo que es indivisible), en condominio (cuando la cosa se divide idealmente en partes alícuotas de modo que cada copropietario tiene derecho sobre una de esas partes) o en consorcio (la propiedad individual da derecho proporcionalmente a participar en la propiedad conjunta que recae sobre unos elementos que son comunes).

²⁵⁸ Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF, *Derecho de Cosas*, t. III, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1944 (1ª ed.), p. 552 (traducción de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER).

²⁵⁹ SSTs de 6 de mayo de 1927 y 18 de mayo de 1963.

²⁶⁰ Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 176-177.

²⁶¹ Término utilizado en el art. 396 CC.

Como criterios para establecer la verdadera naturaleza de la institución, hay que atender a la práctica conocida; a los orígenes y evolución posterior de la concesión de los aprovechamientos; al título constitutivo en que conste el origen del derecho al aprovechamiento de la finca (aunque muchas veces será ignorado); al modo en que los aprovechamientos se ejercitan (si es un disfrute principal poseído en su integridad por el titular permanentemente y sin pago de renta, no hay ni servidumbre, ni usufructo, ni arrendamiento, etc.); y a la existencia de límite a la prioridad en los aprovechamientos, que en caso positivo es significativo de que se trata de un gravamen.

Enlazando la figura analizada en este trabajo con la situación histórica, geográfica y temporal, el carácter absoluto del derecho en relación al aprovechamiento concreto sobre la finca hace pensar en su consideración como una verdadera propiedad. Cada titular tiene un poder directo y excluyente de terceros sobre un objeto individualizado o aprovechamiento, es decir, el dominio recae siempre sobre cosas íntegras e individualizadas; en este caso, la integridad se da respecto al aprovechamiento y no respecto a la finca en toda su potencialidad. No es posible defender que se trate de un supuesto de propiedad sobre toda la finca gravada por un derecho real limitativo, ya que ninguna de las titularidades que existen sobre la finca abarca a ésta en su integridad, sino que constituyen vínculos diferenciados entre sí; por tanto, hay que descartar la idea de cualquier derecho real limitativo de la propiedad si no existe previamente una propiedad a la que gravar.

Existe una yuxtaposición o concurrencia de derechos dispares y autónomos que recaen sobre el mismo fondo, pero con distinto objeto²⁶², es decir, se produce una desintegración jurídica del objeto sobre el que van a recaer las titularidades dominicales de modo que hay dos derechos concurrentes sobre el fondo. Hay que considerar que es una situación de modalidad dominical peculiar cuyo objeto es alguno o algunos de los aprovechamientos de que es susceptible la finca²⁶³. La variada esencia económica de que pueden ser objeto las cosas sirve de fundamento para

²⁶² Las distintas propiedades concurrentes se distinguen por el objeto y no por el contenido: *vid.* José POVEDA MURCIA, “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 149-169; Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio pro diviso o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 191-192; “Derechos reales de adquisición”, *RDP*, 1976, pp. 111-112.

²⁶³ Algunos autores encuentran semejanza con el supuesto de la propiedad horizontal tras la reforma de la Ley de 26 de octubre de 1939, donde el piso tampoco es una cosa corporal íntegra e independiente respecto del inmueble en su conjunto: *vid.* Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “Observaciones sobre la copropiedad *pro diviso*”, en *RCDI*, n° 153 (1941), pp. 71-78; José POVEDA MURCIA, “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 149-169; Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, p. 190.

aceptar la diversidad de las situaciones jurídico-reales que el sistema de *numerus apertus* insufla en el ordenamiento jurídico.

La necesaria vinculación de la masa vegetal al suelo no presupone que la propiedad de aquél sea del titular dominical del suelo. Las titularidades de los aprovechamientos correspondientes al suelo y al vuelo quedan y concurren en pie de igualdad en el mismo plano, sin que ninguno esté en inferioridad respecto del otro o de los otros. Dos propiedades distintas susceptibles de aprovechamiento simultáneo sin perturbaciones mutuas; diferentes derechos que no pueden considerarse derechos reales en cosa ajena que recaen sobre objetos (en su caso, los distintos aprovechamientos) que física o materialmente se hallan enlazados o en conexión. El derecho, por tanto, no es un derecho limitado de disfrute sobre cosa ajena, sino que cada titular de los derechos concurrentes o yuxtapuestos actúa como propietario y titular exclusivo sobre la cosa. La concurrencia de titulares de otros aprovechamientos no priva a ninguno de ser dueño de la finca, pero los derechos concurrentes se hallan limitados unos por otros.

Cualitativamente las facultades son distintas, pero la importancia jurídica de ambas es equivalente²⁶⁴. Si en la comunidad *pro indiviso* las titularidades compartidas son cualitativamente iguales, en la comunidad *pro diviso* las titularidades son cualitativamente distintas. Cada titular tiene el dominio exclusivo de un determinado aprovechamiento, de modo que es “dueño por separado de su propia parcela económica”²⁶⁵. Otra cosa es que el propio derecho sobre los aprovechamientos se encuentre en comunidad, es decir, exista un condominio sobre los aprovechamientos por el cual son varios los titulares del derecho de propiedad del vuelo.

En cuanto se trata de propiedades distintas, no puede afirmarse que un aprovechamiento sea principal y otro secundario, ya que la valoración en base a ese criterio depende de factores subjetivos que incluso varían a lo largo de la evolución social y económica. La cuestión es valorar esa equivalencia. Los aprovechamientos han de tener pareja importancia; por ello, en el caso de que pueda existir un aprovechamiento principal frente a un aprovechamiento secundario no es posible hablar de que cualitativamente ambas titularidades sean parejas. La prevalencia de uno sobre el otro manifiesta que el plano jurídico de los dos aprovechamientos es distinto y por tanto no equiparable, en cuyo caso habría que analizar la naturaleza de la relación dentro del ámbito de los gravámenes de la propiedad.

²⁶⁴ José Manuel GARCÍA GARCÍA, “Comentario de la sentencia de 26 de junio de 1976”, *RCDI*, n° 527 (1978), p. 826.

²⁶⁵ Manuel CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Publicaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura, 1980, p. 351.

Los tratadistas han admitido la posibilidad de la denominada propiedad separada o dividida²⁶⁶, aunque el uso del término no sea uniforme al mezclarse ambos para designar a la división del objeto y a la división del contenido. La génesis histórica que da naturaleza propia a la institución según las costumbres, la falta de abolición por el Código Civil y su reconocimiento jurisprudencial avalan tal posición.

Por último, cabe señalar que, en los casos de duda, al estar ante una figura excepcional, hay que considerar que el derecho de aprovechamiento no es de propiedad sino que es un derecho real limitativo, siempre que la titularidad del concurrente sea sin lugar a dudas dominical.

