

Coalitio

1. La *coalitio*, en cuanto conjunción o unión orgánica, es uno de los requisitos que en algunos supuestos (*avulsio*, *satio*, *implantatio*) considerados como figuras de accesión se exige para que se produzca la adquisición de la propiedad.

Los modos de adquisición de la propiedad aún siendo numerosos se encuentran taxativamente establecidos por la Ley, si bien no en orden sistemático (1).

Las definiciones de los modos de adquisición de la propiedad han sido múltiples aún cuando la mayor parte de ellas recogen la misma idea, así BIONDI (2) considera que son "todos aquellos hechos jurídicos a los que la Ley atribuye la eficacia de determinar la adquisición de la propiedad".

Dada la falta de sistemática de las fuentes y los diversos supuestos posibles de adquisición de la propiedad, la doctrina romanística ha intentado realizar diversas clasificaciones de los mismos (3). Sin embargo, la distinción que más consenso ha alcanzado en la doctrina ha sido aquella que distingue entre modos de adquisición originarios y derivativos, si bien en las fuentes tan solo se hace referencia textual a modos conformes al Derecho civil o al Derecho natural, como observamos en GAYO 2,65:

(1) GAYO se refiere a ellos en el libro segundo de sus Instituciones; igualmente en D. 41,1 (*De acquirendo rerum dominio*) y en I. 2,1 (*De rerum divisione*).

(2) *Istituzioni di Diritto romano*, Milano (1965), pág. 235. En el mismo sentido se han manifestado, entre otros, ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Napoli (1957), pág. 188; BONFANTE, *Corso di Diritto romano. La proprietà*, II, 2, Milano (1968), pp. 255 ss.; *Instituciones de Derecho romano* (trad. esp. de BACCI y LARROS), Madrid (1929), pp. 252 ss.; C. LONGO, *Corso di Diritto romano. Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano (1946), p. 86; GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in Diritto romano*, Torino (1955), pp. 11 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di Diritto romano*, Milano (1990), p. 413, señala que modo de adquisición de la propiedad es cualquier hecho jurídico que produce tal adquisición en favor de un sujeto.

(3) Sobre las distintas clasificaciones y su crítica, vid. BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 55 ss.; VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano (1952), pp. 6 ss.

“Ergo ex his, quae diximus, adparet quaedam naturali iure alienan, qualia sunt ea, quae traditione alienantur, quaedam civili; nam mancipationis et in iure cessionis et usucapionis ius proprium et civium Romanorum”.

El mismo GAYO en D. 41,1,1 pr (*Libro II. Rerum quotidianarum*) (4) distingue entre modos de adquisición por derecho de gentes (o por derecho natural) y por derecho civil:

“Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. Et quia antiquis ius gentium cum ipso genere humano proditum est, oportet ut de hoc prius referendum sit” (5).

Las Instituciones de Justiniano (I. 2,1,11) exponen la distinción entre modos de adquisición por Derecho civil y por Derecho natural o de gentes apoyándose en el fragmento de GAYO de *Res cottidianae* que acabamos de exponer:

“Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundam iure civili. Palam est autem vetustius esse naturale ius, quod cum ipso genere humano rerum natural prodidit: civilia enim iura tunc coeperunt, cum et civitates condi, et magistratus creari, et leges scribi coeperunt”.

Este texto que constituye según VOCI (6) un progreso en el aspecto sistemático al establecer en el inicio del desarrollo de los modos de adquisición la clasificación que nos interesa, es observado por BONFANTE (7) como una exageración por parte de los compiladores de las Instituciones al falsear el modelo de Gayo descrito en sus Instituciones (GAYO 2,65), en el cual no se sitúa en la base de la exposición la distinción de los modos naturales y civiles aunque cada adquisición se declare conforme al Derecho natural (*naturalis ratio*) o al Derecho civil.

(4) Sobre las relaciones existentes entre GAYO, 2,65, y D. 41,1,1 pr., vid. BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 60; ARANGIO RUIZ, "Ancora sulle Res Cottidianae", en *Studi Bonfante*, I, Milano (1930), p. 497.

(5) Sobre este texto se plantea la existencia de una interpolación en el inciso relativo a la mayor antigüedad del *ius gentium* o bien que sea fruto del origen postclásico de *Res Cottidianae*. Así, VOCI, *Modi di acquisto...*, pp. 2-3, señala que dicha observación no pudo atribuirse a GAYO, ya que éste se preocupa por establecer si un instituto es o no de *ius naturale*, pero jamás realiza la historia de éste. Vid. también BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 60-61, que consideraba interpolado *Et quia antiquius... sit*.

(6) *Modi di acquisto...*, p. 2.

(7) *Corso...*, II, 2, pp. 59-60.

A pesar de esta consideración manifestada por BONFANTE, creemos, como expone VOCI (8), que en las Instituciones de Justiniano se reproduce con bastante exactitud el esquema de GAYO en su sustancia, exceptuando la reflexión acerca de los orígenes del *ius naturale*.

Observamos, por lo tanto, como la clasificación mencionada es la única que puede extraerse textualmente de las fuentes. No obstante, la importancia de la misma no es excesiva en Derecho clásico y carece de toda relevancia en Derecho justiniano (9) al desaparecer las antiguas formas de enajenación en las cuales se apoyaba su significado práctico.

En esta situación nos apoyaremos en la distinción entre modos de adquisición a título originario y modos de adquisición a título derivativo elaborada por la escuela del Derecho natural y ello a pesar de no encontrar esta clasificación refrendo en las fuentes (10).

Considerando que la adquisición de la propiedad a título derivativo se funda en la relación con el titular anterior del derecho y la adquisición a título originario tiene lugar independientemente de dicha relación, por un acto unilateral del adquirente o por un hecho natural (11), tradicionalmente ha venido considerándose la accesión como un modo originario de adquisición de la propiedad que junto a la ocupación fueron en Derecho antiguo los únicos modos de adquisición originaria de la propiedad (12).

2. El término *accessio* presenta en las fuentes un significado más amplio de aquello que nosotros entendemos por accesión (13) en cuanto expresión técnica que designa uno de los modos de adquisición de la propiedad. Por este motivo, con el fin de evitar confusiones, algunos autores han preferido referirse a "unión" (14) o incluso a "aumentos" (15).

(8) *Modi di acquisto...*, p. 3.

(9) Vid. la crítica a esta distinción en BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 56-57; VOCI, *Modi di acquisto...*, p. 3.

(10) Sobre esta clasificación vid. BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 57 ss.; C. LONGO, *Corso di Diritto romano...*, pp. 87 ss.; VOCI, *Modi di acquisto...*, pp. 3 ss.; TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, Zaragoza (1987), pp. 252 ss.; TALAMANCA, *Istituzioni di...*, pp. 413 ss., señala que si bien esta distinción es desconocida para los "prudentes", se adapta sin embargo a la realidad romana.

(11) TALAMANCA, *Istituzioni di...*, pp. 413-414.

(12) Así se manifiesta BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 92; SOHM, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. por ROCES), Madrid (1928), pp. 275-276.

(13) *VIR*, 1, pp. 77-78: *Accessio opponitur decessioni-accessio oponitur principali rei*. BRANCA, "Accessione", en *Enciclopedia del Diritto*, I (1958), p. 261; FERRINI, "Accessione", en *NNDI* (1964), pp. 129-130; ASCOLI, BONFANTE y SEGRÉ, en GLÜCK, *Commentario alle pandette*, VI, Milano (1888), p. 80, n.b.; C. LONGO, *Corso di Diritto romano*, pp. 106 ss.

(14) C. LONGO, *Corso di Diritto romano*, pp. 106 ss; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette* (trad. it. por FADDA y BENSÀ), I, Torino (1925), p. 683, se refiere a "acquisto della proprietà mediante congiunzione".

(15) En este sentido RODDI, / *mutamenti della cosa e le loro conseguenze giuridiche*

Teniendo en cuenta los problemas que el término *accesión* encierra y sus múltiples posibilidades interpretativas en los textos, utilizaremos el mismo por cuanto existe un consenso bastante general en su utilización, aún cuando las fuentes emplean también el término *cederé* para referirse a estos supuestos, colocando entonces el acento sobre la cosa accesoria y no sobre la cosa principal (16).

La *accesión* que ha sido objeto de múltiples definiciones (17) comprende aquellos casos en los cuales el propietario de una cosa adquiere *ipso iure* la propiedad de otra cosa que es *res nullius* o propiedad de otros, y que se añade, se une o se incorpora a la primera (18).

Si la *accesión*, tal y como la entendemos, ha sido objeto de una abstracción de diversos supuestos para la elaboración de una teoría general, era necesario, según la doctrina tradicional, realizar una clasificación que permitiese integrar dichos supuestos y así se ha venido manteniendo la distinción entre unión de cosa mueble a cosa mueble, unión de cosa mueble a inmueble y la unión entre sí de cosas inmuebles.

Es en este último apartado donde mayoritariamente se han encuadrado aquellas figuras genéricamente denominadas como incrementos fluviales (19), es decir, *alluvio*, *avulsio*, *insula in fluminenata* y *alveus derelictus* (20).

in *Diritto romano*, Tormo (1936), pp. 15 ss., señala que reagrupa bajo la denominación genérica de *aumenti* todos los casos que han sido denominados como *accessioni* por la doctrina romanística, ya que la adquisición por *accesión* no ha sido precisada con exactitud en su significado jurídico.

(16) MADDALENA, "Accederé e Cederé nelle fonti classiche", en *LABEO* (1971), pp. 169 ss.; BRANCA, "Accessione", en *ED*, 1, pp. 263-264. La categoría general de la *accesión* se debe a los intérpretes, quienes han agrupado bajo el mismo perfil los numerosos casos dispersos en las fuentes en los cuales se adquiere el dominio por incorporación; si bien dichos supuestos no son siempre homogéneos, tienen la misma disciplina jurídica. Vid. BIONDI, *Istituzioni...*, p. 240; BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 92 ss; TORRENT, *op. cit.*, p. 255.

(17) Vid., entre otros: ARANGIO RUIZ, *Istituzioni...*, p. 191; BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 92; BIONDI, *Istituzioni...*, p. 239; ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, I, Paris (1886), pp. 634 ss.; GIRARD, *Manuel élémentaire de Droit romain*, Paris (1929), p. 349; MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 1, Paris (1947), pp. 398 ss.; ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche*, 1, Torino (1968), p. 106, entiende la *accesión* como la absorción de una cosa en la unidad material de otra; TALAMANCA, *op. cit.*, p. 417; VOCI, *Modi di acq...*, p. 253.

(18) VOLTERRA, *Instituciones de Derecho privado romano* (trad. esp. por DAZA MARTÍNEZ), Madrid (1986), p. 334; B. BRUGI, *Istituzioni di Diritto romano*, Torino (1926), p. 215, existe *accesión* cuando las cosas de propietarios diversos, que tienen entre ellas una relación de accesorio a principal, forman un todo inseparable por consideraciones diversas.

(19) Los incrementos fluviales se designan por los romanos como *ius alluvionum*: Cic., *De Or.*, 1,38; D. 41,1,16; vid. VOCI, *Modi di acq...*, p. 254, n. 2; C. LONGO, *Corso...*, p. 102.

(20) Sobre la polémica referente a si los incrementos fluviales se consideran como

3. Como hemos señalado al inicio del presente estudio nuestro objetivo es el análisis de la *coalitio*, que fundamentalmente se presenta en la *avulsio*, como requisito para que se produzca la adquisición de la propiedad.

El término *avulsio*, que no aparece mencionado en las fuentes (21) se encuentra únicamente citado por PLINIO el Viejo en tres pasos y con distintos significados (22).

Se considera, de manera general, que existe *avulsio* cuando por efecto de la corriente impetuosa de las aguas o por otra fuerza natural se separa de un fundo una parte visible de terreno que se adhiere a un fundo perteneciente a otro propietario.

Sin embargo esta concepción se muestra como incompleta si lo que se pretende es demostrar que la "porción de terreno" desgajada de un fundo pasa a ser propiedad del dueño del fundo al cual se adhiere. Es por este motivo por el cual se considera que este hecho es condición necesaria pero no suficiente para adquirir la propiedad (23).

Para que la *avulsio* pueda considerarse como un caso de accesión y, en consecuencia, como un modo de adquisición de la propiedad, es preciso que se verifique un requisito más, aparte de la adhesión del trozo de

instituto autónomo independiente de la accesión, vid., entre otros: ARANGIO RUIZ, *Ist...*, pp. 193 ss; JÓRS-KUNKEL, *Derecho privado romano* (trad. esp. por PRIETO CASTRO), Barcelona (1937), p. 190; C. LONGO, *Corso...*, p. 102, señala que no es correcto colocar los incrementos fluviales dentro de la accesión, ya que ésta presupone la naturaleza accesoria de la cosa de la cual se adquiere la propiedad, mientras que en los incrementos fluviales la accesoriedad no se toma en cuenta para la adquisición de la cosa.

(21) MADDALENA, *Gli incrementi fluviali nella visione giurisprudenziale classica*, Napoli (1970), p. 29; LANDUCCI, "L'avulsio", en AG, 31 (1883), p. 147, nn. 2-3; la palabra *avulsio* no es romano, no encontrándose registrada en ningún vocabulario, siendo frecuente su uso a partir del siglo XIX, ya que con anterioridad el primero que utilizó este término fue AYGELÉE, jurisconsulto del siglo XVI, en su versión de la Nov. 95 de León el Filósofo "et qui avulsionem passus est..." Por otro lado, el hecho denominado como *avulsio* se designó también mediante *vis fluminis, impulsio, appulsio*. En este sentido VOET, *Commento alle pandette*, V, Venezia (1852), p. 308, utiliza los términos *appulsio* y *avulsio*: "Próxima alluvioni est appulsio, vel avulsio..." Se pronuncia en idéntico sentido SERRAGLI, "La accessioni fluviali nel Diritto romano e nel Cod. civ. italiano", en AG, 41 (1888), p. 477.

(22) PLINIO, N.H. 17,9 (10): "Et abunde praedicta ratione caeli et terrae de iis arboribus dicemus, quae cura hominum atque arte proveniunt. Nec pauciora prope sunt genera; tam benigne naturae gratia retulimus. aut enim semine proveniunt aut plantis radicis aut propagine aut avolsione aut surculo aut insito aut consecto arboris trunco..." PLINIO, N.H. 17,13: "Et aliud genus simile monstravit, avolsique arboribus stolones vixere, quo in genere et usu perna sua avelluntur partemque aliquam e matris quoque corpore auferunt secum fimbriato corpore..." PLINIO, N.H. 17,21: "... Sabina erba propagine seritur et avolsione; tradunt faece vini aut e parietibus latere tuso mire ali..." Vid. MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 29, n. 40; LEWIS y SHORT, *A latin dictionary*, Oxford (1975), p. 216.

