

**LOS CONFLICTOS EN TORNO A LOS DERECHOS
DE PROPIEDAD EN LA REVOLUCIÓN LIBERAL:
ALGUNAS PARTICULARIDADES DEL RÉGIMEN
FORAL NAVARRO. UNA APROXIMACIÓN ECONÓMICA**

Conflicts on property rights in the liberal revolution: some particularities
of the Navarran foral regime. An economic approach

Jabetza eskubidearen inguruko gatazkak iraultza liberalean:
Nafarroako erregimen foralaren berezitasunak. Hurbilketa ekonomikoa

Pedro Javier GALILEA SALVATIERRA
Universidad Pública de Navarra/Nafarroako Unibertsitate Publikoa

Análisis económico del régimen jurídico de los derechos reales tanto en Navarra como en el régimen civil común, a la luz de los cambios que supuso la revolución liberal y su diferente evolución en uno y otro sistema jurídico. Se presta especial atención a la institución de las servidumbres prediales, con el fin de apreciar estas transformaciones con un mayor detalle.

Palabras clave: Derecho. Propiedad. Servidumbre (Predial). Derecho Foral. Servidumbres de paso. Usucapión.



Lan honetan, eskubide errealek Nafarroan eta araudi zibil komunean duten erre-
gimen juridikoaren azterketa ekonomikoa egingo dugu, iraultza liberalak sistema
juridiko batean zein bestean eragin zituen aldaketetan erreparatuz. Bestetik, arre-
ta berezia eskainiko diogu finka zortasunen instituzioari, aipaturiko aldaketak
garbiago ikus ditzagun.

Giltza: Hitzak: Jabetzaren azterketa ekonomikoa. Jabetza eskubidea. Finka zor-
tasuna.



This work is an economic analysis of the juridical regime of property rights both
in Navarre and in the common civil regime, in view of the changes brought about
by the liberal revolution and their different evolution in each juridical system.
Special attention is paid to the institution of encumbrances, in order to apprecia-
te such transformations in more detail.

Key-words: Law. Property. Land encumbrances. Statutory Law. Passage encum-
brances. Usucapio.

SUMARIO¹

I. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO: 1. Introducción. 2. Del análisis económico del derecho a Ronald H. Coase. 2.1. Historia, mercados e instituciones. 2.2. Derecho y Economía: algunas reflexiones previas. II. UNA RECONSIDERACIÓN SOBRE EL TEOREMA DE COASE Y SUS DESARROLLOS: 1. Complementando el modelo económico neoclásico. 2. Coase y los derechos de propiedad. 3. Costes de transacción y función del derecho. 4. Las causas del crecimiento económico. III. CODIFICACIÓN Y DERECHOS DE PROPIEDAD: 1. Los planteamientos inspiradores del movimiento codificador. 2. La codificación de régimen común. 2.1. De la codificación mercantil a la codificación civil. 2.2. La situación de partida: la propiedad dividida del sistema feudal. 2.3. Los cambios en los derechos de propiedad. 2.4. Revolución y definición de derechos de propiedad. 2.5. Otras reformas con la misma fuente de inspiración. IV. SERVIDUMBRE Y DERECHOS DE PROPIEDAD: 1. Propiedad dividida y servidumbres: Las servidumbres como derecho real limitado. 2. El Decreto del 8 de junio de 1813: la estrecha relación con los cerramientos de la propiedad. 3. El papel de la jurisprudencia y la adquisición de servidumbres. 4. Adquisición de las servidumbres discontinuas y no aparentes. V. EL RÉGIMEN DE LAS SERVIDUMBRES EN EL DERECHO FORAL: 1. Un régimen más continuista. 2. Diferencias en el cerramiento de fincas. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA

I. UNA APROXIMACIÓN DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

1. Introducción

Este trabajo analiza la definición de derechos de propiedad que supuso la revolución liberal y la diferente evolución experimentada en los territorios fora-