9. Contenido del derecho

Ante la ausencia de mención y falta de regulación por el Código Civil, en la delimitación de las fuentes que permitan conocer el verdadero contenido del derecho, hay que seguir las pautas que delimita la ya citada STS de 22 de enero de 1953: “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”.

Por tanto, la primera de las fuentes que delimita las facultades de cada titular concurrente vendrá dada por la autonomía de la voluntad a través del título constitutivo. Al respecto, los términos literales de las escrituras públicas en que se constituye la cesión de terrenos en calidad de *ondazilegi* y las manifestaciones del Registro de la Propiedad son expresivos del contenido del derecho dominical de cada titular concurrente. En segundo lugar, regirán las normas generales de regulación de

²⁶⁶ José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil III*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1979 (3ª ed.), p. 53; José María MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario del artículo 392 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), tomo V, vol. 2º, Madrid, Edersa, 1985, p. 23; José Luis LACRUZ BERDEJO y Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1991 (2ª ed.), pp. 505-506; José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral II: Derecho de cosas*, vol. 1º, Madrid, Reus, 1992 (14ª ed., revisada por Gabriel GARCÍA CANTERO), pp. 478-480; Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil III: Derecho de Bienes*, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1994 (8ª ed.), pp. 447-449; Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil III*, Madrid, Tecnos, 1997 (6ª ed.), pp. 91 y 489; Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ y Vicente Luis MONTÉS PENADÉS, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, p. 409. Además, todos los autores que han tratado el tema y que se citan a lo largo de todo el trabajo.

la propiedad, y en último término, habrá que acudir al Derecho consuetudinario practicado en cada lugar.

Siguiendo los caracteres del derecho de propiedad, los titulares concurrentes tienen las facultades exclusivas de disfrute material, que cualitativamente corresponden a la propiedad, y de ejercicio simultáneo y no sucesivo²⁶⁷. Dichas facultades recaen cuantitativamente sobre los diversos aprovechamientos principales, autónomos y compatibles en toda época y perfectamente determinados de que es susceptible la finca. En particular, el aprovechamiento del vuelo ha de recaer sobre especies y productos de carácter tendencialmente estables, permanentes o periódicos, susceptibles de tener independencia económica respecto del suelo. Y los titulares dominicales gozan, asimismo, de la facultad de exclusión en esos aprovechamientos principales, ya que, a su vez, éstos pueden estar limitados por el disfrute de los productos secundarios, como el derivado de la servidumbre de pastos practicada de modo general en Guipúzcoa.

Concretamente, el titular del derecho de vuelo puede ser dueño de los árboles con todos sus frutos y productos, con todas las operaciones de conservación necesarias para la producción, y en último término del aprovechamiento del propio maderamen del árbol, tanto de talas como de cortas, o dueño de los helechos u otros frutos derivados de la masa vegetal.

Consecuentemente, al existir una titularidad dominical, cabe la posibilidad de constituir hipoteca en cuanto el art. 107 LH establece que “podrán también hipotecarse:... 5º. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real”.

Conviene destacar que, junto a las facultades de disfrute y exclusión, cada propietario concurrente, obviamente, tiene facultades de preservación sobre su derecho. De este modo, el titular del derecho de vuelo podrá hacer uso del suelo en cuanto sea necesario para aquella preservación, como pasar por la finca los útiles de mantenimiento y explotación necesarios, aunque siempre con la obligación de reparar o indemnizar los daños ocasionados. Además, en relación al derecho de vuelo, es preciso determinar la existencia o no de la facultad de replantar o resembrar nuevamente o continuamente. Para valorar la continuidad o permanencia del derecho habrá que atender principalmente a la actividad explotadora o el aprovechamiento en cuanto ésta es la sustancia o razón misma de la institución. Si el derecho recae sobre un arbolado determinado, al desaparecer éste se extingue el derecho de propiedad sobre ellos y el dominio del suelo, al no tener la limitación que la propiedad

²⁶⁷ El ejercicio sucesivo, teóricamente, es posible y se practica, por ejemplo, en la región extremeña: *vid.* Francisco CORRAL DUEÑAS, “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 560 (1984), pp. 294-295.

desaparecida le imponía, recupera su facultad de plantar los árboles o aprovechar el vuelo. Por otro lado, si se trata de un derecho de explotación indefinido, el acto del derribo y aprovechamiento del árbol o del helecho u otro disfrute es un acto de administración. En cambio, si es un derecho de explotación único, determinado a la explotación por una vez de la plantación, es un acto de disposición que extingue el derecho.

En cuanto a la duración, el derecho sobre la masa arbórea o arbustiva puede ser perpetuo o indefinido. En el primer caso, se priva al titular del suelo por siempre del derecho al vuelo, ya que existe el derecho a replantar o resembrar. En el segundo supuesto, constituido el dominio sobre ejemplares individuales, éste se extingue al desaparecer el objeto del derecho, ya que ningún ser vivo es perpetuo y no existe derecho a replantar o, en su caso, resembrar.

Más discutible es la posibilidad de los distintos titulares de modificar sus aprovechamientos. En principio, cabe tal posibilidad si no altera la sustancia del aprovechamiento en sí (derecho sobre el arbolado y cambio de especies de árboles). Sin embargo parece que no sería admisible un cambio sustancial del aprovechamiento (conversión de un helechal en prado de siembra o pasto)²⁶⁸.

Un foco de conflicto de intereses es la posibilidad de que sobrevengan nuevos aprovechamientos cuya titularidad hay que adjudicar, como los derivados de las aguas, del derecho de caza, del derecho de edificación, del derecho de regadío en las zonas regables. Para solucionar ese conflicto, parece conveniente atender, primeramente, a la relación íntima con los aprovechamientos anteriores, de los cuales el nuevo puede ser una prolongación; y, asimismo, al límite del respeto a los demás aprovechamientos de modo que no los entorpezca. En último caso, si existe una base común del aprovechamiento esto es, el fundo en sí mismo ya que la finca es única, puede concluirse que sobreviene una comunidad sobre esos aprovechamientos no contemplados.

El titular de cualquiera de los derechos concurrentes tiene la facultad de enajenación *inter vivos* y *mortis causa*; facultad que, en su caso, más allá de limitarse a los árboles en sí, puede extenderse a la facultad de mantenerlos.

En los supuestos de enajenación de alguno de los derechos de propiedad concurrentes se plantea la cuestión de la eventual existencia de un derecho de tanteo y retracto en favor del titular del concurrente o concurrentes derechos. Se ha resaltado anteriormente que la jurisprudencia el Tribunal se sirve de la tesis de la

²⁶⁸ La STS de 6 de julio de 1920 dice que los derechos de los dos (distintos disfrutes de aprovechamiento y de labor) se relacionan y subordinan de tal modo que ni la demandada ni el demandante pueden menoscabar en nada lo primitivo de cada uno.

relación análoga a la comunidad o de la propia comunidad para aplicar el retracto de comuneros, argumento que es muy discutible porque técnicamente son instituciones diferentes en su constitución y en su dinámica.

