UNIVERSIDAD DE GRANADA.
FACULTAD DE DERECHO.

L A M E J O R A E N L O S B I E N E S.

(De la facultad al deber de mejorar,
y teoría general de la mejora).

Tesis para el Doctorado por:
RAFAEL MORENO QUESADA.

Realizada bajo la Dirección del:
Prof. Dr. D. BERNARDO MORENO QUESADA.

Granada, Marzo MCMLXXXVI.

INTRODUCCION.

CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

La propiedad, como poder o dominación del hombre sobre las cosas, es de antiquísimo abolengo. Se dice que es tan antigua como la sociedad humana, porque el apoderamiento de las cosas es consustancial con la misma naturaleza del hombre y medio indispensable para la realización de sus fines de todo orden. A pesar de ello, es objeto de los fervores y las diatribas más enconadas, discutiendose apasionadamente cuanto hace relación a su fundamento, su contenido, su función, y hasta su misma existencia.

No es nuestro propósito ni es de este lugar, sin embargo, hacer una minuciosa exposición de lo que el derecho de propiedad ha sido y supuesto a lo largo de su dilatado y trascendental discurrir histórico. Nuestra intención es destacar aquellos rasgos que van señalando hitos en la concepción del mismo por los grupos sociales organizados, por la doctrina y por el legislador de las diferentes épocas, para poner de relieve su relatividad. Pues si el Derecho, las instituciones jurídicas en general, son el resultado de una larga decantación histórica, la propiedad privada, como institución social del sistema jurídico patrimonial, refleja, en su milenario devenir histórico, las circunstancias y avatares propios de las diferentes épocas, variando su concepción, fundamento y ámbito de acuerdo con las concepciones sociales, políticas y económicas de cada espacio histórico. Por eso, se ha dicho, con razón, que el problema de la propiedad no existe; tal problema, es siempre el problema de la propiedad como "hic et nunc" se plantea (1).

Por ello intentaremos poner de relieve cómo la diversa consideración que merezca en cada caso este derecho determina

rá, a su vez, la que se tenga de los demás derechos o posiciones jurídicas conexas con el mismo. Porque creemos que un cambio en el sentir y en la legislación de una sociedad y tiempos determinados, necesariamente habrán de producir un cambio reflejo en la ponderación de la posición jurídica no sólo del propietario sino también de otros titulares de derechos que en forma reconocida hayan entrado en relación o sean consecuencia de él.

Esto tiene singular importancia para el tema que nos proponemos investigar, pues, no sólo es importante la tradicional mejora en cosa ajena, sino que cobra protagonismo también la realizada en cosa propia.

Y hemos elegido el tema, por considerarlo de suma importancia en vista de las radicales transformaciones económicas, sociales y jurídicas operadas en los últimos tiempos y su contraste con la parva y dispersa regulación que a las situaciones de mejora dedica nuestro cuerpo legal básico. En efecto, el Código civil, consecuente con sus principios inspiradores y con la ideología imperante en su época, le presta una atención fragmentaria, anacrónica y a todas luces insuficiente a esta institución, que en la consideración de la legislación especial que vive extramuros del Código, y en la realidad económica y social va mostrando unos perfiles y cobrando un relieve que no pudo imaginar el legislador decimonónico, trabado a unas corrientes del pensamiento y de intereses completamente superadas en nuestro tiempo.

Por ello, la composición de los intereses que entran en juego en la relación de mejora, antaño relevantes fundamentalmente en torno a la figura del propietario como eje medular

del sistema, van cediendo en favor del mejorante no propietario en aras a una preponderante estimación de la eficiencia productiva de los bienes consecuente en la concepción dinamicista y utilitaria de la propiedad que contempla, frente a la titularidad, los eminentes intereses generales y una más justa y equitativa consideración del mejorante, autor, en definitiva, del aumento de riqueza.

En efecto, el Código civil contempla una propiedad de signo individualista y casi absoluta, puesto que su ejercicio se confia al arbitrio del propietario. Esta concepción liberal individualista, que triunfa con la Revolución francesa y se codifica por vez primera en el Código de Napoléón, desde donde influye el nuestro, supone que los postulados revolucionarios de libertad e igualdad solamente podian ser alcanzados a través de un fortalecimiento de la consideración individual del hombre, atribuyendo al propietario una amplia esfera de poder en la que pudiera obrar prácticamente a su antojo como expresión de libertad, y se dota de una regulación acorde con esta inspiración al derecho de propiedad, como el derecho subjetivo más absoluto.

Pero una diversidad de acontecimientos de la más variada significación, comenzaron a cambiar la realidad contemplada por el Código civil: la Revolución industrial, con su inevitable cambio social, las dos grandes guerras, en las que se vieron involucrados la mayor parte de las naciones del mundo desarrollado, el avance tecnológico y de las comunicaciones y los cambios ideológicos y culturales. Todo ello, va a suponer cambios radicales en los modos de concebir la existencia, exigiendo nuevas fórmulas en que asentar la convivencia de la nueva sociedad que se quiere. Y claro está, a las nuevas deman -

das sociales, no pueden permanecer ajenos los órdenes económico y jurídico.

El cambio de mentalidad, no deja, naturalmente, de afectar a la propiedad. Esta ya no se concibe como un derecho reconocido en interés exclusivo de su titular. Se le anteponen, como más dignos de atención, los intereses de la comunidad. Y a la propiedad, en general, se le va a marcar un fin esencial por encima de los fines individuales y egoistas del propietario: la propiedad, sobre todo la de ciertos bienes adecuados a la satisfacción de intereses generales en razón de su utilidad, se va a reconocer en tanto cumpla una función social. Y está nueva exigencia, va a producir dos consecuencias importantes:

. Una, la ampliación del ámbito de la propiedad, consecuencia de la especial consideración de su objeto en órden a su aptitud para satisfacer los intereses generales, que va a dar origen a una diversificación de su régimen jurídico y a justificar su consideración plural, de forma que ya no se hablará de propiedad, sino de propiedades, alcanzando a cosas y derechos de la más variada índole.

. Otra, que al contemplarse preferentemente la satisfacción de los intereses generales, lo que importa fundamentalmente es la productividad y, en consecuencia, primará el ejercicio que se haga del derecho sobre la titularidad misma. Por eso, como dice PUENTE MUÑOZ (2) comentando la Ley de Comarcas y Fines Mejorables, lo que importa ya no es la propiedad, sino su productividad. Y lo que se protege es ésta última, olvidando o marginando en muchas ocasiones la idea de propiedad para proteger la de explotación de la misma por el titular o por otra persona, llegandose a prescindir de la pro

tección al titular de la propiedad estática que parecía hasta ahora uno de los dogmas intocables del Derecho privado, pues la ley prefiere a aquella persona que, sin ostentar la condición de propietario, quiere, sin embargo, actuar la propiedad.

Y SUSTAETA, (3), nos dice que la mera titularidad no es actualmente, soporte legitimador de la propiedad. Y habla, siguiendo a PUGLIATTI, de la distinción entre propiedad formal, de mera titularidad de la cosa, y de propiedad material de quien la posee y goza a modo de titular dominical ejerciendo incluso las facultades que a éste corresponden.

Y hace ya años, que nuestro Tribunal Supremo rompe el esquema protector tejido por el Código en torno al propietario del suelo, considerando como valor fundamental en virtud del principio "superficies solo caedit", recogido en su artículo 358, y consagra, por primera vez en nuestro sistema jurídico, el principio inverso, conocido con el nombre de "accesión invertida", que se produce cuando el dueño de un terreno, al edificar sobre el invade también, de buena fé, el contiguo perteneciente a distinto dueño. Así, la sentencia de 31 de mayo de 1949, singular también para nosotros por el lugar donde se producen los hechos, sobre litigio entre los dueños del hotel "Washington Irving" y el "Cármen de los Mártires", de Granada, por extralimitación en la edificación del primero, resolviendo en favor de éste en base a principios generales del Derecho y a razones de equidad, y su consideración a criterios de valor económico y destino de los bienes en conflicto.

Pero es que estas consecuencias o efectos, producirán lógicamente otros: al perder categoria la titularidad en mérito al ejercicio, cede también importancia la consideración de si

quien lo realiza es el Titular, o por el contrario es otra persona no investida de tal derecho, sino de cualquier otro de naturaleza y rango diferente.

Además, el logro de una óptima productividad, como fin primordial de la nueva concepción de la propiedad, se asegurará ejercitando la propiedad en unas condiciones instrumentales y de organización que conectan con la idea de la explotación y de empresa, lo que, para algunos, como veremos más adelante cuando nos ocupemos de estas cuestiones con más detalle, abre perspectivas hacia formas de propiedad comunitarias.

Otra consecuencia inevitable de la primacia del ejercicio sobre la titularidad, que constituye la esencia de la nueva propiedad, que por eso se llama dinámica frente a la concepción estática e individualista, es la creciente estima de la aportación personal (trabajo), frente a la patrimonial (propiedad o titularidad). Y este es un hecho constatable en la realidad social; se puede constatar una sustitución generalizada del aprecio tradicional de las rentas de capital, por las rentas de trabajo. A este fenómeno aludía claramente S.S. Juan XXIII (4), cuando decía: "en nuestros dias se aspira más que a convertirse en propietario de bienes, a adquirir capacidades profesionales; y se alimenta mayor confianza en las entradas cuya fuente es el trabajo o derechos fundados sobre el trabajo, que en las entradas cuya fuente es el capital ó derechos fundados sobre el capital". Y esto lo considera un logro positivo para la humanidad, pues "el carácter preeminente del trabajo como expresión inmediata de la persona, frente al capital, bien de orden instrumental, según su naturaleza".

De otra parte, y como consecuencia de la incidencia

combinada de ambos fenómenos, la fuerza expansiva del dere - cho de propiedad y la justa valoración del trabajo, se susci tan importantes cuestiones en torno a la propiedad de la em- presa y a la consideración en ella de los trabajadores, por ser liza donde se confrontan intereses y se sustancian anta- gonismos que conmueven lo económico y condicionan lo políti- co. Sobre todo, cuando la titularidad de la misma la ostenta una persona jurídica, con los problemas que acarrea la de terminación de la titularidad real a la que sirve de cobertu ra formal, y más concretamente cuando se trata de una socie- dad anónima, en cuyo seno se debate una lucha irrenunciable en torno a la conquista de los poderes de gestión y de cuan- do, entre los socios, dueños del capital, que legalmente de- tentan tales poderes, y los trabajadores, que desean partici par de los mismos, con las modificaciones y desplazamientos habidos de hecho en tal atribución y que suponen, en ciertos casos, una sustancial discrepancia entre la precisión legal y el ejercicio real de tales poderes.

Las observaciones precedentes, apenas esbozadas y que en adelante serán objeto de una consideración más detenida, nos anticipan una primera evidencia: que la propiedad en nues tro derecho ofrece dos regímenes jurídicos que coexisten a pesar de las discrepancias, en muchos casos sustanciales, en - tre sus principios ordenadores. Mas, la propiedad establecida en el Código civil, cuya idea inspiradora la hace contemplar, por encima de todo y aún a costa de casi todo, la figura del propietario, a la que subordina completamente cualquier otra posición jurídica relacionada con su cosa. Otra, la desarro - llada con posterioridad al Código en leyes llamadas especia - les, que van incorporando de la realidad social las nuevas las nuevas corrientes del pensamiento económico y cultural que tras

cienden
~~miten~~ la noción codificada, interesandose fundamentalmente en el ejercicio que del derecho se haga, con escasa atención sobre el título jurídico del sujeto que lo haga, lo que nos lleva a la necesidad de una nueva valoración de las posiciones jurídicas de otros titulares menores que, con su trabajo o con sus bienes, cooperan al bienestar general aumentando la productividad de los bienes y creando riqueza.

No otro es el fundamento de la protección de la llamada propiedad comercial, que para MARTY y RAYNAUD,(5), tiende a crear de nuevo un embrión de dominio útil, bajo el dominio eminente. Y CASTAN, (6), al señalar entre las tendencias y orientaciones modernas del derecho de propiedad, la ampliación de las causas que pueden motivar la expropiación forzosa, introduciendo, junto a la expropiación para obras y construcciones de utilidad pública, la expropiación por causa de bonificaciones y mejoras agrarias u obras industriales y en interés social, así como la protección al labrador, y en general, al arrendatario de fincas rústicas y urbanas contra todo género de explotación por parte de los propietarios. Y el mismo autor contempla, como consecuencias de la tendencia socializadora y la creciente intervención estatal en la propiedad moderna, junto a las limitaciones directas impuestas por la ley, la protección concedida a los usuarios de la cosa por titulos obligacionales como el del arrendamiento, que supone indirectamente la limitación de las facultades del propietario hasta casi anular la esencia positiva del dominio (7).

Porque el régimen de la mejora, concebida y regulada, aunque de forma muy pobre y a todas luces inadecuada a las nuevas concepciones, por el Código civil, quizá debido a lo que DIEZ PICAZO y GULLON, (8), llaman una defensa del "statu

quo" frente a la dinámica de las transformaciones económicas, que resulta llamativa, incluso frente a aquellas actividades que puedan engendrar una creación de riqueza y de utilidad social, como ocurre con las mejoras realizadas por el poseedor de buena fé, quien no puede reclamar al propietario más que el gasto realizado, siendo aún peor la condición del usufructuario y del arrendatario, quiénes no tienen derecho a indemnización por las mejoras, pudiendo únicamente retirarlas.

Pues bien, esta concepción, que refleja el sentir y los intereses preponderantes en épocas históricas superadas, tiene necesariamente que dejar paso a una regulación de la mejora sobre cosa ajena más acorde con la demanda de los tiempos y que ya está presente en las leyes especiales de forma cada vez más enérgica aunque insuficiente todavía.

Por ello, es de desear una atención a la misma, conforme con su actual rango y creciente importancia, a fin de resolver en equidad los conflictos de intereses entre el mejorante y el propietario, sin tener que acudir a una normativa radicalmente anacrónica y desfasada en relación con la actual posición de los sujetos interesados.

Queremos precisar también, que nos vamos a referir no al derecho "a la" propiedad, que se cuenta entre los fundamentales de la persona, en cuanto corresponde a todo ser humano como soporte de esa cualidad, y que es consecuencia necesaria del reconocimiento de la propiedad privada por el ordenamiento jurídico, y así lo establece, por lo que a los españoles concierne, el artículo 33 de la vigente constitución española, sino al derecho "de" propiedad.

Además, hemos de aclarar que, si bien el derecho de propiedad como concepto jurídico es consecuencia del fenomeno económico-social de la propiedad, incluso que no ignoramos la precedencia de este sobre aquél, (9) será el primero, por razones lógicas de especialización, el que merezca nuestra atención preferente, si bien, conociendo la íntima conexión entre ambos, no debamos eludir la presencia del uno en el tratamiento del otro (10). Es más, será la presión social ante las nuevas evidencias económicas del fenómeno de la propiedad la que irá determinando inevitablemente los procesos de cambio jurídico, inspirándolo, condicionándolo y determinandolo (11).

(1) Vid. CAPOGRASI, "Agricoltora Diritto Propietá". Rivista de Diritto Agrario, XXXI, pág. 271. 1952.

(2) "Algunos aspectos Jurídicos de la Ley de Fincas y Comarcas Mejorables .El Concepto de Propiedad". Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario. Pág. 268. Universidad de Salamanca y Valladolid. Cátedras de Derecho civil. Valladolid, 1976.

(3) "Propiedad y Urbanismo". Pág. 95. Editorial Montecorvo, S.A.. Madrid, 1978.

(4) Vid. Fuenmayor, A.: "La Propiedad Privada y su Función Social". Estudios de Derecho Público y Privado ofrecidos al Prof. Dr. D. Ignacio Serrano y Serrano. T. I, Pág. 226. Valladolid, 1966.

(5) Cit. por Castán, "Derecho civil Español, Común y Foral". T. II, Vol. I, 11ª edición, Pág. 130, en nota. Reus, S.A..Madrid, 1978.

(6) "Derecho civil Español, Común y Foral", cit., Pág. 131.

(7) Vid. Castán Todeñas, J.: "La propiedad y sus problemas actuales", Págs. 100 y ss.. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1963.

(8) •"Instituciones de Derecho civil". Vol. II, Pág. 84. Editorial Tecnos, S.A.. Madrid, 1974

(9) Puente Muñoz, T.: "El Derecho de propiedad y la Constitución". Revista General de Legislación y Jurisprudencia. T. LX XIX, año CXXVIII, nº 6, Pág. 616. Diciembre, 1979: "la propiedad no es sinoun aspecto del tema económico".

.../

//...

Mucius Scaevola: "Código civil". T. VI, Pág. 453. Reus, 5ª edición, Revisada por F. Ortega Lorca, Madrid, 1949: "La propiedad no es precisamente un derecho, sino una relación del orden económico; por esto debe imponerse que lo que define el art. 348 no es la propiedad, sino el derecho de propiedad".

Manresa y Navarro, J.M.: "Comentarios al Código civil". T. III, Pág. 166. Reus, 8ª edición, revisada por Moreno Mocholi. Madrid, 1976: "El Código civil español define el derecho de propiedad, no el hecho de la relación económica que la propiedad supone".

(10) Sustaeta Elustiza, A.: "Propiedad y Urbanismo". Pág. 89. La propiedad es una institución económica y un derecho, es decir, una institución jurídica. Es muy frecuente que se mezclen consideraciones que emanan de estos distintos puntos de vista".

(11) Puente Muñoz, T.: "Algunos Aspectos Jurídicos de la Ley de Fincas y Comarcas Mejorables: el Concepto de propiedad". Jornadas Italo-Españolas de Derecho Agrario, Págs. 268 y ss.. Universidades de Salamanca y Valladolid. Cátedras de Derecho civil. Valladolid, 1976: Estima que como consecuencia de la moderna concepción dinámica de la propiedad, se ha llegado a tener un concepto fundamentalmente económico de ésta, porque esta concepción impone no sólo que la propiedad debe de ser actuada, sino que lo será del modo más conveniente económicamente.

PARTE PRIMERA

PROPIEDAD Y MEJORA.

CAP. 1º.- LA CONCEPCION TRADICIONAL DE LA PROPIEDAD Y LA MEJORA.

1. Evolución histórica.
   A) El punto de partida.
   B) Propiedad y mejora en el Derecho romano.
   C) Propiedad y mejora en el Derecho anterior al Código civil.

2. La propiedad y la mejora en el Código civil.
   A) La concepción de la propiedad en el Código civil.
   B) Ordenación de la mejora en el Código Civil.
      a) Las mejoras en la posesión.
         a*) Sobre el carácter de doctrina general de las normas que las regulan.
         b*) La facultad de mejorar del poseedor y el principio general que la informa.
         c*) Los distintos supuestos.
         d*) Precisiones sobre el derecho de retención del poseedor.
         e*) Las mejoras provinientes de la naturaleza y del tiempo.
      b) Las mejoras en el usufructo.
         a*) La facultad de mejorar en el usufructo: problemática y límites.
         b*) La integridad de la cosa usufructuada y los gastos (mejoras) ordinarias y extraordinarias para su conservación.
         c*) El régimen del Código civil para las reparaciones necesarias en el usufructo.
         d*) El régimen del Código civil para las mejoras útiles y de recreo: su tratamiento conjunto, la no alteración de la cosa usufructuada, las construcciones y edificaciones,y

los efectos de estas mejoras (indemnización, retirada y compensación con los desperfectos).

c) Las mejoras en el arrendamiento.
   a*) Su papel en la evolución de la figura.
   b*) Antecedentes de las mejoras arrendaticias.
   c*) El art. 1573 y su equiparación a las mejoras en el usufructo.
   d*) Las críticas a este precepto.

d) Las mejoras en la enfiteusis.
   a*) La facultad de mejorar del enfiteuta y consecuencias de su ejercicio (art. 1652 C.c.)
   b*) Fundamento del abono de las mejoras.
   c*) Mejoras a que se extiende el abono.
   d*) Los derechos del enfiteuta por las mejoras realizadas.
   e*) Supuestos de devolución a que se aplica.

e) Las mejoras en la sustitución fideicomisaria.
   a*) El derecho del fiduciario a mejorar.
   b*) La relación entre las posiciones del fiduciario y del usufructuario y su incidencia en la facultad de mejorar de uno y otro.
   c*) Los derechos del fiduciario mejorante.
   d*) La buena fé exigida al fiduciario.

f) Otras mejoras contempladas en el Código civil.

1. EVOLUCION HISTORICA.

A) En épocas protohistóricas los perfiles con que se nos presenta la propiedad son imprecisos en cuanto a su carácter y prioridad en las formas de aparición.

Para HEDEMANN (1) y CASTAN (2) la primitiva forma de apropiación se vincula al grupo, ya sea el clan, la tribu o la familia, y de modo más concreto a las poblaciones sedentarias que cultivaban la tierra en las que el sentido de propiedad aparece ya bien definido; no así en los grupos nómadas en que, por su propio género de vida, sujetos a un contínuo vagar, el sentido de apropiación de todo aquello que no fuesen los objetos e instrumentos de uso personal y cotidiano, forzosamente había de ser más difusa e impreciso.

De otra parte, es lógico pensar en que, por razón del objeto, la primera forma de manifestación fuese la de propiedad mobiliaria, por sencilla y elemental, frente a la inmobiliaria que presupone un estadio social más avanzado.

Sin embargo, y como hace notar este último autor (3) "en la actualidad ya no es un postulado indiscutible la tesis, tan generalizada hace algunos años, de la propiedad colectiva originaria. Se ha objetado, en contra de ella, que en muchos pueblos y en muchas tierras el régimen de la propiedad colectiva era un producto de circunstancias particulares, de condiciones especiales de la tierra o del cultivo, y que en otros casos los datos sobre los que se funda la inducción histórica de una primitiva fase comunista son de época demasiado reciente". Aduce en este sentido las opiniones de TORRES LOPEZ (4) sobre el pretendido origen primitivo de determinadas insti-

ciones europeas, como el "mir" ruso o la "zadruga" servia, y RUIZ-GIMENEZ (5) quien, en un intento de desvirtuar la tesis de un régimen colectivista de utilización y disfrute de los bienes y especialmente de la tierra, como fase general de la primitiva historia de la propiedad, concluye que "en el estado actual de las investigaciones no se confirma la hipotesis de que la propiedad común o colectiva haya sido la única vigente en todos los paises y respecto a todas las categorias de bienes. Junto a formas prevalentes de propiedad común o colectiva, que muchas veces es órbita familiar y no de grupo político, se encuentran rasgos de propiedad privada sobre algunos objetos e incluso sobre parcelas de tierra". En este sentido, también HEDEMANN (6) reconoce la primitiva existencia de la propiedad individual, si bien se manifestara prioritariamente en el tiempo la propiedad mobiliaria sobre la inmobiliaria.

B) El primitivo Derecho romano, aunque ello sea controvertido, parece que conoció la propiedad privada de ciertas cosas muebles y la de la casa y el huerto familiar (herediums) y luego sobre los "agri divisi et asignati" o fracciones del territorio conquistado al enemigo y delimitadas mediante ceremonias augurales (7), siquiera fuera atribuido al "pater" como jefe del grupo familiar, mientras que la tierra fue de dominio colectivo o gentilicio, aunque esta tesis de una primitiva propiedad de grupo sea cada vez menos defendida (8).

Pero ya en la época de las Doce Tablas la propiedad se nos muestra claramente individualizada y configurada con las notas de:

a) individualismo, puesto que la titularidad correspon

de al "pater ".

b) absolutividad, aunque se admitieran ciertas limitaciones por razones de interés público, como lofueron el "iter ad sepulcrum", o la "cautio damni infecti".

c) un riguroso sistema de protección, en el que se concede al propietario una acción reivindicativa que se dirige a buscar la cosa dondequiera que se encuentre(9), según la máxima "res ubicumque sunt, pro suo domino clamant".

Se distinguió entre "res mancipi" y "nec mancipi", a los efectos de adquisición y transmisión de la propiedad, reservandose para la primera categoría, como dice ARANGIO-RUIZ (10), un ritual preestablecido de palabras y gestos, "poseedores de una eficacia, antes que jurídica, mágica y religiosa".

La adquisición de las cosas "mancipi" a través de la "mancipatio", o negocio jurídico solemne que se aplicó en la enajenación de las mismas y que daba lugar al "mancipium" o situación con que originariamente se designó el "dominium ex iure quiritium" o propiedad quiritaria, para cuya existencia se requería que el titular fuese ciudadano romano, la cosa susceptible de propiedad por ser una "res mancipi" y la forma de adquisición una de las formas solemnes de la "mancipatio" o de la "in iure cessio" (11).

Junto a esta propiedad quiritaria, propia del "ius civile" y de carácter formal fué apareciendo, al amparo del "ius gentium", una propiedad de hecho, propiedad bonitaria, referida a todos aquéllos supuestos en que una persona que había adquirido una "res mancipi" por medio distinto a la "mancipatio" o "in iure cessio", o se refería a cosas "nec mancipi" sobre

las que no podía constituirse "dominium", pero que gozaba de la tutela pretoria a través del mecanismo de la "actio publiciana", y que aspiraba, de ser posible, a convertirse en quiritaria (12).

Por lo que se refiere al concepto de la propiedad, en las fuentes romanas no existe fragmento alguno que pretenda formularlo. Tal vez porque, como dice RUIZ-GIMENEZ (13) "los juristas romanos, conscientes del peligro que las definiciones entrañan en los textos legales("omnis definitio periculosa est") se preocuparon más bien de perfilar las facultades del dueño, los modos de adquisición del dominio y sus instrumentos de defensa o tutela frente a los demás hombres". También se conecta esta ausencia de una verdadera definición del Derecho de propiedad al hecho, que acabamos de reflejar, del reconocimiento de dos formas distintas, el dominio quiritario y el bonitario, les resultaba muy difícil reunirlas en una definición simple y breve (14).

Desde que Justiniano, en sus Instituciones, concibió como un "ius utendi et abutendi re sua quatenus iuris ratio patitur". Con el tiempo, esta definición trató de completarse con la adición de nuevas facultades, como las de disfrutar, disponer, vindicar, etc.. Pero, de cualquier forma, ya se adoptase la definición tradicional, más restringida, ya la ampliada a virtud de los nuevos añadidos, lo cierto es que siempre presidió estas definiciones una consideración de tipo cuantitativo, que perduró largo tiempo.

Esta concepción de la propiedad romana clásica "es iure quiritiun", se configura como un poder absoluto en lo material-espacial ("ad coelum usque ad inferos") y en las facultades que

concede a su titular, aunque éste carácter vaya debilitandose con el tiempo, hasta el punto que, ya en época postclásica, puede decirse que la idea de propiedad quiritaria como tipo especial de propiedad, ha desaparecido merced a la unificación que, sobre la base de la propiedad bonitaria y el Derecho pretorio, llevó a cabo Justiniano. De este modo, desaparece la duplicidad clásica entre ambos tipos de propiedad basada en la condición de las personas y en la naturaleza de las cosas, que por exigencias de la propia evolución histórica ya no tenía razón de ser.

Conviene aclarar, sin embargo, que, aunque se ha llegado a decir en vista de la interpretación que los glosadores dieron a frases incidentales de los grandes jurisconsultos de la época imperial, y por la que llegó a concebirse el "dominium" como dotado de un "ius abutendi" que no puede entenderse tal facultad como posibilidad de un ejercicio ilimitado y abusivo (15). El Derecho romano ciertamente conoció los límites tanto legales, por razones de interes general, como privados, llegando el propio Justiniano a prohibir los actos del propietario, realizados en uso de su derecho dominical, pero sin verdadera utilidad para él y con daño para otra persona (16).

El Derecho romano conoció tres categorías de "impensas":

1) Las necesarias, que fueron aquéllas que no podían dejar de hacerse sin perjudicar la conservación de la cosa.
2) Las útiles, que fueron aquéllas que aumentaban la útilidad o el valor de la cosa. En el Derecho romano clásico, según VATTIER (17), la útilidad que

tipifica a las mejoras útiles está en función de la "plusutilitas" que la mejora genera en la cosa. Con arreglo a este criterio cualitativo, las mejoras son incrementos de productividad, a diferencia de una noción simplemente cuantitativa del "plusreditus" que fija la esencia de la obra de mejora en la plusvalía; ambos aspectos cualitativo y cuantitativo, estan en relación de causa a efecto.

3) Las voluptuarias, que acrecentaban la estética de la cosa, sin aumentar su rendimiento o valor. Estas se hacían generalmente "ad pompam vel ostentationem", con fines de puro lujo o mero recreo del que detentaba la cosa.

El orígen de la tripartición es oscuro, y son escasas y poco probadas las referencias que se pueden obtener en las fuentes no jurídicas. En las fuentes jurídicas, la distinción viene tratada con referencia a las impensas dotales, y así lo deduce la romanística moderna de sendos textos de ULPIANO y PAULO, que recogen la tipología de los gastos propuesta, al parecer, por FULCINO y ya que,como dice CERVENCA (18) hay que tener en cuenta que la cuestión de la compensación de las impensas sobre cosa ajena se planteó en Roma precisamente en relación a la dote, justificando esto el hecho de que una verdadera doctrina sobre las impensas haya sido elaborada por la jurisprudencia romana con referencia específica a las impensas dotales. Esto resulta confirmado en el Digesto (D,25,1), que tiene un titulo dedicado especialmente a las impensas bajo la rúbrica "De impensis in res dotales factis".

En el Derecho romano clásico, se establece respecto a

las impensas necesarias realizadas por el marido en la dote, el principio de que éstas "dotem ipso iure minuunt", lo que significa que dichas impensas reducen la dote en su conjunto, sin privar a las cosas que la componen de su carácter de tal. En consecuencia, si la dote está constituida solamente por dinero, o por bienes y dinero y éste es insuficiente para pagar las impensas, deberá ser restituída deducidas íntegramente estas últimas. En caso de que la dote comprendiera cosas distintas del dinero, el marido tiene sobre ellas el "ius retentionis" mientras no se le satisfagan las impensas, pero las cosas en particular no dejan de ser dotales (19).

Sostiene BONFANTE (20), que originariamente, hasta últimos de la época clásica, no se distinguía entre impensas necesarias y útiles, en cuanto las unas y las otras debían indemnizarse integramente, y sólo en la última jurisprudencia empieza a tomar cuerpo una doctrina más rigurosa, dirigida a limitar el reembolso a las impensas útiles, diferenciandolas así de las necesarias.

Contra esta opinión, CERVENCA, en base a un conocido texto de JAVOLENO, que recoge el parecer de LABEON (21), entiende que, para éste último se admite el reembolso sólo de las impensas necesarias, rechazandolo respecto de las útiles. Por esto le parece más aceptable la tesis de RICCOBONO (22), para el que las impensas útiles fueron admitidas al resarcimiento sólo más tarde, durante la época clásica, opinión compartida por GUARNERI (23). Sin embargo, no todas las impensas útiles podían ser susceptibles de reembolso, sino que, como afirma LATORRE (24), solamente lo eran aquéllas realizadas "voluntate mulieris".

También se distinguió, dentro de las impensas necesa -

rias, entre aquéllas realizadas "in rem", cuya finalidad exclusiva era la conservación de la cosa y las denominadas "in fructum", que no perseguían dicha finalidad, sino la obtención, mediante ellas, de los frutos propios de la cosa, Esta distinción, que se estableció en base al destino de la impensa, fué sometida por los romanos a una regulación diferente, por la que las impensas "in fructum", más que reembolsarse, se deducian del valor mismo de los frutos obtenidos mediante ellas (25). En contra de la distinción, se pronuncia BONFANTE (26) que la considera una cuestión planteada en el ámbito escolástico, sin apenas aplicación práctica.

En cuanto a las impensas dotales voluptuarias, son generalmente retenidas, no reembolsandose en ningún caso (27).

De otra parte, es preciso distinguir, a efectos de reembolso, entre posesión y detentación, y, en el primer caso, entre posesión de buena y mala fé. En el supuesto del poseedor de buena fé, son reembolsables las impensas necesarias y las útiles: las primeras por la suma total efectivamente empleada; las segundas sobre la base de criterios de equidad. Puede decirse, de acuerdo con CELSO (28), que el juez calculará el importe del reembolso teniendo en cuenta el aumento de valor de la cosa, sin tener en cuenta la suma invertida en cada caso concreto. Pero sí las condiciones económicas del propietario, no permitiendo que éste sea obligado a asumir deudas, ó a vender la cosa para pagar la impensa. Por ello, si el propietario carece de medios, la compensación podrá ser excluída del todo, concediendo en este caso al poseedor el "ius tollendi".

En ningún caso se concede el resarcimiento respecto a las impensas voluptuarias.

Para el caso de que el que haya realizado la impensa sea un simple detentador, solamente tendrá derecho al reembolso respecto a las impensas necesarias. En cuanto a las útiles y voluptuarias no se le reconoce este derecho, a no ser que se hayan realizado con el consentimiento del propietario (29).

Por su parte, VATTIER (30), siguiendo a ASTUTI, expone cómo en el Derecho romano clásico, la jurisprudencia permanece ajena a la compleja realidad de los contratos agrarios, y los integra genéricamente bajo la "locatio-conductio", en la que las mejoras, pese a que el estado actual de los textos parece indicar otra cosa, se regían por la disciplina correspondiente al detentador, restituyendose los gastos útiles. Señala la política de fomento de las mejoras en la disciplina de los contratos sobre los "agri vectigalis", que vinieron a sustituir a la "locatio-conductio", que fueron tutelados como derechos reales, y en los que se aprecia una funcionalización de la prórroga del plazo como un medio de incitar a la mejora de la finca con una edificación, en virtud de la "Lege coloniae Genetivae Iuliae sive Ursonensis", ocurriendo al parecer, algo similar con la titularidad real conferida a los concesionarios del "ius privatum" en las tierras imperiales, y del "ius perpetuum" en el área provincial (31).

Pero es en la enfiteusis, donde se advierte con toda claridad una correlación mayor entre el ejercicio de la actividad mejoraticia y la tutela otorgada al enfiteuta, tanto respecto al carácter real de su titularidad, cuanto respecto a la amplitud y autonomía de sus facultades para realizar mejoras. Y será con Justiniano, cuando, derogando el principio "superficies solo caedit", se llega a reconocer al enfiteuta, con fi-

nes de estímulo, un derecho real independiente sobre las mejoras, pudiendo enajenarlas libremente. Incentivo que ya se estableció respecto de los "agri deserti", a favor del ocupante que hubiese realizado mejoras, al que, aún en el caso de que el dueño pretendiera recuperar la propiedad del predio abandonado, debía indemnizar la totalidad de los gastos que el ocupante hubiera realizado en obras de mejora (32).

En tiempo de Justiniano, las impensas necesarias y útiles eran reembolsables, también, al poseedor de mala fé y al simple detentador, a condición de que las mismas supongan una ventaja efectiva al propietario de la cosa. Se exceptuaba de esta regla al ladrón, al que le es negado siempre cualquier clase de resarcimiento. Las impensas voluptuarias no son reembolsables; no obstante, se concede a su autor el "ius tollendi" a condición de que pueda ejercitarse "sine laesione prioris speciei", y el propietario no desee apropiarsela reembolsando, en este caso, la impensa (33).

La regulación de Justiniano, se inspira en el principio de que nadie debe enriquecerse a costa de otro, con lo que se explica que se conceda el reembolso también al poseedor de mala fé, o sea, la extensión del "ius tollendi" a los casos en que el reembolso no era admitido, como para las impensas voluptuarias. Igualmente, con Justiniano tiende, además, a perder importancia la distinción entre impensas necesarias y útiles (34).

C) La Edad Media produce una honda transformación en la concepción de la propiedad, que la diferencia notablemente de la anterior.

Con la invasión y caída del Imperio romano por los pueblos germánicos, no podía por menos de hacerse presente la influencia que en los órdenes social, político y jurídico habían de aportar los invasores con sus peculiares costumbres, leyes y modos de entender la convivencia y organización social. En efecto, el régimen de la propiedad privada en la Edad Media, como hacen notar DIEZ-PICAZO y GULLON (35), se caracteriza por dos fenómenos: la recepción de los principios germánicos y el feudalismo.

Frente a la etapa anterior, romana, en que la posible existencia de formas antiguas de propiedad colectiva es fuertemente discutida y en la que puede afirmarse, como hemos visto, que a partir de las Doce Tablas es una propiedad completamente individualizada, siquiera sea en la figura del "pater familias", la germánica, por el contrario, se presenta como una propiedad netamente colectiva o de grupo. Un texto de César da cuenta de que entre los germanos nadie poseía una porción determinada de tierra con límites propios. Los lotes de tierras eran repartidos anualmente entre las familias o grupos de parientes. Más tarde, Tácito, en un texto dudoso, confirma este sistema, aunque ya da noticia de un cierto régimen de propiedad individualizada que comprendía la casa y la porción de tierra que la rodea.