¹ Este trabajo es una versión reelaborada de la ponencia presentada en el III Symposium *Propiedad pública y privada en los territorios de Vasconia*, Donostia / San Sebastián, 11 y 12 de diciembre de 2003. Agradezco los comentarios y sugerencias realizadas. Así mismo, este trabajo se ha beneficiado de otros comentarios realizados a versiones parciales del trabajo presentadas en la 8th IASCP Conference of the International Association for the Study of Common Property (Indiana, mayo 2000) y en la 4th Reunión Anual de ISNIE (International Society for New Institutional Economics, (Tübingen, septiembre 2000) que es justicia de agradecer.

les. El análisis se centrará principalmente en los supuestos de coincidencia de varios titulares de derechos reales sobre un mismo bien. La colisión de posiciones jurídicas y los problemas de coordinación inherentes a estas situaciones nos permitirán subrayar qué intereses son favorecidos en cada caso y cuáles quedan subordinados en su tutela.

El análisis de una institución concreta como son las servidumbres, su régimen de adquisición y la diferente evolución que experimentaron con la revolución liberal, tanto en Navarra como en territorio común, nos muestra las notables diferencias entre estos regímenes jurídicos explicables en gran medida en clave económica².

La preferencia que se concede a la propiedad frente al resto de derechos reales, como es el caso de la servidumbre, tiene sus repercusiones prácticas. En concreto, supone tomar partido en el secular conflicto que existió entre agricultores y ganaderos acerca del aprovechamiento y uso de la tierra³. Es así que un estudio de la evolución del régimen jurídico de las servidumbres hace necesario estudiar los precedentes existentes en instituciones relacionadas como los cerramientos de la propiedad, las prácticas comunitarias como la derrota de las mieses, y también la evolución de los conflictos entre agricultura y Mesta, con la desaparición de esta última a comienzos del siglo XIX.

² Un análisis de los cambios existentes a lo largo del siglo XIX, al calor del movimiento codificador, en los sistemas de derecho civil común y forales nos llevan a afirmar que en el caso de los territorios forales en general, y el navarro en particular, el objetivo de adaptar las normas al nuevo orden económico no ocupó un lugar tan principal como en el régimen común.

A modo de ejemplo ilustrativo cabe mencionar el supuesto de la ley 355 del Fuero Nuevo en el régimen foral navarro sobre la transmisión de la propiedad. Dispone que *las cosas objeto del convenio se entreguen por su propietario en virtud de un convenio que justifique la transmisión*. Esta medida supone una menor seguridad para el tráfico jurídico que el previsto en régimen común, donde de acuerdo al art. 464 CC y al 85 CCom, se establece la prescripción inmediata a favor del comprador de las mercaderías adquiridas en almacenes o tiendas abiertas al público (el problema no se presenta en el caso de bienes inmuebles donde la propiedad queda amparada por la legislación hipotecaria). En el caso de Navarra, los precedentes del Derecho Romano son la razón última de la mayoría de estas instituciones y su singular régimen. Algunas de estas medidas pudieron tener sentido en un pasado, pero difícilmente parecen compatibles con el orden público económico predominante en nuestros días; *vid.* EGUSQUIZA, M^a A. El Derecho patrimonial: ese gran desconocido. En *Revista Jurídica de Navarra*, 33.2 (2002), pp. 39-48.

³ Esta diferente posición del derecho de propiedad respecto al resto de derechos reales ha pasado a ser un lugar común en la doctrina; en este sentido *vid.* BARBER, R., Ley 393: Concepto (Servidumbres). En *Comentarios al Fuero Nuevo*, RUBIO TORRANO, E. (Dir.) y ARCOS VIEIRA, M^a L. (Coord.), Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 1258 y ss., en concreto p. 1259, al detallar las diferentes características de las servidumbres, en cuanto derecho real limitado, en la legislación foral navarra y en el Código civil (en adelante, CC), *una visión de la propiedad presente en el Fuero, alejada del liberalismo e individualismo, e impregnada de una concepción social que se ha revelado intertemporal. En todas estas notas, el Fuero Nuevo contrasta con el CC, de cuya regulación pueden predicarse, prácticamente, las notas contrarias.*

