

# CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL «BUSCAR» FRUTOS ESPONTÁNEOS EN HUELMA

Por *Bernardo Moreno Quesada*

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada.

Consejero del Instituto de Estudios Giennenses

## Resumen

Se propone, como calificación jurídica de la costumbre inveterada existente en Huelma (provincia de Jaén) de buscar y recolectar frutos espontáneos de la tierra, la de *servidumbre personal* de las contempladas en los artículos 531 y 604 del Código civil español. A esta conclusión se llega tras deshechar la posibilidad de encuadrarla en otras figuras (concesión gratuita del titular, *jus usus inocui*, aprovechamiento comunal, costumbre *contra legem*), y encontrar, en cambio, base legislativa y jurisprudencial suficiente para atribuirle la naturaleza de servidumbre personal.

**1.** EL tema que me planteo en este trabajo, que con verdadera satisfacción he elaborado para el homenaje que tan acertada y justamente se le rinde a don Manuel Caballero Venzalá, Consejero-Bibliotecario de nuestro Instituto, amigo y compañero entrañable, reúne una doble condición, que a mi entender lo justifica:

La primera, de carácter objetivo, es la de estar referido a una cuestión que se plantea en el ámbito provincial giennenses, aspecto que se nos recomendaba expresamente como punto de referencia de los trabajos a realizar, porque así lo imponían las circunstancias del homenajeado y de la institución homenajeante; y la segunda, de carácter subjetivo, la de tratarse de un problema de carácter jurídico, específicamente de Derecho civil, que es el ámbito de mi dedicación profesional docente e investigadora.

Respecto al tema en cuestión debo aclarar también, y hacerlo al co-

mienzo, que éste no es un trabajo de investigación general sobre los frutos espontáneos. Se refiere a ellos, pero fundamentalmente es la presentación de unos comportamientos —y la reflexión subsiguiente que los mismos me suscitan—, que se producen en una zona, en un lugar concreto de la provincia de Jaén, Huelma, mi pueblo, tan alejado, geográfica y jurídicamente, de los territorios caracterizados por sus especialidades consuetudinarias, de la que éstos son una manifestación (1).

Se trata, con este estudio, de analizar jurídicamente un comportamiento social muy arraigado, desplazarse al campo a «buscar espárragos», a «buscar setas», a «buscar cardillos», que permite a las personas del pueblo, una vez que los localizan, la recolección libre y la apropiación subsiguiente de variados productos espontáneos de la tierra (espárragos, setas, cardillos, collejas, endrinas, majoletas, hierbas aromáticas), sin necesidad de permiso del propietario o titular del aprovechamiento del terreno donde nacen; y, podría añadir, en contra de su voluntad, si es que alguna vez llegara a plantearse esta oposición.

2. Que el tema de la problemática suscitada por el aprovechamiento de los frutos espontáneos es interesante, nadie lo duda: el desarrollo social del ocio, el apego a los comportamientos tradicionales y la vuelta a la naturaleza que todo ello conlleva, además de constituir una evidente moda, han puesto de actualidad lo referente a la recolección y disfrute de tales productos.

Y no faltan manifestaciones escritas de este interés, tanto desde una perspectiva puramente sociológica, como de planteamientos directamente científicos, aunque aquéllas suelen implicar también cuestiones jurídicas: no hace mucho se publicó un interesante trabajo en la revista «Quercus» (2); son frecuentes las «cartas al director» en la prensa diaria, en las que se polemiza sobre diversos aspectos de las costumbres locales que se dan en esta materia, sobre todo cuando afectan a terrenos públicos o especialmente protegidos; y una información minuciosa de lo relativo a la recolección de setas, publicada en el periódico «Ideal» de Granada del 4 de noviembre de 1994, día en que termino la redacción de estas reflexiones, constituye una

---

(1) Quiero llamar la atención, también, sobre que no es una especialidad exclusiva de esta zona de Sierra Mágina, sino que en manifestaciones parecidas se da también en otras comarcas giennenses y en diversas regiones españolas; y, en alguna de ellas, con una importancia social extraordinaria. Pero, de todas maneras, lo que ha llamado mi atención, desde hace tiempo, es que se dé, y en las condiciones que se da, en este lugar concreto del sur de Jaén.

(2) ORIA DE RUEDA, J. A.: «Recursos vegetales del bosque de montaña», *Cuaderno 50*, abril 1990, págs. 10 y sigs.

más de las muestras de diferente interés por el tema en el ámbito general. Esto, por un lado; el lado de la vertiente práctica que, por tales razones, presenta la recogida de frutos espontáneos del campo.

Pero es que, además, supone una cuestión de bastante interés teórico, en cuanto las soluciones que pueden proponerse para ella, traen consigo la utilización de normas y conceptos de gran solera en la doctrina jurídica. A ellos puede acudir para solventar los conflictos que suscitan los intereses implicados (3): del propietario, o del titular fructuario, del terreno o de los árboles o plantas donde surgen; de los habitantes de la zona, que son los que practican la «búsqueda» y recogida; de los forasteros, a los que todavía algunos piensan que pueden excluir como beneficiarios de la recolección.

Para resolver las primeras, procede esclarecer las segundas, sentando para ello unas premisas sobre las siguientes cuestiones:

La naturaleza y pertenencia del producto objeto de recolección.

La titularidad, en función de su naturaleza, del derecho en cuya virtud se lleva a cabo su apropiación.

3. Importante para el estudio de las consecuencias legitimadoras que puede tener en la adquisición por ocupación de los frutos espontáneos, de que tratamos, es la determinación de la naturaleza jurídica de los mismos.