La aplicación analógica de las normas reguladoras del derecho de retracto previstas para supuestos específicos exige que en el supuesto no especificado se aprecie identidad de razón para tal aplicación (art. 4.1 CC). La razón del otorgamiento del retracto en los supuestos de comunidad, censos, foros, primeras cepas y figuras análogas es consolidar el dominio pleno a fin de lograr una explotación económica más racional de la finca. Junto al fin económico del retracto que justifica la equiparación con otras figuras a efectos de su aplicación, del propio articulado del Código puede deducirse como principio general que las situaciones de desintegración y de limitación de la propiedad sobre los fundos son excepcionales y contrarias al concepto unitario. Por tanto, las razones socio-económicas condicionan la opción de consolidar la propiedad que en los casos de enajenación de alguno de los derechos de dominio concurrentes debe traducirse en la concesión del derecho de retracto en favor del otro u otros propietarios.

Como consecuencia de aceptar la aplicación del derecho de retracto, surge el problema de la preferencia respecto de los demás derechos de retracto. Si la equiparación se realiza con la comunidad a efectos de aplicar el retracto de comuneros, dicha equiparación ¿contagia o no las preferencias previstas en el ordenamiento respecto de él?. En todo caso se requiere que uno de los propietarios enajene su bien y que el concurrente se preocupe de ejercitar el derecho de retracto.

En suma, como caracteres de la institución hay que reseñar la idea de parcialidad en relación a la cosa física sobre la que recae y dependencia recíproca con relación a los restantes aprovechamientos. Por su parte, las consecuencias jurídicas, en definitiva, serán las que racionalmente se deriven de la situación del objeto de estos derechos.

10. La inscripción en el Registro de la Propiedad

Al estar ante un derecho real sobre un bien inmueble, con independencia de su naturaleza dominical o limitativa de la propiedad, es inscribible en el Registro de la Propiedad. En la propiedad separada, entre las facultades de los titulares se encuentra la de solicitar la inmatriculación del inmueble e inscripción de su derecho en el Registro de la Propiedad²⁶⁹.

²⁶⁹ José Luis LACRUZ BERDEJO y Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1991 (2ª ed.), p. 507.

Para la inmatriculación, el art. 7 LH establece que la primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio y se practicará con arreglo a los procedimientos generales regulados en los artículos 198 y siguiente de la Ley Hipotecaria, de modo que los titulares de derechos reales limitativos no pueden acceder al folio registral si previamente no existe el asiento dominical. Al ser un derecho de propiedad, puede inscribirse haciendo constar las facultades, pero habrá que citar a los demás titulares concurrentes, conforme exigen los artículos 201.3 y 4 LH y 278 RH.

En cuanto se trata de propiedades separadas, se plantea la cuestión de la necesidad de la inscripción en el mismo folio registral o la posibilidad de inscripción en diferentes folios. Parece que es factible la inmatriculación separada de cada uno, con las circunstancias expresadas en el art. 9 LH y 51 RH y con la conveniencia de detallar el contenido y límites del aprovechamiento, ya que no existe norma que imponga la necesidad de inscribir en un mismo folio los dos derechos dominicales, uno sobre el suelo y otro sobre el vuelo, de un mismo inmueble. Pero, aunque sea una solución extralegal, parece más lógico que en este caso se inscriba en el mismo folio registral²⁷⁰. Un supuesto parejo lo recoge el artículo 377 RH, que puede ser aplicable por analogía, al establecer que “en el caso de hallarse separados el dominio directo y el útil, la primera inscripción podrá ser de cualquiera de estos dominios; pero si después se inscribiese el otro dominio, la inscripción se practicará a continuación del primeramente inscrito”. Por lo demás, en la dinámica del derecho, los títulos para constituir, transmitir, modificar o extinguir los derechos son los generales (arts. 3 LH y 34 RH) y quedarán consignados del modo normal (art. 243 LH) y todo asiento quedará bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce sus efectos mientras no se declare su inexactitud en los términos establecidos por la Ley (art. 1.3 LH).

De todos modos, en la práctica los terrenos *ondaçilegi* aparecen como pertenecidos de un caserío con lo que la titularidad del terreno propiamente viene determinada por la vinculación a la titularidad de una casa.

En la casuística jurisprudencial, se hallan supuestos de inscripción del derecho dominical sobre el aprovechamiento de hierbas, pastos y agostaderos sobre un terreno tras acreditar la posesión a título de dueño en expediente conforme al artículo 397 y 402 LH²⁷¹; de la posesión en concepto de dueño del arbolado, equiparado al título de dominio a efectos de ejercitar el derecho de retracto en caso de venta de la

²⁷⁰ José POVEDA MURCIA, “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, p. 167.

²⁷¹ STS de 9 de julio de 1903, *JC*, t. 96, n° 25, pp. 140-147.

propiedad del suelo²⁷²; del derecho de propiedad que existe sobre el vuelo de un inmueble²⁷³; “el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad”²⁷⁴.

La RDGRN de 7 de octubre de 1963²⁷⁵ deniega una solicitud del titular de un derecho de aprovechamiento inscrito de hacer constar una mayor cabida como resultado de una medición pericial de la finca por estimar que la primera inscripción de tal derecho no tenía carácter dominical y sostener que es un derecho real limitado de servidumbre. No entra a analizar el verdadero problema de la naturaleza del derecho del titular y es criticada por la doctrina²⁷⁶, ya que todo asiento registral produce efectos mientras los Tribunales no declaren su inexactitud, por lo que el titular puede obtener la inscripción del exceso de cabida de la finca inmatriculada al ser una mera rectificación procedente si se cumplen los requisitos que se exigen para llevarla a cabo.

11. Limitaciones recíprocas en la propiedad separada

En los pronunciamientos jurisprudenciales se pone de manifiesto la íntima conexión pero, al propio tiempo, recíproca limitación que existe entre los derechos concurrentes en la propiedad separada. La STS de 9 de marzo de 1893 señala que el derecho de siembra y el derecho de arbolado están adheridos al terreno y no pueden subsistir apartados de él y que ambos están relacionados y subordinados de manera que en las operaciones de cultivo no puede hacerse nada que redunde en menoscabo o detrimento de los árboles, ni es lícito al otro utilizarlos, entorpecer o perjudicar la explotación agrícola del suelo. La de 6 de julio de 1920, en la misma línea, reseña que el derecho de cada cual se halla adherido al terreno y separado de éste no puede subsistir y que los derechos de los dos (distintos disfrutes de aprovechamiento y de labor) se relacionan y subordinan de tal modo que ni la demandada ni el demandante pueden menoscabar en nada lo primitivo de cada uno. La de 9 de mayo de 1922 defiende que existe condominio o comunidad de bienes no sólo en el caso de que la propiedad de una cosa pertenezca *pro indiviso* a diferentes personas, sino también cuando el dominio o los aprovechamientos que de él se deriven están distribuidos de

²⁷² STS de 27 de noviembre de 1906, *JC*, t. 105, n° 144, pp. 821-828.