La Edad Media, por otra parte, trajo consigo el feudalismo cuyo orígen, según Castán (36) está en la organización de la propiedad germánica, una de cuyas formas, la beneficiaria (que surge de las concesiones hechas porlos reyes a los nobles, o por éstos a los plebeyos), al convertirse en hereditaria, viene a dar lugar al feudo.

El nuevo sistema que va a presidir durante largos siglos el medievo europeo, si bien no con el mismo vigor en todos los paises, condicionará la organización política, social, económica y desde luego jurídica de su tiempo. En sus orígenes, que son de diversa índole, queremos resaltar el contraste entre la firme organización política romana y las débiles e inseguras monarquías surgidas de la desmenbración del Imperio, enfrentadas perpetuamente a la ambición infrenable de una nobleza arisca e insolidaria. El nuevo orden de cosas, hizo nacer una nueva concepción de la vida, y, por tanto, una nueva consideración de la propiedad. La institución del "beneficio" presidió esta época, que más que nunca exigió la protección fundamental del débil por el fuerte.

El sistema feudal, se instaura con caracteres propios entre los que destaca AZCARATE (37):

1) La división de la propiedad, mediante la distinción del dominio en directo y útil.

2) La jerarquía, que fué efecto de la subenfeudación.

3) La fusión de la soberanía con la propiedad.

4) Como consecuencia de las dos notas anteriores el predominio de las relaciones reales sobre las personales.

La división del dominio fué consecuencia, como apunta PUIG BRUTAU (38) de la inadecuación de la idea romana de "dominium" al derecho medieval, porque chocaba con la manera de hacer efectiva la dominación sobre las cosas que imponía la realidad política y social, en la que operaban como un instrumento perfectamente ajustado las ideas germanas y en la que iba a incidir poderosamente la recepción del Derecho romano, obligando a la doctrina a elaborar los conceptos que representaban su a

daptación a la nueva situación. De este modo, los ~~pobladores~~ glosadores propusieron la denominación de dominio útil al que correspondía al detentador material del bien y de dominio directo al que era propio del titular del conjunto de facultades abstractas atribuidas al instituto.

Como dice CASTAN (39) siguiendo a PLANIOL, al principio el colono no era propietario. La propiedad permanecía en manos del concedente y aquél no tenía más que un derecho de goce sobre la cosa de otro. Pero poco a poco, a causa de la amplitud y de la perpetuidad de su derecho, se llegó a considerarlo como propietario a su manera y se da a su posesión el nombre de propiedad o dominio. Y como esto creaba dos propietarios para una misma cosa, sin indivisión entre ellos, para distinguirlos se llamó a la propiedad del señor dominio directo, y a la del vasallo, dominio útil, extrayendo tales denominaciones del lenguaje de los romanos, que habían opuesto la "actio utilis" a la "actio directa". De este modo, como apunta PUIG BRUTAU (40) se aportaron los conceptos necesarios para que pudiese entenderse que también era propiedad en sentido romano la del tenedor de la tierra, a pesar de la subordinación en que se hallaba respecto al señorio dominante.

De otra parte, la relación entre los titulares de ambos dominios, como dice GUILARTE ZAPATERO (41), viene configurada con elementos de Derecho público y de Derecho privado, que confieren a su titular privilegios de variada naturaleza: ejercicio de la función jurisdiccional, imposición y cobro de cargas y contribuciones, cesión de tierras a cambio de un cánon, etc..

Esta concepción dividida de la propiedad, tuvo decisi -

vas consecuencias en la organización económica y social que perpetuó sus esquemas a lo largo del tiempo y configuró poderosamente la sociedad medieval.

La propiedad feudal, además, supone un status especial ligado a la efectiva jurisdicción sobre los habitantes. Esto justifica la codicia de los señores por la tierra, que cuanto más vasta era y más densa su población, tanto más poder atribuía a sus dueños; de este modo, propiedad y poder político quedaron estrechamente vinculados, pues, como dice SANCHEZ ROMAN (42), "el feudalismo subordinó la personalidad a la propiedad, haciendo causa a esta de la distinta condición de las personas. El que poseía grandes propiedades, pronto se hacía magnate,poderoso y noble; al paso que quien las perdía, pronto también se confundía con las clases sociales más humildes" (43).

En lo que a mejoras se refiere, pone de relieve VATTIER (44), cómo la vigencia del Derecho romano vulgar se prolonga, tras la caída del Imperio, en los ordenamientos altomedievales que contemplan la estructura latifundista de la propiedad al mismo tiempo que surge una amplia variedad de contratos agrarios en base a la enfiteusis, el "contractus meliorationis" por excelencia, los cuales, dice citando al historiador GROSSI, tienen un carácter general mejoraticio, larga duración y eficacia real, y producen el desuso del esquema típico del arrendamiento y de su régimen de mejoras, más restringido comparativamente hasta la época de la Recepción.

Las Partidas, por su parte, continúan refiriendo la mejora a su causa, o sea, al gasto que la origina. Y así, la Partida 7, Título 33, Ley 10, establece, en su inciso final, "las

despensas que los omes facen por amor de las cosas ajenas, pue den ser de muchas guisas. Ca tales y ha dellas que son llamadas necesarias, que si así no se fiziesen se empeoraría la cosa, o se perdería del todo. E tales y a que dizen útiles, que tan to quiere decir como prouechosas, e estas son llamadas así por que se mejora la renta de la cosa en que son fechas por ellas, así como si alguno fuese tenedor de campo de otro, o posiesse hi arboles, o viñas, o si era otra heredat, e ficiese hi forno, o lagar o horrio . Otras despensas y ha que son dichas voluptua rias, que quiere tanto dezir como deleytosas, o que non crecen por ende los frutos, nin la renta de la cosa en que son fechas".

Y por lo que al arrendamiento se refiere, las Partidas, según VATTIER (45), potencian la facultad de mejorar del arren damiento, incluso más que el Derecho justinianeo, al apoyarse en el mismo principio que éste, según el cual "quia sient sol vit deteriorationem, justum est, quod habeatde melioratione remunerationem." Y cita a GREGORIO LOPEZ, quién de acuerdo con ello, entiende "que el señor tenudo es de dar (al arrendatario) las misiones que fizo en aquéllas cosas que mejoró", mejora que no tiene otro efecto que el de hacer que la cosa "vala más de renta a la sazón que la desean, que cuando la tomaron" cual quiera que haya sido el carácter necesario, útil o voluptuario de la obra realizada, por lo que el comentarista concibe las mejoras cuantitativamente, como un medic capaz de producir un plusvalor, a diferencia de los juristas romanos clásicos que, como hemos visto, la conbieron en su dimensión cualitativa.

Sin embargo, la evolución posterior se va orientando en sentido contrario, por lo que va imponiendose la protección al propietario, como se advierte en las Leyes de Toro con la pro hibición de mejorar las fincas constituídas en mayorazgo, y

la doctrina acepta el "ius tollendi" sólo en caso de que no esté dispuesto el propietario al pago de la mejora, pudiéndola retener excepcionalmente el mejorante, por vía de compensación, el tiempo necesario para reintegrarse (46).

Pero esta situación, dominante en los siglos medios, como tenemos dicho, va a ir sufriendo lentas pero decisivas modificaciones. Así, en la ciudad bajomedieval con la aparición de una incipiente burguesía, especie de hombres libres por cuanto no están sujetos a la gleba, se va a producir un fenómeno trascendental que va a afectar, como señala PUIG BROUTAU (47) al proceso de formación dogmática del derecho de propiedad: la separación de los conceptos de soberanía y propiedad, por lo que el status de cada persona ya no dependía de que se ocupara un lugar inalterable en la jerarquía de vínculos personales derivados de la tenencia de las tierras. Fué en la ciudad donde por primera vez la propiedad inmobiliaria aparece con la facultad de libre disposición que hasta entonces sólo se había reconocido a la mobiliaria.

Contribuye también decisivamente al cambio desde el ángulo político, el progresivo robustecimiento del poder real, que va a suponer una correlativa merma del poder señorial, debilitando notablemente las estructuras feudales y preconizando su extinción, aunque no de forma total e inmediata pues, con más o menos vigor, van a perdurar larvadas durante la Edad Moderna, si bien en ésta y por lo que respecta a España, hay que señalar la aparición de dos nuevos fenómenos de especial interés para comprender las directrices de la evolución inmediatamente posterior (48).

Se trata, en primer lugar, de las llamadas vinculacio-

nes. A través de ellas, se pretende retener la propiedad de los fundos en la misma familia indefinidamente, constituyendo a través de ellas y de los mayorazgos patrimonios familiares inalienables que van a favorecer la formación de grandes patrimonios territoriales en poder de determinadas familias e instituciones con la acumulación de poder en muchos casos desorbitado y la inmovilización de la riqueza más codiciada en poder de las llamadas "manos muertas".

En segundo lugar, la constante tensión entre agricultores y ganaderos, que fué resuelta por los Reyes Católicos en favor de los segundos, estableciendo servidumbres sobre los terrenos agrícolas en beneficio de los ganados.

Estos dos fenómenos impidieron que la propiedad acabara de individualizarse y hacerse libre al amparo del cada vez más vigoroso poder real, emancipandose del todo de las condicionantes del régimen señorial que, en general, subsistió hasta la Revolución Francesa, que, con su carga ideológica y sus luchas sociales y políticas, va a barrer la jerarquía de propietarios que al amparo del feudalismo se había producido, eliminando los gravámenes y vinculaciones que la asfixiaban.

Esta nueva concepción de la propiedad liberalizada, va a ocupar el pensamiento de la época y va a reflejarse en importantes disposiciones , que van a ir ofreciendo una nueva imágen del instituto a todo lo largo del siglo XIX, en que el mismo, la noción que de él quiera implantarse, va a ser el motor de apasionadas luchas ideológicas y sociales.

En España, la vinculación de la propiedad llegó a adquirir tal importancia que su propia subsistencia iba a chocar abiertamente con las ideas liberales, uno de cuyos máximos re

presentantes sería JOVELLANOS, para quien había que liberalizar la propiedad, suprimiendo las vinculaciones y mayorazgos, enajenando los bienes de las llamadas "manos muertas" para que, a través del libre juego de los intereses individuales, se alcanzase la máxima prosperidad (49).

Esta idea liberalizadora que traía su origen del pensamiento del Despotismo Ilustrado había intentado tímidamente realizarse ya al final del mismo siglo XVIII. En efecto, ante la caótica situación de la Hacienda de Carlos IV, al borde de la bancarrota, se hizo un intento desvinculador por ver de remediar la que aparecía como ruina inminente. Y entre otras medidas un Real Decreto de 19 de septiembre de 1798 dispone que se proceda a la venta de los bienes raíces pertenecientes a hospitales, hospicios, casas de misericordia, obras pías, patronatos de legos, etc., medidas que, si bien procuraría algún alivio a las exhaustas arcas Reales, produjeron el efecto de aumentar aún más el patrimonio de aquellos particulares que disponían del dinero suficiente para la adquisición de los bienes enajenados. Efecto que se repetiría en todas cuantas actuaciones en igual sentido habrían de llevarse a cabo en años venideros.

La guerra de la Independencia contra las huestes napoleónicas, puso en cuestión las bases sobre las que descansaba la monarquía absoluta. El monarca, ausente del territorio nacional, secuestrado o retenido con su familia por el invasor, impuso la localización del poder supremo en una Junta Central de Defensa que iba a asumir la soberanía por voluntad colectiva, y que iba a proceder a la convocatoria de Cortes y a realizar una consulta al país que pulsará la opinión del mismo y sirviese de orientación a la labor de las Cortes; consulta que fué idea de

Jovellanos, y que se llevó a cabo a partir de mayo de 1809.

Las Cortes, reunidas en Cádiz, establecieron, de acuerdo con los nuevos ideales, los principios superadores del Antiguo Régimen y las bases del nuevo Estado: el liberal-burgués. Pero no se limitaron a elaborar una Constitución, sino que dictaron una pluralidad de disposiciones afectantes igualmente a una diversidad de materias y a las estructuras sociales sobre las que se deseaba asentar el nuevo Estado. La pugna por instaurar un orden nuevo y la erradicación del viejo, de tantas resonancias feudales, va a inaugurar un largo y cruento periodo de luchas fraticidas entre los partidarios de uno y otro, que va a condicionar la vida política y económica de los españoles a lo largo de casi todo el siglo XIX.

La Constitución, promulgada el 19 de marzo de 1812, desplaza la soberanía nacional del monarca, en quien residía según la concepción absolutista, al pueblo español; este dato es por si mismo suficientemente ilustrativo sobre las aspiraciones renovadoras de sus autores. Declaraba, asímismo, iguales a todos los españoles, a los que consideraba, además, "justos y benéficos", eliminando todo tipo de privilegios por razón de orígen o de estado, aunque no reconociera plenamente la igualdad de derechos políticos. La nación se obligaba a defender la propiedad y la libertad.

Una vez promulgado el texto Fundamental, su desarrollo se hará a través de diversas normas ordinarias. Comienza la nueva etapa con el importante Decreto de 6 de Agosto de 1811, por el que se incorporaron al Estado todos los señorios jurisdiccionales, considerandose propiedad particular a los territorios y solariegos. El Decreto de Cortes de 11 de Junio de 1813, de-

claró cerradas y acotadas a perpetuidad todas las fincas pertenecientes al dominio particular, con lo cual se liberaban de todos los usos comunales impuestos en favor de la ganadería. La ley de 11 de octubre de 1820, que inicía la política desvinculadora y que, con sus complementarias, declaró suprimidos los mayorazgos, fideicomisos, patronatos y toda clase de vinculación, declarándose libres de estas cargas los bienes afectados. Las leyes de 1 de mayo de 1855, y también sus complementarias, que declararon en estado de venta los predios, censos, foros, etc., pertenecientes al Estado, al clero, a las Ordenes militares y cualesquiera otros pertenecientes a las llamadas "manos muertas".

Lo expuesto, muy concisamente, hacía referencia a la propiedad inmueble. Pero los aires liberalizadores alcanzaron también, a la propiedad mueble, que se hallaba constreñida por monopolios, tasas, etc., y que fué beneficiado por la declaración de libertad de crédito, de comercio, de intereses, etc..

Con ello culmina el proceso de transformación del concepto de propiedad que se inicia en la ciudad medieval, como hemos apuntado, y en la que, como señala COSSIO (50) "van surgiendo nuevas formas de propiedad y de riqueza, que no se aferra, como antes, a la tierra, sino que se incorpora a los bienes mobiliarios y se empieza a representar en signo de dinero.

Estos caracteres que va adquiriendo la propiedad mobiliaria, por un mecanismo de expansión natural afectan al concepto mismo de propiedad rústica y urbana, que aspira a investir los predios de los caracteres de la propiedad mobiliaria a través del fenómeno de la movilización de la propiedad inmueble, que

convierte, en la época de la revolución industrial y capitalista, las fincas en meras mercancias, capaces de circular libres de toda traba, para lo que se destruyen todos los vínculos de carácter señorial, viendose tan sólo en ellas algo susceptible de convertirse en dinero, común denominador ahora de todos los bienes susceptibles de apropiación".

En este mismo sentido, para PUIG BOUTAU (51) en la época feudal, por tratarse de una sociedad fundada en la consideración del valor en uso de las cosas, la posesión de la tierra constituía el principal medio de vida; de ahí que el dueño de la tierra recibiera homenaje y servicios, y pudiera vincular a ella a quienes no tenían medios propios de vida. Pero en la economía fundada en el valor en cambio de las cosas, puede producir consecuencias afines consistentes en que la dominación efectiva sobre las cosas puede representar, también, un "imperium" sobre los demás sujetos de derecho.

En efecto, la política desvinculadora y desamortizadora, no logró remediar la situación social y económica del campesinado y del agro español (52). La propiedad resultante será una propiedad burguesa; ha cambiado de manos, de la clase aristocrática y noble a la burguesa, pero no hay una auténtica reforma agraria (53) pues, como dice MONTÉS (54), la desamortización sirvió para completar los mecanismos de acumulación de la tierra puestos en marcha por la revolución liberal.

2. LA PROPIEDAD Y LA MEJORA EN EL CODIGO CIVIL.

A) El art. 348 del Código civil español, establece: "La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

Es unánime la opinión de que este precepto es hijo directo del contenido en el art. 544 del Código de Napoleón, para el que se señala como precedente el art. 17 de la Declaración de Derechos de 1789, al proclamar que "la propiedad es un derecho inviolable y sagrado".

En efecto, el dicho art. 544 del "Code", concibe la propiedad como "el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes o los reglamentos".

Esta última invocación al poder limitativo de la norma reglamentaria, está ausente en nuestro art. 348, y, por tanto, cabe preguntarse si es conscientemente querida por nuestro legislador de forma que toda limitación impuesta al derecho de propiedad ha de tener necesariamente su origen en una norma de rango legal. A este respecto, LASARTE ALVAREZ (55) al plantearse la existencia de un concepto único, el del Código civil, o plural, el recogido en otras leyes especiales de la propiedad, parece inclinarse por la interpretación amplia alegando la que se ha dado en llamar técnica de la deslegalización, frecuente en nuestros dias y que permite, en numerosos casos, que su incidencia sobre la propiedad privada encuentre fundamento tanto en normas con rango de ley cuanto en disposiciones de carácter reglamentario e incluso en actos administrativos de carácter

diverso, aduciendo a este respecto el art. 61 dela Ley del Suelo de 1956, que no ha sido reformado por la Ley de 2 de mayo de 1975, y que dice "las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley, o, en virtud de la misma por los Planes de ordenación, con arreglo a la calificación urbanística de los predios".

COSSIO (56) por el contrario, se pronuncia por el criterio restrictivo, afirmando que cualquier limitación que haya de imponerse al derecho de propiedad habrá de hacerse a través de una disposición de rango de ley, por ser éste el sentido que hay que atribuir al inciso final del párrafo primero del artículo 348 de nuestro Código.

Por nuestra parte, también opinamos así, pues, creemos, que el legislador, en trance de seguir el artículo 544 del "Code" francés, si algo omite del mismo, lo hace con plena consciencia. Abona esta opinión, a nuestro juicio, el que en el artículo 391 del Proyecto de 1851, su precedente, sí se hizo mención expresa a los reglamentos que, sin embargo, se suprime en la redacción definitiva; no creemos, por tanto, que la exclusión pueda considerarse involuntaria y, en su consecuencia, admitir la expresión "leyes" del repetido artículo 348 en sentido restringido por ser éste el que estuvo presente en la "mens legislatoris"; por la misma razón que estimamos igualmente ~~reglamentaria~~ voluntaria, la exclusión de la expresión "de la manera más absoluta", quizás por ser nuestro Código menos individualista que el francés.

Para nosotros, insistimos, el artículo 348 sólo autoriza las limitaciones procedentes del poder legislativo, excluyendo en su consecuencia, la potestad limitadora del ejecutivo. Cosa

distinta, sería negar la posibilidad de su establecimiento por éste último con posterioridad al Código y a la vista de las leyes especiales, donde resulta evidente.

Por otro lado, el precepto que nos ocupa hunde sus raíces en los mejores textos de nuestro Derecho histórico. Así en la Ley 1, Título 28, de la Partida 3, (57), se nos presenta la propiedad como "poder que ome ha en su cosa de fazer della ó en ella lo que quisiere, segund Dios e segund fuero". Nos llama la atención el doble origen, legal y ético, que el Rey Sabio señala a los límites que configurarán y suavizarán el poder del propietario; la invocación al órden moral, sin embargo, no se repetirá en los textos positivos que se ocuparán del derecho de propiedad.

Se ha dicho también, que, a través de los precedentes señalados, la concepción de nuestro Código enlaza con la propiedad romana del "ius utendi et abutendi...etc." hasta el punto de que el propio SCAEVOLA presenta un análisis comparativo entre ésta y la expuesta en la Partida 36 (58). Sin embargo, ya hemos visto que las fuentes romanas no dan una definición de propiedad y que la propuesta como tal no es genuina, sino de época posterior, debida a los comentaristas y glosadores. También, la afirmación de que la definición del "Code" y, por ende la del nuestro, tenga su origen en el Derecho romano, al parecer debida a MALLEVILLE, sólo podría admitirse si entendemos que la tradición escolástica, verdadero origen remoto de la definición de la propiedad, creyó ver en una forma como la que figura en el art. 544 el pensamiento de los juristas romanos sobre el tema (59). La definición de dicho artículo parece que se inspira en POTHIER y en el iusnaturalismo racionalista atem

perado por el empirismo de LOCKE, el pensamiento económico de los fisiócratas y el de los grandes juristas de los siglos XVII y XVIII.

Conviene insistir que de propiedad se puede hablar desde un punto de vista económico, como mera relación de aprovechamiento de las utilidades de las cosas, y desde un punto de vista jurídico, como derecho que sujeta esas cosas a la potestad de su titular. De otra parte, como apunta ALBALADEJO (60), en este segundo aspecto se emplea la expresión propiedad en dos sentidos: uno impropio, más amplio, referido a los bienes y derechos patrimoniales, que es, al parecer, al que se refiere el Código civil en la rúbrica de su Libro III, "de los diferentes modos de adquirir la propiedad", abarcando el conjunto de derechos que pueden recaer sobre las cosas, y otro más propio y restringido referido al derecho real por excelencia, que confiere un poder pleno sobre la cosa, una "plena in re potestas".

También conviene decir que, aunque utilicemos la expresión propiedad, lo hacemos comprendiendo en ella, en completa sinonimia, la de dominic que, si bien es perfectamente distinguible, según la doctrina, desde un punto de vista conceptual, lo cierto es que la misma doctrina, la ley y la jurisprudencia las emplea indistintamente.

Es ocioso, también, puntualizar que nos estamos refiriendo, a lo que importa, a la que se ha venido denominando propiedad privada, siquiera sea cada vez más pronunciada la injerencia en ella de la potestad pública que, a pesar de todo no invalida tal consideración.

En fin, dicho lo anterior y en otro orden de cosas, conviene también advertir que, a medidda que se iba logrando el nuevo orden burgués la justificación de la propiedad privada iba desplazandose hacia el Derecho natural, que la presentaba como un derecho innato, anterior al Estado, inviolable y sagrado, o, al menos, como derecho fundamental (61). De este modo, el iusnaturalismo racionalista, enraizado en el pensamiento de GROCIOyPUFFENDORF, y del propio ROUSSEAU encontraba el fundamento de la propiedad en la naturaleza racional del hombre, acudiendo a la idea de pacto o convenio para explicar que el derecho de propiedad, en estado originario, se encuentra expuesto a los ataques y violaciones por parte de los individuos que componen el resto de la comunidad, y que va a ser defendido por el orden jurídico creado en virtud de ese mismo pacto social. Esta es la base del pensamiento que, considerando a la persona humana como ser de fines con un destino trascendente, va a informar la llamada doctrina tradicional católica, que concibe el derecho de propiedad como un derecho natural, fundado en la naturaleza humana y en la prioridad de existencia del hombre sobre el Estado (León XIII, Encíclicas "Quod apostolici muneris" y "Rerum novarum" Pío XI, "Quadragesimo anno". Juan XXIII, "Mater et Magistra" y "Pacem in terris").

Por otra parte, dentro de esta concepción, la propiedad si no inviolable o sagrada se presenta como un derecho fundamental que muestra a su titular como investido de un poder o señorio abstracto (62). Como derecho fundamental la concibe la Constitución de Cádiz de 1812, máxima expresión del liberalismo burgués triunfante, cuyo artículo 4 establece que "la nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen". De acuerdo con este

precepto de la Constitución, cuyo artículo 258 ordena la codificación, pues "los Códigos civil y criminal y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquia", el Proyecto de Código civil de 1821 dijo: "la libertad civil, la propiedad y la seguridad individual y la igualdad legal componen los principales derechos legítimos de los españoles"

El concepto de propiedad que nos ofrece el Código civil vigente se nos presenta como uno de los pilares fundamentales del Derecho civil codificado y se estructura en torno a dos grandes ideas de gran tradición (63):

1ª.- Propiedad como señorío, libertad o libre albedrío que se desarrolla a partir de la idea de soberanía y se corecta con la concepción del derecho subjetivo.

2ª.- Persona y propiedad se aparecen como interrelaciones inseparables, siendo la segunda exteriorización de la primera y expresión de su libertad.

El individuo se considera como la unidad social básica y primaria y el fin de la propiedad es atribuir los bienes al individuo quedando sujetos a su voluntad, por lo que el ejercicio del derecho se concibe como acto de voluntad individual.

El problema que se plantea el Código es la atribución de los derechos, no el control o la valoración de su ejercicio, que sólo preocupa al legislador cuando entra en contacto con el titular de otro derecho que pudiera resultar dañado por un ejercicio de aquél libérrimo y descontrolado. Así, en nuestro Código, sólo cuando contempla una relación jurídica con presencia de dos interesados se encuentran rastros del valor del ejercicio de un derecho, como ocurre en el usufructo, censo o arrendamiento. Pero en el caso del derecho de propiedad, paradigma de los derechos reales y de los derechos subjetivos, el ejercicio del dere

cho se concibe como un acto de libertad que sólo excepcionalmente puede ser limitado por la ley, pero que, en términos generales, ha de desarrollarse según el interés o la valoración subjetiva del titular (64).

De este modo, la propiedad se presenta en el Código Civil como un derecho subjetivo de carácter real, el derecho subjetivo y real por excelencia, que se caracteriza por las notas de unidad, perpetuidad, exclusividad e ilimitación o indeterminación de facultades concretas.

Se dice que sólo hay un tipo único de propiedad, que se corresponde a una sóla categoría de personas, sin que obste a ello la posibilidad de diversos contenidos en función de la variedad de derechos reales limitados que pueda soportar. Pero, como advierte MONTÉS (65), son variantes en concreto, no institucionales, que no afectan a la unidad del tipo.

Por la nota de perpetuidad se quiere significar que el de propiedad es un derecho de duración potencialmente ilimitada, al menos tanto como su objeto, y sobreviviendo al sujeto a través de su disposición "mortis causa", en contraste con otros derechos reales como el usufructo, el uso o la habitación limitados a la vida de su titular. A la perpetuidad no obsta la existencia de la llamada "propiedad resoluble", porque la transmisión de la propiedad, en virtud del "ius disponendi" reconocido al propietario, pueda perfectamente estar sujeta a condición resolutoria. Otro tanto puede decirse de la denominada "propiedad temporal", que se reconoce así por la peculiaridad de su objeto, dando lugar a las propiedades especiales intelectual e industrial.

Igualmente, por su carácter de perpetuo, el derecho de propiedad no se sujeta a la prescripción extintiva, como los demás derechos subjetivos, aunque sí a la usucapión de otro.

Por otra parte, se dice también que el derecho de propiedad confiere a su titular un poder sobre la cosa para gozarla con exclusión de los demás. Sin embargo, esta nota se presenta con distinta intensidad en el Derecho francés, donde de la expresión "de la manera más absoluta" del art. 544 del Código de Napoleón, dedujo la doctrina de la Exégesis que el propietario podría oponerse a que otra persona pudiera obtener alguna utilidad o ventaja, y en el Derecho italiano en el que la doctrina, en vista del art. 832 de su Código civil, entiende que la exclusividad del poder del propietario viene a identificarse con la oponibilidad "erga omnes", que es común a todo derecho real, y que no impide que junto a él coexistan otros derechos reales sin que quede desnaturalizado, por lo que se le niega carácter individualizador del dominio. Esta última, es también la posición de la más moderna doctrina española (66).

Finalmente, por lo que se refiere a la abstracción o indeterminación de las facultades que corresponden al propietario y a su elasticidad, la propiedad se concibe como un señorio abstracto y unitario, en el sentido de poder omnicomprensivo de una serie de facultades no determinables a priori; sobre la cosa, y no como una suma de facultades o posibilidades de goce de las diversas utilidades que puedan obtenerse de la misma, de las que es independiente, lo que permite diferenciarla de otros derechos reales que se delimitan fijando positivamente las facultades que corresponden a su titular. Esto hace afirmar a LACRUZ (67) que la doctrina está hoy de acuerdo en que la suma de las diversas facultades del dominio no recompone la pro

piedad, porque en ella queda un "quid" distinto de tales facultades, de modo que la suma de estas nunca daría como resultado el dominio mismo.

Consecuencia de este carácter abstracto e independiente de las facultades que en cada caso puedan corresponder al propietario, es la nota de elasticidad. En virtud de ella, se dice que el dominio es elástico no ya porque pueda ser despojado de alguna o de varias de sus facultades sin que desaparezca, sino porque potencialmente abarca y reclama todas las posibles potestades sobre la cosa, reabsorbiendolas en tanto no pertenezcan juridicamente a otro titular. Cualquier facultad, contenido de un "ius in re aliena" que queda "nullius" o se extingue, se reincorpora inmediatamente a la propiedad por razón de la "vis atractiva" de ésta, cosa que no ocurre con los demás derechos reales, pues no atraen a su ámbito, ni atribuyen a su titular otros derechos de igual rango sobre la misma cosa, porque estos no forman parte de su contenido (68). Por ello se concibe el dominio como un poder pleno, total, sobre la cosa y a los demás derechos reales como limitados.

Ahora bien, hasta aquí hemos contemplado al dominio como una "plena in re potestas", como un señorío pleno sobre la cosa capaz de someterla a la voluntad de su dueño en todos sus aspectos y obtener de ella todas sus utilidades, a diferencia de los demás derechos sobre las cosas que sólo confieren potestades parciales de uso, goce o disfrute.

¿Quiere esto decir que el dominio confiera un poder absoluto, total, sobre la cosa, en el sentido que el propietario pueda decidir su goce, uso o destino sin género de límite alguno?; evidentemente que no. La plenitud de facultades del dueño

sobre la cosa no es tan absoluta que suponga un poder sin otras limitaciones que las que nazcan de su propia voluntad. A lo largo de su dilatada historia, el Derecho objetivo establece, en interés público o para armonizar los intereses de otros particulares, restricciones que el propietario se ve forzado a soportar como algo inherente a la estructura de su derecho pues, como dice ALBALADEJO (69), poder pleno no quiere decir ilimitado; la misma ley pone límites al derecho de propiedad, establece unas fronteras más allá de las cuales no llega el señorío que se reconoce al titular sobre la cosa. Tales limites, aclara, no significan que el Ordenamiento jurídico reduzca en ciertos aspectos las facultades del propietario sobre la cosa, sino que hay que entenderlos en el sentido de que el Derecho no reconoce al propietario la posibilidad omnímoda de hacer o dejar de hacer a su antojo todo cuanto quiera con la cosa de su pertenencia.

Estos límites, de carácter intrínseco, circunscriben el contenido normal del derecho de propiedad, a diferencia de las llamadas limitaciones, de orígen extrínseco y de carácter diverso, que pueden reducir en supuestos concretos, las facultades o poderes que normalmente corresponden al propietario.

DIEZ PICAZO (70), comentando el art. 61 de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, que establece que "las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley..." se pregunta, entre otras cosas sobre las que volveremos más adelante, cuáles son estos límites y dice que es opinión extendida que cuando la Ley del Suelo habla de "limites" o de "limitaciones", no trata de llevar a cabo una derogación del contenido "exlege". En apoyo de

esta tesis aporta el contenido del art. 70 de la misma Ley, según el cual "la ordenación del uso de los terrenos y construcciones, enunciada en los artículos precedentes, no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística". Con ello, se ha dicho, la Ley se aparta decididamente de la concepción tradicional de la propiedad como un derecho absoluto sobre las cosas, respecto del cual sólo por excepción las restricciones son admisibles.

Para el mismo autor, a la vista del art. 349 del Código civil una limitación del derecho de propiedad podía interpretarse como una expropiación parcial del mismo, y en cierto modo este es el concepto que parece inspirar la legislación vigente sobre expropiación forzosa; una limitación supondría una excepcional privación expropiatoria de una facultad dominical institucionalmente inherente al régimen y al contenido del derecho, y por eso indispensable. Sin embargo, no es éste el concepto legal; los límites son más bien las líneas o las coordenadas con las cuales la ley define el contenido normal de la propiedad.

En el fondo, es una cuestión de perspectiva y de relativismo histórico. Una propiedad resulta limitada por comparación con otra históricamente anterior o contemporánea, pero considerada como ideal o paradigmática. Así, dice CASTAN (71) que en la concepción antigua y romanista de la propiedad, se consideraban las limitaciones como anomalías raras, insólitas, de un derecho por naturaleza absoluto. El derecho de propiedad era una de tantas facultades en sí ilimitadas, que sólo llegan a restringirse mediante contrapuestas facultades de afuera. El

sentido individualista romano y la idea de la Revolución francesa que consideró la propiedad como uno de los derechos individuales, contribuyeron a formar esta concepción que todavía palpita en los Códigos civiles.

Pero a esta concepción, que no atribuía a la propiedad ningún fin concreto ni determinado, ha sucedido la de los autores modernos, según la cual la propiedad tiene un fin racional, y este fin basta, sin necesidad de derechos contrapuestos, para imponerle limitaciones.

Sin embargo, la distinción entre límites y limitaciones a que nos venimos refiriendo, según que se refieran a la delimitación de sus confines o fronteras y la precisión de su concepto estableciendo las coordenadas dentro de las cuales residen los derechos dominicales, o a aquellas otras impuestas a la propiedad a partir de un contenido normal de la misma, tropieza, a juicio de DIEZ PICAZO (72), con algunas objecciones. La doctrina tradicional confirma la tarea de fijación del contenido del derecho de propiedad, como una actividad de signo negativo, que se realiza mediante la indicación de aquello a lo que no alcanza. Por tanto, si el contenido del dominio resulta fijado sólo negativamente, la distinción entre límites y limitaciones se desdibuja. La distinción sólo sería posible si el contenido previo del derecho estuviera fijado positivamente. De este modo, cualquier reducción de dicho contenido previo positivo sería una limitación.

De otra parte, la distinción entre límites y limitaciones se hace en base a un contenido "normal" de la propiedad, criterio al que se refiere el mencionado art. 70 de la Ley del

Suelo, y que resulta, en principio, difícil de comprender. Si normal es aquello que se produce de acuerdo con una norma, cualquier posible contenido del derecho de propiedad es normal. Pero si lo normal se toma en un sentido vulgar, como lo frecuente, lo probable o lo admisible, tanto desde un punto de vista legislativo como de técnica jurídica, se está diciendo muy poco. Con ello, lo que se haría sería una vaga alusión a un ideal de vida, encuadrable tan sólo dentro de categorías abstractas, como los principios generales del Derecho, la naturaleza de las cosas u otras análogas.

En cierto modo, continúa dichoautor, podría existir un atisbo de la distinción en la contraposición entre los regímenes jurídicos genéricos y los específicos. Sin embargo, el régimen jurídico genérico no podrá ser nunca el que corresponda a un puro y abstracto derecho de propiedad, sino la normativa general que regula los derechos de propiedad que recaigan sobre bienes de un determinado tipo (aguas, minas, bienes inmateriales). Un régimen jurídico singular existiría tan sólo cuando concretos e individualizados bienes se apartaran de la regulación general del tipo (los yacimientos de hidrocarburos de la legislación general de minas, o los pozos canarios de la legislación general de aguas).

Finalmente, para DIEZ PICAZO (73), la distinción que nos ocupa, no parece que posea ningún sentido especial ni en nuestra legislación ni en nuestra doctrina.

Volviendo a la cuestión de la amplitud y alcance de los poderes concedidos al propietario, la facultad de usar, presuntamente ilimitada en el principio "qui iure suo utitur neminem laedit", encuentra su tasa en la buena fé y en la doctrina de

los actos de emulación y el abuso del derecho hoy consagrados positivamente en nuestro Código a partir de la reforma de su Título Preliminar, art. 7, que impide un uso malicioso, extralimitado de la cosa, según su naturaleza, función y destino.

La facultad de excluir, que confiere al propietario un poder de aprovechamiento exclusivo, "erga omnes", de la cosa, para cuya eficacia le concede el Código las facultades de deslinde y de cerramiento o cercamiento, contenidas en sus arts. 384 y 388, también se ve atemperada por la teoría del "ius usus inocui", fundada en el brocardo "quod tibi non nocet et alii prodest, non prohibetur", principio de equidad romano, recogido por la Observancia aragonesa 1ª, Libro VII, "De aqua pluvialis arcenda", y del estado de necesidad.

La propia extensión objetiva del dominio, no puede concebirse ilimitada. De siempre se han reconocido cosas "extra commercium", no susceptibles de apropiación; el propio Código civil así lo reconoce implícitamente cuando se ocupa de los bienes en su art. 333, y explícitamente en los arts. 865 y 1.271, a propósito del legado y del objeto de los contratos, respectivamente.

En relación a los inmuebles, ya señalaron CINO DE PISTOIA y los glosadores, como principio general, que el dominio alcanzaba "ad coelum usque ad inferos", al que parece responder, aunque recortándolo notablemente, el art. 350 del Código, según el cual "el propietario del terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, sin más limitaciones que las establecidas en las Leyes sobre Aguas y Minas y en los Reglamentos de Policía". (En relación con el espacio aéreo, hay que tener en cuenta las limitaciones de la Ley de Navegación

Aérea de 1960).