A) A este respecto, la primera de las cuestiones que deben esclarecerse es la de su carácter de bienes muebles o inmuebles.

Si nos atenemos a la letra del Código civil (artículo 334, 2.º), y por qué no, también a su espíritu, la solución no resulta difícil: mientras estén pendientes, esto es, unidos a los árboles, plantas o tierra que los han producido, son bienes inmuebles; una vez alzados o separados, adquieren la condición de bienes muebles.

Pero la verdad es que no siempre es así; no siempre ha de considerarse «bien inmueble» el fruto pendiente. Y me interesa aclarar este punto, porque una tesis que en torno a esta cuestión mantuve hace años (4) viene siendo simplificada, y con ello malinterpretada, en el sentido de atribuírseme

---

(3) Sobre este punto concreto, resultan muy interesantes las consideraciones de CASA-DEI, en «Il regime giuridico di appartenenza dei funghi e dei frutti spontanei in genere», en *Riv. Dir. agrario*, 1974, I, págs. 10 y sig.

(4) En un trabajo que con el título «Régimen jurídico de los frutos pendientes», publicó en la *Rev. Crítica de Der. Inmobiliario*, 1967, págs. 963 y sigs.

que defiendo la consideración de tales frutos como cosas autónomas, no partes integrantes, cosas presentes, no futuras, y cosas muebles, no inmuebles.

Pero no es exacto afirmar que yo los califico de esta manera, entre otras razones porque el citado artículo 334, 2.º, no deja lugar a dudas sobre su condición de inmuebles, en cuanto partes integrantes del que los produjo: lo que defendí, y sigo defendiendo (ahora con respaldo jurisprudencial: STS 11 diciembre 1980) es que, en determinadas situaciones y como consecuencia de celebrar sobre ellos negocios jurídicos de transferencia que no abarcan a la cosa que los ha producido, se «movilizan», en el sentido de cobrar autonomía jurídica respecto de la cosa madre y, por ello, se convierten «ya» en cosas, sin necesidad de esperar a que se separen, a la vez que se «mobilizan», adquiriendo la cualidad jurídica de cosas muebles sin necesidad de ser alzados o separados materialmente de la cosa matriz; y teniendo en cuenta, además, que ello sucede por ser ésta la voluntad del que sea su propietario: que lo será el de la cosa matriz (artículo 354, 1.º), o el que sea respecto de la misma poseedor de buena fe (artículo 451), usufructuario (artículo 471), usuario (artículo 524), arrendatario (artículo 1.554, 1.º), enfiteuta (artículo 1.632) o acreedor en anticresis (artículo 1.881, todos ellos del Código civil).

Es decir, no dudo de que la situación normal de los frutos pendientes es la de integrante del inmueble, y precisamente esta consideración de *pars fundi* es lo que lleva a nuestro Código civil (artículo 334, 2.º), como también había sucedido en el Derecho romano (D. 6, 1, 44), a calificarlos como bienes inmuebles. Pero como bien pone de relieve ALONSO PÉREZ (5), por encima de esta accesoriedad a la cosa madre, «los negocios celebrados sobre frutos en flor o sobre animales en gestación son tan antiguos como el Derecho romano» y considerando que los frutos pendientes son para el Derecho realidades económicas que no pueden esperar el momento de la separación para entrar en el tráfico jurídico, conviene conmigo (si bien él hace referencia expresa a que el fruto pendiente «representa un bien de notable valor económico») en que adquieren en determinadas situaciones (hipoteca sobre la cosa madre que no alcanza a los frutos del artículo 11, 2.º L. H.; prenda sin desplazamiento de sólo los frutos según el artículo 52, 1.º de su Ley, etc.) una verdadera autonomía jurídica.

---

(5) «Comentario al artículo 355», en los de Edersa, dirigidos por ALBADAREJO Y DÍAZ ALABART, V. 1.º, 2.ª ed., Madrid, 1990, págs. 317.

¿Es éste el caso de la ocupación de los frutos espontáneos de que tratamos? Por el simple hecho de ser espontáneos, no tienen esta cualidad de cosas muebles presentes y autónomas, distinta de la que les corresponde, según el artículo 334, 2.º C. c., de bienes inmuebles; y no la tienen, ya que este precepto no distingue entre frutos naturales (categoría en la que se encuentran estos espontáneos a los que refiero) y los industriales, y abarca tanto a unos como a otros (aunque no, como es obvio, a los civiles); en cambio, tengo por claro que sí sucedería esta transformación por haberse celebrado uno de tales negocios sobre ellos, con independencia de que tengan o no un elevado valor económico que es, en la práctica, lo que llevará a que se celebren los negocios referidos. Pero el de apropiación unilateral por parte del que los recolecta (que es el tema aquí planteado) no es uno de ellos; en todo caso, podrá ser el resultado (por ejemplo, de su venta o donación), pero no hay la menor base para considerar que la simple ocupación cambiaría su naturaleza en mueble legitimando su adquisición; pero, en todo caso, para que esto fuera así, se necesitaría partir del carácter o naturaleza de cosa *nullius* de tales frutos. Y cuestión previa a dilucidar es si realmente la tienen.

B) Porque, en efecto, resulta importante resolver acerca de la posible naturaleza de *res nullius* de estos productos. Y ello porque, de atribuirles tal consideración, lo que implicaría la no pertenencia a nadie, estaría perfectamente justificada la apropiación de tales frutos por parte del que los ocupara: el primero que los separara de la tierra o de la mata o arbusto donde hubieran crecido y madurado, sería propietario de los mismos.