²⁷³ STS de 9 de julio de 1988 (*RAJ* 5601).

²⁷⁴ STS de 23 de junio de 1998 (*RAJ* 4744).

²⁷⁵ BOE de 5 de noviembre; texto completo en *Anuario de la Dirección General* de 1963, pp. 59-63.

²⁷⁶ Ginés CÁNOVAS COUTIÑO, “Comentario de la Resolución de 7 de octubre de 1963”, *RCDI*, n° 428-429 (1964), pp. 111-115; Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, “Comentario de la Resolución de 7 de octubre de 1963”, *RDP*, 1964, pp. 154-156; y Francisco CORRAL DUEÑAS, “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *RCDI*, n° 560 (1984), pp. 290-293.

tal forma que hay entre los copartícipes “algo común”. Y la de 22 de junio de 1953 recalca que los derechos, en su ejercicio, pueden entrar en colisión por la incompatibilidad que provoca la concurrencia del pleno señorío de los titulares del suelo y del arbolado.

Es una realidad que físicamente no se pueden separar los objetos potenciales sobre los que recaen los derechos, aunque a efectos del aprovechamiento económico sea perfectamente deslindables. Ello implica la existencia de una parte exclusivamente privativa, pero también la existencia de algo común sobre el objeto; es decir, todos los aprovechamientos del suelo y del vuelo tienen una base o soporte común, que es la finca misma, sobre cuyo espacio actúan todos los aprovechamientos²⁷⁷. La idea de este aspecto común que reside en la propiedad separada de alguna manera se halla implícita también en las posturas que defienden que la naturaleza jurídica de la relación es análoga a la comunidad, o que es una comunidad especial o en sentido amplio, o incluso cuando se asimila a la propiedad horizontal.

Los derechos han de ser limitados en aras a hacer compatibles los concurrentes, de modo que cada uno pueda aprovechar el objeto del cual es titular en concepto de propietario. En primer lugar, habrá que atender a los límites intrínsecos a todo derecho derivados de la exigencia del ejercicio conforme a las exigencias de la buena fe y de la proscripción del abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo (art. 7 CC), y particularmente los correspondientes al derecho de propiedad derivados de las relaciones de vecindad, principal elemento limitador, lo que en la práctica llevará a la necesidad de coordinación entre los propietarios contiguos.

Y en segundo término, se hallan los límites extrínsecos derivados de la relación recíproca en la que se hallan los derechos en el ejercicio de las operaciones de disfrute y extracción de los aprovechamientos con el fin de no dañarse uno al otro. En esta perspectiva, cada aprovechamiento es un límite objetivo o material respecto de los demás, desterrada la idea de cualquier límite subjetivo en razón de las necesidades del titular subyacente en la servidumbre personal. Las relaciones exteriores marcan el límite de la actuación del titular, y han de estar gobernadas por un principio de reciprocidad. Al respecto, el ejercicio de cada derecho separado sobre la finca se ajustará a la intensidad de la relación o interdependencia, y en su caso habrá de hacerse cargo de las indemnizaciones por los daños causados ilícitamente o incluso lícitamente como en el caso del eventual daño ocasionado por el uso del propio soporte común que constituye la finca. En todo caso, existirá un deber de no perturbar el ejercicio del derecho del propietario concurrente y para ello podrán solicitarse medidas para eliminar los abusos a que se prestan estas situaciones.

²⁷⁷ Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES, “Comunidad o servidumbre de pastos”, *RDP*, n° 237 (1933), pp. 176-177; Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 192-193.

Los derechos han de coexistir simultáneamente sin absorber el uno los derechos del otro hasta hacerlos desaparecer (*vid.* STS de 8 de abril de 1965: en el caso existe la obligación de ensortijar los cerdos para evitar que destruyan los pastos).

Por último se estima que el criterio de la práctica a uso y costumbre de buen labrador no es aplicable, ya que no acarrea siempre la licitud si con ello se atenta al derecho de los demás (*vid.* STS de 10 de diciembre de 1962: en el caso, el derecho del vuelo).

12. Extinción de la propiedad separada

Cuando se refiere a la extinción de la propiedad separada, con independencia de las formas generales de extinción de los derechos reales, y particularmente por la adquisición por otro titular a través de la usucapión²⁷⁸, se está pensando en las fórmulas que permiten la consolidación de la propiedad única y exclusiva de la finca en su conjunto, agrupando a todos los aprovechamientos de que la misma es susceptible.

En principio, se admite, parece que sin discusión, la consolidación de la propiedad en uno de los titulares en caso de extinción de las demás titularidades dominicales por la *vis atractiva* que tiene la propiedad por sí misma, siguiendo al fin y al cabo una de las consecuencias naturales de la propiedad dividida según la técnica germánica²⁷⁹. A partir de ahí, las posibilidades de reunificar la propiedad exclusiva de un titular en la finca pueden tener su base bien en la participación interna de la voluntad de algún titular o titulares, o bien en la intervención externa, sea ésta administrativa o legal.

Con la participación interna, en primer lugar, puede ponerse fin a la situación de la propiedad separada por vía convencional aplicando el principio de la autonomía

²⁷⁸ La STS de 23 de junio de 1998 (RAJ 4744) admite aplicar la usucapión (en el supuesto concreto la usucapión ordinaria y *contra tabulas*), en favor del dueño del suelo para adquirir el derecho de vuelo sobre las fincas inscrito en el Registro de la Propiedad cuyo dominio pertenece a otro titular (que, por tanto, no es tercero hipotecario: *vid.* art. 36.3 LH).

²⁷⁹ La STS de 8 de abril de 1965 (RAJ 2151) describe que “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 dos titulares es limitado por el derecho de otro, de manera que, desapareciendo el derecho de uno de ellos, el del otro se amplía sin más, para convertirse en propiedad plena, otra vez”. *Vid.* José Luis LACRUZ BERDEJO y Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1991 (2ª ed.), p. 507.

de la voluntad, de modo que todos en común acuerden dar una solución definitiva a la situación. Y en segundo lugar, en los supuestos en que exista previamente una voluntad enajenadora del titular de un derecho dominical, cabe la posibilidad del ejercicio del derecho de retracto²⁸⁰. A partir del límite de la voluntad enajenadora, la aplicación del derecho de retracto ha sido admitida sin reparo por la jurisprudencia, aduciendo la analogía con la comunidad y buscando la consecuencia jurídica de la refundición del dominio de la finca en un exclusivo titular, a pesar de usar una técnica jurídico-formal poco acertada. La razón de la aplicación de la analogía no se encuentra en la equiparación de la propia situación con la comunidad, que puede ser también defendible, sino, como se ha recalcado, en la identidad de la razón de la utilidad del retracto para consolidar el dominio pleno que como principio general persigue el Código Civil²⁸¹.