Para paliar los efectos evidentemente desorbitados de la concepción romanística del dominio plasmada, aunque fuertemente atemperada por lo que acabamos de decir, en nuestro Código civil, que a su vez la toma del francés, art. 552 (74) y de su radical contraria para la que al propietario sólo pertenece su propiedad,pero nada de lo que sobre ella o por debajo de ella existe, se abre paso una tercera doctrina, de matiz ecléctico, debida a los tratadistas alemanes . Según ella, el suelo y el subsuelo pertenecerán al propietario en la medida que requieran las necesidades propias de la explotación de su fundo. Esta doctrina conocida como del "interés", ya que utiliza el del propietario como límite a la extensión de sus facultades y que encuentra en IHERING su principal exponente, es la que informa el Código alemán, cuyo parágrafo 905 determina que el derecho del propietario de un inmueble se extiende al espacio que está sobre la superficie y al que está bajo la superficie de su fundo; pero no puede impedir aquellas intromisiones que se hagan a tal altura y a tal profundidad, que en realidad no tenga el ningún interés en impedirlas.

También y dentro de la extensión objetiva de su titularidad, el propietario tiene derecho a ser mantenido en el dominio, del que sólo se desprenderá voluntariamente (salvo desaparición del objeto del derecho, o condena en virtud de responsabilidad contractual o extracontractual). Fuera de estos casos, y a tenor del art. 349 del Código civil, del que ya nos hemos ocupado, nadie podrá ser privado de su propiedad sino por Autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización. Si no precediere este requisito, los jueces ampararán y, en su caso, reinte-

grarán en la posesión al expropiado".

B) La ordenación y régimen de la mejora en el Código civil vamos a estudiarla en tres apartados que tratarán respectivamente de las mejoras en la posesión, en el usufructo y en otras figuras jurídicas que implican asimismo tenencia de cosa ajena.

a) Las mejoras en la posesión.

a*) Especial importancia suele atribuírsele al régimen de las mejoras en la posesión, o más exactamente a los preceptos que se dedican a la materia en el Código Civil (arts. 453 y ss.), pues careciendo nuestro Derecho positivo de lo que pudiera llamarse una teoría general de la mejora, recogida en un cuerpo básico de normas aplicables a todos los supuestos en que aparezca el hecho mejorativo, se ha querido ver en aquellas normas referentes a la mejora en la posesión un atisbo de doctrina general de la mejora, tal vez por el carácter básico de esta institución respecto a la tenencia de los bienes (75).

¿Cuál es el verdadero alcance de esta pretendida generalidad de regulación de la mejora producida en el ámbito posesorio?. Sin duda, menor del que a primera vista parece tener o se le ha tratado de atribuir.

Y ello, por una parte, debido a que la generalización que este régimen implica se mueve en el ámbito de las mejoras del Código civil, de las mejoras-facultades, que responden a una concepción de la propiedad con presupuestos ideológicos, sociales y económicos, y por ende a una regulación jurídica, diferentes de las que, lo veremos después, informan una legislación especial muy calificada y abundante, en cuyo ámbito se regla -

menta el tema de las mejoras de manera harto diferente. Debiéndose tener en cuenta, además, que esta nueva concepción reflejada en la legislación especial, es la que resulta constitucionalizada en nuestra Carta Magna de 1978, lo que le atribuye una especial fuerza expansiva, a través del proceso interpretativo; y es que, según ha manifestado el Tribunal Constitucional, el intérprete de textos legales vigentes viene obligado, desde la promulgación de la Constitución, a tener en cuenta su carácter de norma fundamentadora de todo el orden jurídico por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir y ordenar la convivencia pacífica y de informar todo el ordenamiento jurídico (sentencia de 31 de marzo de 1981) (76).

Y de otra parte, porque aún dentro de las mejoras que en diversas instituciones se regulan en el Código civil, hay una normativa específica que, si bien limitada en cuanto a su amplitud, debe lógicamente prevalecer sobre la pretendidamente general de la posesión cuando discrepe de ésta: En este sentido afirma HERNANDEZ-GIL (77), que como en el usufructo y en el arrendamiento (arts. 487 y 1573 C.c.) así como en la enfiteusis (art. 1652) figura una regulación de las mejoras, ésta es la que habrá de aplicarse cuando la posesión actúe como contenido de tales derechos. Unicamente a la posesión autónomamente considerada se aplicarán las normas posesorias, termina diciendo.

Teniendo presentes estas matizaciones, es como se puede calibrar adecuadamente la importancia que, sin duda también en la actualidad, sigue teniendo la mejora que se regula a propósito de la posesión en nuestro Código civil (78).

b*) Respecto al primer cuerpo legal del Derecho civil español, hay que partir de la afirmación de que la utilización de las cosas por el poseedor comprende la extensión de la pose

sión a las mejoras y reconocimiento de la facultad de mejorar. Y ello porque, si bien, a diferencia de lo que ocurre en el usufructo (art. 487) y en el arrendamiento (art. 1573), donde hay un expreso reconocimiento de la dicha facultad de mejorar, nada dice de ello en orden a la posesión, como bien pone de relieve HERNANDEZ-GIL (79), de la concepción de la misma como tenencia y disfrute, así como del derecho a retirar determinadas mejoras ("ius tollendi") y del deber de satisfacer el importe o el aumento del valor de otras, se infiere, como antes decía, que la utilización de las cosas por el poseedor comprende la extensión de la posesión a las mejoras y el reconocimiento al poseedor de la facultad de mejorar.

La regulación de esta materia en el Código civil hay que verla sobre la base de que el poseedor de buena fe es tratado como un ex-propietario. En cambio, el poseedor de mala fe no. El poseedor de buena fé es el que adquiere la cosa, y el título de su adquisición tiene un vicio que la invalida, pero él lo ignora (art. 433). Los gastos hechos en cosa que se tiene por propia (aunque no lo sea), como le ocurre al poseedor de buena fé, tienen asegurado el reembolso en la mayor amplitud que puede darse, combinando este trato de favor que se da al poseedor de buena fé, con el principio de la estabilidad de las mejoras, que no es más que un reflejo del enriquecimiento sin causa. El poseedor de mala fé, en cambio, como antes decía, no merece este trato de favor, y sus derechos de reembolso son mucho más limitados.

c*) Veamos, por separado, los distintos supuestos que se presentan:

1.- Gastos o mejoras necesarios.- "Los gastos necesarios, se abonan a todo poseedor (art. 453); o sea, tanto al de

buena fé como al de mala fé, sin que haya razón para excluir ni siquiera al ladrón. La única especialidad está, así venía considerándose, en que el poseedor de buena fé tiene derecho a retener la cosa y el de mala fé no.

Sin embargo, recientemente se ha defendido por MARTIN PEREZ (80), que la diferencia entre uno y otro supuesto no se cifra únicamente en ésto. Y la razón de que ello sea así la encuentra en la confluencia del propio concepto de gasto necesario con el de la atribución o retención de los frutos a o por el poseedor; se ha de considerar, dice, si han de excluirse de los gastos necesarios y de su abono por consiguiente, los de conservación ordinaria, que dice GARCIA GOYENA, de simple entretenimiento, según POTHIER, y en suma, los que en la administración ordinaria de un bien se deducen de los provechos para fijar el resultado económico de un periodo. Esta conexión, así prácticamente establecida, entre los provechos y tales gastos conduce necesariamente, como en otros ordenamientos expresamente se dispone, a que el régimen de los gastos necesarios se halle condicionado por el que respectivamente se establezca en cuanto a retención o restitución de frutos por el poseedor.

Por lo que respecta al que de buena fé hace suyos los frutos, ¿Se le han de reembolsar los tales gastos ordinarios?. Por todas las razones expuestas parece que no. Son una carga del goce de la cosa que él ha tenido, como dice POTHIER y aceptan tantos autores y ordenamientos. El artículo 453 no impide que se les excluya de los necesarios; la invocación del enriquecimiento injusto es oportuna y, en definitiva, no parece haya de extremarse la demostración. Pero por otra parte, en el artículo 452 podría apoyarse alguna consideración exegética: En él se o-

pera, por un lado, con los gastos de cultivo que se deducen de los frutos para hallar el producto líquido a repartir. Pero también con las cargas, que se prorratearán entre poseedor y propietario, según el tiempo de su respectiva posesión, al igual que el producto líquido de los frutos.

Estas cargas, que van a repartirse del mismo modo que se hace con los provechos, pueden ser entendidas perfectamente como todo gasto derivado de la conservación y gestión de la finca que no sea puramente de cultivo; pero si se acepta la acepción estricta que preconiza MANRESA serían los que se hacen, no en la cosa, sino en ocasión de ella, como impuestos, pensiones censales, etc. "que hay necesidad de cumplir para sostener la relación del poseedor con la cosa". Es decir, los llamados gastos civiles o jurídicos, cuando son normales o periódicos. Pues bien, parece que no ha de haber diferencia de tratamiento entre ellos y los naturales con el mismo carácter. Mientras conforme "al tiempo de su posesión" reciba provechos, también ha de soportar las cargas inherentes, o sea, las constituídas por los gastos ordinarios.

En cuanto al poseedor de mala fé, que debe abonar todos los frutos, percibidos y "percipiendi", parece tendrá derecho a que se le compensen todos los gastos necesarios. En concreto podemos preguntarnos si a diferencia del poseedor de buena fé, también los ordinarios de conservación: Parece que de seguirse el principio de su conexión con los frutos, si el poseedor es privado de éstos habrá de compensársele por todo gasto. MANRESA lo admite en cuanto a las cargas (impuestos, pensiones, rentas, intereses, etc.) pues el pago de éstas "debe considerarse un gasto deducible en la restitución de frutos, puesto que el propietario si hubiera poseído hubiera percibido

los frutos, es verdad, pero abonando las cargas, y si no las abonase se enriquecería en perjuicio de otro". Si MANRESA acepta el reembolso de estas cargas, cuya condición de gasto necesario hemos visto que no acepta -y por eso debe aquí considerarlas separadamente- con mayor razón admitirá el de todo gasto, ordinario o extraordinario, para la conservación de la cosa.

Pero el principio de conexión de la restitución de frutos con el reembolso de todo gasto -muy expreso en el Código italiano y que acabamos de ver en MANRESA- no resuelve la cuestión en todo caso. Pues, ¿qué ocurre cuando la cosa no ha producido frutos y no cabe deducción de ellos? GENTILE afirma que la regulación italiana es injusta en este caso de que la cosa no produzca frutos ni otra utilidad, y sostiene que el poseedor puede pedir el reembolso de los gastos ordinarios, como hechos para la conservación de la cosa. MONTEL considera esta opinión como sin fundamento. Pero el acierto parece aquí acompañar a GENTILE, pues la conexión con los frutos, en la literalidad de los preceptos italianos, conduce a MONTEL claramente a la injusticia.

Termina diciendo MARTIN PEREZ que para nuestro Derecho, mientras más se dilate el ámbito de la restitución de provechos, más justificado estará el abono de todo gasto necesario. Y de otra parte, con frutos o sin ellos, nuestra directriz sustancial de la conservación de la cosa ampara el reembolso de toda expensa a que ella dé lugar, en el caso del poseedor de mala fé. Al cual tampoco ha de mirársele con disfavor en la ponderación de la necesidad del gasto, tal como lo contempla el Código alemán cuando se remite para ello a la voluntad real o presunta del propietario ($$ 994, 677). Pues el concepto de

gasto necesario lleva implícita una limitación que hace inútil buscar otra por modo expreso -y sólo para el poseedor de mala fé- en referencias a la subjetividad del propietario.

No está de mas, independientemente de la consideración detallada que hacemos en su momento oportuno, y con un contenido preferentemente doctrinal, referirnos ahora y ante las cuestiones surgidas en la interpretación del art. 453 pfo. 1º, al alcance que haya de dársele a la expresión gastos necesarios que en el mismo se utiliza. Me remito a la exposición que del tema hace MARTIN PEREZ (81) y a su definición como tales de los referidos al mantenimiento de la función económica de la cosa, ponderados según las circunstancias concretas e incluyendo los que se refieran a su libertad o disponibilidad jurídica, y excedan las atenciones normales de simple mantenimiento o aquellas que, jurídicamente, constituyan cargas que de modo normal y periódico recaen sobre la cosa. De cualquier manera, cuando nos ocupemos en el intento de construir una teoría general de la mejora, expondremos las razones por las cuales excluímos del ámbito de la misma la mal llamada, a nuestro juicio, mejora necesaria.

2.- Mejoras útiles.- Estas sí son auténticas mejoras, y su concepto, que despues veremos con detenimiento, se establece en torno a la idea de utilidad: Como dice MUCIUS SCAEVOLA (82) "si útil es todo aquello que nos reporta o produce provecho, comodidad, frutos o interés, gastos útiles serán los que poniendo la cosa en condiciones de procurar más provecho, más comodidad, más frutos o más intereses, aumentan su valor".

Poseedor de buena fé: "Los gastos útiles, se abonan al poseedor de poseedor de buena fé, con el mismo derecho de reten-

ción, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión, por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa" (art. 453, pfo. 3º).

Es decir, mientras el poseedor de buena fé sólo tiene derecho a reclamar el importe gastado, ~~(el propietario tiene derecho a elegir entre pagar el importe gastado,)~~ el propietario tiene derecho a elegir entre pagar el importe de los gastos o el de la mejora resultante. Esta regulación (83) de acuerdo con el contexto en que se produce, resulta muy favorable para el propietario cuyo interés es el tenido en cuenta preferentemente (84). En opinión de MARTIN PEREZ la solución representa una cautela para la protección del propietario, originada en la preocupación -muy presente, como vimos, en el Derecho común- de que aquél se viera obligado a hacer frente a gastos excesivos que le empobrecieran, o que no pudiera sufragarlos de otro modo que enajenando la cosa que recuperaba, consumándose así un verdadero despojo por las posibles maniobras del poseedor.

Esta es una preocupación indudable, que tiene también otras manifestaciones, presentes tanto en los antiguos autores como en los Códigos más modernos. Así, POTHIER considera el caso de que el gasto sea considerable, y el aumento de valor de la cosa también, con lo que la opción no libra al propietario escaso de recursos si debe indemnizar antes de recuperar el bien. La solución la encuentra en aplazar el pago y asignar mientras tanto al poseedor la renta correspondiente al aumento de valor que en la cosa produjo. Solución que sustancialmente reaparece en el C.c. italiano, art. 1.151: "La autoridad judicial, teniendo en cuenta las circunstancias, puede disponer que el pago de la indemnización, sea hecho por plazos, ordenan

do en este caso las oportunas garantías". Y el pago de los correspondientes intereses. En contrapartida, abandona el C.c. italiano -como tampoco está presente en el alemán- la opción entre "lo gastado y lo mejorado" en el caso del poseedor de buena fé, y manteniéndola para el que lo sea de mala. Una disposición acertada la de reconocer al primero, simplemente, un "derecho a indemnización por las mejoras realizadas en la cosa", ya que la abonan, tanto la condición subjetiva del poseedor, como la recta aplicación del principio de enriquecimiento injusto.

Pero no ocurre así en los correspondientes preceptos españoles que nos ocupan, donde la opción puede conducir a resultados inequitativos para el poseedor de buena fé, y ello aunque estimara SCAEVOLA en su día que "no puede ser extraordinario el perjuicio que padezca el poseedor de buena fe... aún en el caso en que, no mostrando liberalidad el propietario, haga uso de su derecho y elija el tipo de indemnización que represente menor cantidad". De entonces acá, la incidencia del tiempo en los valores monetarios, con la acelerada merma de su poder adquisitivo, hacen que la calificación de la indemnización y el momento en que deba valorarse, puedan ser determinantes de que la compensación al poseedor sea adecuada, o bien hasta gravemente insuficiente.

De todas formas, en el juego de intereses tal como lo concibe el Código, con la prevalencia de los del propietario, la solución puede considerarse justa: el sacrificio patrimonial del acreedor es la inversión que hizo, sólo a ella puede tener derecho; por el contrario el plus de valor que la mejora tenga sobre lo que en ella ha gastado es un beneficio que pertenece a la cosa y por tanto al propietario de la misma por de

recho de accesión; es la misma doctrina que la contenida en el art. 456: "Las mejoras provenientes de la naturaleza y del tiempo ceden siempre en beneficio del que haya vencido en la posesión". Pero si el Código estableciese sin más el derecho del poseedor a que se le abone el importe de los gastos, dejaría desamparado al propietario, porque es indudable que la mejora puede tener un valor inferior al de lo que en ella se ha gastado: y si esto ha ocurrido, el poseedor que lo gastó a sabiendas del resultado económico que iba a obtener, debe sufrir esa pérdida.

Esta era, pues, la única forma de no dañar los intereses ni del poseedor ni del propietario. En caso de plantación o edificación, el propietario tiene además el derecho que señala el art. 458: "El que obtenga la posesión no está obligado a pagar mejoras que hayan dejado de existir al adquirir la cosa". Esto es una manifestación más de que el Código trata al poseedor como un expropietario, imponiéndole al riesgo de la cosa con sus mejoras, hasta el momento de ser vencido en la posesión.

Poseedor de mala fé.- Los gastos y mejoras útiles no son abonables al poseedor de mala fé; así resulta del silencio del Código en el pfo. 2º del art. 453, al referirse sólo al poseedor de buena fé, y del art. 455, cuando dice que el poseedor de mala fé "sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa". Como dijimos, VIÑAS entiende que le asistirá el "ius tollendi", si es posible y dentro de los límites señalados.

La justificación de esta fórmula, se encuentra en la misma idea básica de que el poseedor es un ex-propietario; entendiéndose en este caso que el poseedor de mala fé sabía que no era propietario y, por tanto, las mejoras que hiciese no las ha

cía con el pleno ánimo de ser para sí.

3.- Mejoras de puro lujo o mero recreo.- No son abonables en ningún caso ni al poseedor de buena fé ni al poseedor de mala fé. Los arts. 454 y 455 tan sólo contienen el "ius tollendi", el derecho de separar las mejoras realizadas, siempre que pueda hacerlo sin detrimento de la cosa a que estuviesen incorporadas. Es decir no tienen derecho a la inversión patrimonial o gasto realizado, sino a la mejora en sí, a retirarla, y aún este derecho está condicionado por el de accesión del propietario, y ello porque el poseedor sólo puede llevarse la mejora cuando no ha habido accesión y puede la cosa separarse sin deterioro de la principal.

En este punto del deterioro entiende BORREL (85), siguiendo a MANRESA aunque matizando su opinión, que si la separación de la cosa accesoria ocasionara ligeros desperfectos, deben ser tolerados en razón del valor de aquéllas, indemnizando el poseedor al dueño.

También está condicionado aquel derecho de retirar la mejora por el del propietario, que tiene el de abonar al poseedor de buena fé el importe de lo gastado, y al poseedor de mala fé, el valor que tengan los objetos en el momento de entrar en la posesión. Esta segunda limitación al "ius tollendi" y la solución diferente para los poseedores de buena fé y de mala fé (al primero debe abonarse el importe de lo gastado) como dice el art. 454, y al de mala fe el valor que tenga en el momento de entrar en la posesión, según el art. 455), lo que para algunos autores resulta inequitativo en perjuicio del primero, hasta el punto de mantener una interpretación que lleva, también en este caso a una valoración objetiva y actual de la

cosa separable (86). Creo, no obstante, que esta diferencia - ción hace más segura la posición del poseedor de buena fé, pues tiene asegurado lo que se gastó, aunque sea menor el valor de los objetos en el momento de cesar en la posesión.

No obstante, todo lo dicho en estos últimos parrafos debe contemplarse a la luz de lo que más adelante afirmo y estudio con detenimiento, respecto a la diferenciación de los conceptos de mejora, adición y accesión.

¿Qué ocurre con las mejoras de puro recreo, respecto de las cuales no puede ejercerse el "ius tollendi".?.

A falta de precepto expreso, entendemos que habrá que acudir a la doctrina del enriquecimiento sin causa. Si el propietario obtiene un enriquecimiento positivo por aquel gasto que hizo el poseedor por puro lujo o mero recreo, deberá abonar a este poseedor aquéllo en que se ha enriquecido. Pero ésto no ocurrirá siempre, pues rara vez un gasto de puro re - creo producirá utilidad que no sea al que lo hizo, y aún en este caso más que a la doctrina del enriquecimiento sin causa, habrá de acudirse a la de los gastos útiles en la misma posición, pues es indudable que ha sido un gasto productor de utilidad. Téngase en cuenta que el Código no nos dice cuales son gastos de recreo y cuales los de utilidad: luego en el momento que un gasto que hizo el poseedor de puro recreo, reporte utilidad al propietario, ya no es un gasto de puro recreo, sino que es un gasto útil.

Todo lo expuesto puede sintetizarse en los términos en que lo hace HERNANDEZ GIL (87), para el que las tres fórmulas de que se sirve el Código civil para la retribución de los gas

tos y las mejoras son distintas:

-"En las mejoras procedentes de los gastos útiles realizados por el poseedor de buena fé, el derecho de éste se cifra siempre en un pago de dinero, bien con el carácter de deuda de dinero propiamente dicha (abono de los gastos) o bien como deuda de valor, pagada en dinero. Aunque no dice el artículo 453 párrafo 2º, los momentos en que se ha de apreciar el aumento, parece claro que estarán constituídos por el valor de la cosa antes de la realización de la mejora y el valor de ésta cuando se efectúa la entrega o restitución, con lo que se comprende no sólo el valor inmediatamente determinado por la mejora (que sería el obtenido con su realización), sino el aumento que traiga causa de la mejora al tiempode la entrega o restitución. Se trata de una indemnización por la mejora tenida a un módulo valorativo. En la práctica es un problema a resolver mediante prueba pericial.

- En las mejoras suntuarias que han de satisfacerse al poseedor de buena fé (art. 454), se combina el "ius tollendi", que es un modo de satisfacer "in natura" el derecho, y el abono del importe de los gastos, con lo que se prescinde de la valoración y de la consiguiente indemnización. No hay una razón suficientemente clara para prescindir siempre de la retirada de las mejoras en el primer caso. Posiblemente obedece a que las mejoras introducidas en la cosa por razones de utilidad son dificilmente separables de ella; más no es así de un modo absolutamente necesario. La eliminación de la indemnización por el aumento del valor de las mejoras suntuarias, es comprensible. Dado su carácter, se atiende al interés del poseedor en los términos más simples; retirada de las mejoras o abono de los gastos, con lo que se evita un enriquecimiento y

un empobrecimiento correlativos.

- En las mejoras suntuarias que han de satisfacerse al poseedor de mala fé (art. 455), la fórmula no es completamente igual que en los dos supuestos precedentes. Como en el inmediatamente anterior (artículo 454) y a diferencia del primero (art. 453) se reconoce un "ius tollendi" al poseedor de mala fé; pero con el condicionamiento peculiar de que el poseedor legítimo no prefiera quedarse con los objetos, "abonando el valor que tengan en el momento de entrar en posesión". Así, en definitiva, el poseedor legítimo resulta ser un comprador de los objetos en que consistan las mejoras, si bien el precio viene establecido en función del valor de lo adquirido en el momento de entrar en posesión. Que en este supuesto fija el valor de los objetos en el momento de la entrega justifica, por analogía, que también rija ese momento, a los efectos de la valoración, en el supuesto del párrafo 2º del art. 453 (88).

d) Conviene añadir a lo tratado, ~~a modo~~ unas precisiones sobre el derecho de retención del poseedor, a propósito del cual parece conveniente decir lo siguiente:

Por una parte que es indiferente que la cosa esté aún en la disponibilidad del primer poseedor (propio derecho de retención), como que haya salido de ella. En este caso, si no le han sido satisfechos los gastos necesarios, puede exigir, que se le restituya en la posesión de las cosas sobre las que se le han invertido aquellos, hasta quedar pagado con ellas (S. 21 Mayo 1928).

En cambio, es absolutamente necesario, de un lado

que los gastos se hayan efectivamente realizado (S. 19 Abril 1913), que no sean supuestos, ni deducidos; y de otro que caso de disconformidad con la retención, se declare ésta, en la sentencia, así como la buena fé siempre necesaria, y la realidad de los gastos causados, (S. 9 Abril 1904).

El derecho de retención, no lo tiene en modo alguno el poseedor de mala fé, quien debe desde luego entregar la cosa, sin perjuicio de ejercitar después la acción de indemnización correspondiente.

e) Una última referencia conviene hacer a un tipo de pretendidas mejoras (y de cual sea su verdadera naturaleza a este respecto, nos ocupamos en la Parte II de este trabajo) que en el Código se denominan provenientes de la naturaleza y del tiempo, y que el legislador (en el art. 456 del C.c.) atribuye al que haya vencido enla posesión; fórmula bastante lógica, si se considera que la naturaleza obra en las cosas, nada sabe de titularidades,y que el beneficio para éstas se producirá, en ausencia de una actividad del sujeto sobre las mismas, a través de aquellas.

Se han denominado también accesiones naturales, independientes de la voluntad del poseedor, o no debidas a ésta, y de los argumentos que los comentaristas utilizan para justificar la denominación que eligen, se desprende que la más adecuada es precisamente la utilizada por el Código civil.

Considerando el régimen de esta categoría específica, se ha hecho observar que al referirse el art. 456 a las mejoras procedentes de la naturaleza o del tiempo y al destinatario de las mismas dice que "ceden en beneficio del que haya

vencido en la posesión". Con la expresión "ceden" está muy claro que no quiere aludirse a ningún acto de cesión, sino simplemente que las mejoras siguen el mismo destino de la cosa. El "vencido" en la posesión parece presuponer una contienda judicial sobre el mejor derecho a poseer. No constituye, sin embargo, un presupuesto indispensable. Cierto que el Código civil toma preferentemente en consideración el conflicto surgido en torno a la posesión y establece una regla pensando especialmente en ese caso. Sin embargo, cabe también que se haya resuelto extrajudicialmente el conflicto, y nada se opone a la aplicación del artículo 456. Pero además creemos (artículo 438) y especialmente cuando el modo de adquirir es una transmisión o cesión (artículo 460, 2ª), en la que se combina la pérdida de la posesión con la adquisición de la misma; el destino de estas mejoras será normalmente el mismo, aunque falte un "vencido" en la posesión.

A más de estas apreciaciones de HERNANDEZ GIL, conviene recoger otras de MANRESA, relativas a la intrascendencia de la forma de actuar el poseedor en este caso para la fórmula adoptada, al decir que el poseedor, aunque sea de buena fé, no puede alegar derecho alguno sobre ellas; van con la cosa; beneficiaron al poseedor mientras duró su posesión; al cesar ésta, recaen en beneficio del propietario. La ley no ha podido tampoco tener en cuenta la mala fe, porque el castigo posible fue ya impuesto; si a consecuencia de las mejoras la cosa produjó más, más tiene que restituir el poseedor y más obtiene el propietario.

b) Las mejoras en el usufructo.

a*) Otras de las Instituciones en las que el Código civil

contempla las mejoras, es el usufructo.

Y sin duda que es el usufructo una relación en la que, tanto desde un punto de vista teórico como práctico, las mejoras plantean delicados problemas de legitimación para realizarlas y de atribución de los resultados de las realizadas.

El carácter esencialmente temporal y de derecho en cosa ajena que es propio del usufructo, proporciona un elemento al régimen de las mejoras realizadas en él que está ausente del propio de las que se llevan a cabo en el ámbito de la posesión, que acabamos de examinar: la consciencia de que se está actuando sobre una cosa perteneciente a otra persona que, además, se sabe va a recuperar la plenitud de derechos sobre ella, atribuye unas especiales características a las actuaciones del usufructuario sobre la cosa usufrctuada, que repercutirán marcadamente en esta materia de las mejoras (89).

Pero es que, además, la facultad de mejorar que en esta institución se reconoce de forma expresa al titular del usufructo (art. 487 C.c.), en principio parece contradictoria con la obligación del usufructuario de conservar la forma y sustancia de los bienes que se usufructúan (art. 467 C.c.). Y tan importante es en el usufructo este dato -contenido en la propia definición formulada por el Código- que cuando reconoce al usufructuario la facultad de mejorar, en el art. 487, condiciona su ejercicio a que con ella no altere la forma o sustancia de la cosa; cuya referencia, por otra parte, conecta este precepto al 467, impidiendo que se convierta el supuesto de las mejoras en uno de los contemplados en él como de norma legal que autoriza una desviación del principio de la "salva rerum substantia".

El que se ha llamado "binomio facultad de mejorar-conservación de la forma" (90) se presenta como problema de primera magnitud en el usufructo, apuntado ya desde el primer momento de su regulación en los clásicos supuestos del Derecho romano, acentuado con la utilización del término forma junto al de sustancia, como hace nuestro Código, y no totalmente resuelto con la moderna referencia al destino económico de la cosa.

Por esta razón se plantea la cuestión, y la resolvía ULPIANO(91), de que "si el predio fuera acaso de recreo, o sea jardines, alamedas o avenidas de árboles frondosos para sombra o infructíferos, no podrá (el usufructuario) arrancarlos para hacer, por ejemplo, huertos para obtener verdura o cualquier otra cosa que pueda dar producto", con lo que está refiriéndose al respeto por el peculiar destino económico de la cosa.

Ahora bien, como esta institución del usufructo se mueve en torno a una concepción de la propiedad que antes examinamos y que hace norte y guía de todo su régimen al interés exclusivo del propietario, esta idea del destino económico de la cosa se mantiene como obstáculo a las posibles mejoras "en cuanto pueda perjudicar al nudo propietario, ya que en otro caso no hay para qué limitar las facultades del usufructuario, pues sería ir en contra del principio de Derecho "quod tibi prodest et alterius non nocet id is est obligatus"; y así... "no habría ningún inconveniente en que aprovechase unos jardines, mediante sustituir las flores por verduras, e instalar en ellos una granja, siempre que al momento de devolverse la finca al nudo propietario pueda hacerse en la misma forma y características en que al constituirse el usufructo se encon-

traba (vid. art. 903 C.c.). Por ésto, si bien es natural que pudiera sustituir un parterre de flores por hortalizas, no podría hacerlo con una alameda de árboles frondosos para sombra, ya que habrían de transcurrir muchos años para encontrarse en la situación en que los halló el usufructuario" (92).

Y esto es porque, lógicamente, la facultad de disfrute pleno o completo del bien usufructuado, por parte del titular de este derecho sobre cosa ajena, le permite obtener cuantas ventajas proporcionen las posibilidades de uso y disfrute del mismo, con el único tope del respeto a la forma y sustancia del bien.Tope que, por otra parte, también se pone a la actuación -dentro del ámbito que le es propio- del nudo propietario, que podrá enajenar los bienes "pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ella nada que perjudique al usufructuario" como dice el art. 489 del C.c.

b*) El mantenimiento de la integridad de la cosa es, pues, dato esencial mientras existe el usufructo; y se concreta en la obligación de llevar a cabo unos gastos o expensas, llamados aveces también mejoras necesarias, tendentes a reparar la cosa, a dejarla en condiciones de seguir produciendo tanto en un futuro inmediato (en provecho del usufructuario), como a más largo plazo (en provecho de la propiedad, de quien vaya a ostentar su titularidad terminado el usufructo).

Teniendo, sin duda, en la base consideraciones parecidas a la expuesta, junto con la más jurídica de loque compete a cada uno de los dos interesados en la relación de usufructo, ya desde el Derecho intermedio se trató de separar el deber del usufructuario de hacer las reparaciones que se consideraban ordinarias, del de realizar las que no teniendo este ca -

racter, calificándose por tanto de extraordinarias, se atribuían al nudo propietario.

Es una distinción que se ha aceptado generalmente, aunque el criterio utilizado para plasmarla no haya sido siempre el mismo: se ha puesto de relieve que son bastantes los Códigos sobre todo entre los latinos, que establecen una serie de supuestos considerados de reparaciones de carácter extraordinario, formándose por deducción el concepto de las que son reparaciones ordinarias. En cambio, nuestro Código civil ha obrado de forma distinta, conceptuando de forma general reparaciones ordinarias como "las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación" (art. 500, pfo 2º) dejando por deducción de ésto, la determinación de cuáles son las extraordinarias, que no define pero sí reglamenta.

Las diferencias entre unas y otras las establece DORAL (93) en función de los siguientes factores:

Las reparaciones ordinarias son carga de los frutos, "in fructu"; las reparaciones extraordinarias son carga del capital, de la propiedad, "in rem".

Por razón del tiempo, las reparaciones ordinarias son regulares, periódicas, previsibles, de duración limitada, trabajos, simientes..., pretenden una utilidad temporánea, las reparaciones extraordinarias por su duración tienden a reconstruir el valor perdido, a perpetuar la utilidad obtenible de la cosa más allá del término del usufructo.

Por la índole de la actividad, las reparaciones ordinarias se ajustan a las reglas de economía doméstica, son in-

dicios de "buena administración"; las extraordinarias se caracterizan por ser importantes e inhabituales.

Por el factor costo, las reparaciones ordinarias son "reparos menores" (GARCIA GOYENA), poco costosas, no exceden de los frutos.

Por el aspecto reparador, las reparaciones ordinarias presentan un carácter conservatorio fundamental, de conservación material de la cosa usufructuada; las reparaciones extraordinarias conservan jurídicamente el bien.

A su modo de ver, la diferencia práctica más destacada reside en los dos aspectos, subjetivo y objetivo, del derecho de disfrute:

a) Desde el punto de vista subjetivo pueden calificarse como reparaciones ordinarias:

- Las que son previsibles al usufructuario; el curso ordinario de las cosas supone cierta previsión, regularidad y periodicidad. Las reparaciones ordinarias son previsibles como efecto normal del uso o del goce, "puesto que proceden del uso natural de las cosas" con el que guardan, por tanto, íntima conexión.

- Las que sean "soportables" por el usufructuario, ya que el costo de las reparaciones ordinarias ha de ser proporcionado al rédito, proporción que permite al usufructuario soportarlas como disminución de los frutos.

- Las que corresponden a la normalidad en el gasto, gastos ordinarios por efecto normal del uso del goce.

b) Desde el punto de vista objetivo las reparaciones ordinarias:

- Son necesarias, proceden del uso natural de las cosas y revierten a él.

- Son indispensables para la conservación de la cosa, signo de buena administración, por lo que no supone alteración o sustitución de partes esenciales como las extraordinarias. El carácter indispensable para la conservación imprime una nota objetiva a esta categoría de reparaciones (94).

c) El carácter favorable a la calificación de ordinarias se debe a que conservar es mantener en el goce y el usufructurario tiene el derecho de goce más completo entre los posibles en cosa ajena.

El término legal "se considerarán" ha de entenderse -en su opinión- no en el sentido apodíctico de "son" sino de que se presumen, presunción que admite prueba en contrario:

-"La apreciación del carácter ordinario o extraordinario de las reparaciones corresponde a la Sala sentenciadora, (Sentencia de 25 de Enero de 1912).

c*) Es en función de todos esos elementos por la que el Código civil establece el régimen de las reparaciones necesarias en el usufructo:

Las de este carácter con la consideración de ordinarias, competen al usufructuario (art. 500, pfo. 1º): el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que ne-

cesiten las cosas dadas en usufructo"), en razón, se suele argumentar, de tenérselas como disminución de los frutos, y como quiera que éstos corresponden al usufructuario, sobre él debe recaer la obligación de llevarlas a cabo. Pero, bien entendido, que por eso mismo sólo serán a su cargo las nacidas durante el periodo en el que a él correspondan los frutos.

El no cumplimiento de esta obligación por parte del usufructuario permite al propietario, después de requerirlo, hacer las reparciones por sí mismo a costa del usufructuario; es una resolutiva fórmula de cumplimiento "in natura", que se justifica por la importancia que la actuación impuesta tiene para la subsistencia del bien usufructuado.

En cuanto a las reparaciones necesarias extraordinarias serán de cuenta del propietario.

La atribución de estos gastos al nudo propietario, la naturaleza con que se hace, ha suscitado una cierta discrepancia, ya que si bien la mayoría de la doctrina la considera como una verdadera obligación, ALBALADEJO (95), no le concede este carácter: dice que, efectivamente, son de su cuenta (art. 501) pero no porque haya de realizarlas, sino porque, en definitiva, cuando el usufructo acabe se le cargará a él la suma que costaron. Por otro lado, puede hacerlas si quiere (con derecho a cobrar el interés de la suma a que asciendan) (art. 502, 1º), ya que la cosa es suya y se deja a su elección poder impedir que se menoscabe, pero, si no las hace, el usufructuario no puede exigirle que las realice, sino llevarlas él a cabo (aunque con el derecho a reembolso, acabado el usufructo (art. 502, 2º). Todo lo cual tiene, ciertamente, un razonable sentido: quien no disfruta de la cosa no puede ser for

zado a emplear dinero en ella, aunque, si lo emplea otro, cuando aquél recupere el goce, deba abonárselo para evitar que se enriquezca a costa ajena.