Para quienes estén pensando que esta posibilidad es un mero recurso dialéctico con la finalidad de presentar un aspecto teórico, que de antemano se sabe no va a tener viabilidad, vaya el dato de que fue presentada en la doctrina italiana por BODDA (6) con una cierta repercusión en el mundo jurídico. Su base estaba en considerar las setas y hongos como *res nullius* por no encontrarse mencionados en el elenco de los frutos naturales que hace el artículo 820, párrafo 1.º, del Codice civile, y que según el artículo 821 del mismo pertenecen al propietario, salvo que su propiedad sea atribuida a otros.

Este argumento no tiene consistencia, y como recuerda CAVALLO (en su obra y lugar citados), sobre este precepto concreto —y es doctrina co-

---

(6) «La raccolta dei funghi», en *La Stampa*, de 25 de septiembre de 1965, cit. por VALLO, B., en «Note sul cosiddetto uso di fungatico», *Riv. Dir. Agrario*, 1968, I, pág. 423.

mún para otros semejantes de los distintos ámbitos del Derecho civil—, no sólo de la letra (que comienza la enumeración con la palabra «*como*»), sino de la *ratio* del artículo (pues no se puede pretender en buena lógica que en un artículo del Código civil sea factible individualizar taxativamente todos los frutos naturales que los fundos sean capaces de producir) aparece de manera clara el carácter ejemplificativo de la relación que en él se hace. Por ello, no cabe obtener el artículo 820 la naturaleza de cosa *nullius* de este tipo de frutos.

Como tampoco es consistente el argumento, también esgrimido por BODDA, de que tal naturaleza de *nullius* le viene a estos frutos de «su escaso valor intrínseco», a lo que el mismo CAVALLLO opone la doble consideración de que se trata de una apreciación de hecho que, por sí misma, no debe sobreponerse a la propiamente jurídica —y, por supuesto, no basada en el valor económico— que utiliza el artículo 820; aparte de que pueda no ser cierto en bastantes ocasiones lo del escaso valor intrínseco de tales productos (7).

C) Otra posibilidad es la de que puedan considerarse *res derelictae*.

En relación con esta posibilidad, cabe estimar que a lo que puede haberse referido BODDA cuando menciona el escaso valor intrínseco de los frutos espontáneos, y está apuntado también en la frase de Mariano ALONSO transcrita en la nota anterior, es a una consecuencia que derivaría de ello: la presunción de que no interesándole al propietario por tal circunstancia, éste los haya abandonado, lo que produciría el efecto de convertirlos en *derelictos* y, consecuentemente, en objeto de ocupación; pues tanto lo son los que nunca han tenido dueño como los que habiéndolo tenido fueron abandonados.

Esto es cierto que se produce en determinados casos, y que se ha veni-

---

(7) De todas formas en esta materia, en la que nuestro C. c. ofrece a la teoría expuesta aún menos posibilidades que el italiano, subyace una idea sobre el valor que muy acertadamente resalta el profesor ALONSO PÉREZ: parte de que la distinción entre frutos naturales e industriales es propia de otras épocas, «en las que podían tener importancia una serie de productos engendrados espontáneamente por la tierra o por los animales. Pertenece a una economía de consumo primario propia de una sociedad agrícola o pastoril». Y que, en cambio, «nuestra sociedad tecnificada y superindustrializada otorga escaso valor a todo lo que se produzca sin el despliegue fáustico de la actividad o de la mente humana». Y repite después: «Normalmente en nuestros días —y podemos decir que siempre— los frutos auténticamente valiosos sólo se han dado por el trabajo y el esfuerzo del hombre...». «Comentario al artículo 355», cit., págs. 300 y 301.

do aplicando al derecho de espiguelo: la razón por la que personas distintas al propietario de la cosecha, pueden adquirir los restos de la misma que permanecen en el haza, es precisamente porque se piensa que el haberlos dejado allí implica un acto de abandono; razón por la que cuando hay cualquier manifestación de voluntad respecto a que no es así (por ejemplo, disponiendo de tales restos a favor de otra persona), éstos, las espigas caídas, quedan sustraídas a la posible ocupación por terceros.

¿Resulta aplicable tal presunción de abandono a los frutos espontáneos, de tal manera que los convierta en *res derelictae* y, por ello, en ocupables? Pienso que no, si pretende basarse exclusivamente en el escaso valor que puedan tener; que claramente no, si falta otra circunstancia de la que pueda desprenderse tal voluntad de abandono (por ejemplo, sí lo sería la de que habiendo madurado se separen de la cosa que los ha producido y el dueño, conociendo el hecho y teniendo oportunidad de recolectarlos, no lo hace) (8). Si no se dan unas circunstancias de las que pueda deducirse claramente la intención de abandonarlos, de renunciar a ellos, le seguirán perteneciendo al titular del disfrute de las cosas que los producen, y no será posible que se adquieran, por otro, en virtud de ocupación: porque como dice GONZÁLEZ GARCÍA (9), «mientras los frutos estén pendientes, el titular del *ius fruendi* podrá excluir cualquier actividad de terceros sobre ellos», y con más razón que ninguna otra, la de apropiárselos.

4. Si partiendo de la naturaleza jurídica de estos frutos hemos examinado la posibilidad de que se trate de una ocupación, veamos, desde un punto de vista diferente, otros negocios o figuras jurídicas en que puede encajar la adquisición por terceros de los frutos espontáneos pendientes.

A) La consideración de partida es la de que si el titular de la cosa matriz no excluye la actividad adquisitoria de los terceros, y permite que los recolecten, ¿puede significar esto algo que no sea propiamente un abandono?