(23) LANDUCCI, "L'avulsio", en AG, 31, p. 158.

terreno a otro fundo, y es este precisamente el que se designa con el nombre de *coalitio* o conjunción orgánica.

En esta línea se manifiesta BONFANTE (24) al establecer dos fases, en primer lugar el mero contacto o *positio* y la conjunción orgánica o *coalitio* para que se produzca la adquisición de la propiedad.

Si hemos de buscar refrendo a lo expuesto anteriormente en las fuentes, debemos en un principio acercarnos a la exposición que GAYO realiza en sus Instituciones:

GAYO 2,71: "*Itaque si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad meum praedium pertulerit, haec pars tua manet*".

En el presente fragmento, GAYO excluye la existencia de una adquisición de la propiedad al permanecer la parte separada del fundo en poder del propietario de las tierras desprendidas, "*haec pars tua manet*". No existiendo ninguna referencia a una posible *coalitio*, quedando reflejada tan solo la frase de mero contacto o *positio*, según la descripción de BONFANTE (25).

En este sentido puede afirmarse que, en sus Instituciones, GAYO no considera la *avulsio* como uno de los supuestos de incremento fluvial, a los cuales se refiere en GAYO 2,70; 72 (26).

Sobre este texto, MADDALENA (27) elabora una hipótesis en la cual considera que GAYO se refiere a la *avulsio* como una de las manifestaciones de la *alluvio*, pudiendo ésta considerarse como *incrementum latens* del fundo en cuanto *alluvio* propiamente dicha o bien como *incrementum patens* del fundo constituyendo la *avulsio*. Es decir, según este autor, la avulsión en época clásica no obtendrá un reconocimiento autónomo, siendo tratada como un supuesto de *alluvio* (28).

(24) BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 121; *Ist...*, p. 262, n. 2; REGGI, "Alluvione e usufrutto", en *AG*, 142 (1952), p. 95, es necesaria la fase de mero contacto y de la *coalitio*. SANFILIPPO, *NNDI*, I, p. 131; C. LONGO, *Corso...*, p. 103.

(25) *Op. y loc. cit.*

(26) GAYO, 2,70: "Sed et id quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit; per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim flumen agro nostro adicit, ut aestimare non possimus, quantum quoque momento temporis adiciatur; hoc est, quod volgo dicitur per adlucionem id adici videri, quod ita paulatim adicitur, ut oculos nostros fallat". GAYO, 2,72: "At si in medio ilumine insula nata sit, haec eorum omnium communis est, qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident; si vero non sit in medio flumine, ad eos pertinet, qui ab ea parte, quae próxima est, iuxta ripam praedia habent". Vid. CERVENCA recens. MADDALENA, "Gli incrementi fluviali", en *LABEO*, 18 (1972), p. 107.

(27) *Op. cit.*, pp. 34-35.

(28) Vid., en contra, CERVENCA, *op. cit.*, p. 107; GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli (1976), pp. 578 ss., separa los incrementos fluviales de la accesión y considera la *alluvio* como *incrementum latens* y la *avulsio* como *incrementum patens*.

De la redacción de GAYO 2,71 no podríamos deducir la exigencia de la conjunción orgánica que supone la *coalitio*, hecho ante el cual podríamos preguntarnos si en el fenómeno descrito, "*si flumen partem aliquam ex tuo praedio resciderit et ad menum praedium pertulerit*", existiría la posibilidad de una transmisión de la propiedad o si por el contrario el trozo desgajado pertenecerá indefinidamente al propietario de cuyo fundo se ha segregado.

GAYO calla ante dicho interrogante, por lo cual en un análisis aislado del texto, la solución sería aquella ya expuesta "*haec parstua manet*", es decir, no existiría ninguna posibilidad de transmisión de la propiedad del trozo separado.

Sin embargo este fragmento se inserta en una exposición más amplia, aquella que el jurista viene realizando sobre la transmisión de las cosas por Derecho natural o por Derecho civil a partir de GAYO 2,65 (citado) (29).

Hemos de tener en cuenta, por tanto, para realizar el estudio de GAYO 2,71 el conjunto en el cual se encuentra integrado.

En primer lugar se pone de manifiesto una contraposición respecto a GAYO 2,70, referente a la *alluvio*, cuando el fragmento objeto de análisis comienza con *itaque*, para concluir que en este supuesto no existe adquisición de propiedad de la parte desgajada. En este sentido, MADDALENA (30) señala que *itaque* evidencia en ambos textos el empleo de los mismos esquemas lógicos, de ahí que se excluya la adquisición de la propiedad en GAYO 2,71, al describir el fenómeno de la avulsión en sentido negativo. Este argumento permite a este autor aseverar que la *avulsio* en Derecho clásico no constituye una figura autónoma respecto de la *alluvio* (31).

Frente a esta opinión, nosotros consideramos que GAYO 2,71 refleja un ejemplo en el cual no se produce la adquisición por Derecho natural que es lo que el jurista viene desarrollando a partir de GAYO 2,66 (32) cuando se refiere a la ocupación de aquellas cosas que estaban sin dueño. Es en este sentido en el cual se inscribe la adquisición de "*quod per diluvionem nobis adicitur*", como se expone en GAYO 2,70 referente a la *diluvio*. Se considera así que las partículas de terreno que la corriente de

(29) Sobre la oposición *civilis-naturalis* en GAYO, 2,65, vid., entre otros: CORNIOLEY, *Naturalis obligatio*, Génève (1964), pp. 57 ss; KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, München (1971), p. 204, y allí bibliografía.

(30) *Gli incrementi...*, p. 30.

(31) En contra, vid. CERVENCA recens. a MADDALENA, "Gli incrementi...", en *LÄBEO*, 18 (1972), p. 107.

(32) "*Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando ideo adepti erimus, quia antea nullius essent, qualia sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur*".

un río añade a un fundo son *res nullius* (33), adquiriéndose las mismas *naturali ratione*.

Hemos de tener en cuenta la distinción existente en Derecho clásico entre fundos *arcifinii* y *limitati*, lo cual nos lleva a establecer que tan solo en el supuesto de aquellos considerados como *arcifinii*, sin confines delimitados, podrían aplicarse los principios de la accesión, debiendo utilizar en cambio, en los fundos *limitati* los principios propios de la ocupación (34).

En el caso de la *avulsio* el pedazo de terreno no es *res nullius* sino *res aliena*, lo cual impide que a la adquisición en este supuesto puedan aplicarse los criterios anteriores. Ello no implica, sin embargo, que no pueda tener lugar una adquisición del trozo desgajado, si bien dicha adquisición debe inscribirse en el ámbito del *ius civile*, ya que como señala GAYO en sus *Institutiones*, para justificar la admisión de la usucapción, "las propiedades no deben permanecer inciertas durante mucho tiempo, bastándole al dueño con uno o dos años para buscar lo suyo" (35).

En este aspecto podemos considerar que el pedazo de terreno objeto de *avulsio* puede calificarse, ante la no reivindicación por parte del dueño originario, como *res derelicta*, como cosa abandonada, y por tanto susceptible de ocupación, con lo cual nos adentraríamos de nuevo en el campo de actuación del *ius naturale*, al considerar en dicho supuesto como *res nullius* la parte desgajada por la fuerza del río.

Ante esta posibilidad, hemos de constatar como en Derecho romano existe una serie de *res nullius* que se sustrae al régimen de la ocupación como por ejemplo las *res Mancipi* abandonadas que no pueden adquirirse más que por usucapción (36).

Por tanto, ante el supuesto expuesto por GAYO 2,71, hemos de concluir

(33) La mayor parte de la doctrina coincide en afirmar el carácter de *res nullius* de los detritos del aluvión; vid. BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 120; BRANCA, "Accessione", en *ED*, I, p. 264; CERVENCA, *op. cit.*, p. 106; MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 30.

(34) BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 120; VOCI, *Modi di acquisto...*, p. 254.

(35) GAYO, 2,44: "Quod ideo receptum videtur, ne rerum dominia diutius in incerto essent, cum sufficeret domino ad inquirendam rem suam anni aut bienii spatium, quod tempus ad usucapionem possessori tributum est".

(36) C. LONGO, *op. cit.*, p. 88. Para GUARINO, *op. cit.*, p. 588, en las *res Mancipi* pertenecientes a alguien la *occupatio* era tan sólo el primer momento del *tempus ad usucapionem*. Sobre el polémico tema de la *derelictio*, vid. A. BERGER, "In tema di derelizione", en *BIDR*, 32 (1922), pp. 131 ss.; BONFANTE, "La derelizione di res Mancipi nel Diritto classico", en *Scritti giuridici vari*, II, Torino (1926), pp. 326 ss.; "La derelizione e l'apprensione delle cose derelitte", en *Scritti...*, II, pp. 343 ss.; M. KASER, "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten im altrömischen Recht", en *ZSS*, 65 (1947), pp. 222 ss.; S. ROMANO, *Studi sulla derelizione nel Diritto romano*, Padova (1933), pp. 3 ss.; L. VACCA, *Derelictio e acquisto delle res pro derelicto habitae*, Milano (1984), pp. 1 ss., y allí abundante bibliografía.

que no existe un incremento fluvial cuando se produce únicamente un contacto (*positio*) de la parte separada al fundo al cual se añade (*pertulerit*), debiendo acudirse a la *usucapió* por parte del propietario del fundo al cual se ha adherido el trozo de terreno. En este sentido estimamos que, frente a aquellos autores (37) que no aprecian la existencia de la *bona fides* en el propietario del terreno incrementado, ésta se da desde el momento en que el nuevo *dominus* considere que se trata de una *res derelicta* y que, por tanto, no perjudica el derecho de otro (38).

En esta línea se manifiesta el propio GAYO (2,51) cuando se refiere a la usucapión de un fundo ajeno cuando este se encuentra deshabitado por abandono, muerte sin sucesor o larga ausencia del dueño, "*Fundiquoque alieni potest aliquis sine vi possessionem nancisci, quae vel ex neglegentia domini vacet, vel quia dominus sine successore decesserit vel longo tempore afuerit...*"

En consecuencia, la *coalitio*, como hemos venido señalando, no se menciona en GAYO 2,71. Sin embargo el propio GAYO refiriéndose a la *avulsio* en D. 41,1,7,2 (libro II. *Rerum cottidianarum sive aureorum*) señala:

"*Quodsi visfluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo praedio attulerit, palam est eam tuam permanere. Plañe si longiore tempore fundo meo haeserit arboresque, queas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse*".

Se pone de manifiesto así como mediante la inmisión de las raíces en el fundo, que por efecto de la fuerza del río se ha visto incrementado, se produce la adquisición de la parte desgajada de otro predio.

No obstante este texto extraído de *Rerum cottidianarum sive aureorum* puede ser objeto de deuda en cuanto a que refleje el pensamiento de GAYO y, por tanto, haga referencia a una situación de la época clásica.

(37) Vid. LANDUCCI, "L'avulsio", en *AG*, 31, pp. 159-160, 200-201, n. 1, concluye en favor de la *usucapió* cuando el propietario pudiese demostrar haber creído abandonada la porción desgajada a pesar de D. 41,7,6 (*Iulianus. Libro III, ad Urseim Ferozem*): "Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse", debiendo, según este autor, presumir la buena fe y juzgar con cautela "*falso*", exigido por Juliano. Sobre este texto BONFANTE, "Le singole iustae causae usucapionis e il titolo putativo, en *Scritti...*, II, p. 555, señala que la "*falsa existimatio*", la buena fe, no puede sustituir nunca la derelicción real. VACCA, *op. cit.*, pp. 70 ss., considera que en determinadas situaciones objetivas se podía justificar el error de aquel que creía efectivamente abandonada la cosa por el propietario y admitir así la usucapión no *pro derelicto*, sino *pro suo*.

(38) En cuanto a los otros requisitos de la *usucapió*, no se plantea problema alguno al tratarse de una *res habilis* y al considerarse el título *pro derelicto* como *iusta causa*. BONFANTE, "La iusta causa dell'usucapione e il suo rapporto colla bona fides", en *Scritti...*, II, pp. 469 ss.

Conocida es la problemática existente sobre la clasicidad de *res cottidianae* que aún hoy no ha sido bien aclarada (39).

No obstante, en referencia al tema que nos preocupa, es decir, la exigencia de la *coalitio*, podemos señalar que en época clásica es conocida como se demuestra el examen de textos correspondientes a distintos juristas como son el propio GAYO (40), VENULEYO (41), PAULO (42), ULPIANO (43) quien además permite afirmar su conocimiento ya en época republicana gracias a la mención, por ejemplo, de ALFENO EN D. 39,2,9,2 (*libro LIII ad Edictum*): "*Alfenus quoque scribit... ita demum autem crustam vindican posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*".

(39) Vid. sobre este tema, entre otros: ARANGIO RUIZ, "Ancore sulle Res Cottidianae", en *Studi Bonfante*, 1 (1929), pp. 495 ss., que considera que *Res Cottidianae* deriva de las Instituciones de Gayo; CERVENCA, *LABEO*, 18, p. 107, aun admitiendo que *Res cottidianae* hayan sido redactadas en época tardía, nada impide que puedan contener material clásico. FERRINI, "Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano", *BIDR*, 13 (1901), pp. 107 ss., señala cómo *Res Cottidianae* pueden considerarse como una nueva elaboración de las Instituciones con menos referencia a detalles de instituciones anticuadas, pero con una exposición teórica más completa del Derecho vigente y de las aplicaciones en la práctica. En este sentido, Ferrini no duda que en la mente de Gayo *Res Cottidianae* estuviese destinada a sustituir a las Instituciones, sin entrar a analizar las razones por las cuales esto no llegó a producirse. A. M. HONORÉ, *Gaius: A biography*, Oxford (1962), pp. 68 ss., rechaza que *Res Cottidianae* no haya sido escrita por Gayo, diferenciando las Instituciones, que habían sido redactadas con fines didácticos, y *Res Cottidianae*, dedicadas a la lectura. Sobre esta obra vid. la recensión realizada por G. G. ARCHIE, *SDHI*, 29 (1963), p. 433; MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 15, n. 16, 32, se manifiesta inseguro respecto a la posibilidad de poder reconstruir el pensamiento clásico apoyándose en D. 41,1,7,2; Voci, *Modi di acquisto...*, p. 2, para quien *Res Cottidianae* es una elaboración postclásica, observándose en determinados supuestos la intervención del compilador; F. WIEACKER, *Textstufenklassischer Juristen*, Göttingen (1960), p. 187; WOLFF, "Zur Geschichte des Gaiustextes", en *Studi Arangio Ruiz*, 4 (1953), pp. 192 ss., para quienes *Res Cottidianae* pertenecen a un texto de Gayo no publicado en época clásica; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze (1968), pp. 269 ss.: *Res Cottidianae* contiene, evidentemente, una versión o elaboración de las Instituciones de Gayo, aunque se haya alterado el orden de la exposición. Para este autor puede que la obra completa pertenezca al inicio del período postclásico, pero puede ser que represente notas a lecciones que, si no compuestas por el mismo Gayo, sí por un profesor de Derecho del período clásico que se hayan reencontrado en el período postclásico. O. STANOJEVIC, "Gaius noster. Plaidoyer pour Gaius", en *Studia Amstelodamensia ad Epigraphicam, ius antiquum et papyrologicam pertinentia*, XVIII (1989), afirma que *Res Cottidianae*, tal y como las conocemos por los fragmentos del *Digesto*, son auténticamente de Gayo. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, Oviedo (1982), pp. 499 ss., señala que el núcleo serían las Instituciones de Gayo, quizá reelaboradas por algún discípulo, considerándose los *libri rerum cottidianarum* *servi aureorum* de factura post-clásica.