Esta posición es compartida por BORAL para quien (96) el nudo propietario no tiene, en principio, obligación de hacerlas puesto que no se obliga a facilitar el goce al usufructuario, sino a no impedirlo ni obstaculizarlo -pati-; cuando la falta de reparaciones extraordinarias lo impidiera u obstaculizara entiende que sí debe hacerlas.

Esta"obligación "del usufructuario de darle aviso "cuando fuera urgente la necesidad de hacerlas", indica a las claras que aquella obligación no está fundada sólo en la defensa de la "propiedad", sino en el deber de no obstaculizar el disfrute. La notificación permite -entiendo- al usufructuario desde el momento en que las haga reclamar intereses "moratorios" y, si el retraso es culpable, no simplemente legales,como se desprende en otro caso de lo dispuesto en el art. 502, interpretado a "sensu contrario".

Como con lo dicho queda aludido, si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.

Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.

Si el propietario se negase a satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos".

A próposito de esta última facultad, se ha dicho que tiene cierto interés porque, más que un verdadero derecho de retención, se trata de la subsistencia de la estructura del usufructo puesta al servicio de otra función. El párrafo segundo del art. 502 de nuestro Código civil nos brinda un ejemplo de cómo la misma estructura jurídica, el usufructo, puede mantenerse en concepto distinto del que dió lugar a su creación; puede crearse para cumplir un deber de asistencia familiar y luego prosigue, en forma de retención anticrética, para conseguir la extinción de un simple derecho de crédito (97).

Por último, conviene poner de relieve que a propósito de las reparaciones extraordinarias, el usufructuario, según dice también el art. 501, está obligado a dar aviso al propietario cuando fuere urgente la necesidad de hacerlas, lo que no es sino una consecuencia de su obligación de guardar la cosa, usufructuada, conectada a su condición de poseedor inmediato de la misma.

d*) Veamos cuál es el régimen, en el usufructo, de las mejoras propiamente dichas, de las que según el concepto que mantengo merecen la calificación de tales.

Lo primero que debe notarse sobre el particular, es que se regulan unitariamente tanto las mejoras denominadas útiles como las de recreo. Para ambas clases, sin distinguirlas, establece el art. 487 la norma de que puede el usufructuario llevarlas a cabo, con la limitación de que no altere su forma

o su sustancia, y la consecuencia de que no tendrá derecho a indemnización, aunque puede retirarlas si cabe hacerlo sin detrimento de los bienes.

Por lo que respecta al primero de los puntos, el del tratamiento conjunto, aunque los términos en que se expresa el legislador parece que no dejan lugar a dudas acerca de su intención de reglamentar de manera idéntica los supuestos de mejoras útiles y las suntuarias o de recreo, algún autor (98) considera que deben distinguirse uno y otro supuesto, toda vez que el de las mejoras útiles, cuando la separación no es posible, la negativa a la obligación de indemnizar por parte del nudo propietario tiene sus límites impuestos porque el principio "nadie puede enriquecerse a costa de otro" recogido en la sentencia de 22 de diciembre de 1920 respecto de la posesión de buena fé, es ahora aplicable por su carácter de principio informador, puesto que no se trata en este caso de remunera - ción por el gasto, cantidad devengada, sino de una prestación diferente: el resarcimiento por el daño sucesivo o indirecto, mientras que en el caso de las mejoras de recreo se produce (sólo) el efecto más débil del "ius tollendi" si son separables sin perjuicio, como prevee el art. 454 C.c. referente a la sucesión en la posesión.

Pienso, por mi parte, que no obstante la argumentación del Prof. DORAL que acabo de exponer, puede seguir manteniéndose que el tratamiento dado por el legislador en el art. 487 es el mismo para los supuestos de mejoras útiles y de mejoras de recreo, toda vez que el sector desgajado por el mismo de la aplicación del principio diversificador que propugna es el de los gastos de recreo incorporados a la cosa de tal forma que, por su separabilidad, constituyen lo que vienen denomi -

nándose adiciones, cuyo régimen, ya lo veremos, tambien en nuestro Derecho tiene una cierta singularidad.

Por otro lado, la facultad de mejorar reconocida al usufructuario por el art. 487 C.c. está condicionada a que con su ejercicio no altere la forma o sustancia de la cosa usufructuada.

Como ya apuntaba en páginas anteriores, se suscita, a propósito de esta materia, una importante cuestión, que lo es además de principio, ya que si no queremos considerar como contradicción legal el binomio "facultad de mejorar-conservación de la forma", es necesario precisar qué cualidades formales de la cosa son inalterables y cuáles susceptibles de mejora.

Siguiendo a FERNANDEZ DE VILLAVICENCIO (99) entendemos que la facultad de mejorar, en el usufructo, se asienta sobre estos principios fundamentales:

1) No es posible mejora sobre la base de alteración de sustancia. En el duelo mejora-sustancia, hay que inclinarse hacia esta última, ya que otra cosa implicaría alteración de la naturaleza de la cosa.

2) Es ilícita toda mejora que recaiga sobre cualidades formales de la cosa, objetivamente primordiales o que merezcan esta consideración por voluntad del constituyente del usufructo. Ello quiere decir que la mejora que altere o modifique cualidades normalmente primordiales, dejará de ser considerada automáticamente como mejora; pues aunque objetivamente sea tal, no lo será respecto a las cualidades que tenía la

cosa al constituirse el usufructo. La mejora, en cuanto a ellas, supone un perjuicio aunque aumente el valor de la cosa.

3) En principio, son lícitas las mejoras que recaigan sobre cualidades formales de la cosa objetivamente secundarias. Ahora bien, aquí hay que distinguir si al terminar el usufructo, se pueden retirar o no.

a*.- Si se pueden retirar, es lícita toda mejora que pueda retirarse al finalizar el usufructo, sin menoscabo de la cosa usufructuada (art. 487). En realidad en este caso no hay alteración, ya que puede reponerse la forma primitiva sin perjuicio para la cosa;

b*.- Si no puede retirarse la mejora, sin menoscabo de la cosa, al término del usufructo, será lícita si no compromete al propietario con gastos o molestias especiales de conservación o explotación;

c*.- Si no puede retirarse la mejora, y compromete al propietario con gastos y molestias, entiende VILLAVICENCIO que deben permitirse al usufructuario, siempre que afiance suficientemente su reposición al estado primitivo.

Otro problema que se plantea a este propósito es el de si las construcciones o edificaciones realizadas por el usufructuario deben someterse, o no, al régimen establecido en el art. 487 C.c..

Fue ésta una cuestión que se debatió mucho a proposito del art. 599 del Código civil francés (100), inspirador de nuestro 487, y que sigue siéndolo entre nosotros.

Por una parte se considera que las edificaciones, en principio, no tienen consideración jurídica de mejoras y por

tanto no tendrá aplicación el art. 487 de que tratamos, sino entendemos que habrá de aplicarse el principio general del art. 358 relativo a la accesión: "lo edificado plantado o sembrado en predio ajeno... pertenece al dueño del mismo, con sujeción a lo que se dispone en los arts. siguientes" y podrá tener aplicación, entendemos nosotros, lo dispuesto en el art. 362 "El que edifica, planta o siembra de mala fé, en terreno ajeno pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin derecho a indemnización"; nos basamos para ello en que el T.S. tiene declarado con respecto al arrendamiento, "Resulta evidenciada la mala fé si el terreno lo ocupaba como arrendatario... el que edificó o construyó en dicha finca"... (15-Enero-1904) y con mayor razón entendemos existirá la mala fe por parte del usufructuario, ya que este ostenta un derecho real respecto a la cosa, más enérgico que el derecho derivado del arrendamiento. Y como consecuencia de lo dicho no tendrá derecho a la indemnización ni reembolso alguno el usufructuario (101) (hay que equipararlo al poseedor de mala fe, a los efectos de la aplicación del precepto citado).

Por otro lado, la regla de que el usufructuario no tendrá derecho a ninguna indemnización porque el nudo propietario retenga lo edificado, salvo que haya habido mala fé, considera DORAL (102) por su parte que no es rígida por estimar que algunas construcciones nuevas son mejoras útiles, incluíbles por consiguiente en el art. 487 C.c. que supone una excepción a las disposiciones legales relativas a la accesión y, por tanto, exigen una interpretación conforme a la "ratio" de la excepción: sería irracional, añade, aplicar al usufructuario como regla el rechazo de la indemnización por las construcciones nuevas con mayor rigor que a constructoras que no son siquiera poseedores.

Distinta a ambas es la posición adoptada por PONCILLAS, quien estima (103) no ser aplicable ni los preceptos relativos al poseedor de mala fé ni de buena fé ni tampoco, claro está, el art. 487 por referirse éste a mejoras y no a edificaciones; y cree encontrar una solución para el tratamiento de dichas construcciones y procedencia del reembolso para el usufructuario al final del usufructo, estimando será una situación de "negotiorum gestio". Ello, entiende este autor, permite indemnizar al usufructuario con la misma amplitud y garantías que en el caso del art. 1892 del Código civil (relativo a la gestión de negocios ajenos), o cuando menos no ratificando su gestión el nudo propietario, en los términos que obliga a este el art. 1983 del mismo Código.

La concepción no es nueva: BORREL, al tratar de la aplicación del Usatge "si quis in alieno solo", en materia de accesión, hace uso de esta construcción. Igualmente aplican también la noción de la "negotiorum gestio" al arrendamiento, como luego veremos, principalmente en la doctrina alemana ENNECERUS, como fundamento de la indemnización al arrendatario.

PONCILLAS propugna esta solución sobre la base de la concepción amplia del cuasi-contrato. No estamos de acuerdo y lo consideramos inaceptable por las razones que a continuación expongo.

Ciertamente que la doctrina moderna, y más actualmente que cuando se publicó dicho artículo el año 1928, da gran amplitud a la figura del cuasi-contrato; así ORTEGA PARDO (104) estima que si nos encontramos con un acto lícito y voluntario, no proveniente de convenio y en que aparezca algo de algunos

de los cuasi-contratos tipificados, y que deba en justicia de producir obligaciones, nos encontramos ante un cuasi-contrato innominado". En el mismo sentido la S. de 21 de Junio de 1945, considera como requisitos esenciales para admitir un cuasi-contrato innominado la existencia de:

1) Un Acto lícito y voluntario.
2) No procedente de convención.
3) Que guarde analogía con alguno de los cuasi-contratos tipificados.

Ahora bien, sucede que en este supuesto nos encontramos, -prescindiendo de si pudiese o no existir analogía con el cuasi-contrato de gestión de negocios ajenos, -precisamente ante un acto ilícito, ya que el usufructuario hizo transgresión a las normas relativas, de conservación de la forma y substancia y por lo tanto creemos no es posible hablar de cuasi-contrato innominado; la exigencia de la licitud del hecho para que dé lugar a la producción de un cuasi-contrato, es fundamental en esta materia: explícitamente declara esta exigencia el art. 1887 del Código civil: "son cuasi-contratos, los hechos lícitos y puramente voluntarios".

Y en cuanto a que sean aplicables las reglas de la accesión de los arts. 358 y ss., debe tenerse muy en cuenta lo que ya dejé expuesto con anterioridad respecto a las normas que regulan situaciones resultantes de la posesión: que sólo se aplicarán a aquellos casos en que no haya otras normas que sean más específicas para la institución de que se trata.

Haciendo aplicación de este principio al supuesto concreto de la accesión, considera ALBALADEJO (105) que las normas reguladoras de la misma y de la materia conexa a ella(así

indemnización a abonar al dueño de la cosa que otro adquiere), sólo procede aplicarlas si el caso ante el que se esté no cae bajo el imperio de otra norma más específica, a la que corresponda regirlo preferentemente; y cita como ejemplo el de que si el autor de la edificación o plantación en terreno ajeno era usufructuario de éste, la edificación o plantación son una mejora de la finca, que se rige por lo establecido para tales mejoras en los casos de usufructo (art. 487); reservándose las normas de la accesión para los supuestos de que quien edifica, planta o siembra, actúe fuera de toda relación con el otro interesado de modo que el tema de los materiales empleados en la cosa o de la mejora que para ésta supone la edificación, plantación o siembra, no se regule por lo que establezcan las normas que rijan la relación existente entre ambas partes. Hay jurisprudencia en este sentido: así las sentencias de 17 de diciembre de 1955, 14 de junio 1956 y 5 marzo 1959.

En el apartado de cuáles son las consecuencias que, según el art. 487 C.c. se derivan de las mejoras realizadas por el usufructuario en la cosa usufructuada, es donde se pone de manifiesto de una forma más clara la concepción de la propiedad de que parte el legislador al regular toda esta materia.

En efecto, la mencionada norma niega al usufructuario mejorante el derecho a la indemnización por las mejoras realizadas, si bien le permite retirarlas si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes.

Lo que, en definitiva, quiere decir que no tiene derecho alguno a las mejoras, si compartimos la tesis moderna de que las separables no son tales, sino adiciones. Pero hecha esta matización, bien merece unas consideraciones la referen-

cia a los efectos, o falta de ellos, de las mejoras contenidas en este art. 487 C.c..

Desde la publicación del Código civil, la solución adoptada ha venido siendo objeto de polémica, siquiera la fórmula, completada por la posibilidad de compensar desperfectos con mejoras consagrada en el art. 488, supuso una variación importante respecto del Código civil francés, que no admite tampoco esta compensación (art. 599), aplicación rigurosa del principio de accesión del propietario que dió lugar al esfuerzo hecho por la doctrina con el objeto de restringir el concepto de mejoras no compensables, ni indemnizables (106).

La base principal desde la que se ataca esta falta de indemnización es la doctrina del enriquecimiento injusto:así lo hace DORAL al comentar este precepto con el argumento de que el principio "nadie puede enriquecerse a costa de otro", recogido en una sentencia de 27 de noviembre de 1920 respecto de la liquidación de mejoras al poseedor de buena fé, es ahora aplicable por su carácter de principio informador puesto que no se trata ahora de remuneración por el gasto, cantidad devengada, sino de una prestación diferente: el resarcimiento por el daño sucesivo o indirecto no reintegrable en forma específica.

No obstante estas y otras apreciaciones (y todas giran en torno a la idea de enriquecimiento injusto) pensamos que la posición de nuestro Código no carece de fundamento: de una parte, porque no puede hablarse de un enriquecimiento sin causa del propietario que se queda con la mejora sin una correspondiente indemnización. En efecto, el enriquecimiento procurado por quien mejora una cosa, en la creencia de que es suya pro-

pia, sí que constituye un enriquecimiento sin causa; pero cuando el usufructuario mejora, sabe, o debe saber, que tiene que restituir la cosa; la voluntad del usufructuario de mejorar, para su propio interés y a sabiendas de que ha de entregar la cosa mejorada, es suficiente causa a los efectos de excluir la aplicación del principio del enriquecimiento indebido. Tal es, según VENEZIAN, el verdadero significado del "donasser videtur", adoptado para justificar la negativa del reembolso, y que tan maltratado ha sido por una crítica superficial.

Por otra parte, la posición del usufructuario es muy distinta de la del poseedor, para quién la reivindicación, que pone término a su posesión, representa un hecho susceptible de preveer pero no inevitable y seguro, mientras que el usufructuario, históricamente considerado detentador, conoce de antemano, por su propio título, la inexcusable temporalidad de su disfrute de la cosa. De aquí que el contenido de los arts. 453 y 454 C.c. referentes a la liquidación de la situación posesoria sea muy distinta al de este art. 487.

Hay además otro fundamento, según VENEZIAN: la obligación de conservar la forma y substancia de la cosa. En efecto, estima dicho autor que hay que considerar que la limitación del derecho a que se le abone los gastos de las mejoras al usufructuario, constituye una sanción indirecta de aquella obligación.

Habría que añadir asímismo otra razón, derivada también de la temporalidad del usufructo, unida a la perfecta identificación de propietario y usufructuario: evitar que durante su vigencia y para un mejor aprovechamiento por el usufructuario, éste lleve a cabo mejoras de costo exhorbitante sobre la base

que deberá abonárselas el propietario; mejoras que él quizás no habría llevado a cabo (por no querer o no poder), y que en la concepción de la propiedad con que el Código enfrenta este asunto de las mejoras, no tiene por qué realizar ni, por ende, soportar que otro las realice a su costa.

Finalmente, se ha basado también, en el orden práctico, la negativa a la indemnización por las mejoras útiles, en la razón de evitar litigios sobre la existencia de las mismas, que daría lugar precisamente su carácter de ventaja "no necesaria" (107).

En resumen: el usufructuario no tiene derecho a cobrar el importe de lo gastado en las mejoras útiles y de recreo. Sólo tiene derecho a llevarse la mejora resultante, si se puede hacer sin menoscabo de la cosa usufructuada, porque en este caso es legítimo asegurarle este beneficio, contra el derecho del propietario a utilizar la accesión (art. 358).

La retirada de las mejoras que ha realizado, por el propio usufructuario, se configura por el legislador -sin duda como correlativo de la denegación de indemnización que acabamos de contemplar- como un derecho y en tal concepto no puede ser obligado a retirarlas si no le parece oportuno, y ello aunque pueda hacerse objetivamente, esto es, sin detrimento de la cosa; el propietario no podrá impedirlo, ni siquiera abonando su valor aunque, lógicamente, ambos de acuerdo podrá actuar así, o establecer, al comienzo o mientras dure el usufructo, convenciones sobre el particular; facultad de alterar la regla que, por otra parte, se le reconoce también al constituyente del usufructo (108).

Por otra parte, hace notar ALBALADEJO que el ejercicio

de la facultad de retirar las mejoras que se concede al usu - fructuario, no tiene porqué llevarse a cabo necesariamente es perando al fin del usufructo, que por otra parte será lo normal en cuanto que a partir de entonces -cesando en el goce de la cosa- no proporcionaría ventaja alguna al usufructuario la circunstancia de que siguiera mejorada (109), pero si, por la circunstancia que fuese, le interesa hacerlo antes, podrá retirar en cualquier momento la mejora realizada por él anteriormente.

El requisito de la separabilidad sin detrimento de la cosa, que establece el art. 487 para permitir la retirada de la mejora por el usufructuario, que en la concepción actual de otros ordenamientos puede poner en duda el propio carác - ter de mejora, implica el tratarse de obras unidas, incorporadas a la cosa, accesorias de ella (y no objetos que son en realidad independientes y que sí pertenecen al usufructuario puede llevárselas sin más) cuya separación en algún grado habrá de afectar a la cosa principal, produciendo en ella un cierto deterioro; el retirar las mejoras restableciendo a su costa la integridad disminuída por la separación, siempre que se mantenga ello en un nivel razonable, por no suponer una dis-- minución del valor de la cosa, pensamos que debe admitirse a los efectos previstos en la referida norma del Código civil; en otro caso, ésta no tendría aplicación, como ya defendía MANRESA (110) refiriéndose a los arts. 454 y 455 C.c..

Una cuestión interesante cabe plantear, y efectivamente se ha planteado, a propósito de esta norma de nuestro Código civil, que pone de relieve, una vez más, la concepción de la propiedad con que en el mismo se afrontan todas estas cuestiones: la de la posibilidad de que el usufructuario, que no va

a recibir indemnización alguna por las mejoras efectuadas, en vista de que no puede retirarlas sin menoscabo de la cosa usufructuada, proceda a destruirlas; ésto, claro es, sin deterioro, de la misma pues en otro caso no podría hacerlo, y si lo hace con ese resultado, deberá indemnizar al propietario del deterioro que hubieran sufrido por su dolo o negligencia, como dispone el art. 481 C.c..

Por la estricta aplicación de las normas del Código civil, esa posibilidad de destruir las mejoras le viene siendo reconocida al usufructuario por la doctrina que se ha preguntado sobre ella, desde los primeros momentos de su vigencia hasta los tiempos actuales: así, en efecto, escribía SANCHEZ ROMAN (111) que, bajo la salvedad de hacerlo sin detrimento de los bienes, es evidente que puede el usufructuario llegar hasta la demolición o destrucción de dichas mejoras al terminarse el usufructo, sin que tenga derecho a impedirlo el propietario, ni aún ofreciendo al usufructuario o a sus derechohabientes indemnización del coste de las mejoras o del valor que por ellas haya aumentado la finca usufructuada".

Y todavía en nuestros días, para ALBALADEJO "el usufructuario puede retirar la mejora o incluso destruirla si no es retirable o no quiere retirarla". Y aunque reconoce que "esta afirmación puede parecer un tanto incivil y entenderse que encierra (otro) abuso de derecho, pues si el usufructuario sabe que las mejoras no hay obligación de indemnizárselas y, a pesar de todo, las hace, cuando luego no se las quieran indemnizar, el destruirlas para que ya no le benefician a él no beneficien a otro, no es precisamente un acto de carácter social"; con estas apreciaciones está utilizando términos y conceptos

actuales, pero que considera irrelevantes en la regulación que establece el Código, ya que después de ellas añade (112): "en principio creo que la mejora puede ser destruída. Exceptuándose los casos en que la ley prohíba dañar cosas propias (así las de utilidad social: C.p. art. 562). Ello se deduce del propio art. 487, infine, que sólo se preocupa de que no sufran detrimento los bienes usufructuados (no los en que la mejora consiste), y que son los usufructuados, y no los en que la mejora consiste lo prueba, aunque no lo diga expresamente, el fin que el art. 487 persigue, el art. 447 del Proyecto de 1851 (que, más explícitamente, decía "sin detrimento de las cosas objeto del usufructo"), el 454 del C.c. y el 23, 2º del R.A.R.. Asimismo, el art. 18 del Decreto-ley de 21 de noviembre de 1921 que literalmente permitía destruir las mejoras".

Como ya advertíamos antes, la posibilidad de destruir las mejoras, puesta de manifiesto con la correcta interpretación que acaba de exponerse, no hace sino confirmar el punto de partida o, mejor, la base sobre la que se asienta la ordenación de la materia en nuestro Código: una concepción individualista y excluyente de la propiedad como derecho que prepondera sobre cualquier otro y con un sistema rígido de contadas limitaciones.

Conectado con todos estos extremos, y para terminar la consideración de los efectos de las mejoras en el usufructo, corresponde ocuparse de la compensación de los desperfectos ocasionados en los bienes objeto del usufructo con las mejoras realizadas en ellos, que prevee el art. 488.

Esta norma de nuestro Código civil es una consecuencia

de la denegación al usufructuario del derecho a ser indemnizado por las mejoras efectuadas que, segúnacabamos de ver, establece el art. 487; y ésto se deduce de una comparación, a la luz de criterios equitativos, entre una y otra norma, y de la circunstancia de que los Códigos en que se contienen son los mismos que niegan la indemnización por mejoras al usufructuario (113).

Y es que, si bien es cierto que a la hora de permitir un enriquecimiento al propietario, a costa del usufructuario, por las mejoras que éste lleve a cabo, tanto daría que hubiese o no desperfectos, o sea que se limitara al sólo caso de no haberlos, negando el derecho a la indemnización como al de haberlos, negándolo también en este supuesto y dejando vigente la lógica y legal necesidad de abonar los desperfectos, parece como si el legislador estuviera poco convencido de la justicia de la sanción (del 487), y queriendo del mal el menos no la extienda a una de las variedades del supuesto, donde habiendo las mismas razones -discutibles- de fondo, encuentra el muy débil pretexto de no obligar al usufructuario, que nada recibe por las mejoras, a desembolsar además el valor de los desperfectos.

Lo que digo no es porque nos encontramos en desacuerdo con la solución de compensar desperfectos con mejoras que, en general, nos parece justa, sino porque pensamos que, también en líneas generales, debiera haberse admitido la indemnización por las mejoras no retirables. De todas maneras, algo es algo, aunque sea poco,y menos habría sido nada.

Y la verdad es que, como decíamos antes, la mayoría de los Códigos que niegan la indemnización admiten la compensa -

ción (114): tal era el caso del Código italiano de 1865 (art. 495), el del portugués de 1865 (art. 2.200), el argentino (art. 2875 la negativa de indemnización, y 2874 la compensación de desperfectos con mejoras), el chileno (art. 801 con ambas normas) y otros sudamericanos más (115).

Esta compensación que dice ALBALADEJO, técnicamente no lo es, porque si no deberse indemnización por las mejoras no hay un crédito contra el propietario, no suscitará problemas cuando en el título constitutivo del usufructo se establezca que las mejoras deben ser indemnizadas o que no deben serlo los desperfectos, tendrá lugar, según nuestro Código toda vez que no distingue, cualesquiera que sean las mejoras y los desperfectos, siempre que unas y otras se hayan producido vigente el usufructo y no (supuesto que es pensable para los desperfectos) una vez extinguido el mismo. Pero no obstante ello, considera que tanto respecto a unos como a las otras deben hacerse unas ciertas matizaciones.

En cuanto a los desperfectos, aunque no lo diga explícitamente el legislador, habrán de ser aquéllos de que deba responder el usufructuario, ~~tanto por ser causados directamente por él (art. 497 C.c.) como si lo son por personas de las que deba responder el usufructuario~~, tanto por ser causados directamente por él (art. 497 C.c.) como si lo son por personas de las que deba responder (art. 498 C.c.); aunque considera habría que excluir, por aplicación de la doctrina del abuso del derecho, los desperfectos realizados de mala fé con el propósito de que el valor de la mejora sea absorbido por el menoscabo que el desperfecto produce, conclusión que nos parece plenamente compartible.

Por lo que respecta a las mejoras compensables, no distingue tampoco el art. 488; pero algunos autores sí lo han hecho, planteándose el problema en relación con las suntuarias y con las retirables.

Con referencia a las primeras, ha suscitado dudas la circunstancia de que este tipo de mejoras, pueden aumentar el valor de la cosa, pero no su productividad, y si los desperfectos disminuyen ésta, al realizarse la compensación el dueño recibirá una cosa con igual valor que tenía antes de los desperfectos y las mejoras, pero de menor productividad, lo que supone un claro perjuicio (116).

Por su parte ALBALADEJO, que ha estudiado detenida y agudamente el tema y se extiende sobre él (117), considera con un criterio pragmático (que es, en definitiva la perspectiva desde la que se plantea la cuestión, ya que técnicamente la compensabilidad aparece clara), que los Tribunales que hayan de decidir la cuestión, a falta de acuerdo entre los interesados, tienen libertad para tomar en cuenta en la fijación del valor, que la mejora aumenta y que el desperfecto disminuye, no sólo el valor de venta sino el del rendimiento, conjugando uno y otro, de manera que el valor conjunto que se asigne a la cosa con desperfectos, por un lado, y, por otro, mejorada, pueda ser inferior al en venta (que la mejora suntuaria cabe incluso haya puesto muy alto), porque sea el suyo un valor improductivo. Y ello, dice, porque no es admisible que apreciando sólo el valor en venta, por razón de la mejora, se vaya a forzar al dueño a vender la cosa si quiere sacar utilidad al capital que representa, o se le vaya a forzar a -si no quiere vender- tener empleado un capital improductivo en un

bien que antes le rendía, pero que, devuelto deteriorado, no rinde ahora, por los deterioros, pero vale más, por las mejoras.

El otro aspecto referente a las mejoras que se contempla a propósito de su compensabilidad con los desperfectos, es el de si también lo son las retirables.

Como quiera que el Código en el art. 488 que examinamos, no distingue, los comentaristas venían considerando que no debe distinguirse (118) argumentándose además, como hace MANRESA (119), que como el principio del art. 488 se funda en la equidad, y no atiende al derecho que pueda tener el usufructuario, sino al valor de las mejoras, importa poco que éstas puedan o no retirarse sin detrimento de la cosa.

Sin embargo, no parece que este argumento de la equidad lleve a semejante conclusión, sino más bien a la contraria: dice sobre este particular ALBALADEJO (120) que aún admitiendo que ante la letra de la ley, el usufructuario tenga derecho a compensar con mejoras retirables, parecería de equidad que el dueño pudiese librarse de la compensación (si no le interesa) costeando la retirada y la pérdida de valor que la mejora experimentase con dicha retirada.

Y ésto porque siendo retirables, y cuanto más fácilmente lo sean más se justifica menos que el dueño haya de tomarlas en compensación, porque el usufructuario lo haya decidido. Ya que, en el fondo, cuando sean normalmente retirables, y conserven su valor después de retiradas, ocurre que el usufructuario al tener la facultad de dejarlas en compensación por

los desperfectos, se encuentra en la situación de imponer al dueño una verdadera compra forzosa; lo que no parece equitativo, ya que, aparte de otras razones, al dueño le puede interesar más el dinero que la mejora;y puesto que ésta es retirable, ¿por qué no obligar al usufructuario a retirarla?. Por ello cree, con razón, que la facultad de éste de imponer la compensación es exagerada en este caso, y que incluso interpretando el art. 488 a la luz del fin que persigue, cabría, quizás, negar la facultad del usufructuario de compensar desperfectos con mejoras retirables.

c) Las mejoras en el arrendamiento.

a*) Es sin duda en esta materia del arrendamiento donde más claramente se pone de manifiesto la evolución que se ha producido en el régimen jurídico de las mejoras, evolución que es una de las líneas de investigación planteadas en el presente trabajo, y cuyo punto de partida, fases por las que ha pasado, y situación actual, constituyen uno de los basamentos de la tesis que proponemos.

Esta circunstancia se ha producido porque la arrendaticia es una de las relaciones que más se han acordado a las transformaciones socio-jurídicas, por cuya razón se ha modificado la legislación que la regula; y con ellose ha presentado la posibilidad de abandonar los viejos esquemas y conceptos, sustituyéndolos en la nueva normativa por otros que son reflejo de las concepciones actuales, respecto de las que la legislación especial que los recogía actuó como adelantado.

Se justifica por esta razón el que hagamos notar los más característico del régimen de las mejoras en el arrenda -

miento, que nos proporcionarán datos muy interesantes para el estudio que esta tesis plantea.

Pero, de otro lado, esa misma circunstancia pone de relieve que la evolución de la mejora en el arrendamiento, es la evolución de la mejora en general, o si se quiere, que las transformaciones sufridas por el instituto de la mejora, son -por ser la única evolucionada- las transformaciones habidas en la mejora operada dentro del arrendamiento. Y ello excusa un tratamiento detallado en esta sede, que no sería sino repetir aunque fuera comprimido, el que se hace para contemplar la evolución de la facultad al deber de mejorar.

En otras palabras, que la evolución de la mejora en el arrendamiento, va desde la mejora que para él configura el Código civil -idéntica a la que establece para el usufructo- hasta la que es consecuencia de las concepciones instauradas en las leyes especiales, las de arrendamientos o muy conectadas a ellas.

Por ello, en esta parte, que dedico a la regulación de la mejora en el Código civil, y una vez expuesto, con la extensión y en los términos en que lo hago en las páginas anteriores, el régimen de las mejoras en el usufructo, al que el art. 1573 se remite para los derechos que sobre el particular le reconoce al arrendatario, pocas consideraciones de fondo caben hacer.

b*) Debe tenerse presente que en el Derecho romano clásico, las mejoras realizadas por el arrendatario se regían por las normas reguladoras de la restitución de los gastos útiles, cuyas reglas diseminadas en torno a los institutos más dispa-

res, y como punto de partida en la dote, ha logrado sistematizar la romanística moderna (121) cuyo régimen derestitución se articula, como ya hemos visto, en torno a la calificación de las impensas como necesarias, útiles y voluptuarias; mientras las primeras se deducen "ipso iure" mediante la retención de las cosas, para las útiles y voluptuarias, que en principio no podían ser recuperadas, llega a admitirse un reembolso equitativo, si se hubieran hecho con autorización previa, salvo que siendo la mejora susceptible de separación, prefiera el que las hizo retirarlas.

Así, en el Derecho clásico salvo pacto en contrario, el contenido típico de la "locatio conductio" no otorgaba al arrendatario la facultad de mejorar. Sin embargo, en el Derecho justinianeose legitima al arrendatario el ejercicio autónomo y unilateral de la actividad mejoraticia en el objeto arrendado, indemnizándosele sus resultados como gastos necesarios, esto es, por la totalidad de las inversiones realizadas, aparte de que lo concibe, a semejanza del enfiteuta, como titular de las mejoras.

Por lo que se refiere a nuestra legislación de Partidas, la Ley 24, tit. 8º de la 5ª, siguiendo el precedente justinianeo, estableció sobre la materia de mejoras hechas por los arrendatarios en las fincas arrendadas: "Mejoran a las vegadas, los arrendadores, los heredamientos e las otras cosas que tienen arrendadas, faziendo lauores o cosas de nueuo, e plantando arboles o viña, porque la cosa vala mas de la renta a la sazon que la dexan que cuando la tomaron, e por ende es derecho, que assi como quando fazen daño en la cosa arrendada, que son temudos de lo mejorar: bien assi les debe ser conoscido, e guardonado, el mejoramiento que y fizieren. E por ende dezimos,

que el señor tenudo es de dar las missiones que fizo en aquellas cosas que mejoro, o de gelas descontar del arrendamiento. Fueras ende, si en el pleyto del arrendamiento, fuesse puesto que fiziesse de lo suyo tales lauores, e mejorias, como estas, que de suso diximos; ca entonce seria tenudo de guardar el pleyto: segund que fue puesto".

Pero debe advertirse, como hace VATTLER (122), que si bien esta disciplina fue transmitida a la tradición jurídica posterior, no gravitan todavía en la Codificación. El Código civil francés no estableció de forma explícita una disciplina de la actividad mejoraticia del arrendatario, respecto de la que ni siquiera reguló la indemnizabilidad de sus resultados útiles (123). Se ha puesto de relieve, que este silencio normativo es consecuencia del individualismo inspirador del Ordenamiento que recoge el Code (124), lo que ilustra una vez más, de manera directa, esa correlación entre mejora y concepción de la propiedad que es la tesis y el hilo conductor del estudio que hacemos en esta primera parte de nuestra investigación.

Dato aquél que también se ha puesto de relieve en la doctrina española al referirse a cómo la regulación de nuestro Código se asienta en la tutela preponderante del derecho de propiedad privada mediante la rigurosa aplicación del principio de accesión, olvidando otros intereses de particulares que se relacionan con las cosas por título distinto y de la producción en general (125).

c*) Los textos del Código civil aplicables en materia de mejoras realizadas por el arrendatario son el art. 1573, según el cual el arrendatario tendrá, respecto de las mejoras úti -

les y voluntarias, el mismo derecho que se concede al usufructuario; contenido y circunstancias de este derecho que hemos tenido oportunidad de estudiar con detenimiento en las páginas que dedicamos a las mejoras en el usufructo.

A propósito de esta equiparación, expone MANRESA (126) que el legislador para llegar a ella acepta un punto de vista que, dice, no deja realmente de ser fundamental: sean las que fueren las diferencias que separan al usufructo del arrendamiento, no se puede negar que, en cuanto ambos significan un derecho que se ejerce sobre cosa ajena y en cuanto implican una relación jurídica de carácter temporal, hay entre ellos muy marcadas analogías. La analogía sube de punto, convirtiéndose en verdadera identidad, si se considera el estado de conciencia, la buena o mala fé del usufructuario y del arrendatario cuando realizan mejoras en la cosa arrendada o usufructuada, pues a ninguno de los dos puede ocultarse que obran sobre cosa ajena, que la relación jurídica que mantiene con ella tiene un término natural, y que, por lo tanto, no podrán alegar en su día sobre esas mejoras un derecho absoluto e ilimitado como si hubiesen sido hechas en cosa propia. Teniendo estas razones en cuenta, el Código fijó al reglamentar el usufructo dos derechos del usufructuario sobre las mejoras útiles y voluntarias por él llevadas a cabo. Nada más justo que someter al arrendatario al mismo precepto, que es lo que hace el art. 1573.

Pero tampoco puede olvidarse, a más de estas analogías, lo que se argumentó en su momento por GARCIA GOYENA, quizás no tanto con la intención de reconocerlas como con la de establecerlas, a la vista de su concepción de la propiedad: cuando intentando llenar el vacío normativo de su modelo el Código ci

vil francés, rechaza el natural antecedente de la Partida 5ª, con vigencia en aquel momento, diciendo que la disciplina del "Derecho Romano y Patrio abrían una ancha puerta a pleitos y a la mala fe de los arrendatarios" (127), y que "el derecho del arrendatario es menos fuerte que el del usufructuario", por lo que "no era posible hacerlo de mejor condición" (127).

El resultado de esta fórmula, más cercana a la del Derecho romano clásico y que aparta de la más progresiva, en cuanto fomentaba las mejoras, del justinianeo y de Partidas, que es la adoptada por el art. 1573 del Código, es que, cómo en el usufructo, se identifica el régimen indemnizatorio de las mejoras útiles y voluptuarias, y con la posición jurídica del poseedor, se establece la restitución íntegra de los gastos necesarios con derecho para ambos poseedores, mientras que al de buena fé le son indemnizables, con derecho de retención, los de tipo útil de acuerdo con la regla de la menor suma; y los demás gastos (los voluptuarios o de lujo del poseedor de buena fé y los útiles del poseedor de mala fé), sólo legitiman el ejercicio del "ius tollendi", según hemos tenido ocasión de estudiar con detalle a propósito de las mejoras realizadas por el usufructuario.