Normalmente, quien tiene la facultad de exigir una cosa o conducta, o de impedir que se lleve a cabo, y no lo hace, realiza una concesión gratui-

---

(8) Esta es la razón que lleva al citado CAVALLÓ, pág. 424, de su *op. cit.*, a defender que no podrá aplicarse la presunción de derelicción a aquellos productos naturales que por razones técnicas, no son susceptibles de una recogida unitaria, y cita como ejemplo las setas y hongos que vienen recolectados continuamente durante un cierto período de tiempo, por lo que jurídicamente no puede individualizarse ni el *animus* de la derelicción, ni el momento en que por ello podría ejercitarse la ocupación.

(9) «La facultad de exclusión del propietario», Granada, 1986, pág. 249.

ta, una liberalidad, pues siendo consciente de que con tal actitud favorece a otros, manteniéndola pone de manifiesto que quiere efectivamente ese resultado; y lo hace precisamente en beneficio de la persona concreta a quien, en el supuesto que sea, no le impide la actuación de que se trate: en tales casos, y con referencia a los frutos espontáneos, está claro que el dueño de los mismos no los abandona; ¿acaso realiza un acto de disposición a favor de aquél a quien permite recogerlos? Esto podría mantenerse cuando hubiera un contacto personal entre el titular del aprovechamiento de la cosa matriz y el que pretende recolectar el fruto: haciéndolo en el mismo acto, habría una donación manual, de cosa mueble, por aplicación de la tesis que defiende de la «mobilización» negocial de los frutos pendientes.

Pero tal cosa sería ya más discutible para el supuesto, que es el normal, de que no exista un contacto directo entre el titular de los frutos pendientes y los que van a realizar el acto recolector adquisitivo, en cuyo caso podría concebirse como una donación a favor de persona incierta, aunque hubiera que recurrir a la fórmula técnica de la donación condicional (pues como necesita de aceptación, estará supeditada a que alguien en concreto la aceptara). Pero aquí el problema podría plantearse, además de en la real existencia de tal figura, en el aspecto de los requisitos de formas exigibles que la misma implicaría, cuestión muy difícil de resolver satisfactoriamente.

B) El *jus usus inocui* es otra de las figuras en la que se piensa al considerar el tema del aprovechamiento de los frutos espontáneos: la escena bíblica de Ruth espigando en las tierras de Booz es una sugerencia casi inmediata.

Consiste el *jus usus inocui* en el derecho de aprovechar una cosa ajena, usándola por razón de utilidad, sin que el dueño sufra perjuicio.

La actuación de aprovechamiento de los frutos espontáneos que vengo estudiando, no parece encajar dentro de esta categoría: y ello no es tanto porque se pueda circunscribir la idea de *usus* a la simple *utilización* de la cosa de que se trate, pues la verdad es que si bien éste pudo ser el punto de partida (y, por qué no, lo que constituye la base de los supuestos de esta figura más fácilmente adecuables a las circunstancias jurídicas y sociales de la actualidad (10), por ser lo que no altera el contenido físico de la cosa

(10) En alguna ocasión he oído mencionar al maestro ALBALADEJO como uno de los escasos supuestos de *jus usus inocui*, que podrían considerarse factibles en la actualidad, los de simple utilización, como es el caso del de una plaza de garage mientras su titular se encuentra ausente.

ajena sobre la que recae, ni siquiera en lo que se refiere a sus partes integrantes), en su evolución posterior se le considera ampliado, comprendiendo también el disfrute, que sí afecta a la integridad en sentido estricto de la cosa, al separársele los frutos que de ella se detraen.

Porque, en efecto, éste de incluir la percepción de los frutos es el sentido en que se le viene conceptuando, y así se hace en el clásico trabajo de LÓPEZ DE HARO, el cual complementa su definición, que he recogido en párrafo anterior, añadiendo que «el uso unido al concepto de aprovechar implica apropiación o consumo»: de esta forma se recoge el más clásico de los supuestos, el del espiguelo, incluyendo también los productos de la tierra que no son objeto de cultivo ni de especial aprovechamiento del dueño, como el espárrago, la seta, la hierba de la linde, etc.

Y digo que no es tanto porque la percepción de frutos pueda quedar fuera del *usus*, repito, sino porque opera sobre productos que perteneciendo al titular de la cosa que los produce, si otro los aprovecha le ocasiona un perjuicio, y ya no sería *inocui*. Por ello, se dice de esta figura del *jus usus inocui* que no actúa sobre aprovechamientos que merezcan el carácter de frutos o productos, sino sobre aquéllos que se estiman por el común sentir como restos o despojos de frutos o como producciones no utilizadas por el dueño (11). Y precisamente, la calidad de pendientes, de no separados, que tienen estas producciones, unida a su cualidad de cosas consumibles, constituyen un obstáculo para considerarlos objeto de un uso inocuo.

Respecto a lo primero, la situación de pendencia, porque el estar aún unidos a la cosa madre, no se puede determinar si el titular de esta cosa matriz va a utilizarlos o no: y ello debido a la doble circunstancia de su recolección a lo largo de un período de tiempo prolongado, y a la posibilidad de que el propietario quiera darles un destino conectado a su mantenimiento en la tierra o en la planta (como sería servir de alimento a los animales silvestres, o dejarlos separarse naturalmente para que cumplan la función

---

(11) LÓPEZ DE HARO, en su *op. cit.*, pág. 27, dice respecto a ello que a consecuencia del artículo 353 C. e., el dueño puede aprovechar, sin excepción, todos los productos: «pero los que él no aprovecha son del que los recoja, sin que aquél pueda prohibirlo, pues sólo cabría prohibición por haberlos él de aprovechar». A este respecto pienso, y con ello comparto la tesis que me ha propuesto el profesor ALONSO PÉREZ, en intercambio de opiniones, que en los casos que se citan de percepción de frutos, por ejemplo, el de Ruth, el *usus inocui* está en la entrada en la finca y no en la recogida de frutos, que se suponen abandonados (intencionadamente en este supuesto concreto), lo que excluye el aspecto de *jus* de esta figura.

de fertilizantes naturales del suelo, como en alguna ocasión se ha puesto de relieve).