(40) GAYO, 2,74.

(41) D. 43,24,22.

(42) D. 41,1,26,1.

(43) D. 6,1,5,3; 39,2,9,2; 47,7,3,3.

Sobre D. 41,1,7,2 puede plantearse la existencia de posibles interpolaciones (44). Sin embargo, observando el texto comprobamos como el término *plañe* que podría ser sospechoso es uno de los términos que GAYO utiliza en distintas ocasiones, como señala HONORÉ (45). Estimamos, por tanto, que sustancialmente D. 41,1,7,2 expone el pensamiento de GAYO sobre lo que posteriormente se denominó *avulsio*. En este sentido DE SARLO (46) afirma que este texto al menos en su sustancia es clásico.

Del análisis de D. 41,1,7,2 se deduce inmediatamente la existencia de dos partes dentro del mismo texto. Así "*Quodsi vis fluminis...eam tuam permanere*" reproduce el contenido de Gayo 2,71, ... *si flumen...haec pars tua manet*, con lo cual nada nuevo aporta sobre lo reseñado, la parte de un predio arrancada por la fuerza de un río y transportada a otro predio permanece siendo del propietario del fundo desgajado.

Es en la segunda parte: "*planesi longiore tempore fundo meo haserit arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meofundo adquisita esse*", donde se plantea la adquisición del pedazo separado por parte del propietario del fundo al cual se incorpora. Se constata así claramente la fase de *positio* en la primera parte y la fase de *coalitio* en el segundo apartado.

El estudio de la segunda parte del texto de GAYO parte de una adherencia del trozo arrancado durante un período más largo de tiempo, *plañe si longiore tempore fundo meo haserit*, al fundo al cual se añade. Esta prolongación en el tiempo se contrapone al primer apartado de D. 41,1,7,2 (*plane*), con lo cual obtenemos la impresión de que el suceso relatado se refiere a una incorporación de duración limitada en el tiempo.

No obstante concretar que ha de entenderse por *longiore tempore* es objeto de duda, ya que los autores, que lo han intentado, han llegado a soluciones distintas.

Sobre este punto SERRAGLI (47) considera que no puede ser más que el tiempo necesario para que se produzca el traspaso de la propiedad, es decir, *haserit fundo meo et arbores quas secum traxerit radices egerint*.

Más recientemente, MADDALENA (48) basándose en *longiore tempore fundo meo haserit* establece que la *avulsio* es un caso de *alluvio* ya que

(44) Vid. *Index Interpolationum*. Para PAMPALONI, en *Studi Senesi*, 4, p. 235, cit. por L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano (1940), p. 50, n. 1, el fragmento *Plañe si longiore tempore... adquisita esse* sería fruto de los compiladores justinianos, ya que no se recogería en GAYO, 2,71.

(45) *Op. cit.*, p. 114, n. 17: D. 18,6,16; 41,1,3,1; GAYO, 2,205. Igualmente sucede, según este autor, con *palam est*: D. 41,1,5,6; 44,7,1,9; 44,7,5 pr; GAYO, 2,78, p. 114, n. 20.

(46) *Op. cit.*, p. 50, n. 1.

(47) "Le accessioni...", en *AG*, 41 (1888), pp. 487-488.

(48) *Gli incrementi...*, pp. 94-95.

el pedazo segregado accede lentamente, se trata de un *acceso paulatim*. En cuanto al tiempo, este autor, señala que será aquel que coincida aproximadamente con el tiempo necesario para la usucapión por parte del propietario del fundo incrementado (49).

LONGO (50) identifica *longiore tempore* con el tiempo necesario para que la vegetación de la zona arrancada eche raíces en el fundo, no precisa, por lo tanto, este concepto cuando expone: "ma se con l'andar del tempo la vegetazione di questa zolla mette radici nel fondo, se cioè avviene la *coalitio*, essa da questo momento va perduta definitivamente pel precedente proprietario e si acquista al fondo cui si é saldata". En este sentido se manifiesta igualmente BONFANTE (51) al exponer que "la accesión tiene lugar cuando el tiempo y la vegetación une orgánicamente la tierra transportada y las plantas, que lleva ésta, con el nuevo terreno".

Sobre el estudio de este texto ACURSIO (52) refiere como Azon interpreta *longiore tempore* como el transcurso de diez a veinte años. En cambio el propio ACURSIO al estudiar I. 2,1,21 refiriéndose a *longiore tempore* señala que será tan largo como lo hagan las raíces (53).

Sobre este aspecto consideramos que *longiore tempore* se encuentra definido en este texto de GAYO por el hecho de que las raíces de los árboles se extiendan al fundo incrementado, no pudiendo realizarse una concreción mayor desde el momento en que este hecho dependerá de variantes particulares, como la especie de árbol de que se trate o la distancia existente entre el árbol situado sobre el terreno arrancado y el fundo al cual se une.

Por otro lado, la opinión expuesta por MADDALENA sobre que el tiempo coincidirá aproximadamente con la usucapión puede ser acertada en determinados supuestos, es decir, cuando la variedad de árbol de que se trate precise de dicho tiempo para que la unión orgánica se produzca. No obstante, es factible considerar que la adquisición mediante la *coalitio* tiene lugar en un tiempo más breve que aquel que la *usucapió* exige y ello sin olvidar que los requisitos exigidos para la usucapión son superiores a la exigencia de "echar raíces", es decir, a la *coalitio*.

Continuando con la exposición del texto de GAYO: "...arboresque, quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint..." se nos plantea el

(49) Vid., en contra, CERVENCA recens., *LABEO*, 18, pp. 107 y 112, n. 13; VOCI recens., *IURA*, 21 (1970), p. 239.

(50) *Op. cit.*, p. 103.

(51) *Ist...*, p. 262.

(52) *Corpus iuris civilis iustinianei. Cum commentariis Accur su...* Studio et opera IOANNIS FEHI (reimpressio phototypica editionis Lugduni, 1627; Osnabrück, 1965), III, p. 363.

(53) *Corpus iuris civilis iustinianei. Cum commentariis Accur sii...*, V, p. 133.

hecho de que la tierra arrancada transporte con ella árboles y que estos árboles echen raíces en el fundo al cual la parte separada se adhiere.

Con esta manifestación el jurista parece querer señalar que la existencia de árboles se requiere como condición necesaria, o, como señala LANDUCCI (54) como condición esencial, ya que, continúa exponiendo este autor, no se utiliza *ut puta* o frases similares, siendo las palabras de GAYO rigurosas y exclusivas.

Según este argumento a la exigencia de la presencia de árboles se añadiría que las raíces de estos penetren, se extiendan al fundo incrementado, para que de *coalitio* puede hablarse y por lo tanto de adquisición de la propiedad mediante *avulsio*.

Esta rotundidad de GAYO es la que lleva a LANDUCCI (55) a la conclusión de que el trozo separado no se adquiere jamás, salvo que existan árboles, en cuyo caso se adquieran únicamente dichos árboles (56).

De manera similar se manifiesta OTOMANO (57) al señalar que cuando no existían árboles no podía tener lugar el traspaso de la propiedad, siendo por lo tanto ridículo que se haga depender de la existencia de ellos.

Por esta misma solución se han inclinado también otros autores, como MAYNZ (58) para quien no se pierde jamás la propiedad del terreno separado para su propietario, adquiriéndose únicamente los árboles (59).

Más recientemente MADDALENA (60) señala que con seguridad tan solo puede afirmarse la adquisición de los árboles, ignorando que sucede en el plano jurídico cuando el terreno forma una unidad perfecta con el fundo al cual se adhiere.

Frente a esta postura, la mayor parte de los autores adoptan la posición de considerar que una vez que los árboles han echado raíces en el fundo al cual se adhiere el terreno arrancado, se adquieren tanto árboles como terreno.

Así ACURSIO (61), PUCHTA (62), VOET (63) quien afirma que "echar raíces constituye adherencia y atribuye el dominio del trozo de tierra

(54) *Op. cit.*, p. 193.

(55) *Op. cit.*, p. 200.

(56) Vid. *infra*, pp. 28 ss. Sobre la teoría de LANDUCCI vid. pp. 29-30.

(57) Cit. por SERRAGLI, *AG*, 41, p. 486.

(58) Cit. por LANDUCCI en *AG*, 31, p. 182, n. 4, y por SERRAGLI, *ag*, 41, pp. 486-487.

(59) Idénticamente PASQUALI, *Accessione*, *D.I.* (1884), pp. 289 ss.; ACCARIAS, *Précis de Droit romain*, I, Paris (1886), p. 636. Vid. más bibliografía citada por LANDUCCI en *AG*, 31, p. 182, n. 4.

(60) *Gli incrementi...*, p. 34.

(61) *Glossa ad*, D. 41,1,4,2, t. III, p. 363.

(62) *Pandekten*, Leipzig (1845) (reimp. 1982), 164, p. 233.

(63) *Comm. alle pandette*, V, Venecia (1852), pp. 308-309.

añadido por avulsión, y ello supone que se consiga el dominio de la tierra y de los árboles a ella inherentes" (64).

BONFANTE (65) señala que "sería extraño e irrenconciliable con los principios una adquisición de los árboles separados del terreno".

En esta dirección ha venido también manifestándose los autores más modernos como RODDI (66) quien establece que la unión orgánica de los árboles al nuevo fundo hace que se adquieran tanto los árboles como el terreno sobre el cual se encuentran plantados. LONGO (67) concluye en idéntico sentido, sin plantearse la polémica reseñada.

No obstante, aun cuando mayoritariamente los autores coinciden en que la adquisición tiene lugar tanto de los árboles como del terreno, no todos ellos coinciden en su fundamentación. Así BECHMANN (68) considerado *radices egerint* como esencial, establece que la tierra se adquiere únicamente gracias a los árboles y plantas, no pudiendo ser adquirida por sí sola. Es decir, la adquisición de la propiedad por avulsión es una consecuencia de la adquisición de la propiedad por *implantatio*; adquiridos los árboles o plantas transportados debe necesariamente adquirirse la tierra en la cual se encuentran (69).

Frente a esta interpretación de BECHMANN se ha manifestado SERRAGLI (70) para quien no debe creerse que la adquisición de la tierra desgajada sea una consecuencia jurídica de la adquisición de los árboles, en cuanto que adquirido un árbol se adquiriera la tierra que lo circunda, ya que con este sistema el terreno arrancado se adquiriría a medida que se adquieran los árboles y si pocos o ninguno se adquirirían, poca o nada de tierra se adquiriría (71).

(64) En el mismo sentido, vid., entre otros: ORTOLAN, *Explication historiques des institutes*, 1 (1852-1853), p. 371; ARDNTS, *Trattato delle pandette*, 1, Bologna (1882), 54.55, pp. 170 ss.; WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, 1, Torino (1925), 188, pp. 683 ss.; SERRAGLI, "Le accessione fluviali...", en AG, 41, pp. 477 ss., y la bibliografía citada por LANDUCCI en AG, 31, p. 183, n. 1; FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano (1953), p. 297, n. 2, sería extraño atribuir la propiedad de los árboles y no la de la tierra que nos rodea.

(65) *Corso...* II, 2, p. 121.

(66) *I mutamenti...*, p. 36.

(67) *Corso...*, p. 103. Igualmente G. LONGO, *Corso di Diritto romano. I diritti reali*, Padova (1962), p. 139.

(68) "Zur Lehre vom Eigentumserwerb durch Accession und von den Sachgesammtheiten (Sulla dottrina dell'acquisto della proprietà per accessione e delle universalità di cose)", Kiel (1867), pp. 27-28, cit. por WINDSCHEID, *Pandette*, 1, p. 684, n. 6, y por PAMPALONI, "La legge delle XII Tavole. De Tigno iuncto", en AG, 41, p. 489.

(69) Vid. en el mismo sentido WINDSCHEID, *Pandette*, 1, p. 684, n. 6.

(70) "Le accessioni...", en AG, 41, p. 489.

(71) En este sentido vid. VOET, *Commento...*, V, p. 309, para quien adquirido el dominio del trozo de terreno se adquieren como consecuencia los árboles que allí se encuentran, dado que las cosas plantadas son accesorias del suelo, *dum implatata solo cedunt*.

Sobre la discusión planteada consideramos que tanto los árboles como el terreno desgajado, por la fuerza del río, sobre el cual se encuentran son adquiridos una vez que *in meum fundum radices egerint*, ya que no consideramos viable la adquisición únicamente de los árboles al vulnerarse el principio "*plantaequae terra coalescunt solo cedunt*", independientemente de que, como han señalado algunos autores (72), en la práctica no tenga gran importancia debido al escaso valor económico del trozo de terreno. En esta línea concluimos que por otro lado la adquisición del terreno no tiene lugar como consecuencia de la *implantatio*, sino que *radices egerint* es el hecho que demuestra la adquisición del terreno y por lo tanto de los árboles, es así la prueba de que la *coalitio* se ha producido.

Ahora bien, podríamos plantearnos según lo expuesto si la *coalitio* tiene lugar exclusivamente cuando existen árboles. A este aspecto fundamental de nuestro trabajo nos dedicaremos en breve mediante el estudio de los diversos textos que a ello se refieren.

En el último inciso de D. 41,1,7,2, GAYO concluye respecto a lo que ha venido relatando, es decir, la adquisición de la parte del predio que fue arrancada por la fuerza del río por parte del fundo al cual se adhiere, "*ex eo tempore videtur meo fundo adquisita esse*", desde el momento en que se produce la *coalitio*.