Como a éste, por otra parte, le está limitada al arrendatario la facultad de mejorar, en cuanto que por decisión del art. 1561 debe devolver la finca, al concluir el arriendo, tal como la recibió, (salvo lo que hubiese parecido o se hubiera menoscabado por el tiempo o por causa inevitable), lo que implica idéntica limitación que al usufructuario impone el art. 487 de no alterar, al hacerlas, la forma o sustancia de la cosa en la que se realice la mejora. A este propó-

sito declaró el T.S. en una sentencia de 16 de enero 1906, que el dueño debe no reembolsar pero sí permitir al arrendatario que retire las mejoras útiles o de recreo, si puede hacerlo sin alterar la forma y sustancia, pues si ataca éstas puede oponerse y responsabilizar, incluso penalmente, al arrendatario.

También se ocupó el Tribunal Supremo de los pactos sobre mejoras en el arrendamiento, habiendo declarado (en Sentencia de 20 abril 1901) que el arrendador no tiene obligación de reembolsar las mejoras útiles o de recreo al no estar estipulado; y que es lícito el pacto por el que se atribuye al arrendador, al término del arrendamiento, las mejoras hechas por el arrendatario (Sentencias de 30 junio 1903, 15 diciembre 1911).

Hay que decir asimismo, a propósito de la asimilación o reenvío del art. 1573, que se entiende por la doctrina ser aplicable al arrendamiento lo que dispone el art. 488 sobre facultad de compensar desperfectos con mejoras, por estimar como hace MANRESA (128) que como el motivo de la ley es el mismo, y como éste, al cabo, es un derecho que respecto de las mejoras tienen el usufructuario, debe estimarse que también corresponderá al arrendatario, según el precepto del art. 1573.

d*) Conviene hacer mención, a más de lo limitado del campo en que actualmente se aplica esta normativa, a lo que nos referiremos seguidamente, al hecho de que casi desde su publicación fue muy criticada por la doctrina; quizás quien más a fondo ha criticado este art. 1573, y pienso que con razones muy adecuadas que el tiempo ha venido a ratificar fue

el comentarista del Código MUCTUS SCAEVOLA, que con gran clarividencia, aunque con prosa rebuscada, junto a una crítica razonadamente científica de la solución que en ese precepto se adopta, expone las ideas germen de la que va a ser la posterior evolución que tendrá la materia en las disposiciones que irán construyendo la legislación especial de arrendamientos.

Frente a los argumentos que llevaron a la equiparación, en materia de mejoras, de arrendamiento y usufructo, que califica de "erróneos en lo jurídico y desorientados en lo social" (128), recuerda la diferente naturaleza, real y personal de uno y otro derecho, que priva de base sobre que fundamentar la paridad de efectos, así como lo son por las necesidades a que responden y la función que cumplen, que le lleva a decir que "sin usufructo, nuestro régimen de propiedad desamortizada e individual subsistiría; sin el arrendamiento, no. Quitad a los propietarios de montes, tierras y dehesas el derecho de cederlas en renta y, o tendríamos que restablecer la esclavitud, o crear asociaciones de cooperación que nos llevarían al comunismo, es decir, a la destrucción del régimen imperante."

Negadle a los dueños de casas la facultad de darlas en inquilinato, y habría que derribar las ciudades y los pueblos para verificar repartimientos, y que cada grupo familiar edificase su habitación.

Esta consustancialidad del contrato locativo con el régimen, es la razón suprema que autoriza, y más todavía que compele, a conceder a los arrendatarios lo que no puede ni debe otorgarse a los meros beneficiarios de usufructo. Los usu-

fructuarios son como canto rodado, los arrendatarios son el macizo y la cima del Ruvenzori, dominan el mundo contrac - tual, y este coeficiente de masa, de potencia, noentre a por menos en la graduación y otorgación de derechos.

Usufructo es beneficio; arrendamiento es trabajo, y el trabajo, acumulado año tras año, representa una suma de es fuerzos tales, que confiere títulos al cultivador para la pro piedad del fundo al que ha incorporado sus energías vitales".

Y en cuanto al transporte que se hace con el precepto de la teoría de la buena o mala fé en la accesión al usufruc- to, y sobre todo al arrendamiento, envuelve un grave error, cuya calificación extiende a la actitud de MANRESA de "hacer de esta transportación en tono agudo una cantata a las exce- lencias del art. 1573". Y la considera un error porque mien- tras la mejora útil se teje en el arrendamiento sobre una tra ma de contractualidad que aleja o diluye toda inculpación de mala fe, en la accesión propiamente dicha no existe fondo con tractual, sino la intención maligna de aprovecharse de lo prin cipal de ajena propiedad, más de lo incorporado por edificación o mejora (130), por lo que valerse del estado de conciencia, de la buena o mala fé presuntas de arrendatarios y usufructua rios, para negarles las mejoras, acusa verdadera desorienta - ción.

Y por lo que respecta a la consciencia de lo que supo ne la solución adoptada para los intereses generales afirma que "en este artículo, al parecer tan sobrío, tan sencillo, tan justificado, se encierra el germen de uno de los daños que se infligen a la economía social, regulando el arrendamiento con la mira puesta en el campo del propietario y la pantóme -

tra en el del cultivador. Este artículo 1573 es la rémora que tira de la quilla del arrendamiento y le impide navegar por las aguas del inmenso mar del mutualismo con aquella rápidez y majestuosidad que piden los tiempos y la utilidad del pre-- común.

Una apreciación final en torno a las mejoras en el arren damiento, tal como vienen reguladas en el Código civil, es que actualmente, son de muy escasa aplicación.

En todo caso, debemos concluir poniendo de relieve el contrastre radical que nos brinda la consideración del régimen de la mejora arrendaticia en el Código civil y en la legislación especial. Y es tanto más acusado y sorprendente el cotejo entre uno y otra a efectos de la mejora si consideramos, como hemos dicho,que es en torno al arrendamiento donde se es tablece y vigoriza la moderna concepción de la mejora en los ordenamientos positivos, por ser la relación arrendaticia el vínculo que de ordinario liga al tenedor de cosa ajena produc tora.

Por otra parte, las posiciones jurídicas del titular del derecho pleno sobre la cosa cedida a titulo limitado y el sujeto de este derecho en uno y otro sistema, evidencia rotun damente la evolución de la concepción del Derecho subjetivo sobre los bienes y de la mejora como instrumento para su ade- cuada explotación. Así, de la consideración eminente del pro- pietario arrendador y la apreciación marginal del arrendata - rio mejorante, se evoluciona hacia situaciones de paridad y aún de privilegio del segundo, sobre todo con respecto a su permanencia en la relación arrendaticia que tienta al recuer- do del enfiteuta, y a la protección y estímulo de su iniciati

va mejoraticia, con un importante y equilibrado sistema normativo sobre mejoras.

Consecuencia de ello, es el carácter residual del Código civil a estos efectos, que ha sido absorbido por las leyes especiales del arrendamiento. No obstante, al Código se sujeta la cesión arrendaticia de la organización productiva fundamental de la economía moderna: la empresa. Pero ésta organización ofrece una problemática compleja y específica en varios de sus aspectos, y concretamente en el de su posible mejora, por lo que preferimos tratarla en capítulo propio.

d) Las mejoras en la enfiteusis.

También a propósito de la enfiteusis, nuestro Código civil se ocupa del tema de las mejoras, supliendo de esta manera vacíos de la legislación anterior, y haciéndolo con arreglo a enseñanzas y directrices procedentes de la jurisprudencia que imponen unas soluciones justas, aunque de difícil aplicación cuando se trate de enfiteusis de larga duración, pues ha de serlo la determinación de sus mejoras y desperfectos, comparando su estado al tiempo de devolverse con el que tuvieren al tiempo de constituirse el censo (131).

De acuerdo con el sistema de propiedad dividida, con que nuestro Código reglamenta el instituto de la enfiteusis, en el que mientras dure se atribuye al enfiteuta la posesión y disfrute de la cosa y la posibilidad de que el censualista recupere esa posesión y disfrute haciendo suya la cosa en su totalidad, es claro que surge la posibilidad de que el enfiteuta haya realizado durante el periodo de posesión y disfrute de la cosa, determinadas mejoras que aumenten su valor y

que, subsistiendo en el momento de entregarla, deben ser contempladas por el legislador para dar la solución más adecuada al conflicto de intereses entre el que las realizó invirtiendo en ellas, y el que la recibe mejorada por alguien no necesariamente consciente de la posibilidad de tenerla que devolver.

a*) La posibilidad de que el enfiteuta mejore la finca objeto de su derecho, parece que no ofrece ninguna duda, derivándose de su posición dominical que reflejan los arts. 1633, 1631 en relación con el 1627 y 1632, y del reconocimiento explícito que de sus consecuencias hace el mismo art. 1652. Lo que sucede es que las mejoras realizadas redundan en un real beneficio propio, dado el carácter perpetuo o por tiempo indefinido con que va a disfrutarla, en función de la naturaleza que en este sentido tiene la enfiteusis.

E incluso cuando se constituyó este derecho con la condición de realizar en la finca unas mejoras determinadas, unas plantaciones, consideró el Tribunal Supremo, en sentencia de 6 de diciembre de 1899, que ello no es obstáculo a la facultad del enfiteuta de explotarla con nuevos cultivos e industrias que tienen aquella consideración.

El legislador, en el art. 1652 del C.c. párrafo primero, ha reglamentado la materia estableciendo que "en el caso de comiso o en el de rescisión por cualquiera causa del contrato de enfiteusis, el dueño directo deberá abonar las mejoras que hayan aumentado el valor de la finca, siempre que este aumento subsista al tiempo de devolverla".

b*) El fundamento de esta norma se suele encontrar en la

consideración de que si bien el dueño directo tiene derecho a recuperar lo que es suyo en los supuestos establecidos, no lo tiene a enriquecerse a costa del enfiteuta aprovechando unas mejoras que han aumentado el valor de la cosa que recobra; tiene derecho a la cosa en el estado en que se encuentre, pero no a lucrarse con la diferencia de valor que haya experimentado la misma por efecto de las mejoras obra del enfiteuta, al que deberá abonárselas.

c) Deben hacerse algunas precisiones acerca de estas mejoras que son abonables:

La primera hace referencia a la relación que debe existir entre la mejora realizada y el aumento de valor que experimentó la finca: éste debe ser consecuencia de aquélla. Por ello, no procede cuando se dé un incremento de valor que no sea resultado de una mejora sino de otras circunstancias que incidan en un mayor valor, aunque dicho aumento sea consecuencia del mejoramiento que haya recibido por razón de su natural cultivo, abonos, y motivos análogos, derivados todos del normal laboreo de las mismas; y ello, como muy acertadamente expresa SANCHEZ ROMAN (132), porque tales diferencias o aumentos de valor ni están previstos en criterios acogidos por norma legal, ni pueden ser otra cosa que el resultado de multitud de causas que influyen en el valor en venta de las fincas, según las épocas, ni nunca serían por ésto motivo propio de indemnización en favor del censatario, ni fáciles de valorar en justicia, ni, por último, y ésta es la razón decisiva, sería compatible el reconocimiento de tales mejoras con el fin económico y jurídico de estas clases de censo, que consiste precisamente en que, a cambio del menor provecho que el censualista propietario obtiene de su propiedad desde el momento en que entrega aquélla a censo, por lo exiguo de la pensión

que se reserva,y de la mayor utilidad que alcanza el censatario, ya en orden a la naturaleza de sus derechos, superiores a los de un arrendatario, ya a la escasa deducción que para pagar aquélla ha de hacer de la totalidad de frutos que percibe, la forma censal tiene la manifiesta aspiración de fomentar la riqueza y virtudes productoras de la tierra, por consecuencia de cultivos más esmerados y fáciles de realizar en tales condiciones.

En razón del propio fundamento del abono ha de considerarse, y esta es la opinión conforme de los comentaristas, que las mejoras contempladas en el art. 1752 son las realizadas, por el enfiteuta, "imputablemente", "emanadas de su trabajo o motivadas por un cultivo intensivo que hubiese aumentado la capacidad productiva de la finca y, por consecuencia, su valor" (133).

No se han de tener en cuenta, a efectos de abono, las llamadas accesiones naturales, provinientes de la naturaleza o del tiempo, o de obra de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor, en las que ninguna intervención ha tenido el enfiteuta que pueda legitimar el abono; si se diera lugar a él se produciría un enriquecimiento de la misma especie del que quiere evitarse reconociendo el derecho a cobrar las mejoras que él realice, por lo que han de quedar sin más incorporadas a la misma titularidad de la finca, formando con ella una unidad indivisa a todos los efectos: serán, sin más, del dueño directo para quién en definitiva queda la finca, en caso de comiso, como lo serían, en las mismas circunstancias, para el dueño útil, el enfiteuta, en caso de redención.

Según SANCHEZ ROMAN (134) han de incluirse también en

tre las mejoras abonables aquellas que legalmente y por disposición aplicable distinta al art. 1752, tengan esta consideración: tal el caso de las mejoras contempladas en el nº 1 del art., 110 de la Ley Hipotecaria, "las que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obras de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios, y cualesquiera otras semejantes, que no consistan en agregación de terrenos, excepto por accesión natural, o en nueva construcción de edificios donde antes no los hubiere", porque a falta de precepto legal y declaración de jurisprudencia de directa aplicación en este importante aspecto de los efectos jurídicos del comiso, parece que es el medio menos arbitrario para establecer una solución de Derecho.

Ahora bien, dicho número 1º del art. 110 de la Ley Hipotecaria está dictado para la doctrina de la extensión de la hipoteca, en desarrollo y explicación de igual principio, proclamado en el art. 109; y claro es que algunos de los extremos que hace objeto de esta eficacia extensiva de la hipoteca, como otros que excluyé de ella, ambas cosas son base de racional justicia; por causa también de justicia deben, por el contrario, generalmente excluirse aquéllos o incluirse éstos, para negarles u otorgarles la consideración de mejoras que obliguen a ciertos reintegros al censualista, al recobrarse el dominio pleno de la finca cersida por el comiso.

Asi, mientras para los efectos de la extensión de la hipoteca se declaran incluídas las mejoras que consistan en nuevas plantaciones y obras de riego o desagüe, de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios, para los efectos del comiso en aplicación de

ese criterio legal por analogía, no estimamos procedente la consideración de mejoras, que obligue a reintegro alguno al censualista llegado el comiso de tales nuevas plantaciones y obras que, según los casos, pueden entrar en el fin de la constitución censal, y en aquella general razón de cultivo o mejoramiento que la inspira, que pudo el censatario, a su libre arbitrio, dar una u otra forma y mayor o menor extensión o impulso; y por el contrario, la exclusión que con toda justicia hace el precepto hipotecario, para los fines de la extensión de la hipoteca, de los edificios nuevamente construídos donde antes no los hubiere, tratándose del comiso, y en igual supuesto de nuevas construcciones de edificios, resultaría enorme adjudicarlos como una consecuencia natural del comiso al censualista, sin que acreditara por ello derecho a reintegro de valor alguno el censatario.

En relación con las clases de mejoras que tradicionalmente son distinguidas, se ha suscitado la cuestión de si las mejoras suntuarias han de incluirse, o no, entre las abonables a que se refiere el art. 1652 de que nos ocupamos.

O'CALLAGHAN dice tajantemente que sobre las mejoras suntuarias no cabe abono al enfiteuta, si bien éste las podrá retirar si no produce con ello daño a la finca (134). Creemos, por nuestra parte, que el tema merece de algunas consideraciones más, como las merece asimismo la afirmación, que hace un par de líneas más atras, acerca de que son abonables las mejoras que han aumentado el valor de la finca, no importa dónde, cuándo ni en qué circunstancias se hicieron ni si eran necesarias o útiles.".

Y es que pese a esa afirmación, y a la que en el mismo

sentido hace el comentarista MUCIUS SCAEVOLA (135), no creemos que las llamadas mejoras necesarias que lleve a cabo el enfiteuta deban serle abonadas. Afirmación que no se hace por la consideración formal de que al no ser realmente mejoras, no se contemplan en el art. 1652. Sino porque se contemplan y precisamente para excluirlas del abono previsto: en efecto, en el párrafo primero se contemplan las mejoras" que hayan aumentado el valor de la finca", lo que por definición no ocurre con los gastos necesarios, que son de reparación y conservación de la entidad de la cosa y, por tanto, de su valor. Y en el párrafo segundo, porque los deterioros de que responde, es decir, los que está obligado a reparar bajo sanción de responsabilidad, son los que se ocasionen por su culpa o negligencia: éstos es claro que no se le abonarán; pero tampoco los que emplee en la reparación de los deterioros imputables al transcurso del tiempo o a caso fortuito, porque no respondiendo de ellos, si los repara es por su propia conveniencia; lo que, sin duda, se puede predicar también de las mejoras útiles, pero con la diferencia de que éstas "aumentan el valor de la finca", lo que no sucede con las reparaciones, que sirven sólo para mantenerlo, partiendo de la base, como hacen los propios que defienden la abonabilidad de las "mejoras necesarias", de que el aumento de valor se determina por la diferencia, positiva, entre el que tenía la finca en el momento de constituirse el censo, y el instante de la recuperación de la misma por consecuencia del comiso o de las otras formas previstas.

Por lo que respecta a las mejoras de lujo o recreo, se las excluye del abono ex art. 1652. Sin más, como hace O'CALLAGHAN, o partiendo de que el legislador ha guardado silencio respecto a ellas y planteándose la cuestión de si es debido a esta circunstancia al enfiteuta debe perderlas, puesto que no

se consigna su derecho a retirarlas si cabe efectuarlo sin detrimento del fundo, la soluciona, lógicamente, de manera negativa; y se hace argumentando (136) que "no hay razón ninguna que justifique el dualismo de criterios jurídicos que entre el usufructo y el censo enfiteútico en este punto se advierte, siendo así que mayor es la razón que abona la justicia de tal norma con aplicación al censo, que a diferencia de usufructo, implica en el titular del dominio útil, aparte de los dere - chos defruición o goce, "ius utendi et fruendi", los de disponer, característicos de la "plena in re potestas".

Quizás por esto mismo no se creyere el legislador en el caso de dictar un precepto que estaba en la misma naturaleza de las cosas y que era un corolario del rigorismo de los principios jurídicos. Pero, sea de ello lo que fuere, es lo cierto que el elemento sistemático de la interpretación conduce a dicha resultante, no ya por exigencias del apotegma jurídico de que en lo expreso y terminante de un texto legal contiénese implícitamente lo que, con mayoría de razón, está dentro del mismo orden, sino porque aun razonando por inducción analógica, se llegaría a idéntica resultante de interpretación extensiva en armónica consonancia con aquel otro principio: "ubi eadem est ratio".

d*) Admitido que no deba perderlas, lo que no creemos ya tan seguro es que la fórmula sea la de la retirada, y no la del abono. A favor de la primera opción parece estar el argumento de SCAEVOLA, verdaderamente atendible, de que no puede haber dualidad de tratamiento entre la mejora suntuaria en el usu - fructo y en la enfiteusis; pero ésto arguye para un mínimo, para que el enfiteuta no sea de peor condición que el usufructuario; no obstante, debemos considerar que la fuerza de este

argumento desborda tal resultado, y lo que viene a indicar es que deberá ser de mejor condición; y lo será si se busca una fórmula que no le haga perder lo invertido en la mejora de lujo y recreo cuando no puede separarse de la finca sin detrimento de ésta; y esta fórmula es, sin duda, que se le dé el mismo tratamiento que a las otras mejoras, las útiles: abono de su importe, si permanecen y han aumentado el valor de la finca. Y en pro de ello, otro argumento: que en el art. 1562, primer párrafo, no se distingue entre una y otra clase de mejoras, por lo que tampoco nosotros debemos distinguir; y la consideración de que con esta solución se hace al enfiteuta de mejor condición que al poseedor de buena fé, no puede tener valor disuasorio por cuanto al enfiteuta, si bien no es dueño exclusivo, su titularidad como dueño útil lo convierte en el sistema del Código civil, como advirtió el Maestro CASTAN (137), en el verdadero dueño.

Y esta situación, de permitirle disponer de la finca misma (art. 1633), de pertenecerle todas las facultades de aprovechamiento en una posición que, como dice el mismo autor (138) es la de un dueño (art. 351, párrafo primero) y no la de un simple usufructuario (art. 471), y de facultarle para consolidar el dominio por medio del tanteo, del retracto, de la prescripción o de la redención, que unido a su carácter perpetuo o por tiempo indefinido, deja la duración en sus manos (139), lógicamente le autoriza a introducir unas mejoras -útiles o suntuarias- que son para sí mismo y en unas condiciones que nada tienen que ver con la de los poseedores, arrendatarios e incluso usufructuarios, que mejoran cosas ajenas. Esto, en cambio, sólo sucederá en la enfiteusis en el caso excepcional de que se produzca el comiso, cuya oportunidad o producción sigue estando en manos del enfiteuta: los otros su

puestos englobables en el art. 1562, o están en parecidas circunstancias, o suponen situaciones de escasa probabilidad como veremos más adelante.

Por todo lo expuesto, creo que la norma relativa al abono de las mejoras que contiene el art. 1562 es deaplicación tanto a las útiles como a las suntuarias que lleve acabo el enfiteuta; y por supuesto siempre que permanezcan en el momento de devolver la finca y que hayan aumentado el valor de ésta.

Los derechos que corresponden al enfiteuta por las mejoras realizadas en las circunstancias contempladas por el repetido art. 1652, se concretan, según este mismo precepto, en el abono de las mismas que habrá de hacerle el dueño del dominio directo que recibe la finca.

Lo que ha de pagarse será el importe de las mejoras, y no el aumento de valor que por consecuencia de ellas experimente la finca; está claramente determinado en el texto legal, donde el papel que se reserva al aumento de valor es el de legitimador del pago, no el de cuantificador del mismo. Es la misma doctrina que había establecido el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 1884, según la cual "al declarar la Sala sentenciadora como tipo regulador para el abono del importe de las mejoras en cuestión el aumento de valor de la heredad en que se ejecutaran, aplica indebidamente las leyes 41, 43 y 44, tit. 28 de la Part. III, porque predomina en ellas la idea y el precepto de que tales abonos, cuando procedan, se limiten a las impensas o gastos generadores de las mejoras, cediendo, por lo tanto, el aumento de valor que las fincas adquieran en beneficio del propietario, como una

accesión natural del dominio y de las condiciones intrínsecas de la heredad".

Observa SANCHEZ ROMAN (140) que esta doctrina del T.S. además de ser determinante de un criterio positivo, que al fin sirve de norte a la solución de estas dificiles y frecuentes cuestiones de mejoras y reintegros a que dan lugar, es expresión de una fórmula de justicia, en la que se respetan tanto el derecho de reintegro de las impensas o gastos hechos por el poseedor mejorante, que dieron por resultado las mejoras y el consiguiente aumento de valor de las fincas, como aquellas otras fuerzas que concurrieron a ese aumento de valor, y cuyo beneficio de cantidad no es aplicable al mejorante, sino una consecuencia de las condiciones virtuales de la propiedad mejorada, el cual sólo debe ceder en favor del propietario; no siendo justo hacerlo capítulo de indemnización por parte de éste en provecho del poseedor mejorante, pues es de toda evidencia la realidad y la justicia de la distinción entre el coste de unas mejoras y la diferencia o aumento de valor que los bienes mejorados obtuvieran en definitiva.

En cuanto al importe del abono que ha de hacerse, como decía antes, no es el aumento de valor experimentado por la finca, sino el de la mejora que, al realizarse, provocó aquel aumento. La duda se plantea a propósito de si este valor debe ser el del importe de la mejora al momento de realizarse, o el que tiene en el instante de la entrega de la finca al dueño directo; la diferencia puede ser, y será, importante debido a la depreciación de la moneda por un lado, y a la duración prolongada que suele tener la enfiteusis, por otro. Considero atinada la solución de O'CALLAHAN (141): "En principio y como base de cálculo, entiendo que debe hacerse según el valor que

tiene al tiempo de la resolución, no al tiempo de cuando se realizó; lo que se deduce de que si es abonable, es porque subsiste el aumento de valor y el dueño directo se beneficia cuando consolida el dominio, por lo que será en este momento cuando deberá abonar el valor actual, no pretérito, de la mejora (piénsese de un edificio construído hace un siglo, cuyo valor de entonces, según el principio nominalista, sería hoy irrisorio)".

Se ha planteado por algunos autores la cuestión de la procedencia del derecho de retención a favor del enfiteuta como garantía del abono que ha de recibir por el importe de las mejoras que haya realizado en las circunstancias que dan lugar al mismo.

Y aunque por alguno se presenta la cuestión como dudosa (142), e incluso se defiende que su concesión sería deseable, como garantía del cobro, a la vista del perjuicio que sufre el enfiteuta por causa del comiso, principalmente, o de otra causa de resolución (143), o se dice que fuera de justicia que nuestro Código lo estableciese, al igual del de Méjico (144), todos están de acuerdo en la que es la solución que sin duda acoge el legislador español: no se le atribuye tal derecho. El mero hecho de no declararlo la ley en este caso concreto, unido a que el derecho de retención es de naturaleza restringida, así como las palabras finales del párrafo 1º del art. 1652 "al tiempo de devolverla", son los argumentos de los que, consecuentemente, se deriva la no atribución de esta garantía al enfiteuta.

Con bastante lógica, y en relación a esta misma materia del pago de las mejoras, se recoge en el párrafo 2º del

art. 1652 la compensación de los deterioros que haya podido sufrir la finca censuada por culpa o negligencia del enfiteuta con las mejoras realizadas por el mismo.

No hace falta llamar la atención sobre el hecho de que en este precepto -como, por otra parte, sucedía con el correlativo art. 488 también del C.c. (145)- se utiliza el término compensación no en el sentido técnico en que lo hacen los arts. 1195 y ss., sino en el de simple comparación de cuantías que neutralicen recíprocamente las de la mejora y el deterioro, por lo que no le serán de aplicación la regulación que en aquéllos preceptos establece el Código civil.

Estos deterioros, cuya cuantía rebajará o anulará, según los casos, las cantidades a que el enfiteuta tiene derecho por las mejoras realizadas en la finca, son los ocasionados en la misma por su culpa o negligencia; y que además, como bien dice O'CALLAGHAN (146), hayan disminuído el valor de la finca, y que dicha disminución continúe al tiempo de la resolución, lo que se explica porque no tendría sentido que se tuviera en cuenta, a efectos de indemnización, un perjuicio que se causó a la finca pero que luego se arregló o recuperó o se salvó por cualquier causa; y que por otra parte, no cabe otro concepto jurídico de deterioro que el que implique una disminución del valor de la finca, puesto que otra cosa no sería deterioro".

Consecuencia de que se esté hablando de cuantías, de disminución de valor computada al tiempo de la devolución de la finca, lleva a que las mejoras a tener en cuenta frente a ellos, deberán asimismo subsistir y haber aumentado el valor de la finca; lo que, por otra parte, concuerda con el párrafo

1º de este mismo art. 1652, cuando determina cuáles son las mejoras abonables; por ello no se alcanza por qué pueden haberse planteado dudas al respecto; como no sea por la innecesariedad de la compensación establecida, en cuanto que ésta se establece, como afirma MANRESA (147) por sí solé , porque en la diferencia de valores de la finca cuando se dió al enfiteuta y ese mismo valor cuando se devuelve al dueño directo, se aprecian al mismo tiempo las mejoras abonables y los deterioros hasta el límite compensable. Aunque resulta, como dice este mismo autor, que al valer la finca menos, el dueño directo podrá o no exigir la diferencia de valor, según que hubiese o no mediado culpa o negligencia por parte del enfiteuta.

e*) Unas palabras, finalmente acerca de los supuestos a que abarca la abonabilidad de las mejoras que regula el art. 1652; dice que "procederá en caso de comiso, o en el de rescisión por cualquier causa del contrato de enfiteusis".

Una interpretación más ajustada al valor que se reconoce hoy a los términos utilizados, ha llevado a poner de manifiesto (148) que en este precepto se enumeran, igualándolos como corresponde, los efectos del comiso y de cualquier otra causa, no de rescisión (que seguirá sus normas propias) sino de resolución, puesto que la naturaleza del comiso es de resolución de la enfiteusis, o mejor dicho, del dominio útil del enfiteuta, que adquiere el censualista, consolidando por este procedimiento su dominio directo con el útil, convirtiéndose así en dueño pleno.

C) Las mejoras en la sustitución fideicomisaria.

a*) Por consiguiente, aunque de una manera directa

no se recoge, al regular la sustitución fideicomisaria, el derecho del fiduciario a introducir mejoras en la herencia, no parece pueda haber dudas en que tal derecho le pertenece.

Y ello pese a que la obligación de conservar y transmitir la herencia pudiera hacer pensar en la necesidad de mantenerla en las mismas condiciones en que se recibió del causante. Y es que si bien no podrá llevar a cabo aquellas modificaciones, que transformando la cosa, aunque aumente su valor, no respeten su identidad esencial (art. 781 C.c.), sin embargo la naturaleza de verdadero propietario, aunque sea temporal, que tiene el fiduciario, lleva a reconcerle las facultades de posesión, de percepción de frutos y rendimientos (siendo de su cuenta los gastos de producción y mantenimiento y conservación de la cosa que los produce, como reconoce la Sentencia del T.S. de 31 de mayo de 1950), administración y gestión, y, en general y concretamente, los que son propios del dueño, con la necesidad de que (salvo en la de residuo) no sufran merma; su límite está, en todo caso, en el interés del fideicomisario y, lógicamente, éste no se vera afectado negativamente por las mejoras, pues el pago de las mismas corresponderá siempre al incremento de valor que por definición suponen éstas. Además de que si bien la herencia debe ir después al fideicomisario, de momento es del fiduciario, y sería inadecuado considerar únicamente el interés del que la espera, omitiendo tener en cuenta el de quien la tiene (149), y el interés de éste justifica la realización de la mejora.

Aparte de que del propio art. 783, 2º se deduce claramente el derecho del fiduciario a hacer mejoras, pues como bien dice ALBALADEJO (150) si no fuera así ¿cómo podría pedir

el abono de lo que valga lo que carece de poder de hacer?; y que, además, puesto que el fiduciario es propietario de los bienes fideicomitidos, lo quele da sobre ellos mayor poder que el de un usufructuario, y éste puede mejorar la cosa usufructuada según establece el art. 487 C.c., es claro que puede mejorarla también el fiduciario, que ha de poder por lo menos, tanto como el usufructuario.

b*) La relación de las posiciones del fiduciario y usufructuario -importante, como se ve, a efectos de la incidencia de su respectiva actividad mejoraticia- es un tema que ha preocupado a doctrina y jurisprudencia.

El Tribunal Supremo comenzó equiparando usufructo y sustitución fideicomisaria (151) aunque posteriormente admitió (en Sentencias de 29 de enero de 1916 y 22 de diciembre de 1920) que "no existe identidad absoluta entre el derecho a disfrutar una herencia con la condición de pasar los bienes a un segundo heredero, y el derecho de usufructo, si bien pueden aplicarse al fiduciario, por analogía, muchas de las disposiciones que se refieren al usufructuario"; insistiendo más tarde (en Sentencia de 20 de octubre de 1954) en que "sin dejar de reconocer la analogía existente entre la situación del heredero fiduciario y del usufructuario, en cuanto uno y otro están imposibilitados para enajenar válidamente los bienes que disfrutan, se diferencia sustancialmente ambos conceptos, en que en la sustitución fideicomisaria las transmisiones acordadas por el disponente recaen sobre el mismo objeto, con efecto sucesivo, es decir, se llama a una misma cosa al fiduciario y al fideicomisario, de tal modo que si por cualquier causa no pudiera tener lugar la sustitución, adquiere el fiduciario todos los derechos

que habrían de corresponder al sustituto; lo cual no ocurre con el usufructuario, porque el usufructo y la nuda propiedad son cosas diferentes y se producen simultáneamente, adquiriendo el nudo propietario sus derechos al mismo tiempo que el usufructuario, al que no puede corresponder el dominio aunque al extinguirse el usufructo haya desaparecido el nudo propietario". En el mismo sentido se pronunciaron las Resoluciones de la Dirección General de 14 de noviembre de 1933 y 22 de febrero de 1943.

Y es que, efectivamente, el fiduciario en cuanto heredero, es propietario, acreedor, titular de los derechos reales, limitados, etc. (lo que no ocurriría si fuera simplemente usufructuario de la herencia, ya que no sería heredero); y por ello puede enajenar y en su caso inscribir el derecho que le compete sobre los bienes del causante, y "estos se confunden jurídicamente con su patrimonio, aunque deben tomarse medidas para evitar la confusión material definitiva, con objeto de que pueda tener efectividad el derecho del fideicomisario" (152).

Esta diferente situación es la que llevó al legislador a contemplar de forma distinta en el usufructo y en la sustitución fideicomisaria, el tema de las mejoras (153); cuyo tratamiento diferenciado, refleja también la importancia que tiene en el mismo la conceptuación de propietario (aunque matizado) de quien las lleva a cabo.

c*) Consecuentemente con ello, se ha dicho (154) que mientras el usufructuario no tiene derecho a indemnización por las mejoras, aunque puede retirarlas si fuese posible hacerlo sin detrimento de los bienes (art. 487 in fine),

el fiduciario no queda constreñido, si no quiere perder lo que vale la mejora, a retirarla (si cabe) sino que puede hacerlo si está conforme; pero si no, tiene derecho a deducir su valor del de la herencia que entrega o a que le sea abonado por el fideicomisario, ya que según esta opinión, el art. 783,2º debe ser interpretado como autorizando o a deducir la mejora de los bienes que se entregan, en el sentido de quedarse, por ejemplo, con el dinero hereditario que la mejora valga, o incluso a entregar la herencia entera, pero pedir al fideicomisario que pague el valor de la mejora.

Aunque no se argumenta el por qué tiene el fiduciario la facultad de retirar la mejora, creemos indudable que es así, no ya porque la tenga el usufructuario, que está en una posición de menor entidad, sino porque, de hecho, nada le impide proceder así, antes de que se produzca el paso de los bienes al fideicomisario (155). Y ello porque para que pueda hablarse de mejora, indemnizable ha de subsistir, permaneciendo en el momento en que se entreguen los bienes al fideicomisario.

Y aparte de ello porque, según la Sentencia de 13 de marzo de 1959 (dictada en un caso de fideicomiso catalán) deben corresponder al fiduciario, como hechos de buena fé, cuantas impensas o mejoras útiles hayan sido por él sufragadas en las cosas de la herencia...debiendo entenderse que si son susceptibles de poderlas retirar debe verificarlo, a no ser que el fideicomisario las reciba, teniendo entonces aquél el derecho de retención sobre los bienes que constituyen la herencia hasta que su importe le sea entregado"; ésto significa aplicar a las mejoras en el fideicomiso el régimen de las realizadas por el poseedor de buena fé, lo que es, por otra parte, solución lógica a la vista de lo que más

atrás exponíamos sobre la posición jurídica del fiduciario.

Congruente con ello, debe ser la que se adopte a propósito de las mejoras suntuarias: el art. 783, párrafo 2º, no distingue entre una y otra clase de mejoras, y ello, a veces, ha suscitado dudas; en este sentido, en una Sentencia de 8 de mayo de 1964 dictada asimismo para Cataluña, el T.S. sigue el criterio de que han de considerarse incluídas y, por ello, dan también lugar a resarcimiento, las mejoras suntuarias.

Sin embargo, ésta es una posición aislada, y el propio T.S. en la S. citada líneas más arriba, de 13 de marzo de 1959, atribuye al fiduciario la posibilidad de "hacer suyas las mejoras de puro lujo o mero recreo, siempre que la cosa sobre que recae no sufra demérito o deterioro, a menos que el sucesor en la posesión (el fideicomisario) prefiera quedarse con ellas y satisfacer el importe de lo gastado".

Esta de no reconocer indemnización por las mejoras suntuarias, sino sólo la facultad de retirarlas si puede hacerse sin menoscabo de la cosa, es también la posición adoptada por la doctrina (156), que la basa en que el tratamiento debido al fiduciario en esta cuestión de las mejoras, es el de un poseedor de buena fé, y de acuerdo con lo que prevé el art. 454 para este supuesto.

De manera más explícita y argumentada, manifiesta el Profesor ALBALADEJO (157) compartir esta opinión, afirmando que para la exclusión del derecho a ser indemnizado por estas mejoras suntuarias, "no hay ni siquiera que recurrir al argumento de que quedan fuera del espíritu del art. 783,2º,

no da derecho a deducción (o abono) por mejoras siempre (cualesquiera mejoras, al no distinguir), sino que lo da solamente a las deducciones (o abonos) "que correspondan por... mejoras", luego por las mejoras QUE DEN DERECHO A INDEMNIZACION, entre las que no están las suntuarias, como se sigue del artículo 454, que sin duda es aplicable al caso del fiduciario (que siendo, como lo es, propietario, es poseedor de buena fé de los bienes fideicomitidos) y sirve para completar la regulación que el legislador no ha dictado expecíficamente para el caso del fideicomiso".