Y en cuanto a su adquisición por el tercero, porque con ella se impide su ulterior percepción por el dueño, con el consiguiente perjuicio que ello le ocasiona, y la exclusión que conlleva del carácter inocuo de la actuación de aquél.

Claro es que esto no sucederá cuando previamente se les haya hecho objeto de un negocio jurídico, de los que decía antes que los *mobilizan*, a cuyo negocio ha de atribuírsele, generalmente, el efecto de manifestación de voluntad inequívoca de hacerlos suyos por parte del que antes tenía titularidad sobre ellos, derivada de tenerla sobre el inmueble del que pendían; evidentemente, como nueva cosa, autónoma y mueble.

C) Un dato que pone el problema en relación con otra figura, la del aprovechamiento comunal o uso cívico, es el curioso de que los esparragueiros y los que buscan setas en Huelma consideran (o, al menos, han considerado en tiempos anteriores) que el hacerlo en cualquier lugar del término municipal, tanto en propiedad privada como pública, es un derecho que tienen sólo los del pueblo, y consecuentemente piensan, o han pensado, que puede impedirse a los forasteros la recolección que ellos sí pueden llevar a cabo.

Me he referido al «aprovechamiento comunal» como un posible marco en el que encuadrar la libre recogida de frutos espontáneos, porque la convicción reseñada si por un lado limita la titularidad del aprovechamiento, excluyendo a los forasteros, por otro la extiende a todos los vecinos del pueblo.

Y, de otro lado, he hablado también de «uso cívico», figura muy estudiada en el Derecho agrario italiano (12), que consiste en un derecho de goce perteneciente a una colectividad de personas, cada una de las cuales suele estar determinada por la pertenencia a un mismo Ayuntamiento, o a una asociación, sobre bienes de terceros o del Ayuntamiento o la asociación mismos. Se distingue entre usos verdaderos y propios (que a su vez pueden ser esenciales o útiles, según la trascendencia que lo recogido tiene para las personas que ostentan el derecho), y usos menores (entre los que se incluyen el espigueo, la recogida de hierbas y otros frutos de la misma naturaleza).

---

(12) Por CICU-BASSANELLI, TRIFONE, PALERMO, ZACCAGNINI, en obras que cita CASADEI en «Proprietá fondiaria», en el tomo I de la *Raccolta sistematica degli usi agrari*, dirigida por BASSANELLI Y CARROZZA, Bologna, 1979, pág. 160, nota 13.

En opinión del mismo CASADEI (13) no presenta dudas el que la recogida de los frutos espontáneos se comprende normalmente en la categoría de los usos cívicos menores (aunque no descarta que constituya, para productos de más alto valor, un uso cívico útil), a los que se aplica la importante distinción de que si derivan de título podrán liquidarse cuando resulten incompatibles con el mejor destino que al fundo pretenda darle el propietario, mientras que los basados en costumbre no tendrán esta posibilidad.

Este tipo de configuración como aprovechamiento comunal, entroncaría con las que parecen ser las razones de su aparición:

Una, que responde a una antigua preocupación real de beneficiar a los ganaderos, como aparece ya en el reparto de tierras realizado por los Reyes Católicos tras la conquista de Granada: en él prohibieron a los propietarios favorecidos con ellas guardar ni defender «la yerba y otros frutos que naturalmente la tierra lleva» para que los aprovechen en pastoreo *los vecinos* «no estando plantado o empanado» (Novísima Recopilación, libro VII, título XXV, ley 2.<sup>a</sup>); sobre esta disposición dice LÓPEZ DE HARO (14) que si bien su razón de ser era el pastoreo, según se dice expresamente en ella, «bien debe entenderse que cobijaban, con mejor derecho, los aprovechamientos que no causaban daño ni perjuicio (los) de «la yerba y otros frutos que naturalmente la tierra lleva» para el consumo y las necesidades de los hombres».

Y otra, que puede entenderse como un residuo de la situación que creaba la propiedad amortizada, poniendo a disposición de los desfavorecidos estos aprovechamientos «menores» como forma de compensar las consecuencias negativas que para ellos tenía la concentración en pocos titulares de los aprovechamientos «mayores»; y esto era así en cuanto sobre la propiedad amortizada concurrían variados y frecuentes derechos de uso y disfrute de muy menor cuantía, y lo hacían unidos a comportamientos aparentemente de cortesía o agradecimiento, pero que de hecho eran verdaderas contraprestaciones de diversa índole: en el pastoreo, sobre productos del ganado, en aprovechamientos agrícolas ocasionales, productos de ellos y actividades de guardería, en recogida de mimbres, entrega de productos elaborados, etc.

---

(13) «La disciplina della raccolta dei tartufi: un'ipotesi di *res nullius* incorporata nel fondo», en las *Atti delle IV Giornate Camerti di Diritto agrario comunitario*, Camerino, 1990-1991, pág. 359.

(14) El «*ius usus inocui*», cit., pág. 22.