A través de la intervención externa, una vía de poner fin a la propiedad separada surge a raíz la formación de expedientes de concentración parcelaria²⁸². La fórmula de la concentración fue empleada por la Ley de 27 de marzo de 1935²⁸³ para la ordenación jurídica del aprovechamiento de los Baldíos de Alburquerque (Badajoz)²⁸⁴, que anticipó una ordenación de las explotaciones haciendo desaparecer la división de los aprovechamientos refundiéndolos en favor del dueño del suelo previo pago del justiprecio, creando una propiedad comunal para el vecindario e incluyendo una concentración parcelaria en el sentido de ordenación jurídica y real de la propiedad, no sólo de las fincas, sino también de las facultades dispersas de dominio. Las razones para defender la aplicación en la concentración parcelaria, regulada en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, de un criterio de extinción de las situaciones de propiedades separadas derivan del análisis del art. 175 LRDA²⁸⁵: “con

²⁸⁰ *Vid.* Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 199-201; Manuel GARCÍA AMIGO, “Derechos reales de adquisición”, *RDP*, 1976, p. 112; José Luis LACRUZ BERDEJO y Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, vol. 2º, Barcelona, Bosch, 1991 (2ª ed.), p. 507.

²⁸¹ Francisco CORRAL DUEÑAS, “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 560 (1984), pp. 296, compartiendo la tesis de CUADRADO IGLESIAS, sostiene que “si el retracto está justificado en la comunidad verdadera, con igual motivo lo estará en el supuesto de enajenación de alguno de los aprovechamientos ostentados a título de dueño a favor de los titulares de otros aprovechamientos concurrentes sobre la misma finca”.

²⁸² Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 199-201.

²⁸³ ALCUBILLA, *Diccionario de la Administración española*, Madrid, 1935, pp. 282-289; además de la Ley y el Reglamento de ordenación, resume los antecedentes de la cuestión.

²⁸⁴ *Vid.* Alejandro NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, Edersa, 1964, p. 175; Francisco CORRAL DUEÑAS, “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *RCDI*, nº 560 (1984), pp. 274-275; y José CALVO GONZÁLEZ, “Política legislativa agraria en España 1934-1935 (Planes, iniciativas y acción ministerial de M. Giménez Fernández)”, en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo VII*, Madrid, Consejo General del Notariado, 1988, pp. 71-72.

²⁸⁵ Este artículo recoge el artículo 17.2 de la Ley de Ordenación Rural de 27 de julio de 1968 que, a

carácter excepcional, el procedimiento de concentración parcelaria podrá ser utilizado por el Instituto con la finalidad de dividir comunidades de bienes rústicos para su posterior concentración cuando se produzca una discordancia entre el Registro y la realidad, siempre que no se opongan la mayoría de los partícipes, que no haya pacto que impida la división y que ésta permita un mejor aprovechamiento de las fincas”. El artículo en cuestión sólo puede referirse a las situaciones de “comunidad” distintos de la comunidad romana del Código Civil porque entre los requisitos se incluye uno que no es necesario a partir de que el art. 400 CC abre la vía de eliminar la comunidad por petición de un solo comunero; y, por otro lado, porque la regulación de la comunidad tiene un apartado específico en la LRDA (art. 195). Para fundamentar tal posibilidad puede alegarse que la razón socio-económica que existe en la concentración, fundamentalmente promocionar y hacer efectiva la función social de la tierra que recoge la LRDA, afecta también a los supuestos de propiedad separada, esto es, existe identidad de razón para la aplicación analógica. De este modo, basado en el principio de la subrogación real, se considera que los titulares de los distintos derechos dominicales son aportantes y en reemplazo se les adjudica una finca equivalente al valor del derecho con el goce íntegro de la tierra²⁸⁶.

Otra actuación administrativa que pueda producir la extinción de la propiedad separada son los expedientes de expropiación forzosa en los casos de actuaciones públicas que impliquen tal medida. En los casos en que se vea afectada la finca en su globalidad, habrá que expropiar todos los derechos dominicales que recaen sobre la misma. La dificultad de la operación radicará, sobre todo, en la valoración del justiprecio de cada aprovechamiento.

Asimismo, a través de la normativa urbanística en sentido amplio, puede producirse un cambio de destino de la finca al variarse la calificación de las parcelas, con las consecuencias jurídicas que ello puede acarrear al titular de la finca²⁸⁷.

La intervención externa puede venir dada, además, por la actuación legislativa destinada a poner fin a la situación a través de una eventual redención, entendida ésta en sentido amplio, cuyo ejercicio, caso de que se contemple, quedaría, lógicamente, a expensas de la actuación interna de alguno de los titulares dominicales. Aunque la

su vez, es continuador del artículo 45 de la Ley de Concentración Parcelaria aprobado por Decreto de 10 de agosto de 1955, aunque no fuera recogido, por razones prácticas, en el texto refundido de la Ley de Concentración Parcelaria de 8 de noviembre de 1962. Todos ellos han sido citados en un apartado anterior.

²⁸⁶ *Vid.* Eduardo FERNÁNDEZ COMBARRO, José Antonio CABAÑAS COLOM y Leopoldo MEDINA DEL CERRO, números 1, 12 y 29 del *Boletín de Información* del antiguo Servicio de Concentración Parcelaria; Francisco CORRAL DUEÑAS, “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 560 (1984), pp. 296-301.

²⁸⁷ Francisco CORRAL DUEÑAS, “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 560 (1984), pp. 296-301.

Constitución no regula directamente el acceso a la propiedad de la tierra, uno de los medios posibles es la conversión del dominio yuxtapuesto en propiedad plena²⁸⁸, y un eventual medio de actuación en tal sentido, tal vez el más natural, es regular un mecanismo de redención adecuado al sentido actual de la figura que corresponde delimitarlo al propio legislador.