La aceptación, incuestionable de que el fiduciario por ser propietario de los bienes cuando mejora, es poseedor de buena fé de los mismos, lleva a la conclusión de que a las mejoras que realice deberá aplicársele lo dispuesto en el art. 453,2º C.c., por lo que no sólo deberán de abonársele las impensas útiles (este es el alcance que ha de dársele al art. 783,2º C.c. en lo relativo a la clase de mejoras abonables, sino que además tendrá un "ius retentionis" (158).

De acuerdo con lo que también establece aquél precepto, el fideicomisario que debe abonarle los gastos, podrá optar por satisfacer el importe de éstos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido, según las condicones que veiamos al estudiar, sub ap. a) de este mismo capítulo, las mejoras en la posesión.

A propósito de la cuantía, de acuerdo con lo que allí decíamos, y coincidiendo con lo expresado por SANCHEZ ROMAN para este caso específico de la sustitución fideicomisaria (159), pensamos que el importe de las mejoras deberá ser abonado por lo que represente de aumento de valor en el caudal

hereditario.

d*) Por último, y como extremo específico quedebe ser tratado a propósito de esta materia, se encuentra el del sentido en que ha de entenderse la buena fé, como poseedor, se le atribuye al fiduciario: porque, en efecto, una cosa es la buena fé que como poseedor le atribuye la titularidad con la que tiene los bienes, y otra, distinta, es la buena fé con que pueda haber actuado al efectuar las mejoras de que se trata. Y es que como dijera ROCA SASTRE (160), ha de entenderse que el derecho al abono de las mejoras, que es - tablece el art. 783,2º es "siempre que hayan sido realiza - das de buena fé, en el sentido de haberlas efectuado el fi- duciario de un modo regular, produciéndose en la misma for- ma que lo haría si los bienes fuesen de propiedad plena y absoluta suya.

Y es que si bien su título lo sitúa en la posición, generalmente contemplada, de un poseedor de buena fé, en las actuaciones concretas que lleve a cabo podrá, o no, com- portarse de este tenor; y que lo haya hecho así, y no con una actuación que por las circunstancias no le vaya a pro - ducir un beneficio, lógicamente constituirá una condición para tener derecho al abono de las mejoras hechas, precisa- mente porque se reconoce el derecho al mismo en base a su posición de propietario y al disfrute de la herencia que en este concepto se le atribuye, y que las mejoras van a poten ciar. Otra solución, por actuarse contra la buena fé o con abuso del derecho (por ejemplo, haciéndolas precipitadamente y en las postrimerias del fideicomiso, de modo que quede cla ro que la mejora no va a poder ser usada razonablemente por

el fiduciario), opina ALBALADEJO (161), haría rechazable la deducción o indemnización por mejoras.

Todo lo expuesto a propósito de las mejoras en esta institución, -que según el propio art. 783,2º tiene carácter dispositivo, por cuanto deja a salvo de su regulación otra cosa que sobre el tema haya podido disponer el testador-pone de manifiesto loque venimos subrayando acerca de la configuración que de las mismas se hace atendiendo a una fórmula basada en una determinada manera de concebir la propiedad.

F) Otras mejoras en el Código civil.

Además de los supuestos hasta ahora considerados, el Código contempla otros más, ahora bien, a los efectos que aquí se persiguen no resultan de interés: ello es debido a que no se les dota de un régimen propio sobre el cual puedan hacerse consideraciones que corroboren o no, la tesis que venimos defendiendo. Efectivamente, estos diversos supuestos a que me refiero, se regulan por remisión a otros régimenes ya estudiados aquí, como son los de las mejoras realizadas por el poseedor o por el usufructuario.

Al régimen de las mejoras hechas durante la posesión de un bien por persona que no tiene título para ello, se remite el art. 1898, que contempla el abono de mejoras y gastos hechos por el que indebidamente recibió la cosa. Esta remisión no parece plantear problema alguno, en cuanto que el conjunto normativo a aplicar está perfectamente determinado, y la razón de que se aplique, resulta de la incuestionable razón de ser el que ha cobrado lo indebido un poseedor

de ello.

Como ésta era también la razón que llevóal legislador, al publicarse el Código, a disponer la misma remisión en los arts. 1368, relativo a la restitución de los bienes dotales inestimados, y en el 1391, referente a la devolución de los bienes parafernales cuya administración hubiese sido entregada al marido; si bien cuando así lohacía, en estos supuestos era al régimen concreto de las mejoras hechas por el poseedor de buena fé, pues tal sin duda había de considerarse al marido que recibia las cosas dotales inestimadas o al que se le entregaban, para su administración, los bienes parafernales. Uno y otro precepto han desaparecido, con el régimen de bienes en el que se integraban, en la reforma operada en el Código civil por la Ley 11/1981 de 13 de mayo.

También hay otra remisión, ésta al régimen de las mejoras en el usufructo, en el caso de obligaciones sometidas a condición suspensiva; para este caso el art. 1122, establece que en el supuesto de que la cosa mejore pendiente la obligación, si es por su naturaleza o por el tiempo, las mejoras (que ya sabemos no lo son verdaderamente) ceden en favor del acreedor; y si hay verdadera mejora, ésto es cuando se produce a expensas del deudor, dice que no tendrá éste otro derecho que del concedido al usufructuario.

También esta solución encuentra apoyo en la similitud de las posiciones del deudor cuya obligación esta sometida a condición suspensiva, y el usufructuario, ya que en ambos casos se mejora, cuando de ésto se trata, una cosa sobre la que se tiene una titularidad quelegitima su posesión actual pero que se sabe terminará -en el segundo caso- o podrá terminar -en el primero- en la titularidad de otro sujeto -nudo propietario o acreedor según los casos-. Es la mis

ma situación de la sustitución fideicomisaria y de la enfiteusis, por lo que la misma razón ha impuesto la aplicación del idéntico régimen de mejoras, el del usufructo.

Capitulo 2º. MODERNAS TENDENCIAS EN LA CONCEPCION DE LA PROPIEDAD Y SU REPERCUSION EN LA MEJORA.

1. De la propiedad individualista a la propiedad en interés colectivo.
2. La Llamada socializacion de la propiedad.
3. Intervencionismo estatal en la vida económica. La creciente penetración del Derecho público en el Derecho privado.
4. La función social de la propiedad.
5. La diversificación del régimen jurídico de la propiedad.
6. La propiedad como derecho subjetivo.
7. La nueva concepción de la mejora en las leyes especiales:

   A) El deber de mejorar y la mejora forzosa.

   B) El cambio en la legitimación para mejorar.

   C) Valoración de la mejora en cosa propia.

   D) Aparición de la mejora social.

   E) El nuevo planteamiento de las mejoras unilaterales.

   F) La implantación de estímulos y compensaciones al mejorante.

   G) Las sanciones por incumplimiento de la obligación de mejorar.

1. DE LA PROPIEDAD INDIVIDUALISTA A LA PROPIEDAD EN INTERÉS COLECTIVO.

Los temperamentos y las limitaciones impuestas a la propiedad por los Códigos civiles del siglo pasado, como dice CASTÁN (162) no lograron contrarrestar su esencia exclusivamente individualista, debiendo reconocer que la ordenación de la propiedad en nuestro primer Cuerpo legal no se ajusta al espíritu del Derecho moderno, reflejado ya, dentro de nuestro Ordenamiento jurídico, en gran número de leyes básicas y especiales (163). Como señala RODOTÁ (164), los Códigos de derecho privado significan el pleno reconocimiento de la posición central de la propiedad en el sistema jurídico: desde CAMBACÉRES a FILIPPO VASSALLI subrayan cómo la disciplina de todos los institutos privados puede ser leída como un capítulo de la propiedad.

Los Códigos decimonónicos, sin embargo miran la propiedad desde la perspectiva de la antigua sociedad rural, anterior a la revolución industrial y, por tanto, insuficientes a la hora de adaptarse a las necesidades modernas. Para ASCARELLI (165) el Código de Napoleón, constituye el Código de una sociedad de pequeños propietarios y rentistas.

Estos Códigos basados en el esquema de la propiedad antifeudal y precapitalista, pronto se vieron desbordados por los hechos, y, aunque sus normas permanecieron sin ser formalmente derogadas, una abundante legislación especial puso de manifiesto las numerosas lagunas que, en orden al estatuto jurídico de la propiedad, presentaba la codificación civil.

Sin embargo, no hay que desdeñar la importancia del

Derecho codificado pues, como dice SILVIO COCO (166) refiriéndose al Código francés, "la propiedad que disciplina fué la premisa necesaria para el desarrollo del capitalismo industrial. Una propiedad individual de contenido amplio e indeterminado, libre, por lo menos tendencialmente, de las cargas y de los múltiples derechos concurrentes que habian caracterizado su desarrollo en la Edad Media; caracterizada, tutelada ylimitada según los esquemas técnicamente perfectos de la tradición romanística, aseguraba el desarrollo del capitalismo en su primera fase y favorecía la formación de empresas individuales, operantes en situaciones de libre concurrencia, basadas en la iniciativa, la dirección y el riesgo del propietario de los bienes insertos en el proceso productivo y plasmada según el interés individual, al margen del elaborado sistema de usos y costumbres vinculantes, al cual estaba ligada la organización de la vida económica medieval. Pero este tipo de propiedad privada llevaba consigo la premisa de la propia superación, porque el capitalismo y la producción en masa que la habían favorecido en su fase inicial habían de determinar, en todos los campos de la experiencia jurídica, modificaciones profundas que se reflejarían, revolucionandolo, en el derecho de propiedad".

Pero la concepción liberal del dominio que estos Códigos representan, entrará en crisis durante el presente siglo, dice MONTES (167), como consecuencia de las secuelas negativas de la Revolución Industrial, o de las crisis periódicas del sistema capitalista, cuando no derivaban directamente de las situaciones bélicas. Estohizo necesario la introducción de reformas en la institución que se plasmarán fuera de los Códigos, en una serie de leyes y disposiciones especiales que, recogiendo las nuevas inspiraciones y cambios conceptuales, van consolidandose a medida que sus principios informadores

ganan rango constitucional, muchas veces en contra de los que habían inspirado el Código correspondiente, que perma - necen, lo que da lugar a pluralismos en la regulación norma tiva de la propiedad.

De este modo, de una propiedad individual de signo exclusivista, ordenada en interés exclusivo de su titular, haciendo de éste el centro del sistema se pasa a una propie dad en que, junto a este interés, se van a tener en cuenta fundamentalmente los intereses generales de la colectividad.

De un derecho de propiedad tendencialmente pleno, en el que las limitaciones a las facultades del titular, se pre sentan como anomalías incrustadas extrañamente en el cuerpo compacto y virtualmente ilimitado del poder reconocido al pro pietario, se va a pasar a una situación de sentido contrario en que la posición jurídica del sujeto va a estar fuertemen te condicionada y limitada por consideraciones transindividua les en que priman fundamentalmente los intereses generales del cuerpo social en que el individuo se halla inmerso.

Este cambio de perspectiva va a producir una honda conmoción que va a afectar radicalmente a la esencia misma del derecho de propiedad, a su contenido, a su configuración, extensión y fines. Se va a cuestionar desde la existencia y licitud del mismo derecho, a su propia naturaleza de dere - cho subjetivo individual; desde concebirlo como el derecho más pleno que el hombre pueda tener sobre las cosas, a un derecho reconocido tan sólo en cuanto aprovecha a los demás, y del que se puede ser privado si no cumple esta función; de un derecho general y único por su propia plenitud, a un derecho diversificado por razón de la misma variedad de los

bienes que puedan constituir su objeto; de un derecho que lo es por excelencia, de forma que llega a erigirse en centro del sistema económico y, por ende, jurídico, en un derecho relativo y desdibujado en ocasiones y del que se va a hablar de crisis y de la necesidad de someterlo a profundas revisiones y recortes inconcebibles en cualquiera etapa de su milenaria historia.

2. LA LLAMADA SOCIALIZACION DE LA PROPIEDAD.

Propicia este cambio, la llamada, con expresión equívoca, socialización de la propiedad, entendida esta expresión como indica CASTAN (168) con una significación muy amplia, no circunscrita a las tesis del socialismo, o, como también se ha dicho (169) "no en el sentido de exigencia de un programa político, sino meramente en el de que el propietario ha de tener en cuenta a sus vecinos, a la comunidad, la "societas".

Pero la "socialización", entendida en este sentido amplio no surge en época reciente sino que aparece en épocas históricas muy diversas. Así loafirma el propio CASTAN (170) y, con respecto al Derecho alemán el mismo HEDERMANN (171) admite el marcado tono social que tuvo desde sus primeros tiempos. Por su parte y con relación a la propiedad burguesa que nace de la Revolución francesa e inspira al "code" francés de 1804, COSSIO (172) nos dice que "no es que los juristas de aquel entonces carecieran de sentido de la solidaridad humana: lo que ocurría era que pensaban influidos por la ideología económica de la escuela clásica quela conducta del hombre era por esencia solidaria y que el mejor medio que el individuo tenía de servir al bien común era la

administración sensata de sus propios intereses, la producción de riqueza en su propio provecho que daría lugar a una masa de bienes que por su misma abundancia se derramaría hasta llegar a todos los demás". En fin, este sentido social, como afirma CASTAN (173), bien fuera por las influencias germánicas o por la igualdad de las circunstancias fué una realidad de carácter europeo durante el medievo y hasta la recepción del Derecho romano.

No obstante lo dicho, cuando se habla de socialización de la propiedad, se hace en sentido diferente al expuesto, en virtud de vigorosas tendencias socio-económicas radicalmente opuestas a cualquiera forma de individualismo exclusivista, que han elevado "lo social" al rango de principio fundamental de la convivencia humana.

Y es a finales del siglo pasado y sobre todo en éste cuando la "cuestión social" va a hacer notar su enérgica presencia propiciada, primero por el socialismo marxista y la llamada doctrina social de la Iglesia Católica y después por las grandes convulsiones sociales y atroces guerras que sacudiran el mundo y que determinarán grandes cambios políticos, sociales y científico-tecnológicos.

Consecuencia de ello, como se ha afirmado (174) "había de producirse la rebelión de las masas , y el mismo sistema del capitalismo liberal se vió forzado a reconocer la necesidad de una organización de iniciativas particulares estableciendo para ello fines superiores a los que en el futuro habrían de ajustarse todos los planes de acción económica, y al reconocimiento de una variedad esencial de las formas del dominio impuesta, de una parte, por la peculiaridad de cada uno de sus posibles objetos y, de otra por la parti

cular forma de acceso que cada uno había tenido a los dis - tintos bienes que poseía...".

Esta idea de la socialización, que supone la incorpo ración de un elemento funcional en la propiedad, se incor- pora al Derecho positivo por la vía constitucional y de las leyes ordinarias especiales. En efecto, el Derecho codifica do, en general, para el que la nueva orientación supone un cambio tan sustantivo, permanece anclado en su obsoleta con cepción liberal individualista ajeno a la copiosa y acelera da lluvia normativa que se prodiga a su alrededor pletórica de la nueva concepción de la propiedad.

Desde el Código de Napoleón al Código suizo, como ha ce notar SUSTAETA (175) "sólo hay diferencias de matiz, y el cambio experimentado a un siglo de distancia, noes compa rable con el sucedido fuera del Derecho codificado".

En este sentido, la lectura de nuestro Código civil podría inducirnos a pensar que la institución de la propie- dad permanece inalterable desde la época de su publicación; sin embargo, no es así. Como dice MORENO QUESADA (176), "por la puerta abierta de las limitaciones que, establecidas por las leyes, dejara el legislador, han ido penetrando las nue vas orientaciones, que por este medio han configurado una nueva ordenación de la propiedad como función social, que difiere radicalmente de la individualista que inspirara la definición del Código; según la nueva concepción, el propie tario ya no tiene un derecho absoluto sobre una cosa; no es dueño de destruirla o dejarla improductiva, desde el momen- to en que hay una serie de leyes que le imponen una utiliza ción de sus bienes de acuerdo con el interés general, limi-

tandole también la posibilidad de modificarla, e incluso venderla o disponer de ella libremente. Es curioso observar que para conseguir ese cambio radical no ha sido preciso modificar una sola palabra de esa definición del Código: un verdadero alarde de técnica legislativa y jurisprudencial ha permitido ir realizando esa adaptación, y hoy han cambiado tanto las cosas, que aquél poder casi omnímodo que correspondería al propietario ha sufrido una transformación radical".

En el Derecho constitucional de los países integrados en lo que se llama el "mundo Occidental", se reconoce el derecho de propiedad privada, pero acentuando en ella el sentido funcional o social; así, desde la Constitución postrevolucionaria mejicana de 1917, a la española vigente de 1978, todas acatan la nueva noción de propiedad.

Ello supone la consagración en normas jurídicas fundamentales, de un largo proceso de luchas sociales que, basadas en las nuevas realidades económico sociales que penetran sus raíces en la Revolución Industrial iniciada en Inglaterra en el siglo XVIII y en la Revolución francesa, darán lugar a la aparición de una clase social próspera e influyente, motor del cambio económico y político, frente a una clase desheredada y miserable, hacinada y hambrienta en los núcleos urbanos industriales y en las poblaciones agrícolas.

El desencanto que va a producir en estas clases la frustración de sus esperanzas de cambio, alentado por las nuevas corrientes del pensamiento filosófico y social, que ven en la propiedad privada la perpetuación y agravación de su insostenible condición, será la causa que precipite la crisis del sistema liberal.

El trilema "liberté, égalité et fraternité" -esas tres viejas ideas cristianas que se habían vuelto locas- pretendía garantizar un nuevo régimen de concordia y de paz en la convivencia, sobre los restos de las instituciones derrocadas. Así lo creyeron apasionadamente los primeros conductores de la época, aunque la ilusión tropezaría pronto con la dura realidad. Atonizada la vieja estructura social, erguido el individuo a solas frente al Estado, y puesto en el candelero el dogma de la iniciativa individual, de la autonomía de la voluntad privada en todos los campos, sin señalar suficientemente la función social de todo poder humano, se abrirá pronto una nueva fase de incertidumbres y de luchas. La libertad, teóricamente reconocida a todos los hombres, quedaría en la práctica gravemente cercenada, no sólo por las reacciones autoritarias de sucesivos grupos de gobernantes sino también por las desigualdades económicas reales que dejaban a una masa cada vez más amplia de trabajadores en el trágico dilema de aceptar las condiciones de los patronos o de declinar y morir. En realidad, el siglo XIX es un "siglo puente": epílogo de un mundo -el mundo "moderno"- y preludio a larga distancia de un tiempo nuevo, el tiempo en que a nosotros nos ha tocado vivir" (177).

3. INTERVENCIONISMO ESTATAL EN LA VIDA ECONOMICA. LA CRECIENTE PENETRACION DEL DERECHO PUBLICO EN EL DERECHO PRIVADO.

La exigencia de esta socialización, contada en los textos fundamentales, se va a cumplir necesariamente por la intervención de los poderes públicos pues, como dice BALLARIN (178) la socialización lleva consigo un incremento paulatino del intervencionismo estatal, y a través de las leyes ordinarias que van a desarrollarlos. Se desecha la concepción in-

dividualista de la propiedad privada, basada, como señalan BASSOLS Y GOMEZ-FERRER (179) en la idílica tesis de que el interés individual coincide con el general, que hacia peligrar la propia subsistencia de la propiedad en un momento en que junto a los derechos individuales de cuño liberal estaban apareciendo los derechos económicos y sociales, lo que obligaba al Estado a intervenir en la Vida social para conseguir la efectividad de tales derechos. Si la propiedad privada había de subsistir necesitaba cambiar de sentido y ponerse al servicio de la consecución de fines de interés general, coincidieran o no plenamente con los intereses de sus titulares.

La propiedad teóricamente ilimitada o escasamente limitada en los Código liberales, va a transformarse en una propiedad fuertemente condicionada y limitada en las nuevas leyes especiales que coexistirán con ellos y que discriminarán por sectores económicos, los posibles objetos de este derecho dardo lugar a lo que, como más adelante veremos se ha llamado diversificación o desintegración del régimen jurídico de la propiedad. Ello se facilitará extraordinariamente, sin quiebra de la fórmula codificada y según hemos visto expuesto por el Profesor MORENO QUESADA, en el caracter abierto de la misma que, como en el caso del nuestro, refleja el inciso final del artículo 348, párrafo 1º, con la expresión "sin más limitaciones que las establecidas en las leyes" (180).

Y, en efecto, son numerosas las leyes posteriores al Código civil en que va señorear el nuevo sentido social de la propiedad en los diversos sectores económicos que, en cada caso, va a regular. Fundamentalmente, el nuevo sentido incidirá en los sectores agrario y urbano pues, como observa WIAEKER (181) "las grandes transformaciones en materia de Derecho inmobiliario se han verificado en el Derecho público

del suelo fuera, por lo tanto del Derecho privado. Y en todo caso el espiritu del Derecho público del suelo ha invadido también desde la primera guerra mundial la jurisprudencia civil. En este campo nacieron especialmente las aún no acabadas neoformaciones que destruyeron con nuevos ideales sociales y económicos la hegemonía del Derecho privado". La opinión transcrita ilustra suficientemente sobre el orígen y la vía de penetración de las nuevas corrientes de pensamiento y sobre el véhículo que les sirvió de instrumento, iniciandose un proceso de hipertrofia de la normativa pública a costa de las competencias tradicionalmente privadas y una consiguiente penetración cada vez más notable del Derecho público en la esfera privada, merced a la directa intervención activa del Estado en la vida económica, consecuencia de su renuncia a la abstención, propia del liberalismo que quiere superar.

En el sector agrario, tradicionalmente el más conflictivo, y en el que el "hambre de tierra" ancestral y su ansia de satisfacción por parte de un campesinado mayoritariamente desposeído y para el que la demanda de tierra va a ser la constante de sus revindicaciones sociales y las reformas agrarias el señuelo de toda oferta revolucionaria, es obviamente donde primero se va a dejar sentir la nueva concepción social de la propiedad, promulgandose nuevas leyes que irán recogiendo los nuevos principios inspiradores del órden social y económico y a las que, en su caso, iremos haciendo referencia.

La propiedad inmobiliaria urbana, es el otro sector en que, con mayor fuerza, se ha consagrado el principio de prevalencia del interés social en la propiedad. El formidable

crecimiento de la población urbana, consecuente al desarrollo industrial y al paralelo crecimiento del sector de servicios, acarrea un trasvase, tantas veces desordenado, de gentes del medio rural a los núcleos urbanos atraídos por vagas promesas de mejora en las condiciones sociales y de trabajo y en las expectativas del porvenir y nivel de vida. Esto da lugar a gravísimos problemas de hacinamiento y promiscuidad con lógicas dificultades de integración y salubridad tanto físicas como morales. Las ciudades crecen mostruosa y desordenadamente, planteando situaciones de muy difícil y costosa resolución sobre la ordenación del espacio urbano y la dotación de servicios mínimos, así como de vivienda a este nuevo proletariado urbano desesperado, que arrastra unas condiciones de vida miserables e infrahumanas.

Los poderes públicos toman conciencia de la situación, y van a tratar de paliar en unos casos, y de remediar en otros las consecuencias negativas que todo ello significa a través de disposiciones en que los intereses generales se van a colocar ante todo y por encima de los intereses individuales, que quedan sujetos a fuertes limitaciones impuestas en favor de los primeros. En su consecuencia, "aparece cada vez en mayor grado una publificación de la esfera individual en aras de un mejor servicio a la comunidad. La propiedad clásica preponderantemente con base en el individuo, se sujeta cada vez en mayor medida a la contínua intervención de lo colectivo sobre lo individual, con evidente debilitamiento de éste y correlativo agigantamiento de aquél" (182).

Sin embargo, la aceptación, del intervencionismo estatal en aras del cumplimiento de los principios sociales, no ha sido admitido incondicionalmente por la totalidad de la

doctrina. Así, HEDEMANN (183), para quien "el lenguaje socializante (planificación, dirigismo, estatificación, intervencionismo), que aspira a tener un enpaque cientifico, sigue siendo imprecisoy no aborda los problemas decisivos en la práctica. ¿Por quién se ha de realizar la socialización?. Inmediatamente avanza ~~avanza~~ amenazador el mecanismo técnico, surgen los peligros de la burocracia y de la hiperorganización. ¿Para quien se ha de socializar?. Y se levanta el Estado -MOLOCK, dispuesto a deglutirlo más que pueda... Pero sobre todo: ¿Dónde debe estar el límite, es decir, la frontera real de la que no debe pasarse?. PUes es imposible una socialización plena del ser humano, ni siquiera una socializacíón total de la economía."

VALLET DE GOYTISOLO (184) piensa que la existencia de la propiedad es una condición de la libertad y resulta el freno más poderoso contra la concentración de poder en el Estado, contra su totalitarismo. Cita a SALERON, para quien la solución dada por el mundo occidental al interés social ha consistido en la separación del poder económico, basado en la propiedad privada, y del poder político en manos del Estado. Y también a MESSNER, para quien el derecho de propiedad, privada constituye el más sólido baluarte "institucional" contra la concentración de poder en el Estado. La intervención estatal sobre la propiedad privada puede revestir muy variadas formas, bien limitando directamente su uso o su disposición, o regulando el modo de efectuarlos, bien afectandola con tributos o imponiendole un determinado aprovechamiento, etc.. La intervención estatal tiende a imponer esas limitaciones o deberes, pero al hacerlo puede resultar en detrimento de aquella función de salvaguarda de la libertad y favorecedora de la iniciativa privada.

Por ello, se muestra partidario de atribuir carácter ético a los deberes de uso legitimo de la propiedad privada dentro de ciertos limites pues la intervención estaal., que lleva al socialismo y al totalitarismo o a la planificación administrativa, a la corta o a la larga resulta un mal peor.

En fín, será la nueva legislación especial, tanto rústica como urbana, la que hará patente la empresa interven - ción delimitadora que ejerce el Estado a través de su Admi - nistración, configurando los límites de la propiedad que contempla y condicionandola inexcusablemente al cumplimiento de su función social.

4. LA FUNCION SOCIAL DE LA PROPIEDAD.

Todo el cambio radical y profundamente dogmático a que hemos hecho referencia, se engloba bajo la expresión "función social de la propiedad", expresión equívoca y difusa que, aunque distinta y lejana a la que se ha querido ver en otras épocas de la historia de la institución, como contribución a los intereses generales a través de la realización del interés individual (185), resulta imprecisa a la hora de sus aplicaciones concretas.

Con su sentido y alcance actual y en contraposición a la teoría clásica de la propiedad como un derecho individual y natural, la propiedad concebida como un derecho reconocido para el cumplimiento de una función social, arranca de los postulados del positivismo jurídico, cuya enunciación iniciara AUGUSTO COMTE.

Y será a través de la doctrina del abuso del derecho

como extralimitación de los podaes reconocidos a su titular por donde se va a producir un cambio de perspectiva en la consideración del derecho subjetivo. Se contemplará primordialmente el ejercicio efectivo del derecho, sus posibilidades y modalidades de ejercicio, el cumplimiento de aquellos valores que, en cada caso, van a fundamentar el reconocimiento por el Estadodel contenido en que el derecho subjetivo consista. De esta forma, el paso de la "titularidad" (que implica señorío o libre actuación) a la "actividad" es decisivo en la nueva concepción, que romperá definitivamente el esquema liberal y va a constituir la piedra de toque de la "función social" de los derechos subjetivos desde principios del siglo XX y especialmente de la propiedad (186). Así, la doctrina del abuso del derecho en su sentido objetivo, se irá abriendo paso en su formulación definitiva por JOSSERAND como toda desviación en el ejercicio de un derecho en relación con su función social.

No obstante, es opinión común que la paternidad de la noción de función social en su formulación primera, con el precedente del positivismo apuntado, se debe a DUGUIT (187) para el que la concepción de la propiedad como un derecho subjetivo individual, debe ser sustituido por la propiedad función social, en la que el propietario se coloca con respecto a la cosa enuna mera situación de hecho para el cumplimiento de dicha función, protegido por el Ordenamiento sólo en la medida en que la cumple.

Pero es IHERING (188) quien aporta la idea matriz de la función social, al desplazar el centro de gravedad del derecho subjetivo de la voluntad del titular, como lohiciera

WINDSCHEID y sus seguidores, al interés económico subyacente y a la conexión de este interés con las necesidades de la colectividad. El ejercicio de una actividad productiva no es una elección libre del individuo que se refleja sobre el bien; es más bien la naturaleza de éste la que obliga al titular del derecho. Por tanto, en la finalidad del derecho se encuentra la regla de utilización del bien, lo que supone la supremacia del elemento psicológico que representan los motivos del sujeto, por el elemento objetivoy económico. Así, para JOSSERAND (189), en esta misma línea de pensamiento prevalece el elemento objetivo o de finalidad económica del bien, sobre el psicológico: todo acto abusivo es contrario al espíritu del Derecho; es antisocial y antifuncional.

Las cosas no estan ya en función de la voluntad del sujeto, sino que la función social que éstas han de cumplir orientará al sujeto, por lo que dicha función social de los derechos subjetivos venía a señalar las directrices de utilización marcadas por el Ordenamiento jurídico a determinados bienes o categoría de bienes.

Sin embargo y pese a que esta nueva condición que se predica de la propiedad se encuentra generalizada en leyes y doctrina, ésta viene discutiendo largamente sobre cuál sea el concepto de función social, su alcance y delimitación, y si ésta es algo inherente a la propiedad o, por el contrario es una cualificación externa de la misma.

El concepto mismo de función, ha sido atacado, y la oportunidad de su empleo puesta en tela de juicio.

Así, MESSINEO (190), a propósito de la naturaleza pú-

blicista o privatistica de la institución, y a la vista del artículo 832 del Código civil italiano, se plantea la cuestión de si a la vista de los limites impuestos a los poderes del propietario, la propiedad ha dejado de ser un derecho subjetivo para convertirse más bien en un deber o en un conjunto de deberes, lo que abonaría la tesis publicísta y, más aún, si se avanza un punto más y se considera a la propiedad exclusivamente como una "función". La coexistencia de deberes impuestos al propietario, no desnaturaliza su carácter de derecho subjetivo privado, y los elementos publicísticos sobrepuestos reproducen en términos jurídicos el nexo que, en términos político-sociales, existe entre propiedad individual y elementos colectivísticos o sociales, lo que no autoriza para hablar de propiedad-función. De otro modo, el propietario-funcionario no podría tomar ninguna iniciativa, debiendo seguir, en todo caso, las vías que le marcan su deber de funcionario, esto es, la exclusiva obtención del interés general. Por ello falta uno de los coeficientes necesarios del concepto de función: el deber jurídico de ejercitar una actividad dirigida a actuar exclusiva y directamente del interés público es solamente indirecta, o sea que, ejercitando su derecho en interés propio, se ajuste a las obligaciones genéricas impuestas por la ley, actuando así al mismo tiempo implícitamente, también en interés general.

Y son muchos los casos en que el propietario persigue lícita y exclusivamente un interés personal.

También se ha hablado de la propiedad como derecho-función. En efecto, la doctrina francesa, diversificando la noción de derecho subjetivo, distingue, junto a los derechos subjetivos al servicio del titular, que califica de "verdaderos",

otros que llaman "droits fonctión", reconocidos para el servicio de otros sujetos y cuya característica peculiar desde el punto de vista dinámico o del ejercicio, es la de carecer de "señorío" o libertad de ejercicio considerada por la doctrina tradicional como elemento esencial del derecho subjetivo. Son prerrogativas concedidas a su titular como medio para cumplir la función respectiva.

Esta diversificación del derecho subjetivo, permite hablar de "situaciones jurídicas subjetivas" que hacen referencia a las posiciones atribuídas por la norma a determinados sujetos mediante un efecto jurídico, situación que no es ya valorada desde la perspectiva del sujeto, sino en función del interés fundamental de la comunidad y en la que pueden comprenderse una amplia gama de posiciones personales, desde el derecho subjetivo pleno y perfecto hasta el interés legítimo. De esta manera, el centro de gravedad del concepto de derecho subjetivo se traslada desde el sujeto al bien de que se trate, entendido éste en sentido amplio, que configurará el tipo de derecho subjetivo en función de las características del bien sobre el que recae.

Aunque esta teoría de los derechos-función, no ha dejado de tener contradictores, no parece que los haga incompatibles con el concepto de derecho subjetivo, aún cuando presenta los mismos inconvenientes que la de la propiedad-función (191).

Puede decirse que la propiedad ejerce, también, una función social. Pero una cosa es que la propiedad debaaten - der también una función social, y otra es que la propiedad sea una función social (192). En este sentido GARRIDO FALLA

estima que la concepción de la propiedad como función social queda, al menos por lo que a nuestro Derecho positivo se refiere, en el reconocimiento de la función social de la propiedad. A estos efectos, continúa, son sintomáticas las palabras que se contienen en el Preámbulo de la Ley de Expropiación Forzosa, de 1954: "Al consagrar la expropiación por interés social, la Ley Fundamental (Fuero de los Españoles) viene a incorporar jurídicamente una concepción que, habiendo superado el agrio individualismo del sistema jurídico de la propiedad privada de la economía liberal, viene a entender implícita tras toda relación de dominio, una función social de la propiedad".

Por otra parte, admitido que la propiedad esté condicionada al cumplimiento de una función social, habrá que preguntarse que sea o en qué consiste dicha función social.

Las modernas leyes que regulan o inciden sobre esta institución, no dejande hacer constar su sometimiento a los intereses sociales mediante la sujeción explícita de la misma al cumplimiento de una función social. La doctrina, en general, también admite el carácter ineludible que el acatamiento de dicha función tiene para el ejercicio por el propietario de su derecho, especialmente con respecto a determinados bienes.

El legislador, consagra el principio, pero no lo define; quizá porque no sea ésta su misión. Pero tampoco ofrece indicaciones o claves suficientemente válidas para el intérprete.

Entre los autores, con alguna excepción, viene a ocu-

rrir otro tanto. Cuando tratan de la propiedad, son casi unánimes en reconocer actualidad a su función social; pero su referencia queda como una especie de valor sobre-entendido del que nadie, en definitiva, entiende qué debe apreciarse como tal. Desde el reconocimiento de dicha función en épocas anteriores como hemos visto, aunque cambiando con los tiempos su alcance y contenido, hasta los que consideran la expresión obsoleta y carente de contenido concreto; incluso, también hay quienes dudan de su sinceridad y eficacia.

Entre éstos, es conocida la postura de RIPERT (194), quien se manifestó contrario a la teoria de la función social, insistiendo en los conceptos de pertenencia y de señoríó como caracteres de todo derecho subjetivo, ya que para él, señoríó es soberanía en el sentido de "dominium", donde lo no prohibido queda permitido; porque los derechos no son absolutos, pero son egoístas. La función social, señalaba agudamente dicho autor, oculta una cierta hipocresía utilizada por quienes quieren conciliar las ventajas del régimen capitalista con las enseñanzas de la Iglesia sobre la posesión de bienes.

También SANCHEZ ROMAN, hijo en 1932, en su intervención en las Cortes republicanas a propósito de la Ley de Reforma Agraria, opinaba que la función social era la última trinchera de los defensores de la propiedad privada (195).

En este mismo sentido, se ha opinado que el término función social ha sido largamente manipulado en el deseo de establecer una solución de compromiso frente al socialismo, como ocurre con la doctrina social de la Iglesia, pero que, sin embargo, no ha conseguido llegar a una concreción de lo que con ellos quiere decirse.

La misma autora, (197), con referencia a nuestra vigente Constitución, de 1978, hace notar que "no deja de ser divertido... que un legislador tan progresivo y avanzado siga hablando de función social de la propiedad"; para ella, la propiedad, sin dejar de ser un derecho natural del hombre e instrumento para satisfacer sus necesidades individuales, debe cumplir también, en función solidaria, intereses propios de la comunidad en que el individuo titular está inserto. Para ella, resultaría más aceptable y clarificadora la sustitución de la expresión función social por la de propiedad solidaria, y proponeuna concepción dinámica de la propiedad, en relación estrecha con las ideas de productividad y de creación de riqueza, entendidas en función del interés de la comunidad.

No obstante, la expresión función social, profusamente manejada por la doctrina, difundida en el uso social y adoptada por el legislador, puede decirse que ha obtenido carta de naturaleza. Ello ha movido a numerosos autores a indagar su noción y su esencia.