No se precisa por parte de GAYO, ni tampoco se podría, *ex eo tempore*, puesto que, como ya hemos señalado al referirnos al *longiore tempore*, él mismo lo define como aquel período de tiempo necesario para que se extiendan las raíces en el fundo que sufre el aumento.

La polémica, que hoy ha sido abandonada, se entabló respecto a "*videtur... adquisita*", sirviendo la misma de base a las distintas posiciones que, sobre la adquisición ya sea de los árboles, del trozo de predio o de ambos, hemos expuesto.

Para comprender qué motivó la controversia hemos de establecer la relación existente con el texto de GAYO (D. 41,1,7,2) por parte de I.2,1,21:

"Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit, et vicini praedio appulerit, palam est eam tuam permanere. Plañe si longiori tempore fundo vicini haeserit arboresque, quas secum traxerit, in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse".

Observando este texto comprobamos como no existen diferencias sustanciales respecto al texto de GAYO, reproduciéndose incluso la estructura interna de la cual pueden deducirse las dos fases de *positio* ("*Quodsi vis*

(72) MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 34.

fluminis... eam tuam permanere”), que se corresponde palabra por palabra con lo señalado en D. 41,1,7,2 y que a su vez repite en sustancia lo expuesto en GAYO 2,71, y la fase de *coalitio* (“*Plane... adquisitae esse*”).

Es en esta fase denominada *coalitio* en la cual existe únicamente una mínima diferencia en su redacción, *videntur* en lugar de *videtur* y *adquisitae* por *adquisita*. Ante esta simple trasposición de singular en *Res cotidianae* por plural en las *Institutiones* de Justiniano, ¿es factible plantearse una polémica?

Evidentemente los autores más antiguos consideraron su respuesta de forma afirmativa, elaborando así toda una teoría sobre este hecho, que les llevó a establecer la adquisición únicamente de los árboles una vez que *radices egerint*, dando así preferencia al texto de las *Institutiones*, ya que suponían constituía una emanación más directa de la voluntad de Justiniano (73).

En este sentido se manifiesta ACCARIAS (74) para quien en D. 41,1,7,2 debe leerse “*videntur adquisitae*” en lugar de “*videtur adquisita*”, ya que de otro modo se entraría en contradicción con lo señalado por las *Institutiones* de GAYO y la *Paráfrasis* de TEÓFILO (75).

Iniciando en esta contradicción señalan como todos los manuscritos de las *Institutiones* están de acuerdo en señalar el plural (76), añadiendo

(73) Vid. esta exposición en BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 121, siendo esta interpretación inaceptable para este autor. LANDUCCI, *op. cit.*, p. 189.

(74) *Précis de Droit romain*, I, p. 636.

(75) ACCARIAS, *op. cit.*, p. 637, n. 2. Sobre la *Paráfrasis* de Teófilo respecto a I. 2,1,21, vid. la versión de FERRINI en GLÜCK, *Comm...*, VI, Milano (1888), p. 84, n.b.: “*Quod si vis fluminis et Ímpetus parte aliquam ex tuo praedio detraxerit et meo appularit praedio, palam est adiectam partem tuam permanere, non enim sine sensu id factum est. Si vero pars quae ex tuo praedio detracta est arbores habuerit, et meo appulsa praedio longiore tempore ei haeserit, arboresque quas secum traxerit suas extenderint radices ita ut meum attingerent fundum, ex eo tempore videntur mihi adquisitae ex quo coeperint ex mea terra nutriri, utpote quae in mea terra radices habuerint*”. Otra interpretación latina de CURZIO se recoge por LANDUCCI en AG, 31, p. 181: “*Sin vero vi et Ímpetu fluminis, pars aliqua fundo tuo detracta, praedio meo appulerit, dubium ea res non habet quin quod adiectum est, tuum maneat: ñeque enim id sine cuiusquam intellectu factum est. Quod si pars quae fundo tuo detracta est, arbores habet, et praedio meo adiecta, longiori tempore ei adhaesit, et arbores quas ferebat, ita radices egerunt ut in meum perveniant, ex eo tempore meae fuit ex quo terra mea solum ali coepere, ut quae scilicet radices habeant in terra mea*”.

(76) En contra de la concordancia de todos los manuscritos de las *Institutiones* que expone, por ejemplo, LANDUCCI, *op. cit.*, p. 188, vid. SERRAGLI, *op. cit.*, p. 482, donde señala cómo en algunos manuscritos puede leerse *videtur adquisita*, si bien este autor se inclina por la redacción plural (p. 483). Para VINNIO el texto de las *Institutiones* debe enmendarse, puesto que el cambio de la última proposición del singular al plural cambia el sujeto del fragmento, en el cual no se quiere establecer cuál sea la suerte de los árboles, sino, en cambio, cuál ha de ser la del terreno desgajado (cit. por SERRAGLI, *op. cit.*, p. 488).

como un argumento irrefutable que TEÓFILO, compilador de las *Institutiones* de Justiniano (77), tendría ante sus ojos la obra de GAYO *Rerum cottidianarum sive aureorum*, de la cual habría extraído dicho texto. Por otro lado, continúan señalando, TEÓFILO tomó parte también en la compilación del *Digesto* (78) y si hubiese existido alguna diferencia lo habría advertido recogiendo la misma en la *Paráfrasis*.

Frente a la unanimidad presentada por los manuscritos de las *Institutiones*, según la opinión mayoritaria, en los manuscritos del *Digesto* no existe esa concordancia, así mientras en la Vulgata y en la Haloandrina se recoge *videntur-adquisitae*, en la Florentina puede leerse *videtur-adquisita*, siendo esta contradicción entre los diversos manuscritos lo que también ha provocado que gran parte de los autores se inclinen por la lección plural (79). No obstante, MOMMSEN (80) se inclina por la redacción singular al igual que ACURSIO (81).

(77) Vid. R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*, Bologna (1987), pp. 47 ss., en relación a la compilación de las *Institutiones*, exponiendo en pp. 50 ss. el controvertido problema de la división del trabajo entre los comisarios. Así HUSCHKE y FERRINI, "De Iustiniani Institutionum compositione coniectanea", en ZSS, 11 (1890), pp. 106 ss.; "Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano", *BIDR*, 13-14 (1901-1902), pp. 101 ss., han considerado que en los trabajos no participó Triboniano personalmente, existiendo dudas respecto a la paternidad de los dos primeros libros y de los dos últimos, presuponiendo un reparto de los trabajos entre Teófilo y Doroteo, lo cual se justifica por el diverso modo de actuar de ambos juristas. Más recientemente, R. AMBROSINO, *Vocabularium Institutionum Iustiniani Augusti*, Mediolani (1942), partiendo de antiguas observaciones de BUONAMICI, considera que la división de los trabajos se realizó por materias y no por libros, afirmando además la intervención de Triboniano. Por otra parte, SANGIORGI, "Il método di compilazione delle Istituzioni di Giustiniano", en AUPA, 27 (1959), pp. 181 ss., con una postura intermedia, habla también de una división por materias, pero excluye que Triboniano tuviese una participación concreta en dichos trabajos. Para T. HONORÉ, *Tribonian*, London (1978), pp. 187-211, Triboniano sería el autor de la parte histórica del manual.

(78) Vid. sobre este punto BONINI, op. cit., p. 29. En la constitución *Tanta*, recogida en C. 1,17,2, se señala en el parágrafo 9 los nombres de los distintos componentes de la comisión, entre ellos Teófilo, "nec non Theophilum, virum illustrem, magistrum iurisque peritum in hac splendidissima civitate laudabiliter optimam legum gubernationem extendentem". Se señala que Teófilo formó parte de la subcomisión sabiniana a la cual pertenece D. 41,1,7,2, según la teoría de BLUHME en cuanto al método compilatorio del *Digesto*, teoría que ha sido objeto de críticas desde comienzos del presente siglo. Vid. BONINI, op. cit., pp. 34 ss.; BLUHME, "Die Ordnung der Fragmente in den Pandektentiteln", en *Zeitschrift für Rechtswissenschaft*, 4 (1820), pp. 257 ss., rep. en *LABEO* (1960), pp. 50 ss.; 235 ss.; 368 ss.; GARINO, *L'esegesi delle fonti del Diritto romano*, I, Napoli (1968), pp. 508 ss., y allí bibliografía sobre el método compilatorio del *Digesto*.

(79) LANDUCCI, op. cit., pp. 189 ss. Más recientemente L. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca della interpolazioni nel Corpus iuris giustiniano*, Milano (1953), p. 500, considera que en D. 41,1,7,2 se constata la existencia de interpolación en *videtur... adquisita*, debiendo señalarse en el original *videntur... adquisitae*.

(80) *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini (1963). Igualmente PAMPALONI, cit. por SERRAGLI en AG, 41, p. 482, n. 3, para quien el texto de la Florentina es segurísimo.

(81) *Glosa ad D. 41,1,7,2*, t. III, p. 363; SERRAGLI, op. cit., p. 488.

En este aspecto, FERRINI (82) señala que las Instituciones presentan alteradas en las personas los pronombres y los correspondientes verbos y adjetivos, de modo que el tratado de *Res cottidianae* es seguramente preferible al de las *Instituciones* de Justiniano (83), lo cual nos induce a pensar que también este autor se inclina por la redacción de la Florentina.

Esta supuesta antinomia ha provocado en gran parte que se atribuya al texto del *Digesto* (D. 41,1,7,2) en su versión *videtur-adquisita* la adquisición del trozo de terreno segregado frente a la adquisición de los árboles en el textos de las Instituciones (I. 2,1,21), razón esta por la cual algunos autores (84) han considerado preferible la lección plural de *Res cottidianae* con el fin de armonizar ambos textos estableciendo la adquisición tan solo de los árboles.

No obstante, no existe unanimidad respecto a considerar que de una redacción plural pueda derivarse únicamente la adquisición de los árboles, así SERRAGLI (85), que adhiriéndose a la mayoría acepta la redacción plural de las Instituciones, afirma que dicha posición no obstaculiza que tenga lugar la adquisición tanto de los árboles como del terreno arrancado.

En este sentido, BONFANTE (86) al señalar que el texto de las Instituciones puede haber sido objeto de un error por parte del amanuense, añade que además gramaticalmente el plural pudo referirse tanto al terreno como a los árboles (87).

DE SARLO (88) considera que "*ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse*" no puede explicarse de ninguna manera si no es corrigiéndole. Así los escritores están obligados a cambiar *videntur-adquisitae* por *videtur-adquisita* tal y como había propuesto FERRINI (89) aun cuando la

(82) "Sulle fonti delle Istituzioni...", en *BIDR*, 13-14, pp. 146 ss.

(83) FERRINI, *op. cit.*, p. 108.

(84) Vid. a este respecto lo expuesto en p. 25.

(85) *Op. cit.*, pp. 483-488.

(86) *Corso...*, II, 2, p. 121.

(87) En contra de esta justificación, LANDUCCI, *op. cit.*, p. 192, señala que basta con leer el texto de Gayo para convencerse de la inadmisibilidad de este hecho, ya que Gayo en sus Instituciones señala cómo no existe excepción respecto a la tierra arrancada desde el momento en que se encuentra omitido el fragmento *plañe... fine*. Frente a lo expuesto por LANDUCCI y ORTOLAN, *op. cit.*, p. 371; WINDSCHEID, *Pándate*, 1, p. 683, entre otros, creen que los compiladores de las Instituciones, viendo que Gayo hablaba de *pars fundi* y de *arbores*, se permitieron cambiar la oración del singular al plural refiriéndola así a ambos. Recientemente, MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 31, n. 45, dice que I. 2,1,21 es perfectamente análogo a D. 41,1,7,2, y ello aun cuando opta por la versión singular en el texto del *Digesto* y por el plural en el de las Instituciones.

(88) *Op. cit.*, p. 51.

(89) *Pandette*, p. 297, n. 2.

diferencia a la que aludimos entre el texto del *Digesto* y el de las *Instituciones* es poco importante (90).

Partiendo de estos supuestos LANDUCCI (91) realiza una teoría peculiar en la cual establece dos tipos de *avulsio*: “*avulsio per sovrapposizione*” y “*avulsio per adesione o per accosto*”, considerando que en el primer caso, por superposición, se está haciendo referencia a D. 39,2,9,2 existiendo aquí una verdadera accesión y, por tanto, adquisición de la propiedad tanto de los árboles como del terreno. En el segundo supuesto, por simple adhesión, que las fuentes recogen en D. 41,1,7,2; I. 2,1,21; GAYO 2,71, faltan los requisitos de la accesión, no existiendo cambio alguno en la propiedad, y si existiesen árboles en el terreno desgajado, una vez que hayan echado raíces en el fundo al cual se adhiere el terreno avulso, el propietario del fundo vecino adquiriría por accesión dichos árboles, pero no así el terreno ya que ambos terrenos permanecerán siempre distintos, no existiendo razón alguna para despojar a uno de los propietarios (92).

Sobre la polémica establecida consideramos, al igual que BONFANTE y FERRINI, la escasa importancia de la misma debido a que tanto en su redacción *videntur-adquisitae* como *videtur-adquisita* se produce la adquisición tanto de los árboles como del terreno. No podría ser de otra forma ante la dificultad de pensar en unos árboles que son propiedad de alguien distinto del propietario del fundo sobre el que se encuentran.

4. Hemos estado analizando hasta este momento aquellos textos que referidos a la *avulsio* aportan la solución en favor de la *coalitio* cuando existen árboles que son transportados con la tierra arrancada por la fuerza de un río. Ahora bien, como hemos planteado anteriormente, ¿existe únicamente la *coalitio* ante la presencia de árboles?

(90) GIRARD, *op. cit.*, p. 327, n. 1, señala que la contradicción entre D. 41,1,7,2 e I. 2,1,21 es tan sólo aparente. Idénticamente concluye en este sentido A DI PIETRO, *Gayo. Institutas*, Buenos Aires (1987), pp. 244 ss.

(91) *Op. cit.*, pp. 198 ss.; “L’*avulsio*. Nuove osservazioni”, en AG, 31 (1883), pp. 498 ss.

(92) En contra de la teoría de LANDUCCI vid., entre otros, SERRAGLI, *op. cit.*, pp. 481 ss., donde expone sus razones frente a la argumentación de LANDUCCI, que expone anteriormente en pp. 478 ss.; ASCOLI, BONFANTE y SEGRÉ, en GLÜCK, *Comm.*, 6, pp. 84 ss.; M. PAMPALONI, “Osservazioni alla teoria dell’*avulsio*”, en AG, 32 (1884), pp. 167 ss.; “La legge delle XII Tavole. De tigno iuncto”, en AG, 32 (1883), p. 424, n. 95, para quien la distinción propuesta por LANDUCCI no logra alcanzar el fin propuesto, considerando este autor que la adquisición tiene lugar como adquisición de porciones de *alveus derelictus* por parte del propietario del fundo ribereño en *Sopra Visólaformata per avulsione nei fiumi* in *Diritto romano e odierno*, Prato (1885), pp. 30 ss. También en contra FADDA, *Lezioni di Diritto romano* (1884-1885), pp. 137 ss., en GLÜCK, *Comm.*, 6, p. 86, n.a.