El problema para la acogida de esta fórmula en nuestro Derecho positivo, deriva de que su concreción en el Derecho civil español (cosa distinta es la admisión de la figura, por lo que concierne a los productos espontáneos de los terrenos públicos, en el ámbito del Derecho administrativo) tendría que pasar por la figura del uso normativo *contra legem*, excluido en su eficacia por el número 3 del artículo 1 del Código civil. Tema al que referiré después.

Muy relacionada con el planteamiento que acabo de exponer, se encuentra la que puede considerarse también como manifestación de «aprovechamientos colectivos»: la que viene dada por las comunidades a que se refiere nuestro Código civil en los artículos 602 y siguientes.

Y si bien es cierto que la regulación de los mismos en el Código se refiere de forma muy concreta a los de pastos (artículos 602 y 603, además de los 600 y 601), el artículo 604 lo extiende a los de leñas (que con el de pastos son los que tienen importancia práctica y han merecido atención de la doctrina) (15) y «demás productos de los montes de propiedad particular» (entre los que evidentemente se comprenden los frutos espontáneos), aunque en este caso ya con su correcta calificación técnica de servidumbre.

Como comunidad, si bien está sólo citada la de pastos, en cuanto que la jurisprudencia ha reconocido figuras análogas (16), que por razón del objeto podría permitir la admisión como tal de una que tuviera por objeto frutos espontáneos, la verdad es que no sería factible dicha inclusión, porque para ser comunidad necesitaría la circunstancia de la reciprocidad de derechos y obligaciones entre varios propietarios, que mutuamente se conceden los aprovechamientos, cosa que no ocurre en el supuesto que es objeto de estudio en este trabajo: en efecto, el derecho al aprovechamiento de que trato aquí es por completo independiente de la cualidad de propietario que pueda tener el vecino, pues corresponde a todos ellos sin distinción alguna.

D) El considerar el comportamiento que venimos estudiando como una costumbre es, según mi opinión, lo que responde mejor a las circunstancias que concurren en él.

(15) Vid. el excelente estudio de CUADRADO IGLESIAS: «Aprovechamiento en común de pastos y leñas», Madrid, 1980.

(16) Vid. lo que dice al respecto ROCA JUAN: «Comentarios a los artículos 600 al 604 del Código civil», de Edersa, dir. ALBALADEJO, VII-2.º, 2.ª ed., Madrid, 1990, pág. 271 y nota 7.

Y hago esta afirmación porque en el comportamiento referido identifico, y de una manera muy clara, los requisitos que conforman la costumbre:

El elemento material, esto es, el uso, manifestado por la realización de actos externos, de manera uniforme, general, duradera y constante (ALBALADEJO): en efecto, los recolectores de los frutos espontáneos tienen un mismo comportamiento, cuya uniformidad le viene de ser heredado de generaciones anteriores; este comportamiento es general en los vecinos de Huelma que se implican en la conducta, sea como recogedores, sea como propietarios de los terrenos donde se crían los frutos; no se recuerda en el pueblo un período de tiempo anterior en el que la actuación sobre el particular haya sido diferente de la que se sigue actualmente; y además, la conducta o uso se repite de forma constante, en las temporadas propias de recogida de cada una de las especies a las que se aplica (17).

El elemento espiritual, u *opinio iuris seu necessitatis*, entendido como convencimiento de que la actuación sobre el particular es justa y no simplemente debida a la tolerancia, sino de obligatorio cumplimiento por todos (incluidos los propietarios, arrendatarios y otros titulares del goce de los terrenos donde los frutos se producen, que igualmente están convencidos de ello), está asimismo presente.

El elemento racional, consistente en no contrariar a la moral o al orden público, también se da; y muy claramente porque la función que ha cumplido, y que posiblemente es la que creó el uso, constituía una práctica solidaria establecida en beneficio de los menos favorecidos; y algo de esta convicción queda en la actualidad.

Ha de convenirse en que todas estas circunstancias configuran perfectamente una verdadera costumbre; costumbre que se constituiría en fuente de Derecho si, además, no fuera contraria a la ley. Y este requisito, fundamental, le falta: los artículos del Código civil que citaba al principio (354, 1.º, que los atribuye al propietario; 451, al poseedor de buena fe; 471, al usufructuario; 524, al usuario; 1.554, 1.º, al arrendatario; 1.632, al enfiteuta, y 1.881, al acreedor anticrético), convierten la costumbre estudiada en *contra legem* y, como tal, sin posibilidad de ser *impuesta* en Huelma como norma jurídica reguladora de la cuestión en el caso de plantearse como tal, por ser mi pueblo territorio de Derecho civil común.

---

(17) «En el Derecho civil», I-1.º, del profesor ALBALADEJO, 12.ª ed., Barcelona, 1991, pág. 98, se recoge jurisprudencia abundante sobre el alcance de estos requisitos, que pienso pueden identificarse en la actuación de los huelmeños.

5. ¿Quiere decir todo lo anterior que si un propietario o titular de aprovechamiento de una finca, decidiera impedir la recogida de los frutos espontáneos, producidos en ella, por parte de otras personas, estaría en su derecho y, en consecuencia, recibiría el correspondiente respaldo jurídico?

En lo que a mí concierne, lamentaría que fuera así, y también que mis paisanos se enteraran de ello a través de estas líneas. Y lo lamentaría porque siempre he sentido un gran respeto por la costumbre como fuente de normas jurídicas, y he tenido por demasiado tajante su supeditación inmatizada a cualquier tipo de disposición legal, sistema que rige en nuestro Derecho civil común. Y al estudiar este caso concreto, he experimentado directamente la inconveniencia del sistema que, en un ámbito territorial determinado, no ampara un comportamiento de relevante y plausible solidaridad social; y no valga el argumento de que queriendo, como digo que quieren, pueden seguir teniéndolo, como hasta ahora lo siguen teniendo: porque al excluirlo la ley como vinculante, propicia su desaparición, pues tal es el efecto práctico de conceder primacía sobre la conducta general, a la actitud negativa de una sola persona falta de solidaridad o transitoriamente desacorde con ella.