Así, FUENMAYOR, (198) para desvirtuar la afirmación de los que creen que la función social en la doctrina de la Iglesia es un compromiso frente a las exigencias de las tendencias socialistas, que estima mucho anterior, aduce un texto de Santo Tomás de Aquino, según el cual "no debe tener el hombre las cosas exteriores como propias, sino como comunes, de modo que las comunique fácilmente en las necesidades de los otros". Además, con una concepción teleológica de la función social afirma que "la idea que de la misma se tenga dependerá a su vez el criterio mantenido acerca del fin de los bienes económicos, así como acerca de la naturaleza de los

derechos privados y, naturalmente, entre ellos el de propiedad. El propietario debe disfrutar su derecho en provecho propio y a la vez en provecho de la sociedad. Este tener las cosas propias "como comunes", dice con palabras de Santo Tomás de Aquino, es la característica de la función socialde la propiedad.

A propósito de la nueva perspectiva dinámica de la propiedad, y el cambio que ellosupone frente a la concepción tradicional, afirma BALLARIN (199) que lo que ha sucedido, jurídicamente hablando, es que dela consideración del interés o de la voluntad del sujeto se ha pasado a la finalidad o función.". La función social como fin, añade citando a HERNANDEZ-GIL, entraña un planteamiento del "para qué" de las instituciones jurídicas.

En esta misma linea de pensamiento finalista, VELASCO FERNANDEZ (200) para el que la Ley de Comarcas y Fincas Mejorables, en su artículo 2, supone un gran paso adelante en la evolución del concepto y contenido de la función social de la propiedad que hasta entonces venía siendo considerada, un tanto vagamente, como un límite que el Ordenamiento jurídico impone al poder omnímodo del propietario, o bien como una obligación de hacer (en la cosa) una serie de actuaciones concretas fijadas taxativamente por la norma.

En efecto, en contraste con el Código civil, desde las normas de carácter fundamental hasta el amplio muestrario constituido por la legislación especial que se ocupará de ordenar y regular la propiedad rústica y urbana, hayun largo camino en que, desde los deberes negativos en forma de limitaciones impuestas al propietario, y los positivos o conduc-

tas activas exigidas al mismo en orden a la consecución de determinados fines de interés general, hasta la mencionada Ley de Comarcas y Fincas Mejorables que, además de afirmar la obligación de utilizar el suelo rústico en la forma que mejor corresponda a las características de su naturaleza, con subordinación a las necesidades de la comunidad nacional, establece de forma concreta a qué obliga dicho deber, o lo que es lo mismo, su función social. Esta se nos muestra así, concluye dicho autor, como aquél comportamiento que le corresponde a toda persona, considerada en su totalidad, como miembros de la comunidad en que ésta inserto, tendente a la consecución de los fines predominantemente individuales, familiares y sociales en ella implicada. Esa actividad, que ha de desplegar la persona en orden a la consecución de dichos fines, no se deja a su arbitrio, sino que viene determinada por la norma de una manera concreta y precisa. Pero es que la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, en su artículo 2 apartado b), introduce además y de manera explícita una novedad que, a nuestro propósito, nos parece trascendental: el que la realización de mejoras en la finca, sea una consecuencia impuesta por el cumplimiento de su función social.

A partir de ahora, la mejora no va a ser el fruto de un acto voluntario, sino que va aconstituir un deber positivo del propietario, con lo que la nueva noción de función social de la propiedad impone un cambio revolucionario en la concepción de la misma, con relación a la concepción liberal individualista contemplada en el Código civil.

En efecto, en el sistema del Código civil, nos dice BALLARIN (201), el propietario tenía derechos, pero no deberes, como nofueran los puramente negativos de no dañar, y a

pesar de ello se invocaba el adagio "qui iure suo utitur noe minem laedit". Al sistema del Código civil eran y son extraños los deberes positivos impuestos al propietario y, por supuesto el deber de cultivar y mejorar, ni cualquier otro de carácter positivo, pues sólo impuso deberes negativos.

Las líneas de evolución que siguió el derecho de propiedad para asimilar el deber de mejorar son, según este autor:

1. El desarrollo de la teoría de la función social de la propiedad, que acabó imponiendo la declaración "ex lege" del deber de cultivar y mejorar.

2. La ley de gravedad de esta evolución es la del paso desde la propiedad al trabajo como fundamento y a la vez como limite de la protección jurídica, por donde se comprende el progresivo avance del igualitarismo.

3. La evolución es bastante lenta y gradual. Se inicia tímidamente en 1907, al dictarse la primera Ley de Colonización y Repoblación Interior y sigue hasta nuestros dias.

Como vemos, para los partidarios de la concepción teleológica, la función social tiene carácter instrumental, cuyo alcance y eficacia no se deja a merced del titular, sino que viene predeterminado y delimitado por el propio legislador, y que sirve para satisfacer los intereses particulares de aquél, en tanto cumpla con los generales de la comunidad.

Es interesante la aportación de LASARTE (202), para el que la función social tiende a crear un lazo de dependen-

cia entre titularidad y exigencias sociales y afirma que, si de algún modo se puede definir con certeza la socialidad de la propiedad, es desde el punto de vista negativo, frente al individualismo. Se impone, dice, considerar cuál sea el factor social que se ha de tener en cuenta en la regulación de la propiedad privada, y, de otra parte, qué función desarrolla dicho factor social.

En cuanto a cuál sea el factor social, parece evidente que la socialidad ha de referirse al conjunto de condiciones económicas impuestas por el bienestar social, con referencia a cada una de las categorías de bienes, de manera que habrá de tenerse en cuenta la importancia y trascendencia comunitaria del bien de que se trate, lo que, a nuestro juicio supone aceptar el pluralismo de la propiedad.

De este modo, las exigencias sociales supondrán una verdadera función de la titularidad, o sea que determinarán el contenido de la titularidad dominical, aunque para ello sea precisa su concreción a través de la legislación ordinaria.

Por su parte, MONTES, (203) pone de relieve que "la experiencia política de nuestro siglo permite afirmar que en todos los países, aunque con intesidad y motivaciones muy diversas, se ha puesto el acento sobre la aptitud de los bienes para satisfacer no solamente las exigencias del propietario particular, sino también necesidades de la colectividad. Con ello se llega a afirmar el carácter social del dominio; afirmación a la que se ha podido llegar gracias a un cambio de perspectiva en las relaciones existentes entre las exigencias individuales y las del Estado. Se ha hecho entonces re-

cesario coordinar los derechos individuales de propiedad y la gestión de los bienes productivos, replanteando el modo de situarse la persona en la sociedad, con lo que se cuestionaba la medida de legitimidad de su actuación frente a la comunidad en general. Tal es el contexto de la llamada función social de la propiedad: un criterio de valoración de las situaciones subjetivas en relación con los principios de solidaridad social, y otro de los llamados "conceptos indeterminados" o "conceptos válvula", que vienen a expresar, de modo más o menos exacto, que el ejercicio de un poder conferido a un individuo determinado ha de ser coordinado con las razones de intereses de la comunidad, que son ajenos al propietario".

Estos conceptos jurídicos indeterminados que son utilizados como medios para expresar la función social constitucional, tales como interés de la nación, bien común, función social, actividad o inactividad de la riqueza, etc., que se han de precisar, con relación a cada clase de bienes, a través de las leyes ordinariss que, en ocasiones, podrá no ser todavía suficiente, lo que dará lugar a que las leyes remitan, a su vez, a disposiciones de carácter reglamentario, planes y actos concretos, que delimitarán las facultades, los límites las obligaciones de cada tipo de propiedad, o de propietario, con lo cual puede afirmarse que ya no habrá un sólo tipo de propiedad, pues ésta necesariamente se diversificará (204).

GARCIA CANTERO y DE LOS MOZOS (205), haciendose eco de la dificultad que supone definir en qué consiste la función social de la propiedad, opinan que los autores que identifican la función social con los deberes impuestos al propietario, se quedan a mitad de camino en la comprensión del

fenómeno. De cualquier modo, sientan la necesidad de aclarar que estos deberes no equivalen a obligaciones en sentido técnico, sinoque se trata de deberes en sentido amplio, que pueden tener un extenso desarrollo legislativo, como puede resultar de sustituir la función privada que el derecho de propiedad desarrolla, por una nueva función despatrimonializada, en virtud del interés social que interesa desarrollar, como puede ser el aumento de la productividad agraria. De esta forma, el concepto de función social de la propiedad, sólo tiene explicación en la íntima relación entre los derechos fundamentales y los derechos privados, en el marco de una esencial unidad del Ordenamiento jurídico, que es donde esta materia debe ser estudiada para salvar el dualismo que existe, en la actualidad, en la concepción del derecho de propiedad que traduce fielmente el plano normativo, en tanto en cuanto los nuevos principios son objeto de un desarrollo legislativo en normas especiales y, paralelamente, subsiste la regulación del Código civil.

En nuestra opinión, la función social supone una concepción de la propiedad privada en que el derecho es reconocido a su titular como medio para alcanzar fines no sólo individuales, sino también sociales y colectivos. Y éstos serán más o menos prevalentes, según la naturaleza y condición del bien concreto de que se trate y su trascendencia a dichos intereses colectivos.

La función social se hará presente, o no, en una relación concreta de propiedad, en razón de la presencia o ausencia de intereses comunes: estará, por ejemplo en la propiedad mobiliaria de los bienes de producción, como la propiedad rústica, o en los que atienden necesidades primarias

e inexcusables del individuo en sociedad, como la propiedad del suelo urbano y la vivienda.

Entonces, en cada relación concreta de propiedad, habrá que averiguar la presencia y alcance de la función superior, o "social", que haya de cumplir y, en su consecuencia el ejercicio lícito permitido a su titular y, por tanto, las actuaciones, obligaciones o deberes y límites, dentro de los cuales deberá atemperarse y conducirse aquél ejercicio.

Esto demuestra cómo la noción de función social ha desplazado el punto axial de la titularidad al ejercicio, pues el derecho se va a reconocer en mérito a los intereses antes económicos que jurídicos, en base a criterios de productividad. Por ello, en cada caso, podrán ser más intensas las obligaciones impuestas al propietario que las facultades que se le reconozcan, y éstas en consideración de medios para alcanzar los fines supraindividuales propuestos. Esto así, supone en cada caso la definición por el legislador y la delimitación por la Administración Pública, en su caso, del contenido y entidad de cada situación concreta.

Y como quiera que los conceptos de función social, de intereses generales, de limites del ejercicio, etc., son "conceptos indeterminados" y, por consiguiente su concreción insegura, existe el peligro de prepotencia estatal al materializarlos en la realidad viva, como ya vimos en HEDEMANN. Y no es otro el sentido del aviso de BARASSI (206), cuando denuncia en la función social esta faceta sumamente peligrosa, que autorizaría los mayores abusos, pudiendo llegar hasta destruir el mismo derecho de propiedad.

Expuesto lo concerniente a la noción de función so - cial, interesa ahora indagar si esta función es inherente o externa al derecho de propiedad, cuestión en la que la doc - trina no se muestra de acuerdo.

A este respecto como hemos visto, hay autores que entienden que, si bien la propiedad no es una función social, si tiene una función social. CASTAN, (207), criticando la tesis de DUGUIT, según la cual en la moderna concepción de la propiedad la idea de derecho subjetivo ha sido sustituida por la de función social, entiende que tal postura sobrepasa el alcance de las transformaciones realizadas en la condición jurídica del propietario y, afirma, el problema de la pro - piedad, como en general el de todo el Derecho, es un problema de límites. La reconciliación del derecho de propiedad con las exigencias del bienestar común, añade, plantea este doble requerimiento:

1º. Determinar qué cosas pueden ser entregadas al control individual, sobre todo en aquellos sectores económicos de interfes vital para la Humanidad.

2º. Hacer que penetre el elemento social en la propiedad individual, no sólo en la forma negativa que supone el señalar límites a la extensión y ejercicio del derecho de propiedad, sino también en la forma positiva que significa el imponer al propietario aquéllas obligaciones y responsabilidades que demande el interés general y que sean consecuencia de la culpa del propietario o simplemente de la noción de riesgo.

La cuestión no carece de interés pues entendemos que,

si la función social se considera como algo ajeno, externo a la propiedad, quiere decir que sólo estará presente en forma de deberes, ya sean positivos o negativos que delimiten su ejercicio, pero impuestos por el legislador en cada caso concreto. Si, por el contrario, se considera consustancial con la naturaleza misma de la propiedad, entonces su presencia se dará siempre que el goce y el ejercicio de la misma deban conectarse con las exigencias de la colectividad.

Desde el punto de vista de la penetración creciente del Derecho público en el Derecho privado, y concretamente en el derecho de propiedad, y sobre si tal influencia supone una noción fundamentalmente distinta de la propiedad, sitúa la cuestión en decidir si tales intromisiones del Derecho público han de quedar al márgen o han de ser incluídas en el concepto de propiedad; y sólo en este último caso se puede decir, en el orden dogmático, que se ha llegadc a una verdadera socialización de la propiedad (208).

Entre los que consideran la función social como un factor externo, impuesto desde fuera a la propiedad, CARIOTA-FERRARA, (209), opina que la propiedad por su naturaleza es un poder atribuido al particular en su interés exclusivo y que no tolera ninguna idea de obligatoriedad; las obligaciones y los límites pueden eventualmente constituir la cara externa. La función social no puede ser un elemento interno en la estructura de la propiedad y no puede ser inherente a la relación entre el sujeto y el bien; la función social es la justificación, la ratiode las normas que establecen los límites y las restricciones.

Y a propósito de la tesis de DUGUIT, brindando el con

cepto de función social como sustitutivo del de derecho subjetivo, y la de JOSSERAND, que liga a la concepción de los derechos subjetivos, el concepto de la función con el fin de justificar la teoría del abuso del derecho, GASTON MORIN, (210), opina que introducir la idea de función en el concepto de derecho subjetivo es integrar una contradicción en su estructura, porque el derecho es libertad del titular y la función obligación. En este sentido, ROUBIER, (211), nos dice que el lenguaje ha sufrido la influencia de las nuevas corrientes socialistas, y se habla de la sustitución de los derechos por las funciones, como si los derechos tendiesen a transformarse poco a poco en funciones. Se dice que la propiedad, antes derecho subjetivo, vendrá a ser una función social. Nose debe, sin embargo, ser engañado por esta terminología; la función aparece simplemente como una prerrogativa nueva, que jugará unpapel al lado de los derechos, pero no en lugar de ellos. A este respecto dice CASTAN, (212), que de haber tenido presente la noción del fin de los derechos, no hubiera sido necesario recurrir a la más equívoca de función.

Sin embargo, la cuestión cambia de aspecto si. en lugar de considerar la expresión función en la acepción que le da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (213), como "acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio", aceptamos, con LASAMTE (214), el término función en su acepción corriente de dependencia de un factor de otro, que también recoge la Real Academia.

Frente a los que entienden la función social como un condicionamiento impuesto externamente a los poderes del propietario a fin de atemperalos a los intereses comunes presen

tes en una concreta relación de propiedad, hay quienes insisten en su carácter esencial, de forma que conciben a dicha función como un componente nuclear del propio derecho. Asi, será este mismo el que mostrará sus facultades reconocidas tanto en interés de su titular, cuanto en beneficio de la colectividad, condicionando la legitima atribución y ejercicio del primero a la satisfacción prevalente e inexcusable del segundo.

En este sentido, se mantiene (215) que con la introducción por vía constitucional de la función social de la propiedad, el fundamento de las atribuciones al propietario ha cambiado. La atribución de los poderes al propietario no es ya incondiconada, ni se establece en favor de unindividuo en cuanto tal (uti singulus), abstractamente considerado, si no que tiene como referencia al sujeto en cuanto socio (uti socius), en cuanto miembro de la comunidad.

Por su parte, MONTES,(216), más explícito, estima que "cuando la llamada función social de la propiedad es asumida como momento central del dominio, como ocurre con el artículo 33,2 de nuestra Constitución, hemos de obtener la consecuencia de que el reconocimiento de la propiedad tiene como presupuesto su posible correlación a un fin no individualista de tal modo que esta correlación, conexión o correspondencia llega a ser fundamento del derecho de propiedad, que gozará asi de una tutela residual y condicionada, en el sentido de que la protección otorgada al propietario llega hasta donde empiece la esfera de utilidad social y estará subordinada a la satisfacción de ésta".

La función social se presenta, desde ésta perspectiva,

como un criterio de solución de los conflictos entre el interés egoísta del propietario y el interés de la colectividad, y no guarda relación con otros principios o normas establecidos para regular las colisiones interindividuales. Cuestión además, que se presenta no en términos estructurales, sino funcionales, por lo que la disyuntiva entre si la propiedad es o tiene una función social, concluye, aparece como un falso dilema.

Mas concluyente al respecto nos parece la postura de PERLINGIERI (217), quien afirma que la función social modifica la estructura esencial de la propiedad en el aspecto interno. Igualmente explicita es la postura de DIEZ-PICAZO (128) en torno a la consideración de la propiedad no sólo como un derecho subjetivo, como tradiconalmente se la ha venido considerando", sino también como una situación jurídica en la que confluyen un ámbito de poder, que entraña las facultades otorgadas al propietario, y un ámbito de responsabilidad, constituido por sus deberes como tal y su sanción correspondiente para el caso de incumplimiento, entiende que mejor que decir que la propiedad tiene, sirve, desarrolla o cumpleuna función social, es en sí misma una función social, si se puede llamar "función" a esos fenómenos jurídicos donde en una misma persona confluyen deberes y facultades inordinados no sólo al interés del titular, sino a otros intereses dignos de tutela".

También la Encíclica "Mater et Magistra" asegura que al derecho de propiedad privada sobre los bienes, le es intrínsecamente inherente una función social.

5. LA DIVERSIFICACION DEL REGIMEN JURIDICO DE LA PROPIEDAD.

La intervención del Estado, consecuencia de los nue -

vos postulados de preeminencia de los intereses generales sobre los individuales, determina la preferente atención de los Poderes Públicos sobre uno u otro bien o grupos de bienes en orden a su mayor trascendencia a dichos intereses generales.

De ahí que vayan apareciendo regulaciones separadas y especiales para dichos bienes, según la atención preferente que vayan mereciendo para dichos fines y de acuerdo con el grado de urgencia que su adecuación a los nuevos principios vayan demandando. Ello determina el que el régimen jurídico de la propiedad no sea único y generalizado para toda clase de cosas, con alguna excepción, sinoque dicho régimen se diversifique y se produzca el fenómeno siempreque el viejo dominio se proyecte sobre un "quid" importante desde el punto de vista económico y social, diversificación que llega a alcanzar tal grado que ha autorizado a admitir lo que SAVATIER llamó "metamorfosis de la propiedad" (219).

También JOSERRAND,(220) detecta el fenómeno y afirma que "no hay propiedad; hay propiedades porque el interés de la sociedad exige que la apropiación de los bienes se sujete a estatutos en armonía con los fines perseguidos, los cuales varían mucho". En este mismo sentido CARBONNIER (221), nos dice que "para la sociología es ya un error el hecho de estudiar el derecho de la propiedad en general.Sociológicamente, la propiedad no existe, existen propiedades diferentes tantas como categorias de cosas y de personas".

Esta nueva concepción pluralista de la propiedad, es la reacción lógica de un importante sector de la doctrina ante la concepción tradicional que, preocupada sobre todo en

defender al dominio cómo un poder pleno y absoluto, considerado como regla, veía en las normas especiales sólo anomalías raras que, antes que modificar la regla general, la confirmaban. Con ello, eludían tomar conciencia de las relevantes innovaciones que dichas normas comportan a la figura clásica, tratando de perpetuar un modelo abstracto y desarraigado de la realidad social,porque no se puede ignorar que la legislación especial, rene sobre los bienes de mayor trascendencia económica y social, ofreciendo por tanto, una nueva versión de la propiedad, con poderes y facultades peculiares establecidos en los regimenes singulares, en relación a las características propias de los bienes y a su particular destino. Todo ello,necesariamente ha debido producir un fuerte y crítico impacto sobre la tradicional concepción unitaria y absolutista del derecho de propiedad.

Y así lo señala ESPIN CANOVAS, (222) quien con base en la Ley del Suelo, estima que la atribución a la Administración de la calificación y delimitación del suelo, en rústico y urbano, supone una primera limitación a las facultades dominicales, puesto que el destino de la propiedad inmobiliaria no es ya una atribución del propietario, sino del Estado. Hay que hacer, por tanto, una primera corrección al artículo 348 del Código civil, que se inspira en una concepción unitaria del derecho de propiedad, mientras que el destino que el Estado imprime al suelo, bien rústico, bien urbano, supone un estatuto diverso para cada una de esas dos formas de propiedad inmobiliaria.

Pero, para algunos autores, no se trata de un fenómeno nuevo. Así, CASTAN, (223), hace notar que ya en etapas históricas anteriores se manifestó de modo palpable la diversifi

cación de regímenes jurídicos de la propiedad, en razón a las situaciones de las personas, a la naturaleza y entidad de los bienes y otras circunstancias. Así, en el Derecho romano existieron tipos diversos de propiedad, como la quiritaria, bonitaria, provincial,etc., y un régimen distinto para las "res mancipi" y "nec mancipi". En los tiempos medievales aparecieron, también, tipos diversos de propiedad, e incluso la radical contraposición de las dos grandes modalidades del dominio directo y útil. Lo que ocurrió fué que el Derecho justinianeo tendió a la unificación de las formas de propiedad y sobre esta base, en los tiempos modernos la dogmática jurídica ha girado en torno a la idea de la unidad conceptual del dominio. Pero es indudable que la propiedad en el mundo actual, dista mucho de estar estructurada de modo unitario por el Derecho.

A este propósito, cita a HERNANDEZ-GIL, a nuestro juicio muy oportunamente, para el que "la propiedad tiende a dejar de ser unitaria, igual para toda clase de personas y objetos. Podría serlo cuando se reguiaba en virtud de unas normas mínimas dirigidas a dispensar las máximas atribuciones , pensando en el interés estricto del individuo y haciendo abstracción de todo lo demás. Cuando se le modela detalladamente al servicio de diferentes finalidades y funciones, la uniformidad desaparece.".

También se considera (224), que, si bien el derecho de propiedad es unc en su esencia, puede ser vario en sus manifestaciones pues, aunque supone simpre una relación jurídica entre persona y cosa, el objeto es diverso en cada caso, y aún el mismo sujeto cabe que no se halle ligado con el objeto por igual relacíón. Esta idea estuvo presente en los re

dactores del Código civil, quienes al ocuparse en un capítulo " de la propiedad en general", consagraron otros a formas o modalidades especiales de tal derecho.

En DIEZ-PICAZO, (225), late la misma idea al afirmar que el punto de partida de una concepción que pretenda re - construir el sentido de la propiedad, debe ante todo resal - tar.la incidencia sobre la cosa objeto de dominio de intereses diferentes de aquellos quepertenecen al propietario, por que la imágen individualista se ha roto. Sobre las cosas y sobre los bienes no existen sólo los intereses privados, sino también los públicos y los intereses generales; y esto era algo consabido en algunas de las llamadas propiedades espe - ciales.

Por nuestra parte entendemos que lo que justifica los diversos regímenes jurídicos que actualmente ordenan la propiedad es, a diferencia de cualesquiera otra etapa anterior, la presencia eminente de los intereses generales de la comunidad, de atención prioritaria, junto a los intereses individuales;preferencia que será más o menos intensa, según el grado de utilidad que en cada caso represente el bien objeto de una relación concreta, en órden a la satisfacción de los intereses contemplados.

Conviene advertir que este fenómeno de diversificación de la propiedad, hay que reconducirlo a sus justos términos. Se dice que ya no hay propiedad, en singular, sino una pluralidad de propiedades, tantas cuantas cosas diferentes puedan constituir su objeto y puedan satisfacer en distinto grado necesidades comunes. Sin embargo, pensamos que la propiedad, conceptualmente considerada, sigue siendo una: el más amplio

poder abstracto que pueda tener el hombre sobre las cosas. Lo que ocurre es que cuando ese poder ha de concretarse en una situación real, las facultades de su titular, se limitarán, modificarán o restringirán, lo quehace que elhaz de poderes y deberes, concedidos o impuestos al sujeto, varíe de una relación a otra. Entonces, creemos, lo que cambia no es la noción de propiedad, sino su contenido; por consiguiente, al referirnos a la diversificación de la propiedad, no lo hacemos porque existan varios conceptos, diferentes nociones de la misma, sino porque su contenido es elástico y, por ello, puede ser múltiple. No es otro el sentido de la expresión que nos sirve de epígrafe: diversificación del régimenjurídico de la propiedad. Lo que se diversifica es su contenido, su régimen jurídico.

Y no estará de más puntualizar aquí que, cuando hacemos referencia a un cambio conceptual en la propiedad, lo hacemos con respecto al acento o centro de gravedad en torno al cual se va a polarizar su atribución al sujeto, sea en consideración a éste por el mismo hecho de serlo, sea contemplando el ejercicio o el uso que del derecho haga. Esto es, una concepción estática de la propiedad, centrada en torno al sujeto, lo que dará lugar a una noción individualista y exclusivista de la misma, o una concepción dinámica, en la que importa antes que la titularidad misma, el ejercicio que del contenido del derecho se haga.

Y es precisamente esta doble perspectiva, la que ha dado lugar a que se hable de la coexistencia en nuestro Derecho de dos concepciones distintas del Derecho de propiedad: una, estática e individualista, presente en nuestro Código civil, obsoleta y residual, y otra, dinámica y atenta a los

intereses generales antes que a los individuales, más acorde con las nuevas corrientes de pensamiento y las demandas sociales de nuestro tiempo, informadora y explicitada en nuestras Leyes especiales.

6. LA PROPIEDAD COMO DERECHO SUBJETIVO.HOY.

La crisis de la concepción liberal y el avance de las ideas sociales, así como el cambio de la realidad socio-económica subyacente y la consiguiente intervención progresiva del Estado en la ordenación de dicha realidad y en la composición de los diferentes intereses en juego, han hecho cambiar las nociones tradicionales del Derecho provocando la crisis de principios tan arraigados como la absolutividad de la propiedad y el derecho subjetivo, entre otros.

La consideración del ejercicio de los derechos subjetivos como un acto de libertad individual, propio del pensamiento liberal, puso de manifiesto la renuncia por parte del Ordenamiento jurídico a controlar dicho ejercicio y su modo de realización.

Por eso la presencia y la tutela de intereses colectivos y la consiguiente limitación de la libertad individual con el fin de conciliar el espíritu individualista y los deberes sociales de cada individuo, de una parte, y de otra la proliferación normativa de preceptos encaminados a restringir la esfera de libre actuación del titular, o a impulsar su actividad en un determinado sentido, e incluso a detraerle el poder concedido en caso de incumplimiento de ciertas directrices, impone la necesidad de señalar la presencia en el derecho subjetivo junto con el interés del titular, de un

interés colectivo, y la coordinación de ambos intereses en función de un determinado bien.

Y a propósito de esta crisis del derecho de propiedad SUSTAETA (226), nos dice que, entre los factores que la aceleran, se halla la privación de facultades de goce y disposición, y hasta del poder de decidir, y que la necesidad de la autorización previa para el ejercicio de las mismas viene a situarlo en posición muy debilitada en cuanto a su contenido de derecho subjetivo, produciendose como un vaciamiento en su contextura jurídica que deja en el mismo tan sólo la apariencia de derecho. Y en contra de lo que establecía la doctrina tradicional, que concebía al dominio como una "plena in re potestas", estima que la plenitud de facultades no es esencial en orden a la existencia del derecho subjetivo de propiedad. Por ello, situaciones de nuda propiedad temporal, a término, revocable y resoluble, suponen una ausencia de poder, pero no de derecho que se mantiene latente y vivo hasta el momento en que, desaparecidas las circunstancias que lo minimizan, recobra por su elasticidad el estado normal. Es más, existen ciertos derechos de propiedad, en que la ausencia de poder es connatural a los mismos, (la propiedad de las personas jurídicas, fiduciaria, etc.).

Para MANRESA, (118), la existencia en el Ordenamiento jurídico actual de deberes positivos puestos a cargo del propietario, no parece suficiente para desbaratar la construcción jurídica de la propiedad como derecho subjetivo, pudiendo incluirse tales deberes en el estatuto jurídico de la propiedad sin merma de la naturaleza nuclear que sigue ostentando el poder jurídico atribuido al titular (227).

Y es que, como se ha dicho (228), como consecuencia de su doble componente individual y social, hay que considerar a la propiedad privada como un derecho subjetivo establecido fundamentalmente para proteger el interés particular del propietario, pero que satisface a la vez intereses públicos y está subordinado a la realización del bien común. Igual criterio sostiene MESSINEO, (229), para quien la propiedad, en nuestros dias, sigue siendo, en su forma más típica, propiedad individual, "pero propiedad individual de tono social y no individualistico".

Muy interesante al respecto, nos parece la opinión de BALLARIN, (230), quien, a propósito de las consecuencias que para el propietario pueda acarrear el incumplimiento del artículo 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, estima que, si hay justiprecio en la expropiación sancionatoria, aún en el caso de que el propietario haya vulnerado abiertamente dicho artículo, quiere decir que los deberes que el mismo le impone no condicionan su derecho, como ocurriría en una estructura perfecta de reciprocidad derecho-deber; esto sólosucede en la hipótesis de concesión del IRYDA, pero no en la de propiedad alodial o genérica. Por consiguiente, por muy antisocial que sea la conducta del propietario, tendrá que pagársele cuando se le expropie. Luego puede decirse, concluye citando a DIEZ-PICAZO, que el concepto primaria en el terreno jurídico, no es el concepto de deber, sino el concepto de poder o de tener derecho.

Pero no cabe duda que la presencia condicionante de los intereses colectivos sobre los individuales, ha influido sustancialmente sobre la noción de derecho subjetivo, permitiendo su diversificación y la distinción entre los derechos

subjetivos propiamente dichos o al servicio del titular, de los llamados derechos-función concedidos en interés de otros sujetos y de los que ya noshemos ocupado, y que en relación con la doctrina de los deberes o potestades en derecho de familia, permite apreciar la existencia de una serie de figuras, tradicionalmente consideradas como derechos subjetivos, cuya nueva perspectiva desde el aspecto dinámico o de ejercicio, revela una mutación radical, en cuanto carecen de "señorío" o del libre albedrío que la doctrina liberal consideraba esencial en el derecho subjetivo (231).

Por ello es cada vez más frecuente sustituir la referencia al derecho subjetivo de propiedad por la de "relación o situación jurídica de propiedad" en la que, como hemos visto al ocuparnos de la función social, confluyen un ámbito de poder, que entraña las facultades otorgadas al propietario y un ámbito de responsabilidad, constituido por sus deberes como tal y su sanción para caso de incumplimiento.

Esta situación jurídica no es ya valorada desde la perspectiva exclusiva del sujeto, sino que, al tener en cuenta los intereses generales, hace aflorar decisivamente el bien objeto del derecho y sus cualidades para satisfacer dichos intereses. De este modo, como hace notar MONTES, (232), el mícleo del derecho subjetivo se traslada desde el sujeto al bien, empleandose la noción de bien en sentido muy amplio, teniendose en cuenta para la configuración del tipo de derecho subjetivo.

El cambio ya fué puesto de manifiesto (233) al establecer junto a la función social subjetiva, una noción objetiva

de dicha función social, conectando esta función social no al derecho subjetivo de propiedad, sino a la relación o situación jurídica de propiedad, compuesta por los derechos y deberes a cargo del propietario.

Pero es en COMPORTI (234), donde encontramos una formulación más certera de la cuestión. Para él, desde una postura historicista puede observarse que la concepción del derecho subjetivo como "agere licere" presenta la figura todavía en términos individualistas y subjetivos, cuando por el contrario el devenir de la realidad social ha señalado decididamente la superación de cualquier concepción iusnaturalista o indiviudalista del derecho subjetivo y, en vista de ello, propone una nueva categoría de derechos subjetivos, los "derechos sociales" como derechos generales de cada ciudadano a participar en los beneficios de la vida en común, a causa de la función equilibradora y moderadora de las disparidades sociales delEstado moderno: tales derechos, en cuanto expresión de la integración individual, no contraponen el interés del individuo al del grupo, sino que constituyen la tutela de derechos convergentes. Estos derechos sociales, pueden ser dirigidos a proteger no al grupo, sino al individuo en su concreta posición en la sociedad pudiendo entrar en conflicto con los derechos fundamentales, que será resuelto por las constituciones según su signo ideológico.

Y debe ser así, porque las relaciones privatísticas no pueden ser consideradas en función de la tutela exaspera da de la voluntad subjetiva y en consecuencia como no correspondientes a la actual experiencia socio-política las concepciones estrictamente individualistas del derecho subjetivo, como libertad o señorío de la voluntad, o poder individual:

el derecho privado, en sustancia, camina desenvolviendose según un órden objetivo y social, que no parece situado como "noción central" del sistema del derecho subjetivo, en la forma en que tal noción se entendía en sentido tradicional.

Aparecerá así, concluye, que el derecho subjetivo, contrariamente a las tendencias negativas, se afirma hoy como una particular situación jurídica reconocida por el ordenamiento al sujeto para la tutela de determinados intereses relativamente a un determinado bien, situación que constituye un instrumento no de protección, sino de potenciamiento sustancial del individuo, para su armónica inserción en la sociedad, con respecto a los limites impuestos, a fin de atemperar las diversas exigencias individuales y colectivas, al fundamental principio de la solidaridad.

7. LA NUEVA CONCEPCION DE LA MEJORA EN LAS LEYES ESPECIALES.

Ilustra acerca del giro radical que sobre la concepción de la mejora imprime la evolución de la propiedad y su nuevo sentido, referir algunas de las caracteristicas más sobresalientes que la mejora ofrece en la legislación especial. Su exposición la haremos sumariamente, pues su consideración pormenorizada será objeto de atención en otros lugares de este trabajo, ocupándonos ahora solamente del dato característico y diferenciador de la mejora en nuestro Derecho positivo no codificado.

A) Aparece el deber de mejorar. y con él lamejora forzosa. El cambio de una propiedad estática basada en un respeto casi ilimitado al titular del derecho subjetivo, cuyo contenido no contempla deberes sino que atribuye facultades,

a una propiedad dinámica basada en una concepción funcional del derecho subjetivo, en la que prevalece el interés común sobre el individual, supone el sometimiento de la actividad económica en general y de la actividad mejoraticia en parti - cular, al control del Poder público. Por eso, la ejecución de mejoras, que en el Código civil tiene carácter incidental y enteramente voluntario, pues nunca se impone, pasará en las leyes especiales a ser también una obligación derivada del mismo derecho, dando así lugar ~~a que juste~~ a la mejora impuesta por la ley y justificada en la prevalencia de los intereses sociales sobre los individuales.

La superioridad jurídica del interés común, que toma cuerpo en la expresión función social, obliga a explotar los bienes productivos con criterios técnico-económicos adecua - dos, y también, si fuera preciso, a realizar las mejoras pertinentes para un óptimo rendimiento de los mismos (vid. art. 2º,a) y b), de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario). Esta conexión entre obligación de mejorar y función social, en la que la primera se presenta como instrumento idóneo para lo - grar la segunda, pues sólo mejorando el bien se puede obte - ner su máximo rendimiento cuando éste no haya sido logrado, se pone de manifiesto reiteradamente y de forma más o menos explícita en las leyes especiales que se ocupan de la explotación de la tierra.

Así, además de en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, se ofrece esta conexión en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, según la cual la calificación de una finca como manifiestamente mejorable implicará el reconocimiento del incumplimiento de la función social (art. 1º) y podrá producirse en los supuestos de fincas que, siendo susceptibles

de explotación agraria, lleven sin explotarse dos o más años, o bien en las que de modo manifiesto no se aprovechen correctamente los medios o recursos disponibles (art. 2º). Del mismo modo, la Ley de Reforma Agraria Andaluza, que se propone la transformación, modernización y desarrollo de las estructuras agrarias andaluzas, y el establecimiento y desarrollo de explotaciones agrarias rentables social y económicamente para el cumplimiento de la función social de la propiedad (art. 1º) para lo cual podrá fijar criterios objetivos para el mejor aprovechamientode la tierra y sus recursos. Se publicará la relación de las fincas que, por incumplimiento de su función social, o según el grado de aprovechamiento de sus recursos, quedan sujetas a la elaboración de un plan de explotación y mejora por no alcanzar los índice medios de producción de la Comarca, fijados en el decreto de declaración de Comarca de Reforma Agraria (art. 19-2º, b) y c).). En la Ley de Arrendamientos Rústicos, lamejora forzosa, encuanto viene imperativamente impuesta por la Ley, la encontramos en los artículos 48, 49 y, sobre todo, 68.