2. Del análisis económico del derecho a Ronald H. Coase⁴

2.1. Historia, mercados e instituciones

La mayoría de los economistas piensan que el ámbito propio de la economía son los mercados, porque en ellos existen precios explícitos al tiempo que las unidades productivas son fácilmente cuantificables. En consecuencia, existe el material necesario para la realización de estudios empíricos que verifiquen las teorías económicas. Al mismo tiempo, cabe esperar que la gente se comportará más racionalmente, y de forma menos pasional, cuando se encuentra realizando actividades propias de mercado. El resultado que se deriva, por lo general, consiste en la renuncia de los economistas al análisis de cualquier otra actividad que no sea propiamente de mercado. Esta concepción de la economía ha estado vigente durante cerca de doscientos años. Sin embargo, la economía no es sólo y únicamente la ciencia del mercado. La capacidad de la economía para explicar otras ciencias o instituciones, por ejemplo el derecho, la ciencia política, la familia... se ha traducido en los últimos años una alta tasa de rendimiento.

La consideración del derecho y las instituciones jurídicas como objeto de estudio desde una perspectiva económica no es un fenómeno nuevo, como generalmente suele pensarse. Los economistas clásicos prestaron gran atención a los efectos que las instituciones tenían sobre el comportamiento económico (Smith, Mill, Marshall, Wagner,...)⁵. Sin embargo, la tecnificación y formalización del análisis económico motivaría el abandono de este tipo de estudios. Al decir de otros autores, la predominante y casi exclusiva atención al estudio del funcionamiento del sistema de precios puede ser en cierto modo comprensible si consideramos el rotundo giro que experimenta la vida económica desde mediados del siglo XVIII hacia un sistema de descentralización total, sin precedentes en toda la historia anterior, lo que lleva a sus estudiosos a centrar toda su atención en el funcionamiento de dicho sistema⁶.

Por otro lado, se aprecia en los últimos años un cambio de tendencia por parte de los economistas (y otros científicos sociales) de modo que las institucio-

⁴ Una síntesis resumida sobre esta línea de investigación puede verse en POSNER, R., *The Law and Economics Movement*. En *American Economic Review, Papers and Proceedings*, 1987, pp. 1 y ss; PASTOR, S., *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*. Madrid: Tecnos, 1989, y bibliografía allí citada.

⁵ Vid. COASE, R. H., *The Wealth of Nations*. En *Essays on economics and economists*. Chicago: University of Chicago Press, 1994, pp. 75-94, esp. pp. 88-89.

⁶ DEMSETZ, H., *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*. Madrid: Alianza Editorial, S. A., 1986 (trad. cast. Francisco Caballero y Francisco Sanz). En nuestra doctrina puede encontrarse un argumento en este mismo sentido en GONZÁLEZ, M. J., Campomanes y Jovellanos ante el marco institucional de la economía de mercado. En *Información Comercial Española*, 1988, pp. 111 y ss.

nes pasan a ocupar un papel principal. Los progresos experimentados en esta vía han encontrado su constatación y el aplauso del resto de la academia con la concesión de varios Premios Nobel a autores que han trabajado en estos sectores. Así, los galardones a Ronald H. Coase, Douglass C. North (junto a Robert Fogel) y Gary S. Becker por sus investigaciones en los campos del análisis económico del derecho, de la nueva historia económica institucional⁷ y del comportamiento humano y de la familia respectivamente, suponen el reconocimiento a las aportaciones de trabajos pioneros en campos tradicionalmente extraños para la ciencia económica. Especialmente interesantes son los trabajos de los dos primeros en cuanto que introducen los conceptos de costes de transacción y derechos de propiedad como herramientas de análisis de las instituciones.