En principio, la propia existencia de la figura no justifica por sí la conveniencia de su perduración o su defensa, ni tampoco su posible consideración de reminiscencia histórica debe llevar sin más a propugnar su desaparición²⁸⁹. Ciertamente, se trata de una institución originada y desarrollada dentro de una economía agrícola básicamente de subsistencia del propio cultivador que actualmente se encuentra superada, y en el momento presente se estima que los cultivos han de ser racionales para que la explotación agrícola pueda competir en una economía de mercado, cada vez más liberalizada y globalizada. La justificación del mantenimiento de la propiedad separada hay que buscarla en su propia utilidad; en caso contrario, habrá que buscar fórmulas de transición hacia instituciones que se estiman más adecuadas a la explotación racional, como puede ser la propiedad plena y exclusiva de toda la finca. En todo caso, no habiendo regulación relativa a la redención, no parece viable porque todos los derechos jurídicamente son iguales, es decir, no hay un derecho dominante sobre el otro.

Esto dificulta, por otro lado, la opción más adecuada favorable a un titular exclusivo, es decir, la elección del aprovechamiento cuyo titular sea preferido en la redención²⁹⁰. Al respecto, el Código Civil, al regular la institución de la accesión, considera principal, sin lugar a dudas, el suelo, aunque actualmente, en la cuestión de las extralimitaciones en el derecho de accesión, la jurisprudencia modera tal criterio y concede preferencia a la edificación (mayor valor económico del vuelo). Por su parte, la legislación de montes establece un criterio favorable al vuelo, aunque la razón de tal postura no se encuentra en considerar a la masa vegetal como la cosa principal o en la estimación de que el derecho que ejerce la explotación forestal es más importante, sino más bien parece que se deriva de que la titularidad corresponda precisamente al Estado; tal posición es avalada en los precedentes de la normativa relativa a los bienes municipales, que establecen la facultad de refundir los dominios a favor de los

²⁸⁸ Francisco CORRAL DUEÑAS, “La agricultura en las Constituciones españolas”, *Revista de Estudios Agro Sociales*, nº 114 (1981), p. 29-30.

²⁸⁹ Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, p. 117, propone que las medidas legales “deben ir dirigidas a acabar con la pervivencia de vestigios históricos de propiedades separadas entre el suelo y el vuelo arbóreo, que ensombrecen el panorama agrícola en algunas comarcas, propiciando la refundición del dominio”.

²⁹⁰ Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 199-201.

ayuntamientos, con independencia de que éstos sean titulares del suelo o del vuelo. En definitiva, decidir qué es lo principal y, a estos efectos, qué lo secundario es una opción de política legislativa. De todos modos, la evolución del Derecho Agrario en los últimos años da a entender que la consideración de principal debe recaer en el aspecto más dinámico o activo, es decir, en la explotación efectiva, por lo que un eventual criterio importante de valoración deberá atender al destino o actividad económica principal de la finca, dentro de los principales, partiendo de que el suelo en sí mismo, al fin y al cabo, es una entidad física pasiva que requiere interactuar sobre él.

13. Consideración final

En origen, los terrenos *ondaşilegi* presentan caracteres propios y definidos que en su posterior evolución, y básicamente a raíz de la necesidad de enajenar los bienes municipales, produce confusión sobre el carácter de los mismos y motiva un cambio del sentido original que al final engloba diversos supuestos.

La existencia de los terrenos *ondaşilegi* es una muestra de la evolución de la propiedad colectiva a la propiedad particular, de cómo la entidad municipal, al adquirir personalidad político-administrativa, se apropia de los bienes cuya titularidad pertenecía a la entidad vecinal. La titularidad de los terrenos es en origen del concejo, pero varía el régimen del aprovechamiento que podía ser gratuito u oneroso, y a favor de los vecinos o de los adjudicatarios. Con el devenir, se tiende a que los aprovechamientos sean onerosos o en favor de adjudicatarios, para favorecer el disfrute exclusivo de las fincas concretas, y posteriormente se puede pasar a la idea de la propiedad del aprovechamiento, aunque no de la titularidad del terreno, y paralelamente, aprovechando circunstancias diversas, diferenciando algunos de esos bienes mediante calificación de propios por obtener ingresos de la más diversa forma, una de cuyas fórmulas es la constitución de aprovechamientos separados y su enajenación.

Se trata de una relación jurídica *in genere* innominada que recibe distinta denominación en cada región, y que la jurisprudencia y la doctrina han calificado jurídicamente de forma diversa, pero significativa por su valor descriptivo: yuxtaposición de derechos, concurso de derechos, derechos recíprocamente limitados o restringidos, dominio compartido, comunidad especial, propiedad dividida, comunidad *pro diviso*, condominio limitado, derechos diferenciados de distintas personas, coparticipación sobre los frutos de la finca, propiedad separada, dominio limitado, conjunto de derechos, comunión de derechos sobre una misma cosa.

Su futuro deberá atender a la evolución de las bases económicas. En la agricultura de subsistencia los bienes comunales tienen una importancia decisiva, por lo que en los mismos se busca siempre el aprovechamiento óptimo y máximo de todos los recursos naturales, y para ello se diseñan figuras jurídicas que permiten estructuras económicamente viables. Actualmente, ha de procederse a la adecuación de las instituciones jurídicas a la nueva economía, tras decidir la orientación de la política agraria. Un problema actual es el de la fragmentación de las fincas, tanto física como jurídicamente. Desde el aspecto físico, la política de estructuras no acaba de abordar con la suficiente decisión el problema, y desde la perspectiva jurídica todavía colea las últimas cuestiones relativas al caso histórico del arrendamiento rústico, de gran extensión antaño y escasa práctica actual. En esta última perspectiva se sitúa la cuestión de decidir si conviene unificar todos los derechos de aprovechamiento sobre un mismo fundo en un único titular.

En este aspecto, la división de los aprovechamientos ha de ser analizado objetivamente para aquilatar su importancia dentro de las producciones agrícolas: valorar la práctica (situación de explotación), compatibilidad de los aprovechamientos en una régimen de rentabilidad económica y conservación de la finca (posibilidad de su viabilidad cara al futuro). En suma, ver si realmente hay una desintegración económica de la finca y de la función social que debe cumplir el suelo rústico atendiendo a que la explotación de la tierra debe realizarse con criterios técnico-económicos apropiados y con las mejoras necesarias para la adecuada explotación de los recursos naturales.

A pesar de que existe una tendencia legislativa, en materia de montes y administración local, y jurisprudencial, además de diversas opiniones doctrinales, favorable a refundir los dominios concurrentes en un exclusivo propietario, conviene reflexionar sobre la necesidad de una regulación positiva, incluso general sobre la propiedad separada, para definir, calificar y resolver los problemas de contenido, límites y extinción que plantean este tipo de supuestos, y en su caso la consolidación de la línea tendente a poner fin a este tipo de situación. Hay que adecuar el derecho al bien común, es decir, tomar medidas para que el derecho no sea un fin en sí (defensa del derecho por su mera existencia) sino un medio para lograr ese bien común dentro de la realidad social de cada época.