B) Legitimación para mejorar. El cambio cualitativo en la concepción de la actividad mejoraticia, consecuencia del cambio en la concepción de la propiedad, y la coexistencia en nuestro Derecho de dos regímenes jurídicos de la mejora de inspiración radicalmente diversa, el del Código civil y el de la legislación especial, influye decisivamente en la posición legítima del sujeto mejorante. El Código civil, antes que nada respetuoso con la posición jurídica del titular del derecho subjetivo, al que concede un conjunto de poderes o facultades para la realización de sus intereses particulares, no concibe el deber de mejorar, confiandose en todo caso la realización de la mejora a la libre voluntad del suje-

to. Por el contrario, la legislación especial al contemplar el reconocimiento de los derechos subjetivos subordinado al cumplimiento prioritario de los fines de interfes general, considerará la realización de la mejora comoun deber. Por tanto, la actividad mejorativa, pensada como el instrumento idóneo para lograr dichos fines, no se dejará al arbitrio del titular delderecho sino quele será impuesta por la ley como expresión del contenido normal del derecho.

Consecuencia del desplazamientodel interés jurídico desde la titularidad al ejercicio del derecho en cunto más relevante a los fines sociales prevalentes y de la mejora como instrumento eficaz para satisfacerlos, es la valoración de ésta por sí misma y la consiguiente pérdida de importancia de la posición jurídica que, con respecto a lacosa mejorada, ocupa el sujeto mejorante. Esto determina, entre otras consecuencias, el progresivo afianzamiento de la posición, a los efectos de iniciativa mejoraticia, de los titulares de derechos sobre cosa ajena. Por ello, el reconocimiento de la facultad unilateral de mejorar al poseedor de la cosa por tí titulo distinto del de dueño, ha ido obteniendo carta de naturaleza y adecuado desarrollo en la legislación especial.

Sírvanos de ejemplo a este respecto la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos que, a diferencia del Código civil (art. 1.558), seguido en este punto por la Ley de 1935 (art. 13-5º), obliga al arrendatario a tolerar las mejoras del arrendador, atribuye el poder y el deber de mejorar tanto al arrendador como al arrendatario, debiendo cada uno permitir las que deba o pueda realizar el otro (vid. arts. 47,48 y 49).

Muestra también de la diferente consideración que el mejorante de una cosa ajena obtiene en ambos sistemas, es la

presunción, "iuris tantum", de que las mejoras en la tierra han sido hechas por el arrendatario (vid. art. 51). De esta forma, la Ley de Arrendamientos Rústicos establece una presunción absolutamente contraria a la contenida en el artículo 359 del Código civil, para el que todas las obras, siembras y plantaciones se presumen hechas por el propietario y a su costa, mientras no se prueba lo contrario. Ambos criterios, al atribuir la carga de la prueba a una u otra parte, revelan la diferente consideración que les merece una y otra.

C) Se valora la mejora en cosa propia. Como consecuencia del cambio en la concepción de la propiedad y la sujeción de ésta al cumplimiento de la función social, con la primacía de los intereses colectivos sobre los individuales que desplaza el punto del interés jurídico de la titularidad del derecho a su ejercicio, y la estimación de la mejora como el remedio eficaz para los bienes de explotación deficiente, la apreciación de la misma sufre un cambio sustancial.

En efecto, el Código civil, respetuoso con la libertad del propietario en el ejercicio de su derecho, sólo concibe a la mejora en cosa ajena como relevante jurídicamente, pues sólo en ella se producirán efectos jurídicos compensatorios entre patrimonios, que serán los que interesesn a los particulares afectados por la mejora.

Sin embargo, la nueva concepción del dercho de propiedad vigente en las leyes especiales, al anteponer los intereses generales a los individuales, exigirán un ejercicio del derecho de propiedad adecuado a una explotación del bien que satisfaga primordialmente los intereses colectivos. Por eso, si se explota deficientemente el bien, se obliga a hacerlo

correctamente, incluso son medidas coercitivas, y a mejorar lo si las circunstancias del propio bien lo demandan.

De esta manera, la mejora adquiere una nueva dimen - sión en cuanto sirve de medio para lograr un ejercicio del derecho sobre los bienes productivos acorde con su función social y, por tanto, básico para su reconocimiento y pro - tección legal. En consecuencia, la mejora cobra importancia en sí misma y con independencia del título jurídico que ostente el mejorante: en la legislación especial, serán igualmente relevantes a efectos económicos y jurídicos, tanto la mejora en cosa ajena, cuanto la mejora en cosa propia.

D) Aparecen las mejoras sociales. Con el espíritu que informa la moderna concepción de las relaciones jurídicas, que se sintetiza en la llamada socialización del Derecho, y que alcanza naturalmente a la atribución, uso y disfrute de los bienes con trascendencia económica, es lógico también que la importante figura de la mejora se vea penetrada por las nuevas corrientes de pensamiento.

Así, no sólo se amplía el ámbito de la actividad mejo rativa y de la mejora propiamente dicha en la concepción de la legislación especial con respecto a la del Código, sino que, además y al calor de las nuevas inspiraciones, aparece una nueva modalidad o clase de mejora, fiel reflejo de las nuevas concepciones: la mejora social. Esta mejora, ya alu - dida en la Ley de Montes de 1957 (art. 29), está implícita en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, como consecuencia del cumplimiento de la función social (art. 2º,c)), ya parece ya explícitamente definida en la vigente Ley de Arrendamientos Rústicos, cuyo artículo 57-2, la concibe como la que que

dando incorporada a la finca, facilite la prestación del trabajo en condiciones de mayor comodidad o dignidad o tenga por objeto la promoción de los trabajadores.

E) Planteamiento diferente de las mejoras unilaterales. La mejora voluntaria unilateral tiene un enfoque diferente, en cuanto a la iniciativa para su realización, en el Código civil y en la legislación especial. Puede decirse que el primero la consiente pues mira con cierta prevención la realización unilateral de mejoras por el poseedor de una cosa ajena, no sólo por la consideración eminente del propietario, sino por tratar de protegen a éste de los posibles abusos a que pudiera dar lugar la actividad mejorativa unilateralmente decidida por el poseedor, obligando a aquél a resarcir mejoras no queridas o excesivamente costosas.

Sin embargo, la actitud de la legislación especial frente a la mejora voluntaria es claramente de fomento. Es lógico que así sea, pues ya hemos visto la importancia de la mejora para lograr los fines propuestos en la legislación especial, que, haciendo que los bienes productivos rinda óptimamente, satisfacen el interés común, que es su objetivo prioritario. Por eso, cuando el bien está deficientemente explotado y se ha hecho caso omiso de los incentivos para mejorar remediando la deficiencia, se impone forzosamente la mejora.

F) Compensaciones al mejorante. Consecuencia del interés por la mejora en las leyes especiales, fruto de su convencimiento sobre la idoneidad instrumental de la misma para el logro de los fines de interfes general, son las ~~mencionadas~~ medidas

de fomento de la mejora. Para ello, y en radical contraste con el Código civil que desanima la acción mejorativa, establece una serie de incentivos y compensaciones al mejorante, con el fin de estimularle a que voluntariamente cumpla con su deber de mejorar.

Son estímulos y compensaciones de variada índole, de los que nos ocuparemos con más detalle en otro lugar, y que en síntesis pueden ser:

a) De tipo jurídico, como el acceso a la propiedad, al arrendamiento o al subarrendamiento (vid. arts. 164, de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario; 10,de la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables; y 53, de la Ley de Reforma Agraria Andaluza).

b) De tipo técnico y económico, tratandose de compensaciones en sentido amplio pues, más que indemnizaciones propiamente dichas, seconceden ayudas e incentivos a la transformacion y mejora de las explotaciones (vid. arts. 6,281, 286 y 287, Ley de Reforma y Desarrollo Agrario; 5,10 y 11, Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables; y 18-5ª, Ley de Reforma Agraria Andaluza).

c) De carácter honorífico y económico, como son las declaraciones de Explotación Agraria Ejemplar, y de Explotación Agraria Codificada (vid. arts. 375 y 276, Ley de Reforma y Desarrollo Agrario).

G) Sanciones al incumplimiento de la obligación de mejorar. Si la principal característica diferenciadora entre las concepciones de la mejora en el Código civil y en las leyes

especiales por las razones ya expuestas, es la sustitución de la facultad de mejorar por el deber de mejorar, su lógica consecuencia será el castigo del infractor de tal deber.

En este sentido, la legislación especial dispone una serie de sanciones de diversa gravedad que, por ser también objeto de análisis más detallado en otro lugar, expondremos sucintamente:

a) Reducción o pérdida de ayudas e incentivos, como lógica consecuencia del incumplimiento del fin para el que fueron concedidos (vid. arts. 290, 291 y 292, Ley de Reforma y Desarrollo Agrario).

b) Privación del uso de la finca y su arrendamiento forzoso cuando, a juicio de la Administración, se haga un uso inadecuado de ella, contrariando su función social (vid. arts. 15, 156, 157, 158, 159 y 160, Ley de Reforma y Desarrollo Agrario; 7, Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables; y 15, 18 y 20, Ley de Reforma Agraria Andaluza).

c) Expropiación del derecho de propiedad de la finca, como sanción de la máxima gravedad, y en los casos y condiciones previstos en la Ley (vid. arts. 49, 166, 167, 168 y 241 a 255, Ley de Reforma y Desarrollo Agrario; 7,10 y 13, Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables; y 3, 19 y 20, Ley de Reforma Agraria Andaluza).

d) El impuesto-sanción, que es una novedad de la Ley de Reforma Agraria Andaluza, y que grava las tierras infrautilizadas por no alcanzar los índices productivos señalados por la Administración para la comarca en que la finca esté enclavada (vid. arts. 30 y 31).

Capítulo 3º. PROPIEDAD Y MEJORA EN LA EMPRESA.

1. La empresa.

   A) La empresa como instrumento idóneo para la realización de la nueva concepción de la propiedad.

   B) Concepto de empresa.

      a) Doctrinal.
      b) Legal.
      c) Jurisprudencial.

2. La propiedad de la empresa.

   A) Propiedad y Poder de decision.

   B) Desplazamiento del poder de decisión.

   C) Participación de los trabajadores en la empresa.

3. La mejora en la empresa.

   A) Fundamento doctrinal.

   B) Consideraciones legales.

      a) En los Códigos civil y de comercio.

      b) En las leyes especiales.

1. LA EMPRESA.

El paso de una propiedad establecida en interés de su titular, al que sólo se reconocen derechos y a cuyo arbitrio se confía su ejercicio, a una propiedad contemplada en función de los intereses generales, para cuya satisfacción es necesario que el propietario la actúe y además en el sentido que mejor convenga a dichos intereses, es la necesaria consecuencia del cambio radical que se opera en la misma y que va a dar lugar a la creciente intervención del Estado en su ordenación a traves de las directrices, mandatos y prohibiciones que de manera indicativa o imperativa, según la clase de bienes que tenga por objeto y su trascendencia en órden a los intereses colectivos, se van a contener en las normas reguladoras de la misma. Intervención pública que irá moldeando el paso de una propiedad libre y enteramente confiada a la voluntad casi omnímoda de su titular, a una propiedad controlada en su reconocimiento y, sobre todo, en su ejercicio, a través de los planes, directrices o mandatos queen cada caso dicte la Administración Pública (vid. art. 131 de la Constitución).

Esta propiedad planificada en beneficio delos intereses supraindividuales de la comunidad, hace emerger con fuerza su aspecto económico que, por su mayor implicación social, va a primar sobre el puramente jurídico. Por ello, de la propiedad modernamente se ha llegado a tener, como consecuencia, un concepto económico fundamentalmente (235).

En efecto, el cambio que ha supuesto la inserción de la propiedad en el proceso productivo, quemarca una transición de la concepción estática del dominio a una propiedad,

dinámica e instrumentalmente incorporada a la actividad económica, ha alterado el concepto jurídico de bien y el concepto mismo de propiedad como un tipo de derecho sobre los bienes que, de egoísta, ha pasado a ser solidario.

Consecuencia también, de la nueva caracterización de la propiedad moderna es la cualificación trascendente que la naturaleza del bien, en aptitud para satisfacer necesidades y contribuir así a los intereses colectivos, desempeña en la configuración del derecho de propiedad. Y no sólo determinando la diversificación de su régimen jurídico, sino ampliando notablemente su ámbito al comprender no sólo las cosas corporales, sino también las incorporales (intelectual, industrial, comercial) y, entre ellas la propiedad sobre créditos o participaciones en patrimonios mercantiles o de entidades con personalidad jurídica, la de títulos valores, etc., figuras éstas cuya inclusión en el marco de la propiedad no deja de ofrecer dificultades (236).

Notable es el caso de los títulos-valores cuya aparición transforma el concepto y la circulación de la riqueza. Es conocida la frase de RIPERT, para quien, junto a la sociedad por acciones, los títulos-valores constituyen la gran invención del capitalismo y que, pese a no representar bienes materiales, sino derechos, son buscados como la forma más apetecible de propiedad. El título-valor revoluciona la noción y la localización de la riqueza; ya no es tanto más rico cuantos más bienes, fundamentalmente inmuebles, se poseen. Hoy la riqueza y el poder residen en la posesión de papeles, de ciertos papeles.

Porque, como hemos notado ya, tradicionalmente y duran

te largas etapas históricas que han llegado hasta los umbrales de nuestro tiempo, la noción de riqueza se asociaba con la propiedad inmobiliaria, principalmente la rústica, pues la propiedad de la tierra conllevaba junto al poder económico, el político, al corresponder al propietario otros derechos de señorio y jurisdicción en virtud de particulares vínculos sobre los individuos asentados sobre sus dominios. Entonces, la riqueza y el poder era necesario medirla no sólo en escuetos términos económicos de renta, sino que se hacía preciso añadir el nivel de poder o fuerza militar que aportaban los sujetos a la servidumbre de la gleba. Este determinaba que la propiedad de la tierra, y cuanto más poblada más apetecida, fuera la forma paradigmática de la propiedad, y su régimen jurídico el más cuidadosamente elaborado.

Liberado el hombre de esa forma de servidumbre, alterados los centros del poder político debilitandose unos y robusteciendose otros, acontecimientos sociales de trascendencia decisiva y conquistas formidables del saber humano y la tecnología científica, van a imponer radicales transformaciones socieconomicas exigiendo medios idóneos para atenderlas. Los bienes, la riqueza se liberaliza y adquiere una extraordinaria dinamicidad. Los medios jurídicos conocidos, adaptados a una riqueza estática, se muestran incapaces de dar una respuesta adecuada a las nuevas demandas; estas exigen instrumentos o medios rápidos, eficaces y seguros. Por ello estimamos la apreciación de RIPERT no exagerada al considerar la oportunidad de la aparición de los títulos-valores.

Es claro que, con la ampliación de su ámbito objetivo, la propiedad se va espiritualizando , despersonalizandose (237), en el sentido que, en algunas de estas nuevas modalidades el

propietario no tiene respecto a los bienes ni libertad de iniciativa, ni poderes de disposición, que normalmente son transferidos a otras personas ajenas a toda relación de dominio con las cosas que la integran.

Por otra parte, va configurandose la idea de conjunto o masa de bienes destinados por su titular al servicio de una actividad económica organizada, y de ahí las nociones de explotación o de empresa en consecuencia con las demandas de factores económico-sociales que han contribuido decisivamente a moldear el nuevo concepto de propiedad al insertarla, como dice MONTES (238), en el proceso económico "en el que el ejercicio prima sobre la atribución y en el que se produce una relación dialéctica entre actividad y titularidad, hasta el punto de que se impone la afirmación de la separación entre propiedad y control dela riqueza, ídeas que la codificación consideró inescindibles.

También COMPORTI (239) atiende al fenómeno atribuyendo a las circunstancias que en lo que va de siglo sobre todo y en los paises más adelantados, han propiciado el paso de una economía agrícola estática, basada únicamente en la renta de la propiedad, a la economía industrial fundada sobre rendimientos derivados del ejercicio de la actividad productiva en gran escala y con empleo de costosas instalaciones y grandes capitales.Y ambos coinciden en que la nueva situación surgida de la crisis del concepto liberal de la propiedad, exige un protagonismo cada vez más relevante de la empresa, como factor organizativo de máxima importancia para la producción de la riqueza.La empresa, dice, respecto a la propiedad privada, deviene el"sujeto histórico" de la civilización industrial, y el empresario el "primer actor de la escena eco

nómica" pues, en el nuevo orden de la sociedad capitalista y neo-capitalista, todo el proceso de producción de los bienes y de los servicios, considerado el factor determinante del bienestar y de la seguridad económica, ha presidido a la iniciativa pública y privada, y la organización empresarial constituye el eje del sistema productivo.

A) La invocación a la empresa como el instrumento más idóneo para ejercer los imperativos que la nueva propiedad dinámica demanda, se va imponiendo en la moderna doctrina jurídica. La empresa, igualmente se mostrará el medio más eficaz para cumplir la función social que exige esta nueva propiedad.

En efecto, si en ésta prima su ejercicio, el modo de realizarlo, en cuanto de él dependerá la cuantía de la productividad del bien y, en su caso, el aumento de la riqueza que es lo que finalmente afecta a los intereses generales, la conexión entre empresa y función social no puede ser puesta en duda.

En este sentido, a propósito del fin especifico de la empresa que para muchos autores es el lucro y que por ser común en su sentido amplio de ventaja de cualquier clase que sea es un carácter extrínseco de la empresa, se dice que esta tiene, además, una función social de servicio consistente en producir bien, contribuyendo así a la prosperidad común (240). Idea que se venía abriendo paso entre los autores: así se afirma que el fin de la empresa, cualquiera que sea su naturaleza, es siempre la creación de riqueza, ya sea transformando bienes preexistentes ya incrementando la utilidad de los existentes mediante su distribución en el mercado (241);

y se afirma que para acabar de perfilar el concepto de empresa, habría que insistir en la función social de la riqueza (242).Y es que, como se ha dicho con respecto a la actividad agraria, la posición del empresario agrícola aparece integrada por derechos y deberes que tienen por objeto la empresa en su conjunto. Porque, inspirandose en PUGLIATTI, se concibe la propiedad rústica como una relación jurídica real que tiene como punto de referencia una finca, pero queda establecida entre el propietario y el llamado sujeto pasivo universal, o sea, la colectividad social. Entonces, se ve al propietario -y lo mismo podría decirse del empresario -como "socius" al que se ha reconocido el derecho frente a cualquier otro "socius", pero sujeto por los deberes de solidaridad y cooperación respecto a la comunidad social (243).

En fín, el que la empresa como prototipo de organización económica tenga, junto al fin particular del empresario y sobreponiendose a él, un fin público o función social que cumplir, es una exigencia consagrada en nuestro Ordenamiento jurídico desde el artículo 128 de la Constitución, que subordina toda la riqueza nacional al interés general.

Esta noción nueva de propiedad, que abandona su concepción como un derecho natural del hombre para acentuar el aspecto económico al destacar su dinamicidad y superar su concepción estática, supone una propiedad transformada por la iniciativa privada en empresa. Y esta empresa importa no sólo al individuo titular de la misma si no que, concebida como fuente productiva de bienes afecta también al interés de la comunidad. Y es por eso que la idea de empresa se sobreponga a la hora de protegerla a la propiedad misma, pues lo que importa no es la propiedad, sino su productividad. Este

es el espíritu que inspira nuestras modernas leyes agrarias, y este es también el sentido que apunta el artículo 151 de la Ley de Sociedades Anónimas, de 1951, cuando, después de señalar en el precedente las causas de disolución de la sociedad, establece que "no obstante...cuando el gobierno.... juzgase conveniente para la economía nacional o para el interés social la continuación dela sociedad, podrá acordarlo así por Decreto...".

Por otra parte, la adecuación entre propiedad dinámica y empresa viene propuesta por la propia exigencia legal pues, para que la propiedad cumpla mejor sus fines sociales, según ordena el artículo 2 de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, su titular no sólo está obligado a una determinada actuación, sino también a que la misma se realice según unos determinados criterios técnicos y económicos que le obligan a organizar la explotación de la finca como una empresa agraria.

Por tanto, la explotación de la tierra con "criterios técnico-económicos apropiados según su destino agrario más idóneo" parece indicar el matiz cualificativo de explotación-empresa que exigen los nuevas tiempos, frente al cultivo rudimentario y rutinario abandonando enteramente al criterio más ó menos arbitario del cultivador, propio de tiempos pasados y que el legislador se propone superar. En efecto, las exigencias del artículo 2, no compaginan, como observa VELASCO FERNANDEZ (244), con la idea de titular dominical a la que alude el Código civil y que tiene un sentido estático de detentación, de señorío. Lo hace, en cambio, mucho más adecuado con la de empresa que, a través del dinamismo que presupone, cuadra a la perfección con las exigencias de la norma. Enton

ces, el suelo rústico para cumplir su función social óptima y correctamente, ha de hallarse incorporado o servir de base a una empresa agraria.

La necesidad de una explotación correcta y adecuada al mejor cumplimiento de los fines económicosy sociales, es recogida también en la Ley de Fincas Manifiestamente Mejorables, cuyos artículos 1 y 2 imponen la declaración de finca manifiestamente mejorable sobre aquéllas cuya explotación se haya abandonado o sea défectuosa, pues ello implica incumplimiento de su función social.

La utilización queda, pues, fuertemente afectada en consideración a los intereses generales implícitos en la función social, que sujeta el ejercicio del derechosobre el bien. Afectación que será extensiva desde luego, a las hipótesis de empresa basada en cualquier situación de posesión de cosa ajena (arrendamiento, usufructo, etc.) en la que habrá de tenerse en cuenta la relación jurídica de que se trate para adecuar los criterios de utilización en virtud de los correspondientes critrios civilísticos (vid. art. 140-2, L.R.Y.D.A.) (245).

Hay que admitir entonces, que la idea de explotación es consecuencia de la noción de propiedad dinámica en la que prima el ejercicio del derecho sobre elbien, en cuanto este es explotado del mejor modo en atención a su destino y posibilidades económicas. Ya no prima, como ocurriera en tiempos pasados la titularidad desentendiendose del ejercicio del derecho y, por consiguiente, de la utilización del bien, sino que el reconocimiento del derecho se legitima a través de su ejercicio en conformidad con el interés social prevalente. De ahí que a la moderna legislación agraria se imponga la obligación

de explotar adecuadamente las fincas, mejorandolas en su caso, bajo amenaza de expropiación.

La idea de explotación por otra parte, dice LOPEZ JACOISTE (246), se contrapone a la idea de mero uso; éste suele ser individual, mientras que la explotación con frecuencia exige un equipo de titulares y la conjunción de capital y trabajo, así como de técnica más o menos elemental (una empresa, diriamos nosotros). La explotación como actividad, supone un ejercicio efectivo del derecho matizado por las notas de intensidad y tecnicismo, siendo la necesidad de explotar la expresión concreta de la función social.

B) Lo dicho hasta ahora y otros aspectos de gran interés que nos proponemos tratar en torno a la relación propiedad-empresa, aconsejan que nos detengamos, siquiera sea muy brevemente, en el controvertido concepto jurídico de empresa a cuya sombra ha crecido una tupida y variada floración doctrinal y de la que aludiremos sólo a las posturas más relevantes. Y es que la evolución y expansión de la propiedad, y el desplazamiento de la localización de la riqueza hacia otras sedes más apetecibles para los intereses financieros modernos propiciada por la aparición de los titulos-valores, que han contribuido sustancialmente a la importancia actual y previsiblemente creciente de la empresa como organización básica de la economía moderna, sugieren aspectos de gran interés sobre la propiedad de la colosal masa de bienes e intereses que acampan al amparo de la misma. Y sobre todo, cuando la titularidad recae en una persona jurídica bajo forma de sociedad anónima..

a) El de empresa, es un concepto acuñado por la cienda

económica en la que, generalmente aunque sin unanimidad (247) se acepta por tal la organización de los elementos de la producción -capital y trabajo- para obtener una ganancia ilimitada. Y esta es la noción que ingresa en el campo jurídico de la mano de WIELAND, y que es aceptada por los partidarios de la teoría de los actos en masa como característica esencial del acto de comercio, cuya realización requiere el ámbito específico de la organización empresarial.

Pero los juristas no se han conformado con el puro concepto económico y han buscado con ahínco la formulación de un concepto jurídico de empresa. Los mayores obstáculos al logro de este propósito, se polarizan en torno a dos puntos: uno, la pureza jurídica del mismo, es decir, desligandolo de toda vinculación con el concepto económico, y otro, la posibilidad de elaborar un concepto jurídico unitario, válido para el conjunto de las disciplinas jurídicas interesadas en la empresa.

Hay quienes consideran insoslayable para el jurista el enfrentamiento con un concepto propio de empresa, independiente del que pueda brindar de ciencia económica. Así, FERNANDEZ-NOVOA (248) después de admitir como punto de partida la realidad socieconómica de la empresa, entiende que la ciencia jurídica no puede utilizar directamente conceptos económicos; y cita a ASQUINI, para quien la misión del intérprete es traducir los términos económicos a términos jurídicos. En efecto, dice, la Economía y el Derecho son ciencias independientes, con métodos y fines propios: la primera es una ciencia descriptiva que examina la realidad y formula reglas empíricas; el Derecho es una ciencia normativa que establece reglas que deben ser fundadas en una idea de justicia. El concepto de empresa, dentro de la ciencia jurídica, dice siguiendo a RITTNER, po-

see una índole especial pues no se trata de una noción meta-jurídica, como sería una "realidad natural" convertida en supuesto de hecho de una norma jurídica; se trata propiamente de una "realidad social" que desde elmismo momento de su aparición asume carácter jurídico ya que el ordenamiento no se limita a recoger como supuesto de hecho un fenómeno extraño al Derecho sino que, al propio tiempo que eleva esta realidad social a supuesto de sus normas, configura y determina su esencia.

Igualmente, DUQUE (249) llega a la conclusión de la existencia de un concepto jurídico de empresa, que no tiene porqué coincidir con el económico, aun cuando ambos cuenten con los mismos elementos, porque cada uno tematiza la realidad con distintas finalidades. Y URIA (250), regresando de antiguas posiciones organicistas que considera superadas, rechaza la dependencia del concepto jurídico respecto del económico.

Sin embargo, la búsqueda de un concepto propiamente jurídico de empresa es un empeño lleno de dificultades que, podemos decirlo, aún no han sido superadas a pesar de los meritorios esfuerzos de la doctrina y que en muchos casos han conducido al desaliento, dando lugar a que se haya negado la posibilidad de establecerlo. En este sentido, es ilustrativa la frase de LANGLE (251), según la cual "de Oppikofer a Polo, de Asquini a Garrigues, viénese reconociendo que la ciencia jurídica carece de un concepto firme de la empresa". Y esta afirmación, a pesar de las dos décadas transcurridas, creemos que no ha perdido vigencia. Se piensa que el jurista debe asumir el concepto económico (252), ya que la formulación de un concepto jurídico de empresa diferente del económico es

una pretensión infructuosa (253) pues la empresa es un fenómeno económico que no puede ofrecer, además, otro concepto diferente, el jurídico (254), ya que no puede aceptarse que la empresa sea una cosa para la Economía y otra total o parcialmente distinta para el Derecho, mudando en el cambio su sustancia (255).

Por nuestra parte, creemos que hay una cierta confusión en el planteamientos de la cuestión que conviene aclarar: si la realidad socioeconómica es la que proporciona el dato, pues la empresa es un fenómeno de esa realidad, a ella deberán acudir tanto el economista como el jurista o cualquier otro interesado en conocerlo y cada uno deberá observarlo desde la perspectiva de su propio interés, pues no es invención ni exclusivo de ninguno de ellos.

Por eso, no nos parece acertada la postura de quienes quieran proponer un concepto jurídico de empresa de espaldas a esa realidad, ni tampoco la de quienes se empeñan en imponer el concepto elaborado por los economistas pues, insistimos, la investigacion de unos y otros tiene como base de partida obligada y común la empresa como realidad de la vida social en sus relaciones económicas. Ahora bien, precisamente y por este su origen común, nopuede negarse la coincidencia en los aspectos sustanciales de las nociones propuestas por una u otra ciencia e, incluso, la adopción por una del concepto formulado por la otra siempre quesea útil pues, en definitiva, elconocimiento sustancial de los fenómenos es uno, y las ciencias no se desarrollan en compartimientos estancos aunque sus métodos y fines sean diversos, siendo lícito y obligado en tantos casos el complemento interdisciplinar.

El otro punto controvertido, hace referencia a si ese concepto habrá de ser único o, por el contrario, diverso de acuerdo con la perspectiva y el interés de la disciplina jurídica que cultive el intérprete. Y a este respecto, podemos aplicar el mismo razonamiento: el fenómeno empresa es único y, por consiguiente, también lícito que el observador (sea mercantilista, laboralista, etc.) destaque aquellos elementos o caracteres particularmente interesantes a la disciplina desde la que investiga: al mercantilista, le interesará la empresa como organización en la cual el empresario ejercita su actividad profesional para el logro de sus fines; el laboralista destacará la presencia e importancia de los trabajadores, etc. (256).

Conscientes de la importancia que elfenómeno empresa representa para el Derecho, los juristas, con más o menos fortuna han aceptado el reto configurandola según la posición de su perspectiva y el criterio triunfante en su análisis, sin que finalmente haya habido acuerdo en la proposición de un concepto (257). Y sobre todo, los mercantilistas se han ocupado con particular interés de la cuestión, tal vez por haber erigido al sujeto empresario en eje medular de su disciplina, y a pesar de que, como dice GARRIGUES (258) "los mercantilistas, que se creen los teóricos de la empresa, llevan medio siglo cortejandola, y todavía no han sabido conquistarla"; y amplía el campo de su frustración, añadiendo: "el Derecho no ha logrado tomar plena posesión de la empresa".

Y así han surgido diversas posiciones que han tratado de configurar la empresa desde el punto de vista jurídico. Pero a este respecto hay que advertir que tales posiciones doctrinales, más que en proporcionar un concepto de empresa, se

ocupan en determinar su naturaleza jurídica, tratando de encajarla en alguna de las categorías elaboradas por la ciencia del Derecho, por lo que frecuentemente ambas cuestiones, concepto y naturaleza jurídica, aparecen confundidas. El primero, es un proceso representativo e inicialmente ajurídico por cuanto supone una descripción de la realidad; el segundo, supone un proceso de abstracción que tiende a identificar el fenómeno con alguna de las categorías jurídicas previamente configuradas a fin de someterlo a sus reglas, pero condicionando tales categorías al fenómeno real, y no al revés, pues conduciría al absurdo. Por otra parte, la formulación del concepto en cuanto comprensión del fenómeno, debe serprevio a la determinación de su naturaleza jurídica (259).

Consecuencia de esta confusión es que la gran mayoría de los intentos doctrinales, aunque condicionados quizás también por la aceptación inicial del concepto económico de empresa, hayan sido dirigidos a la indagación de su naturaleza jurídica, más que a la búsqueda de su concepto jurídico.

De este modo, se ha concebido a la empresa como una persona jurídica, y no como un conjunto organizado de medios de producción, pues a la fusión de elementos aislados correspondería una completa independencia jurídica y el nacimiento de un sujeto nuevo con vida propia. Esta doctrina renace modernamente a causa de la confusión, para ciertos autores, entre empresa y sociedad, confundiendo así al sujeto, el empresario, con su instrumento, la empresa (260).

También se ha tratado de configurarla como un patrimonio separado, distinto del patrimonio civil del empresario, definido por su finalidad y cerrado en sí mismo. Sin embargo,

los datos jurídico-positivos rechazan la vigencia del patrimonio separado en nuestro Derecho.

En el hecho de estar integrada la empresa por una variedad de cosas no ligadas entre sí materialmente, las cuales aspiran a un tratamiento jurídico unitario, ha encontrado apoyo en la doctrina la aplicación a la empresa del concepto romano de "universitas". Ayuda a esta construcción la circunstancia, esencial al concepto de la institución, de la permanencia de la universalidad como tal a pesar del cambio de sus componentes.

El intento de asimilar la empresa a un patrimonio separado o a una universalidad, es considerado por GARRIGUES (261) como una tozudez de los juristas para encajarla en uno de los conceptos jurídicos tradicionales (de guardarropía jurídica los califica), sin darse cuenta, dice, que con este empeño confunden dos cosas: la empresa y el patrimonio de la empresa.

Se ha qurido insertar también la empresa dentro de la categoría de los actos jurídicos conjuntos y de carácter continuado (procesos) que, implican una combinación o serie de actos simples coordinados entre sí por la unidad de acción y de fin.

Estas proposiciones, en definitiva, han sido rebatidas con más o menos contundencia, argumental y, además, no goza ninguna de ellas de una aceptación destacada y prevaleciente pese a contar cada una con valedores conspicuos; falta de aceptación que recoge la Sentencia de 13 de marzo de 1943, al de

cir que "desechadas las teorías que la conciben como una personalidad jurídica, como un patrimonio autónomo o como una "universitas rerum"...".

En los últimos tiempos, se inicia la búsqueda por caminos más acordes con una postura de observación analítica de la realidad socieconómica del fenómeno empresa, con el propósito de asumirlo en el campo jurídico con una perspectiva propia.

Se parte de una postura arraigada en el Derecho al tratarla fundamentalmente desde una doble perspectiva ya puesta de relieve por WIELAND y MOSSA, y en la que insiste con fortuna GIESEKE (262) para el que la empresa, concebida desde el punto de vista dinámica atiende a su función en el proceso económico o a la actividad creadora del empresario; desde el punto de vista estático, es la organización externa y real con la cual se realiza la función y sobre la cual actúa el empresario.

En primer término, pues, nos encontramos con una noción de empresa que toma en consideración su aspecto subjetivo o dinámico, concibiendola como la actividad del sujeto que la organiza y explota (263). En este sentido de actividad profesional del empresario, ASCARELLI (264) nos dice, en base al artículo 2.082 del Código civil italiano, que la empresa es precísamente la actividad realizada por el empresario, o sea "la actividad económica organizada por el empresario para la producción o el intercambio de bienes o servicios, profesionalmente ejercitada".

Igualmente, esta separación entre el aspecto subjeti-

vo o funcional, empresa, y el objetivo o instrumental iden - tificado con el establecimiento, que es también la doble pers pectiva conque afronta la empresa al Código civil italiano (empresa en sentido dinámico, como actividad del empresario -artículo 2.082- y en sentido estático, a la que llama "azien da" al artículo 2.555), parece la más acetada para URIA (265) pues con ella gana carta de naturaleza la concepción jurídi- ca de la empresa "como pura forma o modo de actividad econó- mica". Sin embargo, GARRIGUES (266) opina que concebir la em presa como actividad es volver al punto de partida y descono cer lo que se quiere definir, porque es precisamente la acti vidad del empresario y sus colaboradores la que ha creado la empresa como cosa distinta de esa actividad.

Con ello, se destaca también el aspecto estático u ob- jetivo de la empresa como organización resultante de la acti vidad profesional del empresario y medio para desarrollarla, y quemuestra una natural tendencia a objetivarse, desligan - dose del empresario (267), aunque quede supeditada a éste co mo instrumento del que se servirá para alcanzar sus fines (268).

Y es tan proclive la empresa a independizarse del em- presario y a adquirir entidad propia y plena autonomía res - pecto a su creador, que se produce un curioso fenómeno de subjetivización de la misma y que no tiene nada que ver con el intento realizado en algún momento por una corriente doc - trinal, a la que ya hemos aludido, de dotarla de personali - dad jurídica. En esta otra tendencia se llega a confundir la empresa con su titular, y no sólo en el uso coloquial donde es corriente referirse a ella como si de un sujeto de dere - chos y obligaciones se tratara, sino también en el lenguaje

técnico del legislador y de la jurisprudencia donde, con notoria imprecisión, junto al empleo jurídicamente correcto del término empresa, es frecuente hallarlo cuando realmente se está refiriendo al empresario. Es gráfica al respecto la exprexión de LOPEZ SANZ (269) cuando dice que "la aprehensión de la palabra empresa por el legislador ha dado lugar a extrañas pirruetas de éste, en demostración inequívoca de su incomodidad ante el concepto".

Pues bien, tampoco en este sentido objetivo se ha logrado acuerdo en la doctrina acerca del alcance del concepto empresa, pues se quiere avanzar tanto en el proceso de objetivación identificando la empresa con los diversos elementos fisicos sobre los que el empresario actúa y apoya su organización, que se hace dificil distinguirla de la idea de establecimiento, cuyo concepto y contenido resultan igualmente poco precisos, pues unas veces se emplea como sinónimo de tienda o almacén, otras como domicilio del empresario y otras como una de las secciones en que se divide la empresa. Por eso, alguno prefiere otras expresiones, como la de "negocio" (270),"casa comercial" (271), o "hacienda" (272). Y es que el empleo del término empresa vuelve a hacerse confusamente, de forma que, en ocasiones resulta dudoso y difícil de averiguar si se refiere a la organización total, o sólo al establecimiento.

Por eso, renunciando al empleo unívoco deltérmino se suele admitir que de la empresa, jurídicamente se puede hablar en dos sentidos: uno, restringido, referido al establecimiento como conjunto organizado de los diversos elementos de la producción,y empresa cuando a ese conjunto organizado y estático se agrega el elemento animador de la actividad del