2.2. Derecho y Economía: algunas reflexiones previas

En palabras del Prof. Girón Tena, cabe decir que: *específicamente se observa que el Derecho no sólo resuelve sobre lo justo e injusto, sino que es instrumento de fijeza de las organizaciones estructurales de la Sociedad: importantes instituciones jurídicas se corresponden con organizaciones en sentido económico-administrativo y sociológico*⁸. Esta afirmación, realizada en el contexto de las reformas comunitarias, podría aplicarse a cualquier tiempo y ámbito.

El análisis económico del derecho trata de analizar cómo las normas e instituciones jurídicas afectan a la eficiencia del sistema económico. Supone un intento riguroso de confrontar los fines que las normas jurídicas afirman -explícita e implícitamente- perseguir con sus efectos. Supone una variación de la perspectiva de análisis. Así como la ciencia jurídica se caracteriza por atender principalmente a las cuestiones de dogmática jurídica, aquí se prestará especial atención a los resultados -y a los medios más eficientes para obtenerlos-. Las nor-

⁷ En este sentido, cabe destacar como en el prólogo de la 2ª reedición (Madrid: Fundación Banco Exterior, 1988) de la *Historia de la economía política en España* de Manuel COLMEIRO, destacado jurista y economista del siglo XIX, Gonzalo ANES expone como en el prólogo de la 1ª reedición de la obra (Editorial Taurus, 1965), se decía que se trataba de una obra desfasada por obras posteriores. Sin embargo, en esta nueva reedición, expone como las aportaciones recientes de la Nueva Historia Económica, con cita expresa de Douglass C. NORTH, la han vuelto a poner de actualidad, dada la minuciosidad con que analiza las distintas instituciones. Se hace necesario subrayar que estas notas de Anes fueron escritas con anterioridad a la concesión del Premio Nobel, lo que muestra el interés que suponen estos autores también entre algunos de nuestros mejores historiadores.

⁸ GIRÓN TENA, J., El derecho español ante el Derecho comunitario de sociedades. En GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. y MUÑOZ MACHADO, S. (Dir.), *Tratado de Derecho Comunitario Europeo (Estudio sistemático desde el derecho español)*, III, Madrid: Civitas, 1986, pp. 15-26, 16. El derecho establece el cauce sobre el que han de desenvolverse las relaciones particulares, por lo que un análisis completo exige no tomar tal marco de referencia como dado, sino analizar cómo influyen los distintos escenarios, sus efectos tanto directos como indirectos, incluso sobre cuál sea la capacidad de innovación y disposición de los individuos.

mas jurídicas se traducen en la práctica en precios implícitos que, por lo tanto, influyen en las decisiones y en el comportamiento económico de los individuos. Afectan en un sentido u otro a los incentivos de los agentes económicos de modo similar a como lo hacen el resto de costes.

Una reflexión introductoria adicional puede ser oportuna. Las consabidas diferencias existentes en los sistemas jurídicos continentales con los sistemas de *common law*, especialmente en lo que al papel del juez corresponde desempeñar, han servido de excusa para prescindir de la influencia del análisis económico del derecho (y de otros enfoques sociológicos) hasta tiempo muy reciente. Sin embargo, una vez los ideales positivistas han amainado, en la vida práctica se observa que las atribuciones del juez ante los problemas propios de sistemas abiertos, incompletos y en constante evolución, son en cierto modo similares⁹.

Estos planteamientos pretenden no sólo explicar la realidad jurídica, sino además potenciar la función de ingenieros sociales de los juristas; se propugna una *rebelión* frente al legislador: el jurista, que había claudicado –en expresión de GROSSI– frente al codificador del siglo XIX, que lo convirtió en un exégeta¹⁰, comienza a alcanzar un papel social que tuvo con anterioridad a los códigos: el papel de *producer* del Derecho.