El fundamento de las instituciones tradicionales debe ser tenido en cuenta y valorado a la hora de decidir la utilidad de la institución en el sistema jurídico y social del momento, sobre todo pensando en eventuales medidas compiladoras, reformadoras o extintoras. La conveniencia de la conservación de instituciones estancadas y aparentemente anacrónicas requiere una toma de postura valorativa pero que en cualquier caso debe atender a su funcionalidad; esto es, en cuanto se estime que cumplen una función económica y social, se justifica una política legislativa

encaminada a su protección, y, por el contrario, la falta de funcionalidad debe conllevar a impulsar mecanismos de extinción.

Por tanto, la clave de su oportunidad y subsistencia se encuentra en deslindar esa función económica y social a la que el legislador siempre se ha referido en el momento de regular el destino de los montes en general y de los bosques en particular. Es cierto que, en la organización económica de la sociedad industrializada, la importancia de los aprovechamientos forestales viene en razón de la actividad agrícola del titular y que, desde esa perspectiva meramente privatista, pierden la razón de ser que tenían en la sociedad agrícola tradicional, en la cual constituían aprovechamientos necesarios para la subsistencia diaria al ser el monte y el bosque fuente de energía, de abono y de alimento. Sin embargo, incluso desde el punto de vista meramente individualista, existen actualmente estructuras agrícolas para las cuales los aprovechamientos de los montes tienen importancia económica e incluso son la esencia de la propia actividad agrícola cuando ésta es forestal.

A pesar de que existen opiniones que sustentan la inoportunidad de la propiedad separada en el desarrollo de las estructuras agrarias, separar jurídicamente el vuelo y el suelo de las fincas rústicas ha de ser un instrumento jurídico que resuelva los intereses particulares de relevancia económica pero también los intereses públicos de explotación racional y conservación²⁹¹. Es indispensable lograr el equilibrio entre las necesidades de producción y las ecológicas de conservación de los recursos naturales (la tierra útil y el agua), la flora y la fauna. En suma, frente al criterio de utilidad económica hay que atender a las nuevas preocupaciones por el medio ambiente que carece de óptica economicista o productivista, que no por ello deben ser incompatibles.

Ese es el criterio que parece consolidarse frente al planteamiento productivista de la anterior legislación de fomento de la producción forestal, que para lograr cubrir las necesidades de la demanda industrial tiene por finalidad primar la producción maderera y que posteriormente ha sido frenado por los intereses medioambientales y sociales puestos de manifiesto a través de la numerosa normativa de las Comunidades Autónomas relativa al fomento de la riqueza forestal. Además, para decidir el futuro de la institución habrá que tener en cuenta las nuevas direcciones económicas y

²⁹¹ Para Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988, “la propiedad separada entre el suelo y el vuelo arbóreo, por su carácter perpetuo, constituye un obstáculo a la reforma y el desarrollo de las estructuras agrarias” (p. 116); aunque después reconoce que “tampoco existe una razón de política económica aplicada al sector agrario en la que sustentar indeleblemente la necesidad de adoptar y acoplar indiscriminadamente para todos los derechos el concepto de las partes integrantes, para así justificar, aunque sea extrajurídicamente, la unidad del suelo y la plantación, imposibilitando que puedan disociarse jurídicamente” (p. 126).

sociales que se vislumbran en el Derecho Agrario, marcadas en estos momentos por la política agrícola común de la Unión Europea. En definitiva, todos los mecanismos jurídicos que permitan realizar cultivos arbóreos y repoblaciones forestales son idóneos para justificar por lo menos una función ecológica, tan o más importante actualmente que la función económica.

BIBLIOGRAFÍA

Manuel ALBALADEJO, *Derecho Civil III: Derecho de Bienes*, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1994 (8ª ed.), pp. 447-449.

Alvaro ARAGÓN RUANO, “Basoa Euskal Herriko historian zehar”, *Uztaro*, nº 29 (1999), pp. 25-38; *El bosque guipuzcoano en la Edad Moderna: aprovechamiento, ordenamiento legal y conflictividad*, Donostia-San Sebastián, Aranzadi Zientzi Elkarte, 2001.

Gurtze ARREGI, “Auzoa”, en *Euskaldunak* 3, Zarauz, Etor, 1978, p. 643.

Jorge ASCASIBAR, *Los montes de Guipúzcoa*, San Sebastián, Diputación Foral, 1978.

Rosa AYERBE IRIBAR y Luis Miguel Díez de Salazar Fernández, “Andoain, de tierra a villazgo (1379-1615). Un caso modélico de preautonomía municipal en Gipuzkoa”, en *Leyçaur (Revista de Estudios Históricos de Andoain)*, nº 0 (1996),

Luis Martín BALLESTERO HERNÁNDEZ, “Sobre la reforestación en la síntesis del medio ambiente”, in *Estudios en homenaje a la profesora Teresa Puente* (coor. Lorenzo PRATS), vol. I, Valencia, Universidad de Valencia, 1996, pp. 103-119.

Buenaventura CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, “Comentario de la Resolución de 7 de octubre de 1963”, *RDP*, 1964, pp. 154-156.

Ginés CÁNOVAS COUTIÑO, “Comentario de la Resolución de 7 de octubre de 1963”, *RCDI*, nº 428-429 (1964), pp. 111-115.

José CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral II: Derecho de cosas*, vol. 1º, Madrid, Reus, 1992 (14ª ed., revisada por Gabriel GARCÍA CANTERO), pp. 478-480; “Comentario de la sentencia de 9 de mayo de 1922”, *RDP*, nº 115 (1923), pp. 119-120.

Antonio CILLÁN APALATEGUI, *La comunidad foral de pastos en Guipúzcoa*, San Sebastián, Publicaciones de la Excm. Diputación de Guipúzcoa, 1959, pp. 196 ss.

Joaquín COSTA MARTÍNEZ, *Colectivismo agrario en España*, Madrid, Biblioteca Costa, 1915, pp. 277 ss.