Con el fin de aclarar este interrogante hemos de acercarnos al texto de ULPIANO D. 39,2,9,2 (*libro LIII ad edictum*):

“Alfenus quoque scribit, si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum eamque petas, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa. ita demum autem crustam vindican posse idem Alfenus ait, si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit. nec arbor potest vindican a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit. sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam haber e, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est”.

Observando detenidamente este texto de ULPIANO percibimos la existencia en el mismo de dos apartados que reproducen la estructura ya expuesta en D. 41,1,7,2 de GAYO, es decir, dos fases que hemos venido denominando *positio* y *coalitio*.

En la primera parte, *Alfenus quoque scribit, ..., quae sunt prolapsa*, se expone aquella situación considerada como *positio*, en la cual no se produce cambio en el derecho de propiedad.

ULPIANO hace referencia a la opinión manifestada en este sentido por juristas anteriores, Alfenus y Labeon, lo cual nos lleva inmediatamente a la conclusión de cómo este fenómeno, del cual nos venimos ocupando, era conocido ya en época republicana, en la cual se inscribe Alfenus.

No obstante, en relación a la mención que ULPIANO realiza de las opiniones manifestadas por Alfenus, hemos de tener en cuenta la opinión expuesta a este respecto por FERRINI (93) cuando señala "como Ulpiano en seis ocasiones se refiere a *Alfenus* o *Varus* pero sin mencionar la obra ni indicar el libro", de modo que para este autor ULPIANO no conocía la obra de Alfenus al no citar la obra original. Por otro lado, señala FERRINI que en muchas ocasiones la doctrina que se atribuye a Alfenus no es suya sino de Servio Sulpicio, de quien fue alumno (94).

Independientemente de las dudas expuestas por FERRINI, parece comprobado como en época clásica y finales de la época preclásica se conocen las situaciones a las cuales estamos refiriéndonos.

En D. 39,2,9,2 *la positio*, la fase de mero contacto, tiene lugar cuando

(93) "Ricerche critiche ed esegetiche intorno ai Digesti di Alfenus Varo", en *BIDR*, 4 (1981), pp. 1 ss.

(94) FERRINI, *Ricerche...*, pp. 7-8. Sobre Alfenus Varo vid. también, entre otros, DE SARLO, *Alfenus Varo e i suoi Digesta*; SOLAZZI, "Alfenus Varo e il termine *dominium*", en *SDHI* (1952), pp. 216 ss.; GUARINO, *op. cit.*, p. 142. Alfenus recoge en sus *Digesta* respuestas suyas y de su maestro Servio Sulpicio.

desde un fundo superior cae una capa de tierra sobre un fundo inferior, "*si ex fundo tuo crusta lapsa sit in meum fundum*", no produciéndose, como hemos señalado, modificación alguna en el derecho de propiedad de los respectivos propietarios. Hecho que se demuestra ante la posibilidad de reivindicación por el propietario del fundo superior, aun cuando deba hacer frente a los daños causados en el fundo inferior, "*eamque peías, dandum in te iudicium de damno iam facto, idque Labeo probat: nam arbitrio iudicis, apud quem res prolapsae petentur, damnum, quod ante sensi, non contineri, nec aliter dandam actionem, quam ut omnia tollantur, quae sunt prolapsa*".

Sobre este apartado se ha planteado la existencia de interpolación en *nec aliter-prolapsa* por BESELER (95) y por DE SARLO (96) cuando afirmando que el texto está alterado aduce como razonamiento la comparación con D. 39,2,7,2 (ULPIANO. *Libro LIII ad edictum*) que recoge una respuesta de Juliano, aun cuando duda de la clasicidad del mismo, en el cual no se hace referencia a la reivindicación sino a un interdicto mediante el cual el pretor permitía al propietario de la casa derrumbada retirar los escombros de la casa del vecino (97).

En este aspecto y sin dudar de la existencia de la interpolación reseñada, consideramos que el interdicto al que se alude en este texto (D. 39, 2,7,2), se concede al propietario de la casa sobre la cual hubiesen caído los escombros con el fin de que sean retirados por el propietario de la casa derruida o que se tenga por abandonada toda la casa, afirmación esta que se deduce de la propia redacción de D. 39,2,7,2:

"Undequaeritur, si ante, quam caveretur, aedes deciderunt ñeque dominus rudera velit egerere eaque derelinquant, an sit aliqua adversus eum actio. et Ilulianus consultus, si prius, quam damni infectistipulatio interponeretur, aedes vitiosae corruissent, ut damnum sarciretur, respondit, si dominus aedium, quae ruerunt, vellet tollere, non aliter permittendum, quam ut omnia, id est et quae inutilia essent, auferret, nec solum de futuro sed et de praeterito damno cavere eum deberé: quod si dominus aedium, quae deciderunt, nihil facit, interdictum reddendum ei, in cuius aedes

(95) *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 1, Tübingen (1910), p. 19. Sobre la alteración recogida por BESELER manifiesta sus dudas G. MELILLO, *Tignum iunctum*, Napoli (1964), p. 92, n. 131, ya que para este autor, extrañamente BESELER parte del presupuesto de que se trate de una acción reivindicatoria. LANDUCCI, "L'avulsio", en AG, 31, p. 174, n. 4, las palabras *nam-prolapsa*, que presentan sin duda cierta dificultad, no son esenciales. Vid. *Index*.

(96) *Op. cit.*, p. 49, n. 3, para quien el texto D. 39,2,9,2 se encuentra alterado en la primera parte sobre el resarcimiento acordado por los daños producidos por el derrumbamiento del terreno.

(97) DE SARLO, *op. cit.*, p. 69, n. 3.

rudera decidissent, per quod vicinus compelletur aut tollere aut totas aedes pro derelicto haber e" (98).

Sobre el *interdictum* mencionado, BONFANTE (99) considera el mismo de difícil reconstrucción (100) teniendo en cuenta que para este autor el fragmento que al mismo hace referencia no es clásico, sino producto de una alteración de los compiladores, alteración que supone una tutela más amplia en favor del perjudicado que aquella que GAYO establecía en D. 39, 2,6 (*Libro I ad edictum provinciale*):

"Evenit, ut nonnumquam damno dato nulla nobis competat actio non interposita antea cuatione, veluti si vicini aedes ruinosae in meas aedes ceciderint; adeo ut plerisque placuerit nec cogi quidem eum posse, ut rudera tollat, si modo omnia quae iaceant pro derelicto habeat".

En este texto de GAYO se establece como el vecino que no se ha garantizado contra un daño futuro mediante caución no tiene derecho de resarcimiento en el supuesto de que se verifique el daño, se estima así que el interdicto que en D. 39,2,7,2 se establece supone una ampliación en la tutela de aquel que sufre un perjuicio. En este tema se plantea por tanto un derecho de retención sobre la totalidad de los escombros por parte del perjudicado como un arma que asegura su pretensión de que sean retirados aquellos materiales que estorban o que son perjudiciales.

No obstante, independientemente de las dudas expuestas sobre el interdicto mencionado, se establece como limitación que el mismo se concederá cuando el perjudicado no haya podido protegerse como una *cautio* por algún impedimento: *"quod forte tunc recte dicetur, cum nom ipsius neglegentia sed propteraliquod impedimentum sibi non prospexit"* (D. 39, 2,8; GAYO *ad edictum praetoris urbanis titulo de damno infecto*).

Como otro de los argumentos que se utilizan en favor de la interpolación mencionada en D. 39,2,9,2 (*"nec aliter dandam actionem, quam ut*

(98) Texto interpolado, vid. *Index*. Sobre este texto BONFANTE, *Corso...*, II, 1, p. 424, considera que el fragmento "quod si dominus... pro derelicto habere" es fruto de los compiladores. En este sentido se manifiesta también BRANCA, *Damno temuto e damno da cose inanimate nel Diritto romano*, Padova (1937), pp. 252 ss.; "Accessione", en *ED*, I, p. 264; A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli (1960), p. 55, n. 4.

(99) *Corso...*, II, 1, p. 423.

(100) Para BRANCO, *Damno...*, pp. 252 ss.; MOZZILLO, *op. cit.*, p. 56, n. 4, se trata del *interdictum ruderibus tollendis*, en el cual ante la falta de una caución obtenida antes del daño, el propietario perjudicado no tiene otro derecho que la *retentio* de los materiales derrumbados sobre su fondo. ACURSIO señala que *petentur* y *actionem* hacen referencia al interdicto *ne vis fiat ei...* Para BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 124-125, no existe acción a excepción del interdicto *quod vi aut clam*.

omnia tollantur”), se suele establecer la relación de este texto con D. 39, 2,9,1 (ULPIANO. Libro *LIII* ad edictum):

“*De his autem, quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur. Trebatius refert, cum Tiberis abundasset et res multas multorum in aliena aedificia detulisset, interdictum a praetore datum, ne vis fieret dominis, quo minus sua tollerent auferrent, si modo damni infecti repromitterent*” (101).

La relación entre ambos textos parece evidente, pero no necesariamente como justificación de la interpolación puesta de manifiesto, sino en cuanto al derecho del resarcimiento, independientemente de la retención, que podía conseguir con la *cautio* ya sea para el *damnum futurum* o para resarcir el *damnum praeteritum* (102).

En este aspecto TREBACIO (D. 39,2,9,1) se refiere al *damnum futurum*, “*si modo damni repromitterent*”, mientras que Alfeno hace referencia al *damnum praeteritum*, “*damnum in te iudicium de damno iam facto*” (103).

Hemos establecido por tanto como Alfeno en ULPIANO D. 39,2,9,2 establece en la primera parte del texto la fase de mero contacto o *positio*, si bien no como consecuencia de la fuerza de un río sino por otro medio, derrumbamiento, terremoto..., por supuesto fase a la que se llega de forma natural, sin la intervención humana.

El apartado que presenta para nuestro estudio un interés relevante es:

“*Ita demum autem crustam vindican posse idem Álfenus aii, si non coaluerit nec uniaiem cum ierra mea fecerit. nec arbor poiesi vindican a te, quae translata in agrum meum cum ierra mea coaluii. sed nec ego poiero íecum agere ius tibi non esse iia crustam habere, si iam cum terra mea coaluii, quia mea facia est*”.

(101) DE SARLO, *op. cit.*, p. 69, n. 2, donde señala que TRABACIO expone un caso análogo, el de *res delaiae vi fluminis*.

(102) Vid. BONFANTE, *Corso...*, II, 1, pp. 425 ss.; E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in Diritto romano*, Milano (1947), pp. 392 ss., donde señala que todos los intérpretes están de acuerdo en considerar que el interdicto está ligado a una *cautio damni infecti*, planteándose si *modo damni infecti repromitterent* supone una emanación del interdicto o bien una condición que contiene en el orden intelectual. Vid. también DE SARLO, *op. cit.*, p. 70; FERRINI, *Pandette*, p. 298, expone que la *crusta* puede reivindicarse como los muebles que el Tiber inundando “in aliena aedificia detulisset”, salvo el resarcimiento de daños.

(103) En el texto de la *Vulgata* figura el *damno infecto* en lugar de *damno iam facto* que recoge la Florentina, divergencia esta que utilizan algunos autores para preferir la redacción de la *Vulgata* con el fin de evitar una posible contradicción en el texto de Alfeno. En contra de dicha contradicción, BONFANTE, *Corso...*, II, 1, p. 426, para quien se produciría así una forma nueva y absurda en cuanto que *iudicium* no pudo significar *cautio*; y si, como es obvio, significa juicio, no pudo referirse a un *damnum infectum*. En favor de *infecto* ACURSIO, *Glosa...*, t. III, p. 46.

Continúa ULPIANO en este fragmento recogiendo la opinión de Alfeno en el sentido de admitir la reivindicación de la capa de tierra tal y como ha expuesto anteriormente, siempre que proceda al resarcimiento de los daños causados, para inmediatamente establecer la limitación, *si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*. Es esta limitación a la reivindicación lo que denominamos *coalitio*, a partir de la cual se produce un cambio en el derecho de propiedad.

En el análisis de D. 41,1,7,2 e I. 2,1,21 veíamos como la *coalitio* se manifestaba por medio de las raíces de los árboles que, transportados con la tierra desgajada por la fuerza de un río, se extendían al fundo al cual se adhería el terreno.

En este texto de ULPIANO, donde se recoge la opinión de Alfeno, no se constata la presencia de árboles en la *crusta*, con lo cual existen dos posibilidades, o bien no puede aquí hablarse de *coalitio*, o bien la *coalitio* no tiene lugar necesariamente ante la presencia de árboles.

La primera de las posibilidades ha de descartarse ante la simple lectura del texto, ya que de forma expresa y reiterada se hace referencia a la *coalitio*, *si non coaluerit... cum terra mea coaluit*, hecho que sin embargo no tenía lugar en los textos analizados, D. 41,1,7,2 e I. 2,2,21, donde la existencia de la *coalitio* la deducíamos de "*in meum fundum radices egerint*".

Podríamos pensar que ante la equivalencia establecida *coalitio-radices egerint*, tan solo podría tener lugar la *coalitio* ante la presencia de árboles (104). Sin embargo, esta consideración no tiene lugar, aun cuando algunos autores con el fin de mantener dicha hipótesis entienden que el término *crusta* hace referencia a un trozo de prado cubierto de arbustos (105), desde el momento que el texto se refiere únicamente a la capa de tierra, sin mencionar la presencia de árboles.

En este sentido hemos de inclinarnos ante la segunda de las posibilida-

(104) Hemos de entender el término árbol en sentido amplio; así, por ejemplo, Ulpiano en D. 43,27,1,3 (*libro LIII adedictum*) señala: "*Arboris appellatione etiam vites continentur*". Igualmente Ulpiano en D. 47,7,3 pr. (*Libro LXXI ad Sabinum*): "*Vitem arboris appellatione contineri plerique veterum existimaverunt*". Ahondando en esta amplitud del término árbol, Pomponio, citado por Ulpiano en D. 47,7,3,3;4 establece que es árbol si tiene raíz y, por tanto, no es árbol ninguno que no hubiese echado raíces: "*...cum nulla arbor proprie dicatur, quae radicem non conceperit*", "*id est stirpitibus arborem transtulerit, eam, quamvis nondum comprehenderit terram, arborem tamen videri...*" Sobre diversos supuestos que se consideran como árboles, vid. D. 47,7,3,1; 2; 7. En cuanto a la consideración negativa como árbol, vid. D. 47,7,4 (GAYO, *Libro ad legem duodecim tabularum*).