II. UNA RECONSIDERACIÓN SOBRE EL TEOREMA DE COASE Y SUS DESARROLLOS

1. Complementando el modelo económico neoclásico

La aportación de Coase, en palabras de la propia Academia sueca en la concesión del Nobel de Economía (1991), consiste en *su contribución al esclarecimiento de la relevancia de los costes de transacción y de los derechos de propiedad en el funcionamiento de la economía*¹¹. En otras palabras, Coase ha pretendido hacer una llamada de atención sobre la incidencia que tiene en la economía la estructura institucional, o lo que es lo mismo, el marco donde tienen lugar los intercambios estudiados por el modelo neoclásico, con una determina-

⁹ Se trata de una postura cada vez más extendida entre nuestros juristas. *Vid* por todos SALVADOR CODERCH, P., *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987, p. 37; entre los juristas europeos, destacar a MATTEI, U., *Comparative Law and Economics*, Michigan, 1997 También PASTOR, S. y GÓMEZ POMAR, F., La responsabilidad civil y el derecho de accidentes: un análisis jurídico y económico. En *Anuario de Derecho Civil*, 1990.

¹⁰ GROSSI, P., *Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX*. Discurso pronunciado con motivo de su nombramiento como *Doctor Honoris causa* por la Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1991, pp. 15-16.

¹¹ Real Academia de las Ciencias Suecas. The Nobel Memorial Prize in Economics 1991. Press Release from the Royal Swedish Academy of Sciences. En *Scandinavian Journal of Economics* 94 (1) (1992), pp.1-5.

da asignación de derechos a cada uno de los agentes económicos que interactúan en las misma y que les llevará a comportarse de diferente manera según sean estas diferentes situaciones de partida.

En la delimitación del marco institucional, en la existencia de mayores o menores costes de transacción, va a ocupar un papel determinante el sistema legal, *como resultado, el sistema legal tendrá una gran repercusión sobre el funcionamiento del sistema económico, y en ciertos aspectos, podría afirmarse que éste queda controlado por aquél*¹².

La influencia de Coase queda patente analizando lo abundante de las citas de sus trabajos, en especial, *The Problem of Social Cost*¹³, tanto por sus seguidores como por sus detractores. No obstante, debe advertirse que, en trabajos más recientes¹⁴, el propio Coase ha insistido en las abundantes interpretaciones que de su trabajo se han hecho y que no son respetuosas con la idea original¹⁵.

¹² COASE, R.H., The institucional structure of production. En *Essays on economics...*, *op. cit.*, pp. 3-14, p. 11. La afectación de las instituciones a la economía ha pasado a ser aceptada por la generalidad de la doctrina económica. Sin embargo, al decir de NORTH, D., la teoría económica convencional no ha dado muestras de apreciar la función de las instituciones en el funcionamiento de la economía dado que *todavía no ha habido un marco analítico que integre el análisis institucional en la economía política*, lo que pretende hacer con su trabajo *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, New York: Cambridge Univ. Press, 1990 (Existe trad. cast. Instituciones, cambio económico y desempeño institucional, México F.C.E., (1993), p. 3: *That institutions affect the performance of economics is hardly controversial...Yet neither current economic theory nor cliometric history shows many signs of appreciating the role of institutions in economic performance because there as yet has been not analytical framework to integrate institutional analysis into economics and economic history.*

¹³ Durante el periodo 1957-1985 el artículo más citado, publicado en las revistas convencionales jurídicas, fue el trabajo de GUNTHER, G., The Supreme Court, 1971 Term-Foreword. En *86 Harvard Law Review* 1, (1972), seguido por el trabajo de Coase, The Problem of Social Cost. En *Journal of Law and Economics*, 3 (1960), pp. 1 y ss.. *Vid.* a este respecto SHAPIRO, F.R., The Most-Cited Law Review Articles, *73 California Law Review* 1540, 1549 (1985). Por otro lado, en *Social Sciences Citation Index*, que contiene citaciones de artículos publicados en revistas jurídicas, económicas y otras ciencias sociales, se puede hacer una comparación de las citas de los artículos de Coase y Gunther. Este índice indica que durante 1981-1988, el artículo de Coase fue citado casi dos veces más *a menudo* que el artículo de Gunther.