Francisco CORRAL DUEÑAS, “La agricultura en las Constituciones españolas”, *Revista de Estudios Agro Sociales*, nº 114 (1981), pp. 7-37; “La división de aprovechamientos de la tierra en Extremadura”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 560 (1984), pp. 271-307; en *Actas del I*

- Congreso Internacional de Derecho Agrario en Extremadura* (Cáceres, 7-10 de noviembre de 1983), Badajoz, 1987, pp. 127 ss.
- V. CORTEJOSO GONZALO, “La división de los dominios y otras especialidades de los derechos reales en agricultura”, en *Actas del I Congreso Internacional de Derecho Agrario en Extremadura* (Cáceres, 7-10 de noviembre de 1983), Badajoz, 1987, pp. 163 ss.
- Manuel CUADRADO IGLESIAS, *Aprovechamiento en común de pastos y leñas*, Madrid, Publicaciones Agrarias del Ministerio de Agricultura, 1980.
- Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil III*, Madrid, Tecnos, 1997 (6ª ed.).
- Carmelo de ECHEGARAY, *Compendio de las Instituciones Forales de Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Diputación de Guipúzcoa, 1924, p. 255-260.
- Ludwig ENNECCERUS, Theodor KIPP y Martín WOLFF, *Derecho de Cosas*, t. III, vol. 1º, Barcelona, Bosch, 1944 (1ª ed.), p. 552 (traducción de Blas PÉREZ GONZÁLEZ y José ALGUER).
- Vicente FLÓREZ DE QUIÑONES, “Comunidad o servidumbre de pastos”, *RDP*, nº 237 (1933), pp. 161-180; “Ley Hipotecaria y vida rural” (conferencia pronunciada el 6 de marzo de 1961), *AAMN*, tomo XIV (1965).
- Manuel GARCÍA AMIGO, “Condominio *pro diviso* o propiedad separada”, *Revista de Derecho Privado*, 1974, pp. 175-201; “Derechos reales de adquisición (notas para una teoría general)”, *Revista de Derecho Privado*, 1976, pp. 99-131.
- Manuel GARCÍA DEL OLMO SANTOS, “Derecho real de vuelo, superficie rural y propiedad separada perpetua de los árboles respecto a la del fundo”, *Revista de Derecho Notarial*, nº 67-68 (1970), pp. 73-102.
- Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, “Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura”, *ADC*, 1976, pp. 281-307; *Las formas comunitarias de propiedad forestal y su posible proyección futura*, Ed. Estudio, Santander, 1986.
- José Manuel GARCÍA GARCÍA, “Comentario de la sentencia de 26 de junio de 1976”, *RCDI*, nº 527 (1978), pp. 823-826.
- Jerónimo GONZÁLEZ MARTÍNEZ, “Observaciones sobre la copropiedad *pro diviso*”, en *RCDI*, nº 153 (1941), pp. 71-78.
- Antonio GULLÓN BALLESTEROS, “Contratos constitutivos de derecho real de vuelo sobre fincas rústicas y arrendamientos rústicos”, *La Ley*, 1988-2, pp. 994-997; “El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1960, p. 218-235.
- Mikel M. KARRERA EGIALDE, *Los arrendamientos rústicos históricos: análisis a partir de la realidad guipuzcoana*, Madrid, Marcial Pons, 1998.

- José Luis LACRUZ BERDEJO y Agustín LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho Civil III: Derechos reales*, Barcelona, Bosch, 1991 (2ª ed.).
- Vicente LAFFITTE Y OBINETA, *La repoblación forestal en Guipúzcoa*, San Sebastián, Imprenta de la Provincia, 1919.
- Félix LÁZARO BENITO, “Reforestación de tierras agrarias: ¿suelo agrícola o forestal? Naturaleza y régimen jurídico”, en *Derecho Agrario. IV Congreso Nacional* (Madrid, 26-28 de octubre de 1994), Madrid, MAPA y Ed. Agrícola Española, 1995, pp.191-200.
- Alejo LEAL GARCÍA, *Modalidades de la propiedad inmobiliaria en la provincia de Cáceres*, Madrid, Augusto Boné, 1934; y en *Separata del Boletín del Instituto de Reforma Agraria*, nº 24 (junio 1934-III), pp. 444 ss; “Las unidades objetivas en el Derecho Agrario español”, *Información Jurídica*, nº 168-169 (1957), pp. 157-182.
- Manuel LECUONA, “Instituciones vascas”, en *Euskaldunak 1*, Zarauz, Etor, 1978, p. 42.
- Fermín LEIZAOLA, “Agricultura”, en *Euskaldunak 2*, Zarauz, Etor, 1978, p. 293.
- J. Miguel LOBATO GOMEZ, “Consideraciones acerca de la superficie arbórea”, *Revista de Derecho Privado*, 1985, pp. 840-858.
- Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ y Vicente Luis MONTÉS PENADÉS, *Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.
- Pablo MARTÍNEZ PARDO, “El Derecho a apostar o apostonar. Notas sobre su contenido y alcance”, *RDP*, 1922, pp. 272 ss.
- Miguel MASA ORTIZ, *Legislación de Montes. Comentarios al reglamento de 22 de febrero de 1962*, Barcelona, Nauta, 1964.
- José María MIQUEL GONZÁLEZ, “Comentario del artículo 392 CC”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirigidos por Manuel ALBALADEJO), tomo V, vol. 2º, Madrid, Edersa, 1985, p. 23-24.
- José Luis de los MOZOS, “Dictamen sobre Servidumbre personal de pastos”, *ADC*, 1964, pp. 125-145; en *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, Tecnos, 1972, pp.139-168; “Dictamen sobre Comunidad incidental de la plantación efectuada por un tercero en monte comunal”, *ADC*, 1970, pp. 625-642; en *Estudios de Derecho Agrario*, Madrid, Tecnos, 1972, pp.169-193.
- Serapio MÚGICA ZUFIRÍA, “Ondazilegi”, *Yakintza*, nº 16 (1935), pp. 301- 304.
- Alejandro NIETO, *Bienes comunales*, Madrid, Edersa, 1964.
- Arantza OTAEGUI ARIZMENDI, *La crisis de las haciendas locales: las ventas de bienes comunales y de propios en Guipúzcoa y Gerra eta Hazienda Lokalen Krisia: Udal Ondasumen eta Propioen salmentak Gipuzkoan 1764-1814*, Donostia-San Sebastián, Gipuzkoako Foru Aldundia-Diputación Foral de

Guipúzcoa, 1991, pp. 19 y 75; “El paisaje forestal de Guipúzcoa de 1784”, en *Actas de IX Congreso de Historia Agraria*, Bilbao, 15, 16 y 17 de septiembre de 1999, pp. 481-486.

Nicolás PEREZ CÁNOVAS, *La disociación jurídica de la plantación y el suelo: (a propósito de los conceptos del bien, parte integrante y accesión)*, Granada, Tat, 1988; “Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 586 (1988), pp. 735-759.

José POVEDA MURCIA, “Concurrencia de derechos sobre fincas rústicas”, *Anuario de Derecho Civil*, 1949, pp. 149-169.

José PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil III*, vol. II, Barcelona, Bosch, 1979 (3ª ed.), pp. 53-54.

Ramón de la RICA Y ARENAL, *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1959.

Ángel SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, “La presunción posesoria otorgada por el catálogo de montes de utilidad pública y la usucapión de montes públicos patrimoniales catalogados”, en *Derecho Agrario y Alimentario*, nº 35 (1999), pp. 7-25.