(105) Vid. en este sentido lo expuesto por SERRAGLI, "Le accessioni fluviali...", en AG, 41 (1888), p. 489, donde señala que al interpretar el término *crusta* de esa forma se le otorga un sentido que no tiene.

des planteadas, la *coalitio* no exige necesariamente la existencia de árboles, pudiendo tener lugar aun cuando estos no existan, como se desprende de D. 39,2,9,2.

Así pues, establecido en este texto la ausencia de árboles, podemos plantearnos como se manifiesta en este caso la *coalitio*.

La respuesta nos la proporciona conjuntamente el propio significado del término (106), en cuanto que hace referencia a unirse, juntarse, echar raíces, fundirse, confundirse..., y la frase en la cual se inserta "*si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit*", donde *unitatem* no se contrapone a *coaluerit* sino que lo completa y ratifica. Es decir, la *coalitio* se produce por la unión, la mezcla de la *crusta* con la tierra del fundo sobre la cual cae.

SERRAGLI (107) señala, refiriéndose al significado de *coaluit cum terra mea*, que no se requiera que la tierra caída sobre nuestro terreno esté totalmente mezclada, cosa difícil en la práctica que suceda y que pueda probarse, requiriendo además mucho tiempo, sino solamente que se haya unido estrechamente. Concluye este autor (108) estableciendo que basta la unión material como se desprende de D. 39,2,9,2 si bien en la mayor parte de los supuestos tendrá lugar una unión orgánica como se deduce de D. 41, 1,7,2 y de I. 2,1,21, si bien estos casos la unión orgánica se presenta como un caso frecuente a modo de ejemplo.

Estamos de acuerdo con SERRAGLI en cuanto a que no se exige la presencia de árboles y que por tanto la *coalitio* no tiene únicamente el significado de "*radices egerint*", sin embargo no compartimos su opinión respecto a que en D. 39,2,9,2 se haga referencia a una unión material y no orgánica. Así si consideramos que se trata de una unión orgánica cuando esta sea inseparable (109), no se plantea problema alguno para ver en el texto de ULPIANO una unión orgánica cuando la capa de tierra (*crusta*) se encuentra fundida, confundida... con la tierra sobre la cual cae.

En este aspecto BRUGI (110) habla de la formación de un todo inseparable por consideraciones diversas: por la confusión de los trozos que se juntan, por el alimento del suelo que transformó la planta allí arraigada...

Se observa, por tanto, como en este texto de ULPIANO que recoge una

(106) *Coalesco, is, lui, litum, scere*. Vid. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, t. I, Berolini (1903), p. 765.

(107) *Le accessioni fluviali...*, p. 482.

(108) *Op. cit.*, pp. 489 ss.

(109) Así se manifiesta A. GUARNERI CITATI, "La cosiddetta accessione separabile e i suoi effetti", en *AUPA*, 14 (1930), p. 314. BONFANTI, *Ist*, p. 262, n. 2, señala que la *coalitio* es una verdadera conjunción orgánica generada por *unitatem cum terra mea* (D. 39,2,9,2).

(110) *Istituzioni di Diritto romano*, Torino (1926), p. 215.

opinión de Alfeno, la *coalitio* no supone la existencia de árboles y la extensión de sus raíces (111), sino simplemente la unión, mezcla, confusión... de tierras.

Continuando con la exposición de D. 39,2,9,2 se observa "*nec arbor potest vindican a te, quae translata in agrum meum cum terra mea coaluit*".

Las dudas planteadas sobre este inciso han sido muchas, de tal forma que se duda de su autenticidad. Así PAMPALONI (112) considera como genuina la hipótesis de la *crusta lapsa, nec aliter... prolapsa*, alteración a la cual nos hemos referido, y en cambio manifiesta que el fragmento *nec arbor... coaluit* ha sido alterado al considerarlo como superfluo y desde el punto de vista formal sin ninguna ligazón con la frase precedente al comenzar con "*nec*".

Frente a la opinión de PAMPALONI, se ha manifestado KASER (113) para quien este autor mantiene una opinión infundada. MELILLO (114) considera que es totalmente correcto el uso de "*nec*" y que la aproximación entre la *crusta lapsa* y *arbor* es totalmente aceptable ante la analogía que presentan ambas situaciones.

Igualmente no comparten la postura de PAMPALONI, DE SARLO (115) y RICCOBONO (116), para quien el texto es genuino como se demuestra al intentar reconstruir su forma original en comparación con D. 6,1,5,3, texto que se encuentra alterado.

Sobre la posible alteración de *nec arbor... coaluit*, consideramos que dicho inciso no sólo no es superfluo, como señalaba PAMPALONI, sino que evidencia las manifestaciones distintas de la *coalitio* estableciendo la comparación entre un supuesto de *crusta lapsa* y un supuesto de *implantatio*. Existe en ambos casos la fase de *coalitio*, que lleva consigo un cambio en el derecho de propiedad, pero en la *crusta* la *coalitio* se verifica ante la confusión de ambas tierras y en la *implantatio* la misma se produce mediante las raíces.

No obstante, la consecuencia es la misma, la unión orgánica, inseparable ya se trate de capa de tierra o de árbol.

De esta forma el empleo de "*nec*" lejos de romper la armonía en la

(111) En este sentido, LANDUCCI, *L'avulsio*, p. 199, si bien este autor considera que D. 39,2,9,2 es un supuesto de *avulsio* por superposición, mientras que D. 41,1,7,2 e I. 2,1,21 hacen referencia a la *avulsio* por adhesión. Sobre la diferencia existente entre ambos tipos de *avulsio*, según la teoría de este autor, vid. *op. cit.*, pp. 157 ss.

(112) "Appunti sopra l'acquisto di proprietà per alluvione", en *Studi Senesi*, 43 (1929), p. 235.

(113) "Die natürlichen Eigentumserwerbsarten...", en *ZSS*, 65, p. 229, n. 29.

(114) *Tignum iunctum*, Napoli (1964), p. 92, n. 131.

(115) *Op. cit.*, p. 49, n. 3.

(116) "Tracce di Diritto romano classico", en *BIDR*, 18 (1906), pp. 211 ss.

exposición del texto, lo completa situando uno junto a otro aquellos supuestos que tienen entre ellos una relación de analogía y que presentan una misma fundamentación.

La conclusión a la exposición precedente, referente a la *crusta lapsa*, tiene su constatación en el apartado "*sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere, si iam cum terra mea coaluit, quia mea facta est*".

En este inciso se condensa y resume todo aquello que hemos venido exponiendo, es decir, una vez que se ha producido la *coalitio*, *si iam cum terra mea coaluit*, se adquiere la *crusta* por el propietario del fundo sobre el cual ha caído, *quia mea facta est*. Es esta frase rotunda la mejor y más clara conclusión del efecto que la *coalitio* ha producido.

La ratificación de este hecho se constata ante la imposibilidad de poder utilizar la acción negatoria contra el propietario anterior de la *crusta*, puesto que la misma "ya es mía", *sed nec ego potero tecum agere ius tibi non esse ita crustam habere* (117). DE SARLO (118), estima "que es una consecuencia lógica que después de la incorporación yo no pueda utilizar la acción negatoria contra el propietario del fundo del cual ha caído la *crusta*, ya que la propiedad de ese pedazo de terreno adquirido por mí impide que en relación a él yo pueda hacer valer la libertad de mi fundo".

No podemos concluir la exposición referente a la *coalitio* en la *crusta lapsa* sin hacer referencia a la Nov. 95 de LEÓN el Filósofo (*De avulsae terrae crusta*):

"*Etiam antiquioribus, quaeque antea originem sumserunt legibus causam rerum necessitatibus usus praebuit. Ad vitae enim legislatorum voluntate vicissitudines semper intenta, pro eius natura leges condunt. Quoniam igitur ex communis vitae negotiis, quemadmodum diximus, legibus nascendi occasio existit, nos etiam, quum propter novitatem alicuius rei, et quae ex nulla antiqua lege explicari possit, lege opus esse videamus, ut si forte alias quoque tale aliquid contingat, id legitime diudicari possit, legem pro qualitate rei consuevimus. Quae igitur illa lex? Agris vicinis diverso dominio subiectis, et altero superiore loco constituto, altero inferiore posito, in superficie limitatis, si superioris agri pars aliqua vel cum arboribus, vel sine his praerupta inferiorem, qui avulsum exceperit, obtegat,*

(117) Sobre la interpolación de *sed nec ego potero...*, vid. LANDUCCI, *L'avulsio*, p. 174, n. 5; KASER, ZSS, 65, p. 229, establece la imposibilidad de utilizar, producida la *coalitio*, "eine Art Negatorienklage in factum". En el mismo sentido GROSSO, "L'evoluzione storica delle servitù nel diritto romano e il problema della tipicità", en *SDHI*, 3 (1937), p. 285.

(118) *Op. cit.*, p. 50.

non simpliciter licentiam habeat ñeque inferioris agri dominus avulsam materiam tanquam suam vindicandi, quod Ínter ipsius fines iacet, ñeque superioris dominus, et qui avulsionem passus est, de finium, qui partem avulsam exceperunt dominio, illi litem movendi, sed inferioris quidem agri dominus superioris agri dominio permittat, ut, si velit divulsam materiam, sive fructibus consista sit, sive sine fructibus, recipiat et reportet, ille autem ex duobus alterum eligat, et receptae suisque finibus restitutae materiae, quemadmodum antea, dominus sit, aut si hoc nolit, prorsus tum a materia, tum a finibus, qui illam exceperunt, abstineat, ñeque agri, qui avulsa suscepit, domino negotium facessat. Quemadmodum enim quum domus sibi invicem adiacent, et alterius structura eminentior sit, alterius humilior, si accadat, eminentiore domo in humiliores collapsa, aut delapsam materiam recipere, aut, si id eligere nolit, illa prorsus cadere, ñeque omnino illi parti, quae casum excepit, molestum esse, ita hic quoque convenit eandem consequentiam et exsistere et observari" (119).

La presente constitución, si bien no tiene un gran valor científico, nos sirve para ratificar aquello que hemos venido manteniendo en orden a que a la presencia de árboles no es una condición necesaria para que se verifique la *coalitio*, "*Agrisvicinis diverso dominio subiectis, et altero superiore loco constituto, altero inferiore pósito, in superficie limitato, si superioris agris pars aliqua vel cum arboribus, vel sine his praerupta inferioem...*". Sin embargo, el emperador LEÓN en su Nov. 95, en contraste con D. 39,2,9,2 no se refiere a la fase de *coalitio* expresamente, limitándose a relatar únicamente la fase de *positio* y las posibilidades que en esta situación poseen tanto el propietario del fundo superior como el propietario del fundo inferior. Posibilidades que en nada difieren de las ya expuestas (120) en cuanto a que el propietario de la *crusta* tiene derecho a recobrarla, y el propietario del fundo inferior tiene derecho a que aquel decida si retira la *crusta* o declara su abandono.

5. Hemos establecido, por tanto, como en el supuesto de la *crusta lapsa* la *coalitio* puede verificarse sin la presencia de árboles, mientras que en la *avulsio* en los textos examinados la mención de los mismos aparece siempre, de tal forma que surge la duda referente a si existe alguna afinidad entre la *crusta lapsa* y la *avulsio*, que, en orden a la *coalitio*, nos permita establecer una conclusión única.

En relación a este tema mayoritariamente los autores se inclinan por establecer una relación de afinidad. Así LANDUCCI (121) elabora su par-

(119) Sobre el valor práctico de la Nov. de León el Filósofo, vid. LANDUCCI, *L'avulsio*, pp. 175 ss.

(120) D. 39,2,7,2, vid. *supra*, pp. 33 ss.

(121) *L'avulsio*, pp. 173 ss.

ricular teoría considerando la *crusta* como un supuesto de *avulsio* por superposición frente a la *avulsio* por adhesión, pero en todo caso se trata de dos manifestaciones de un mismo fenómeno que los intérpretes han denominado como *avulsio* (122).

BONFANTE (123) señala que la avulsión es una accesión no necesariamente fluvial que pudo tener lugar por un derrumbamiento de una porción de terreno de un fundo sobre otro, teniendo lugar en este supuesto el hecho descrito en D. 39,2,9,2.

- Para VOCI (124) la *crusta lapsa* es una especie particular que está junto a la *avulsio* y a la *implantatio*, exigiendo en estos supuestos la *coalitio* como condición para la adquisición de la propiedad.

LONGO, G. (125) sitúa bajo el mismo concepto y el mismo régimen ambos supuestos, manifestándose así claramente la afinidad existente (126).

VOLTERRA (127) establece como dos fenómenos distintos *avulsio* y *crusta lapsa*, aun cuando en ambos se exija la *coalitio* para el traspaso de propiedad.

Constatamos, por tanto, cómo una relación de afinidad se establece de forma prácticamente unánime aun cuando para algunos autores se trate de dos casos distintos, uno de ellos producto de la *vis fluminis* y el otro producto de otra fuerza natural independiente de la fuerza del río.

Nosotros estimamos, según el concepto que de *avulsio* hemos dado (128), que en ambos casos estamos en presencia de la *avulsio*, siendo manifestaciones de un mismo hecho que se desencadenen por fenómenos naturales distintos, fuerza de un río o derrumbamiento de terreno.

A esta concepción nos lleva también el significado del término *avulsio* en cuanto a que se refiere a "arrancar con violencia" o "separar a la fuerza", no existiendo así ninguna oposición a la interpretación que hemos dado (129).

Una vez que hemos concluido que D. 41,1,7,2 (I. 2,1,21) y D. 39,2,9,2 son dos manifestaciones del mismo hecho, consideramos que la *coalitio*,

(122) En esta misma dirección FERRINI, *Pandette*, pp. 297 ss., se refiere al supuesto de superposición (*crusta lapsa*) dentro del fenómeno de la *avulsio*.

(123) *Corso...*, II, 2, p. 121, n. 1.

(124) *Modi di acquisto...*, p. 255.

(125) *Corso...*, p. 139.

(126) Igualmente C. LONGO, *Corso...*, p. 103, considera que la *crusta* descrita en D. 39,2,9,2 es un fenómeno análogo al descrito en D. 41,1,7,2; I. 2,1,21. MADDALENA, *Gli incrementi*, p. 32; CERVENCA recens. LABEO, 18, p. 111, n. 2; BRUGI, *Istituzioni...*, p. 215, en D. 39,2,9,2, "si unitatem cum terra mea fecerit", se aplican los mismos principios que regulan la *avulsio*. GUARNERI-CITATI, *AUPA*, 14, p. 315, n. 1, señala la *crusta* como un caso de avulsión.