¹⁴ COASE, R. H., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988 (existe trad. en cast., Alianza), pp. 1-32 y pp. 157-186.

¹⁵ Un análisis más detallado de estas cuestiones puede verse en PASTOR, Santos, *Derecho y Economía...* Para un análisis de carácter jurídico, *vid.* ALEFARO AGUILA-REAL, J., Los costes de transacción. En *Estudios Homenaje a A. Menéndez*, Tomo I., pp. 131-162, 1996, y GÓMEZ POMAR, F., Derechos de propiedad y costes de transacción. ¿Qué puede enseñar Coase a los juristas? En *Anuario de Derecho Civil* (1998) LI, fasc. III, pp. 1035-1069.

El trabajo de Coase plantea un doble escenario, por un lado, un marco teórico asemejable al modelo económico neoclásico tradicionalmente estudiado (un mundo sin costes de transacción asimilable al mercado de competencia perfecta neoclásico) y, por otro lado, un mundo real donde existen costes de transacción y situaciones de indefinición de derechos.

En el primero de los supuestos presentados -el mundo teórico- sus conclusiones fueron radicalmente innovadoras. Uno de los principales razones que pueden explicar la notable influencia del trabajo de Coase sobre el resto de la doctrina económica son los postulados normativos que sus conclusiones suponen. En concreto, la no necesidad, siempre y en todo caso, de la intervención del Estado ante los

2. Coase y los derechos de propiedad

Los trabajos de Coase más directamente relacionados con los derechos de propiedad tienen en común la presentación de sus tesis mediante la utilización de ejemplos extraídos de la casuística jurisprudencial inglesa del siglo XIX en materia de inmisiones (*nuisance*): el conflicto entre un fabricante de dulces y un médico cuya consulta se hallaba colindante al establecimiento del primero, que generaba ruidos y vibraciones que obstaculizaban el desempeño ordinario de la actividad médica; los conflictos entre los agricultores y la incipiente industria ferroviaria que emitía chispas ardientes que incendiaban los trigales,... La utilización de estos casos hará si cabe más explícita y clara sus ideas y, como se ha afirmado recientemente¹⁶, muestra que la relevancia de sus trabajos es primordial para los juristas (y no sólo para los economistas).

Paso a resumir las que entiendo son las conclusiones de sus trabajos, en referencia al mundo real, verdadero objeto de análisis de nuestro autor. La obtención de un resultado eficiente en el supuesto de la existencia de externalidades será posible en la medida que se cumplan dos condiciones: a) Que los costes de transacción sean de escasa relevancia, de modo que los recursos, con independencia de la asignación inicial de los derechos, puedan ser transferidos a quienes los valoren en mayor medida. Y b) Que los derechos estén inicialmente atribuidos a alguien, con independencia de que sea a quien más o a quien menos los valore, al tiempo que esta definición de derechos sea precisa y clara.

En suma, en la medida que el Derecho haga posible una mayor proximidad a estas condiciones, más contribuirá a la mayor eficiencia del sistema económi-

denominados fallos del mercado. Desde este punto de partida, las reacciones primeras de importantes sectores doctrinales han sido generalmente extremas, en un sentido u otro. Pero estas conclusiones no son necesariamente extrapolables al mundo real –el segundo escenario igualmente analizado– que Coase pretendió verdaderamente destacar.

El propio Coase ha pretendido encontrar una explicación a la diferente atención prestada a uno y otro supuestos. La respuesta posible que, en su opinión, podría explicar el distinto interés recibido, descansa en la mayor facilidad que supone el mundo de costes de transacción cero en su acomodación a los modelos microeconómicos convencionales (dicho de otro modo, a la *blackboard economics*, según sus propias palabras).