Pero si a pesar de lo que acabo de decir, los frutos espontáneos se siguen adquiriendo por los vecinos mediante su recogida, como en efecto se adquieren, y hasta el momento no se han suscitado dudas de que se trata de una práctica legítima, sin duda se justifica el intento de insistir en la búsqueda de un fundamento jurídico que le proporcione el respaldo necesario.

La solución creo que puede encontrarse en la figura contemplada en el artículo 604 del Código civil: una servidumbre de las establecidas para el aprovechamiento de leñas y demás productos de los montes de propiedad particular. Circunstancia, esta última, enunciada en el precepto, pero que no impide en modo alguno que la figura prevista sea aplicable a terrenos que, siendo de particulares, no sean montes, e incluso a los que siéndolos tengan titularidad no privada (aunque en este último caso, en su regulación, habrán de tenerse presentes las leyes administrativas).

Se trata de una servidumbre, y de la categoría de las personales (18) que, según el artículo 531 C. c., pueden establecerse en provecho de una

---

(18) La delimitación de esta figura respecto de la comunidad contemplada más atrás, que se mezclan en los artículos del Código referidos, quedó establecida a partir del estudio sobre las mismas del profesor OSSORIO MORALES: «Las servidumbres personales (ensayo de sistematización)», Madrid, 1936, págs. 93 y sigs.

o más personas, o de una comunidad. ¿Cabría, efectivamente, incluir como una manifestación de estas servidumbres la recolección de los frutos espontáneos tal como se practica en Huelma?

Por razón del objeto, no presenta esta posibilidad ningún obstáculo, ya que pueden constituirse servidumbres personales que confieran el derecho, real, de recolectar frutos espontáneos, tal como prevee el artículo 604 al comprender en su previsión, además de los pastos y de las leñas, los «demás productos de los montes de propiedad particular»; a este respecto, como objeto de servidumbres personales consideró mi maestro, el profesor OSSORIO MORALES, haciendo aplicación del artículo 531 del Código civil, «cualquier disfrute o utilidad parcial y determinada de un inmueble», defendiendo un ámbito de este precepto mucho más amplio del que generalmente se le venía atribuyendo, con el que, dice, podrán construirse técnicamente múltiples situaciones jurídicas exigidas por las necesidades, siempre renovadas, de la vida social»; o de las que ya se han manifestado con anterioridad, como es éste del aprovechamiento de productos espontáneos (19) que se vienen practicando, añadido por mi parte.

Por razón del sujeto, tampoco creo que haya problema; según el artículo 531 pueden establecerse estas servidumbres en provecho de una o más personas, o de una comunidad. Este último término lo entiendo no como referido a una persona colectiva (pues al no distinguirlas, cuando menciona inmediatamente antes «una o más personas» tanto comprende las individuales como las colectivas), sino de «comunidades vecinales», que me parece eran principalmente las titulares contempladas de los derechos cuando se redactó este artículo del C. c.: afirmación que encuentra su respaldo también en que ellas fueron, precisamente estas comunidades vecinales, las que promovieron la mayoría de los posteriores litigios suscitados por determinados aspectos de la nueva normativa contenida en el Código civil: en el término «comunidad», pues, hay que entender «el vecindario», como hace la STS de 12 marzo 1967, o un pueblo o comunidad de personas, según la de 17 abril 1959); aunque a veces la reclamación y el derecho se le conceda a un Ayuntamiento o a un pueblo (SSTS de 14 noviembre 1924, y 20 marzo 1929).

---

(19) Las SSTS de 25 mayo 1961, 30 enero 1964 y 12 marzo 1968, que cita ROCA JUAN, pág. 39, constituyen referencias a este contenido, como servidumbres personales atípicas; y las que resultan de las abundantísimas (veintinueve) sentencias del TS que recoge ALABALADEJO: «Derecho civil», III-2.º, 7.ª ed., Barcelona, 1991, pág. 169, nota 197 bis.

¿Supone una dificultad para encuadrar el aprovechamiento de los frutos espontáneos pendientes como servidumbre personal a favor de la comunidad vecinal, la exigencia contenida en el artículo 531 de que los titulares han de ser personas o comunidad «a quienes no pertenezca la finca gravada»?

Una interpretación literal parece que excluiría del derecho a recoger esos frutos a los propios titulares del aprovechamiento de la cosa matriz; y ello sería no por la razón científica, lógica, de tener tal aprovechamiento en concepto de propietario, sino porque siendo dicha cosa objeto de servidumbre, tal aprovechamiento pertenecería a otros y no a ellos. Pero tal exclusión, no se da en la práctica que vengo estudiando. Y el no darse, no es un obstáculo para considerarla como servidumbre: en efecto, el artículo 544, en su párrafo 2.º, prevee la posibilidad de que el dueño del predio sirviente utilice la servidumbre de algún modo, de donde se deduce que no hay incompatibilidad con la situación de servidumbre, tampoco en las personales, en el hecho de que el titular o titulares de la cosa gravada con ella compartan los beneficios que pueda proporcionar la servidumbre, sea predial o personal, como es en este caso.