(127) *Instituciones de Derecho privado* (trad. esp. de DAZA MARTÍNEZ), pp. 336 ss.

(128) Vid. *supra*, p. 8.

(129) R. DE MIGUEL, *Diccionario etimológico latino-español*, Madrid (1943).

que en ambos casos se requiere, ha de interpretarse de tal forma que dicha interpretación sea aplicable en todo caso, con independencia de que existan o no árboles.

6. Sin embargo, no es la *avulsio* el único supuesto donde se requiere la *coalitio*, así se presenta como imprescindible en la *satio* y en la *implantatio*, supuestos estos a los que nos referiremos brevemente.

La proximidad existente entre *avulsio* e *implantatio* se observa claramente en D. 39,2,9,2, "... *nec arbor... cum terra mea coaluit*", independientemente de las posibles alteraciones que haya sufrido, como hemos señalado (130).

Así en la *implantatio* el hecho de que un árbol perteneciente a otro se plante en nuestro suelo, no hace que adquiramos el dominio del mismo, siendo necesario para que el traspaso de la propiedad se produzca la *coalitio*, manifestándose por lo tanto de nuevo la existencia de dos fases, *positio* y *coalitio*.

En el caso de la *implantatio* la *coalitio* tiene lugar cuando el árbol eche raíces en el terreno de otro, "*si modo radicubus terra complexa fuerit*" (GAYO 2,74). Este hecho se ve ratificado en los principales textos que a la plantación se refieren:

D. 41,1,7,13 (GAYO. Libro II. *Rerum cottidianarum sive aureorum*): "*Si alienam plantam in meo solo posuero, mea erit: ex diverso si meam plantam in alieno solo posuero, illius erit: si modo utroque casu radices egerit: antequam enim radices ageret, illius permanet, cuius et fuit. his conveniens est, quod, si vicini arborem ita terra presserim, ut in meum fundum radices egerit, meam effici arborem: rationem enim non permittere, ul alterius arbor intellegatur, quam cuius fundo radices egisset. et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicinum fundum radices egerit, communis est*" (131).

En este texto se observa una gran similitud con D. 41,1,7,2. En ambos mientras tiene lugar la fase de *positio* no se produce cambio alguno en el

(130) Vid. *supra*, p. 41.

(131) Sobre este texto, DE SARLO, *op. cit.*, p. 48, n. 3, señala que el mismo es genuino, al menos el apartado "*Si alienam plantam..., cuius et fuit*". I. 2,1,31: "*Si Titius alienam plantam in suo solo posuerit, ipsius erit: et ex diverso, si Titius suam plantam in Maevii solo posuerit, Maevii planta erit, si modo utroque casu radices egerit. Antequam autem radices egerit, eius permanet, cuius et fuerat. Adeo autem ex eo ex quo radices agit planta, proprietatis eius commutatur, ut si vicini arborem ita terra Titii presserit, ut in eius fundum radices ageret. Titii effici arborem dicimus: rationem etenim non permittere, ut alterius arbor esse intellegatur, quam cuius in fundum radices egisset. Et ideo prope confinium arbor posita, si etiam in vicini fundum radices egerit, communis fit*".

derecho de propiedad, *eam tum permanere* (D. 41,1,7,2) *illius permanet, cuius et fuit* (D. 41,1,7,13), definiéndose entre período por el hecho de que no haya echado aún raíces, *antequam enim radices ageret*.

La fase de *coalitio* presenta asimismo un paralelismo total, no mencionándose por GAYO en ninguno de los dos casos expresamente, siendo deducida por el mismo hecho, *radices egerit*, producido el cual tiene lugar un cambio en el derecho de propiedad, *Adeo autem ex eo, ex quo radices agit planta, proprietates eius commutatur...* (I. 2,1,31).

Esta misma interpretación se obtiene del texto de PAULO, D. 41,1,26,1 (*Libro XIV ad Sabinum*):

“Arbor radicitus eruta et in alio posita priusquam coaluerit, prioris dominis est, ubi coaluit, agro cedit, et si rursus eruta sit, non ad priorem dominium revertitur: nam credibile est alio terrae alimento aliam factam” (132).

Observando este texto de PAULO se comprueba claramente todo lo expuesto:

En primer lugar se define perfectamente la fase de *positio*, *“arbor radicitus eruta et in alio posita”* y la fase de *coalitio*, *“ubi coaluit”*.

En segundo lugar se manifiesta expresamente como la *coalitio* es la razón de la adquisición por parte del propietario de la tierra donde el árbol ha sido transplantado, ya que con anterioridad continúa siendo propiedad del dueño anterior, *“priusquam coaluerit, prioris dominis est”*.

Partiendo de este texto algunos autores como BONFANTE (133) parece que exigen para que exista traspaso de la propiedad no solamente la *coalitio*, entendiendo esta en este supuesto como "echar raíces", sino también que el árbol reciba alimento de la nueva tierra, siendo este alimento, proporcionado por la nueva tierra, la causa de la transformación en otro árbol, *alia res*. Así esta transformación es la que motivaría el cambio en el derecho de propiedad (134).

A esta argumentación se oponen, entre otros, FERRINI (135) quien prescinde de la consideración de que durante la unión cambia la sustancia

(132) Sobre este texto se ha señalado que "nam credibile est alio terrae alimento aliam factam" es fruto de una interpolación. Así se manifiestan: PAMPALONI en *St. Senesi*, 43 (1929), p. 223; AG, 31, p. 45; G. SEGRÈ, "Miscellanea", en *BIDR*, 48 (1941), pp. 34 ss.; RODDI, / *mutamenti...*, p. 35; KASER, *ZSS*, 65, p. 228, n. 24. En contra, GUARNERI-CITATI en *AUPA*, 14, p. 315, n. 4, para quien dicha interpolación parece poco probable, pero sin realizar justificación alguna.

(133) *Ist*, p. 261; *Corso...*, II, 2, p. 115.

(134) En este sentido vid. WINDSCHEID, *Pandette*, 1, p. 684, n. 7, para quien partiendo de *nam credibile-aliamfactam* se deduce que el árbol no es ya la misma cosa que era anteriormente. LANDUCCI, AG, 31, p. 169, n. 1.

(135) *Pandette*, p. 382.

del árbol, es decir, que a causa del alimento el árbol se transforme en otro árbol distinto.

RODDI (136) manifiesta su disconformidad ya que si la transformación fuese el fundamento de la adquisición no podría establecerse la analogía, frecuentemente afirmada en las fuentes, entre *inaedificatio* e *implantatio*.

SEGRÈ (137), que no está de acuerdo con la formación de *alia res*, considera como no decisivas las razones expuestas por RODDI, y señala que los juristas clásicos requieren no la simple *positio* sino el *coalescere* entendiendo este como la unión orgánica con el suelo, no dando lugar por sí mismo el alimento que se toma de un fundo ajeno ni a la propiedad, ni al condominio, ni al dominio *pro diviso* en favor del *dominus* de dicho fundo. Concluye este autor exponiendo que la explicación de este efecto jurídico no es de la jurisprudencia clásica, sino de la postclásica o justinianea.

Sobre este tema consideramos que entendiendo la *coalitio* como conjunción orgánica que en la *implantatio* se demuestra cuando los árboles han arraigado, la consecuencia lógica es que el árbol se nutra de la tierra en la cual se encuentra desde el momento en que se alimenta a través de sus raíces. No existe así una condición añadida a la *coalitio*, sino que lo que se produce es la consecuencia de esa adherencia definitiva del árbol al fundo (138).

Este sentido de adherencia definitiva que en la *implantatio* se manifiesta por las raíces es el que se refleja también por ULPIANO en D. 6,1,5,3 (*Libro XVI. ad Edictum*):

"De arbore, quae in alienum agrum translata coaluit et radices inmisit, Varus et Nerva utilem in rem actionem dabant: nam si nondum coaluit, mea esse non desinet" (139).

(136) *Imutamenti...*, p. 36.

(137) En *BIDR*, 48, pp. 36 ss.

(138) En este sentido, FERRINI, *Pandette*, p. 295, n. 7; p. 297, n. 2, señala que debe tratarse de las raíces principales, ya que las ramificaciones son accesorias al árbol y por lo tanto del fundo donde tiene su consistencia principal, "radices quae in fundo meo sint, tuas fteri, quia his accessiones sint" (D. 43,24,22 pr). Para este autor es necesario, para que surja la propiedad de los árboles en la *implantatio*, que se extiendan las raíces principales y no las simples ramificaciones de éstas.

(139) Sobre este texto vid., entre otros: RICCOBONO, *BIDR*, 18, pp. 211 ss.; PAMPALONI, *AG*, 31, p. 422, n. 86; KASER, *ZSS*, 65, p. 228, n. 26; GUARNERI-CITATI, *AUPA*, 14, p. 315, n. 3; LANDUCCI, *AG*, 31, p. 169, n. 2; DE SARLO, *op. cit.*, pp. 48 ss. Sobre la *implantatio*, vid. BRANCA, *ED*, I, p. 262, quien establece respecto a la adquisición la analogía con la *avulsio* por parte de la *implantatio*. VOCI, *Modi...*, p. 255; F. MAROI, "La proprietà degli alberi separata da quella del fondo", en *SDHI*, 1 (1935), pp. 349 ss.; D. DAUBE, "Implantatio and satio", en *Acta Juridica*, 1 (1958), pp. 181 ss.; E. HOLTHÖFER, *Sachteil und Sachzubehör im römischen und gemeinen Recht*, Berlin (1972); BONFANTE, *Corso...*, II, 2, pp. 115 ss.

Frente a la unanimidad expuesta por los juristas clásicos en relación a la *implantatio* sobre la existencia de la fase de *positio* y *coalitio*, en *Epitome Gai* 2,1,4 se requiere únicamente la *positio*, no haciéndose referencia a la *coalitio*:

"... *vel si aliquis in agro nostro arbores aut vineas vel plantas quas-cumque posuerit, similiter superficies solo cedit; vel si messem in campo seminauerit, omnia haec, quae in terram alienam iactantur domino terrae adquirantur*".

Dicha omisión pudo considerarse como debida a una inexactitud en el sentido de que el compilador no diese la importancia que tenía, desde el punto de vista jurídico, a "*si modo radicibus terram complexa fuerit*", estimando que podía omitir el inciso de GAYO o bien considerar que se trataba de una omisión consciente. En este aspecto ARCHI (140) concluye que no deben avanzarse hipótesis, permaneciendo la duda acerca de como debe interpretarse realmente ahora la *positio*.

En cuanto a la *satío* (141) pueden establecerse las mismas consideraciones que las realizadas respecto a la *implantatio*, si bien en este supuesto algunos autores (142) señalan que no debe aquí plantearse una discusión acerca de la existencia de dos fases, ya que la conjunción orgánica sería casi inmediata. No obstante, se mantiene también para la *satío* la *coalitio* mayoritariamente por los autores.

7. Una vez que hemos observado como se manifiesta la *coalitio* a través de las fuentes en distintos supuestos, preferentemente en la *avulsio*, hemos de plantearnos, ¿por qué se exigió la *coalitio*?

Si fijamos nuestra atención inicialmente en la *avulsio* y en la *implantatio* nos daremos cuenta de que el árbol o el trozo de terreno que se adhiere no es *res nullius*, sino *res aliena*, lo cual supone que exista una pérdida y respectivamente una adquisición de la propiedad (143).

En esta situación habría de establecerse una unión, una conjunción que fuese más allá del simple contacto (*positio*), que sin embargo era suficiente cuando de una *res nullius* se trataba, ya que en estos casos tenía lugar no solamente la adquisición de la propiedad por parte de un sujeto, sino también implicaba la pérdida de esa propiedad para otro.

Esa unión que va más allá del simple contacto ha venido considerán-

(140) *Epitome Gai*, Milano (1937), pp. 239-240.

(141) GAYO, 2,75; D. 41,1,9 pr; I. 2,1,32.

(142) BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 116; GUARNERI-CITATI, A *UPA*, 14, p. 315, n. 1; C. LONGO, *Corso...*, p. 109.

(143) BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 97.

dose como una unión orgánica, la cual ha sido interpretada de forma no unánime por los autores. Así BECHMANN (144) considera como más importante la indisolubilidad de las cosas unidas, mientras que para WÄCHTER y GÖPERT (145) ha de tenerse en cuenta que las dos cosas no sean separables sin destrucción o deterioro.

WINDSCHEID (146) considera que se tratará de aquella unión en la cual las dos cosas no deban ser separables de modo que adquieran de nuevo su individualidad.

BONFANTE (147) considera que la conjunción orgánica ha de tener como resultado una cosa simple (148), debiendo considerarse esta cosa simple por criterios económico-sociales (149). Así el término orgánico, continúa este autor, no es una realidad sino una metáfora para expresar una categoría económico-social.

Consideramos que no existe contradicción en las opiniones expuestas y así entendemos la *coalitio* como una conjunción orgánica que desde el punto de vista económico social constituye una cosa simple, la cual es inseparable y si se separa tiene lugar un deterioro que no permite que las dos cosas unidas adquieran la individualidad que tenían con anterioridad. Es decir, se ha producido una accesión definitiva.

Esta idea es la que mayoritariamente han adoptado los autores en los supuestos de *avulsio*, *implantatio* y *satio*, en los cuales producida la *coalitio* existe una cosa simple perdiéndose la propiedad de la porción de terreno, *crusta* o árbol de forma definitiva para el antiguo propietario (*prior dominus*), ya que las cosas ajenas que se funden en una cosa simple se pierden para el primer propietario.

En este sentido FERRINI (150) considera que la *coalitio* en la *crusta lapsa* supone que dicha *crusta* se ha unido de tal forma con el fundo que ha sido absorbida en la totalidad de ese cuerpo simple (*continetur uno*

(144) *Zur Lehre vom Eigentumserwerb...*, en BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 97, y en WINDSCHEID, *Pandette*, 1, p. 683.

(145) WÄCHTER, "Accessione", en *Dizionario Giuridico*, I (1838), pp. 11 ss.; GÖPERT, *Über die organischen Erzeugnisse* (1869), pp. 87 ss., cit. por BONFANTE y WINDSCHEID, op. y loc. cit.

(146) *Pandette*, 1, pp. 683 ss.

(147) *Corso...*, II, 2, pp. 97 ss.

(148) Sobre la tricotomía establecida por Pomponio en D. 41,3,30 pr sobre cosas simples, compuestas y colectivas, vid., entre otros, BONFANTE, *Corso...*, II, 1, pp. 119 ss.; FERRINI, *Pandette*, pp. 216 ss.; C. LONGO, *Corso...*, pp. 28 ss.; MADDALENA, "Accedere e cederé nelle fonti classiche", en *LABEO* (1971), pp. 169 ss.; ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in Diritto romano*, Torino (1968), pp. 131 ss. D. 6,1,23,5.