¹⁶ En este sentido GÓMEZ POMAR, F., *Derechos de propiedad...*, *op. cit.*, p. 1035; SALVADOR CODERCH, P., Los derechos de propiedad (Property Rights). En *Historia de la propiedad en España. Siglos XV-XX*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, pp. 509-532. Otras aplicaciones prácticas de las ideas de Coase pueden verse en AIZPURÚA, J. y GALILEA, P., Property Rights on the Forest Resources: Evidence from the Privatization Process in Spain. En *Perspectiva Económica*, 115 (2001), vol. 36, pp. 5-34; ALENZA, J. F. y GALILEA, P., Los convenios entre la Administración y los agentes privados como instrumento de protección ambiental. En *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental*, (2002) y Coase visita el Parque Natural de Aralar (a propósito de un conflicto reciente: regulación y recursos naturales). En *Actas del Tercer Congreso de Economía de Navarra*, Pamplona, 2000, pp. 499-520, y GALILEA, P., Recensión de Francisco Cabrillo: Matrimonio, Familia y Economía; Madrid: Minerva Ediciones, 1996. En *Revista Jurídica de Navarra*, 26 (julio-diciembre 1998), pp. 436-443.

co. En este sentido, las innovaciones tecnológicas que puedan ir apareciendo no son menos importantes, en orden al logro de la consecución de una mayor riqueza, que las innovaciones propias de los procesos de producción.

3. Costes de transacción y función del derecho

Una de las funciones que tradicionalmente se atribuyen al Derecho, especialmente si hacemos referencia a aquel ámbito más próximo a la economía que es el Derecho patrimonial, es el de la facilitación de las relaciones, de los intercambios de los agentes económicos. Es decir, se considera razonable que el Derecho contribuya a hacer la vida más sencilla y, a ser posible, que contribuya a la obtención de un mayor bienestar social, como quiera que entendamos su contenido¹⁷.

La mera referencia a una función facilitadora y/o coordinadora denota la existencia de una serie de obstáculos o fricciones que dificultan la práctica de las transacciones que tienen lugar en la economía. Se hace preciso determinar cuáles sean tales fricciones. En conclusión, consideramos que estas teorías son especialmente interesantes en el análisis de la revolución liberal decimonónica, ya que lo que realmente tuvo lugar fue una definición de derechos por parte del Estado, de modo que se establecieron las bases para la existencia y el funcionamiento del mercado.

4. Las causas del crecimiento económico

La existencia de unos derechos de propiedad, con caracteres próximos a las condiciones objetivas propuestas en el modelo (propiedad definida, libre e individual), hace posible la obtención de soluciones próximas a la eficiencia. Cuanto mayor sea el grado de definición, más elevado es el grado de eficiencia del sistema. Ahora bien, la realidad demuestra la imposibilidad de la definición absoluta.

La obtención de los resultados próximos a las condiciones de eficiencia se basan en una de las características principales que hemos recogido en la definición de los derechos de propiedad. La inexistencia de derechos perfectos, básicamente por el carácter imperfecto de la información, implica que cada uno de los individuos actuantes en la economía pretenderán sacar partido de la información con la que cuente y su capacidad para generar rentas de los distintos activos. En la medida que la transmisibilidad de los derechos sea posible, y puesto que el intercambio beneficia a todas las participantes, se facilitará la consecución de resultados más eficientes.

¹⁷ COASE, R.H., *The Firm,...*, *op. cit.*, 1988, p. 7.

Los obstáculos al crecimiento pueden derivarse de la posibilidad de que el Estado proteja determinados derechos de propiedad, como puedan ser algunas concesiones monopolísticas, por razones fiscales¹⁸.

III. CODIFICACIÓN Y DERECHOS DE PROPIEDAD

1. Los planteamientos inspiradores del movimiento codificador

En referencia al movimiento codificador en general, y dejando al margen los llamados códigos absolutistas, son varias las influencias comunes que han de dar cuerpo al nuevo planteamiento social, y que se verán plasmadas en nuestro único Código Civil. La estructura sistemática que caracterizó a los códigos del siglo XIX trae su causa del iusnaturalismo racionalista que imperaba en el pensamiento científico europeo de los siglos XVII y XVIII. La confianza en la razón como instrumento válido para el descubrimiento de las leyes naturales que rigen el universo, es trasladada al ámbito del Derecho, y se dejará en sus manos el descubrimiento del orden jurídico natural existente¹⁹.