Y de otro lado, el hecho de que no se den en este aprovechamiento los caracteres de hipotecabilidad y transmisibilidad que, a la vista del artículo 107, número 5, de la Ley hipotecaria, les reconoce la mayoría de la doctrina a las servidumbres personales (20), no quiere decir nada contra su posible configuración como servidumbre personal: porque siendo tales caracteres manifestaciones de su contenido, y éste consecuencia del título de constitución de la misma (artículo 598 C. c.), será éste el que decida si en cada una se dan o no; y en este caso concreto que nos ocupa, de los términos en que se ha ejercitado siempre resulta que no; aparte de que la propia función que cumplen, «el fin perseguido» en que está su justificación, que a los efectos de determinar su contenido está «antes de lo que la ley pueda decir para ella en particular o para todas en general» (21), lógicamente excluye tales posibilidades.

Otro punto de referencia para decidir sobre la naturaleza de estas actuaciones como servidumbre personal, es el del título de su constitución:

(20) OSSORIO MORALES: *Op. cit.*, págs. 152 y sigs. Vid. también la STS de 25 mayo 1974, que declara las facultades de un Ayuntamiento, como representante de los intereses generales, para ceder mediante precio a ganaderos no vecinos de la localidad el ejercicio de la servidumbre, cuando los vecinos no consumen con sus ganados la totalidad de los pastos de las fincas.

(21) ALBALADEJO: «Derecho civil», III-2.º, cit., pág. 123.

se trata de la prescripción inmemorial, de haberse practicado, como efectivamente sucede, desde los tiempos recordados por los más viejos del lugar, que en estos mismos términos habían oído pronunciarse a los viejos que ellos conocieron: su base está en la costumbre; en este hecho fundamental de la costumbre, a la que si bien le falta el requisito de no contrariar la ley actual para fundamentar en nuestros días directamente la adquisición de los frutos espontáneos pendientes, sin embargo operando como prescripción adquisitiva, mediante el uso reiterado (posesión) que presupone, sí tiene la eficacia necesaria para producir el doble efecto de haberlo convertido en servidumbre personal, esto es, de hacerla surgir, y además de haber delimitado su contenido.

A ello no es obstáculo la circunstancia de no tratarse de una servidumbre continua (exigencia que aplican a estas servidumbres las SSTS de 30 octubre 1919, 19 noviembre 1930 y 9 diciembre 1930 para otras de esta misma naturaleza y contenido similar); y no lo es, por haber surgido como tal derecho de servidumbre antes de la vigencia del Código civil, que esto significa la prescripción inmemorial, y mantener éste la legislación anterior para los derechos nacidos bajo su régimen, aunque en él se regulen de forma distinta, e incluso no los reconozca, como establece la disposición transitoria primera (22).

Por todo lo que acabo de exponer, considero suficientemente justificado el respaldo jurídico (basado en los artículos 604, 531, 544, 2.º, y Disposición transitoria primera, todos ellos del Código civil) a la actuación de los vecinos de Huelma, y su convicción de ser obligatoria, de poder buscar y adquirir libremente, por alzamiento o separación, aquellos frutos espontáneos que se producen en terrenos del término municipal y que vienen siendo desde antiguo objeto de dicha práctica.

Tales frutos son los espárragos, setas, cardillos, collejas, endrinas, majoletas, así como hierbas aromáticas y medicinales, que surgen espontáneamente; lo que implica, claro es, que no hayan sido objeto de un cultivo específico (no serían frutos naturales, espontáneos), o que se encuentren en fincas o parajes con acceso prohibido, en las que sería ilegal penetrar para recolectarlos: este límite no desvirtúa la servidumbre, en cuanto que, según he dicho anteriormente, su contenido viene establecido por la costumbre

---

(22) Estudia esta cuestión EPÍN: «Derecho transitorio sobre la prescripción inmemorial de las servidumbres discontinuas en el Código civil español», en *Anuario de Derecho civil*, 1965, págs. 621 y sigs.

que inmemorialmente se observa, y en ella tal circunstancia es tenida en cuenta para excluirla.

En todo caso, el contenido se agota en la recolección, y en el uso de la finca que posibilite llevarla a cabo, y cualquier otra actuación les resulta vedada, salvo que se desarrolle dentro de los límites de lo que puede considerarse la función social de la propiedad (23). De cualquier daño que, con motivo de este «buscar» a que me he venido refiriendo, pueda ocasionarse en las fincas donde crecen los frutos, responderán los recolectores que lo ocasionen, de acuerdo con la normativa que regula la reparación de los perjuicios extracontractuales.

Quiero, finalmente, hacer una consideración sobre esta costumbre que observamos en Huelma: la de que el tiempo y la mudanza que el mismo está provocando últimamente en los comportamientos sociales, pueden hacer mella en las convicciones que la vienen sustentando. En un mundo en que quiebran muchas manifestaciones de la solidaridad, y aunque con menor intensidad ello se produce hasta en los entornos rurales, no me extrañaría que cualquier propiedad decidiera oponerse al uso que he descrito, y que alguno de los que salen al campo a practicarlo aceptaran la oposición desistiendo de hacerlo: se iniciaría así la desaparición de un comportamiento que como todos, y especialmente los que encierran un positivo valor cívico, constituyen una parte del patrimonio cultural, cuya pérdida sería muy de lamentar.

---

(23) Vid. MORENO QUESADA, B.: «La función social de la propiedad y su concreción en la Ley andaluza de reforma agraria», discurso de ingreso como consejero en el Instituto de Estudios Giennenses, leído el 15 de mayo de 1985, y publicado en el número CXXXV de su *Boletín*, págs. 9 y sigs.