(149) MONIER, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 1, Paris (1947), pp. 398 ss.; VOLTERRA, *Instituciones...*, p. 334, n. 82.

(150) *Pandette*, p. 298, n. 1.

spiritu: D. 41,1,30 pr), al igual que ocurre en la *avulsio* y en la *implantatio* (151).

Idénticamente BONFANTE (152) señala que en la *implantatio* producida la *coalitio*, el árbol constituye un *corpus* con el fundo (153).

En conclusión, en los supuestos aludidos (*avulsio*, *implantatio*, *satio*) una vez producida la *coalitio* se tiene una cosa simple que supone la pérdida definitiva para el *prior dominus* y la adquisición por parte del propietario del fundo donde se ha adherido la porción de terreno, el árbol... Esta adquisición no se produce sin embargo *ex novo*, sino como extensión del derecho de propiedad que ya poseía, puesto que se ha formado una cosa simple (154).

Por tanto, se exige la *coalitio* como demostración de que se forma una cosa simple que supone la pérdida definitiva para el *prior dominus*, pudiendo dicha *coalitio* manifestarse de distintas formas, siempre que la misma produzca una unión orgánica que justifique la pérdida de la propiedad para el antiguo propietario.

8. Una vez que se ha producido la adquisición definitiva e irrevocable, podríamos plantearnos si al antiguo propietario le corresponde alguna indemnización o resarcimiento por daños.

Del examen de los textos relativos a la *avulsio* y a la *crusta lapsa* no se deriva la existencia de acción alguna con dicho fin, ya que el propietario de la porción del terreno desgajado habría podido evitar la pérdida de la propiedad puesto que la *coalitio* no se verifica inmediatamente, y mientras esta no se ha producido podría utilizar la *actio ad exhibendum* y la *rei vindicatio* para recuperar dicha porción de terreno, *ita demum autem crustam vindican posse idem Alfenus ait, si non coaluerit, nec unitatem cum terra mea fecerit* (155).

En cuanto a la *implantatio* se señala la concesión por Varo y Nerva de una *utilis in rem actionem* al antiguo propietario del árbol para que pueda obtener la indemnización por la pérdida del mismo (D. 6,1,5,3).

Sin embargo, esta referencia a una acción real útil se ha considerado

(151) FERRINI, *op. cit.*, p. 295; pp. 297 ss.

(152) *Corso...*, II, 2, p. 115.

(153) C. LONGO, *Corso...*, pp. 103 y 109; MONIER, *Droit romain*, pp. 398 ss.; VOLTERRA, *Instituciones...*, p. 336.

(154) En este sentido, también C. LONGO, *Corso...*, p. 103; TALAMANCA, *Istituzioni...*, p. 419; RATTI, "Rinascita della proprietà in tema di accessione", en *Studi Bonfante*, 1 (1930), p. 271, n. 15.

(155) BRANCA, *ED*, I, p. 264; C. LONGO, *Corso...*, pp. 103 ss.; GUARNERI-CITATI, "Appunti critici in materia di accessione nel Diritto romano", en *Annali Macerata*, 5 (1929), pp. 261 ss.; "La cosiddetta accessione separabile...", en *AUPA*, 14, pp. 227 ss.; RATTI, *Rinascita della proprietà*, pp. 273 ss.; VOCI, *Modi...*, p. 267.

fruto de una alteración justiniana. Así se manifiesta BRANCA (156) para quien el derecho a ser indemnizado el propietario anterior no era reconocido en Derecho clásico y señala como no genuino D. 6,1,5,3 frente a D. 39, 2,9,2; D. 43,24,22 pr, seguramente pertenecientes a la época clásica (157). Para RICCOBONO (158) es evidente la tendencia en Derecho justiniano a dar en todos los casos de pérdida de la propiedad por accesión una compensación por vía de *actio*, función esta que no se puede dudar tenía en D. 6,1,5,3 la *utilis in rem actio*, pero que no hace referencia al Derecho clásico.

PAMPALONI (159) se refiere a este hecho poniendo de relieve las distintas opiniones existentes en la adquisición de la propiedad por *avulsio* en cuanto a si es o no posible la existencia de una acción que compense al antiguo propietario por la pérdida sufrida, para concluir que la *actio utilis in rem* (D. 6,1,5,3) se aplica también en el caso de la *avulsio* (160).

Se ha planteado también la posibilidad de que en los supuestos examinados pueda aplicarse una *actio in factum*, que se menciona a propósito de la *ferruminatio*, pero de aplicación general en D. 6,1,23,5, "... *ideoque in ómnibus his casibus, in quibus ñeque ad exhibendum ñeque in rem locum habet, in factum actio necessaria est...*"

Sobre esta posibilidad se ha constatado también la existencia de una alteración por parte de los compiladores justinianos. Así RICCOBONO (161) considera que el texto tiene un alcance general, pudiendo el propietario que ha sufrido la pérdida de la cosa recuperar, en los casos más favorables, el valor de la misma con una *actio in factum* que tendrá una función equivalente a una *actio in rem* al poder distinguirse contra cualquier poseedor de dicha cosa que haya obtenido una ventaja de la propiedad que se ha extinguido. Sin embargo, RICCOBONO continúa señalando como aquí se manifiesta la existencia de un remedio nuevo que es sin duda una innovación introducida por Justiniano (162).

No existirá, por tanto, en Derecho clásico una vez que la *coalitio* ha tenido lugar acción alguna que permita al primer propietario obtener una

(156) ED, I, p. 264.

(157) DE SARLO, *Alfeno Varo...*, pp. 48 ss.; BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 124.

(158) En *BIDR*, 18, pp. 211 ss.

(159) "La legge delle XII Tavole", en *ÁG*, 31, pp. 411 ss.

(160) En este sentido, recientemente MADDALENA, *Gli incrementi...*, p. 33, n. 48; KASER en *ZSS*, 65, p. 228, n. 26, manifiesta sus dudas acerca de la clasicidad o no de la *actio utilis in rem*.

(161) *BIDR*, 18, p. 209; O. GRADENWITZ, *Interpolationem in den Pandekten*, Berlin (1887), p. 64, n. 1, 91, considera que existe una interpolación formal, pero que el contenido es clásico. BRANCA, ED, I, p. 264; BONFANTE, *Corso...*, II, 2, p. 124; VOCI, *Modi...*, p. 267.

(162) NARDI, *Studi sulla ritenzione...*, p. 349, n. 1, es indiscutible que la *actio in factum* de D. 6,1,23,5 y la *actio in rem utilis* de D. 6,1,5,3 tienen el mismo fin.

indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la adquisición por parte del propietario del fundo de la porción de terreno desgajado o del árbol allí trasplantado.

9. Una vez que hemos expuesto qué ocurría con la *coalitio* en Derecho romano, brevemente haremos referencia a la regulación de nuestro derecho histórico y a su reflejo actual en el Código Civil.

En cuanto a la avulsión la Ley 26, Título XXVIII, Part. III, en su segunda parte, señala:

“Mas cuando acaesciese que el rio llevase de una heredad ayuntadamente asi como alguna partida della con sus árboles ó sin ellos, lo que así llevase non ganan el señorío dello aquellos á cuya heredad se ayunta, fueras si estoviese y por tanto tiempo que raigasen los árboles en las heredades de aquellos á quien se ayuntasen. Ca estonce ganaría el señorío dellos el dueño de la heredad do raigasen; pero seria tenudo de dar al otro el menoscabo que recibió por ende según alvedrío de homes buenos”.

El examen de esta Ley plantea inicialmente el hecho de que la fuerza del río arrancase una parte de un fundo con o sin árboles, ... *que el rio llevase de una heredad ayuntadamente asi como alguna partida della con sus árboles o sin ellos...*, lo cual se inscribe en el hecho ya expuesto en relación con D. 41,1,7,2 e I. 2,1,31, manifestándose no obstante una variación, en esta Ley se hace alusión expresa a que puedan existir o no árboles, mientras que tanto en el texto de GAYO como en el de las Instituciones se plantea la existencia de árboles como una situación que se produce siempre, ... *arboresque, quas secum traxerit*.

Planteadas la situación producida por la fuerza del río esta Ley de las Partidas continúa con una exposición que en nada varía la que se recogía en el texto de GAYO y en las Instituciones de Justiniano, incluso el impreciso inciso *longiore tempore* se refleja en esta Ley “*y por tanto tiempo*”, señalando a este respecto GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ (163): “*este tiempo es incierto: en esta parte hallamos preferible que se fije uno conocido, aunque sea el año que señalaba el proyecto*”.

La presente Ley presenta, además, las mismas dudas que las ya analizadas en D. 41,1,7,2 e I. 2,1,31 en cuanto a la adquisición del terreno o de los árboles, presentando una mayor afinidad con el texto de las Instituciones de Justiniano, ya que la interpretación que daban algunos autores (164) de *videntur-adquisitae* en cuanto a la adquisición únicamente de los árboles es la que parece deducirse de la redacción de las Partidas al referirse la palabra “*ellos*” a los árboles, *Ca estonce ganaría el señorío dellos el dueño de la heredad do raigasen*.

(163) *Estudios de Derecho civil español*, t. II, Madrid (1863), p. 74.

(164) Vid. *supra*, pp. 25 ss.

Existe en este texto una innovación respecto a lo que hemos expuesto en el apartado anterior, la obligación por parte del adquirente de indemnizar, según tasación, a aquel que sufre el menoscabo (165).

Constatamos como la Ley 26, Título XXVIII, Part. III no presenta modificaciones sustanciales sobre lo que hemos venido exponiendo, manifestándose aquí la *coalitio* por el hecho de que los árboles arraiguen en el fundo.

Nuestro Código Civil en su artículo 368 en relación a la avulsión señala: "Cuando la corriente de un río, arroyo o torrente segrega de una heredad de su ribera una porción conocida de terreno y lo transporta a otra heredad, el dueño de la finca a que pertenecía la parte segregada conserva la propiedad de ésta".

De esta redacción deducimos la similitud existente con GAYO 2,71 y la primera parte de D. 41,1,7,2 (I. 2,1,21), donde se recogía la fase de *positio*, no figura en cambio en el artículo 368 del Código Civil la mención a la fase de *coalitio*, por lo cual habremos de deducir que no existe aquí modificación en el Derecho de propiedad.

VALVERDE (166) se plantea si dicha solución tiene lugar cuando el terreno segregado no se adhiere, sino que se superpone a otra heredad, supuesto este que enlaza con D. 39,2,9,2 y que LANDUCCI denominaba *avulsio* por superposición. Para este autor al mezclarse dicho terreno con la heredad de otro deja de ser "porción conocida", no pudiendo aplicarse la misma solución.

En contra de este razonamiento MANRESA (167) considera que a pesar de la superposición la porción es conocida y el terreno conserva, en lo esencial, su forma originaria (168).

En el artículo 369 del Código Civil: "Los árboles arrancados y transportados por la corriente de las aguas pertenecen al propietario del terreno adonde vayan a parar, si no los reclaman dentro de un mes los antiguos dueños. Si éstos los reclaman, deberán abonar los gastos ocasionados en recogerlos o en ponerlos en lugar seguro", se plantea una solución distinta a la expuesta en el artículo 368 referente a las tierras segregadas, admitiéndose aquí la modificación en el Derecho de propiedad.

Esta regulación del Código Civil separando los supuestos de las tierras segregadas y de los árboles transplantados, choca con la exposición de los

(165) Vid. a este respecto lo expuesto por GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 73 ss.

(166) *Tratado de Derecho civil español*, t. II, Valladolid (1936), p. 101.

(167) Cit. por CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, t. II, vol. I, Madrid (1984), p. 325.

(168) Vid. también sobre "porción conocida-desconocida", J. PINTO RUIZ, "Avulsión", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, III, Barcelona (1951), p. 215.

tratadistas que estudian dentro de la avulsión el fenómeno de los árboles (169).

La referencia al artículo 369 presenta una gran similitud con la segunda parte de D. 41,1,7,2 (I. 2,1,31) que refleja el supuesto de la *coalitio* dentro de la *avulsio*, no comprendiéndose así porque nuestro Código Civil separa en dos supuestos lo que puede ser tan solo uno de ellos, ya que puede darse el caso, ya analizado, de que la porción de terreno lleve con ella árboles y que transcurrido el mes prescrito para su reclamación, se adquieran éstos y no el terreno sobre el cual se encuentran, ante lo cual podemos dejar abierto el siguiente interrogante, ¿cómo se explica que el dueño de la porción segregada de tierra continúe siéndolo del terreno y no de los árboles que con dicha tierra fueron arrastrados?

Frente a la regulación de nuestro Código Civil, y partiendo de los mismos precedentes romanos, el Código Civil italiano adopta la posición totalmente contraria permitiendo que el propietario del fundo al cual se ha unido la parte desgajada adquiera la propiedad de la misma independientemente de que haya o no tenido lugar la fusión de terrenos (*coalitio*). Es decir, se produce la adquisición *ipso iure* del terreno avulso por parte del propietario del fundo al cual se ha unido (170).

Observamos, por tanto, como partiendo de los mismos antecedentes se han adoptado en la regulación actual soluciones totalmente distintas que a la *coalitio* afectan:

En el artículo 368 del Código Civil español no se realiza ninguna referencia a ella al redactarse dicho artículo de tal forma que no podemos deducir una modificación en el Derecho de propiedad.

En el artículo 944 del Código Civil italiano la simple fase de *positio* supone, en cambio, una adquisición *ipso iure* por parte del propietario del fundo al cual el terreno segregado se ha adherido, no se exige así tampoco la *coalitio*, por razones totalmente distintas a las de nuestro Código Civil.

MARÍA Luz BLANCO RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho romano

(169) CASTÁN, *op. cit.*, pp. 325-326; J. PINTO RUIZ en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, III, p. 215.

(170) Artículo 944 del Código Civil italiano. Este artículo supone dos innovaciones respecto al Código Civil italiano de 1865: en primer lugar, se admite la adquisición automática de la propiedad, mientras que en el artículo 485 del Código Civil de 1865 se continuaba exigiendo la *coalitio*; en segundo lugar, mientras que en el Código Civil de 1865 se declaraba el derecho a la indemnización por parte del antiguo propietario, en el Código Civil italiano actual no existe dicha posibilidad. Vid. LANDUCCI, "L'avulsio", en AG, 31, pp. 201 ss.; BRANCA, en ED, I, pp. 265 ss.; F. PIGA, "Avulsión", en ED, IV (1959), pp. 606 ss.; SANFILIPPO, "Accessione", en NN.DD., I, 1 (1964), p. 138.