El racionalismo pretende sustituir el Derecho común generalizado en Occidente, Derecho jurisprudencial, basado en la interpretación y en el discurso retórico, por un Derecho más racional, en claro paralelismo con el método matemático como único método acorde con la razón para la búsqueda del conocimiento verdadero²⁰. Estos planteamientos responden a unos concretos intereses materia-

¹⁸ TEDDE DE LORCA, P., *Revolución liberal y crecimiento económico en la España del siglo XIX. En Antiguo Régimen y liberalismo (Homenaje a Miguel Artola)*, Madrid: Alianza, 1994, vol. 1. *Visiones generales*, pp. 31-49, p. 35.

¹⁹ Afirma PORTALIS en el Discurso preliminar al Code: El Derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son o no deben ser sino el Derecho reducido a reglas positivas, a preceptos singulares. PORTALIS, J.E.M., *Discurso preliminar del proyecto del Código civil francés*, Valparaíso (Chile): Edeval, 1978 (Ed. original francesa 1801), p. 46. Estas mismas ideas -la interesada equiparación de las leyes económicas con las leyes naturales o físicas- impregnan igualmente el ambiente económico; vid. ESTAPE, F., *Nacimiento, protección y librecambio en el siglo XIX español. En Introducción al pensamiento económico. Una perspectiva española*, Madrid: Espasa Calpe, 1990, pp. 111-142. Esta situación de preeminencia de la ley o primacía que se atribuye a la ley se manifiesta a través de su pretensión de autosuficiencia, con base en la autointegración de la ley, y se completa con la derogación de todo el Derecho anterior, en especial, el Derecho consuetudinario.

²⁰ Como señala TOMÁS Y VALIENTE, F., *frente a la similitud por analogía de los doctores del Derecho común, la evidencia racional; frente a la opinión probable, la certeza; en lugar del argumento de autoridad, la razón como primum mobile; en vez del casuismo, el sistema. Códigos y constituciones*, Madrid: Alianza Universidad, 1989, p. 113. En este contexto, el papel que se atribuye a la costumbre es residual, desconfiando de su vigencia y considerándola sinónimo de la inseguridad jurídica que se pretende erradicar. Los códigos introducirán la seguridad jurídica exigida por la nueva sociedad capitalista que se pretende establecer; vid. ALONSO PÉREZ, M., *Ideal codificador, mentalidad bucólica y orden burgués en el Código civil de 1889. En Centenario del Código civil (1889-1989)*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, I, pp. 17 y ss, esp. 17-20, y bibliografía allí citada.

les como eran los de la naciente burguesía comerciante. Su ascendente poder es debido a las actividades que realizan, la ciencia y el comercio, ambas basadas en el cálculo racional, y por lo tanto, ávidas de la mayor seguridad jurídica posible. Demandan un Derecho racional, claramente cognoscible y que proporcione certeza para saber a qué atenerse respecto al Derecho por el que se han de regir y por el que se resolverán los posibles conflictos ante los tribunales.

El Código pretende ser un cuerpo sistemático con pretensión de totalidad, se considera que es -en palabras de B. Clavero- *la fórmula más apropiada para la reducción efectiva de todo el ordenamiento a legislación, a derecho de determinación política*²¹. Con independencia de la anterior o posterior promulgación en el tiempo de los códigos en cada país, el movimiento codificador supone una radical novedad sobre los ordenamientos jurídicos existentes. No puede entenderse plenamente el papel que estaba llamado a desempeñar el Código civil sin considerar la estrecha conexión que se daba entre los movimientos constitucional y codificador. Dado el carácter configurador de la sociedad que corresponde a los códigos, se entiende que estos tienen un valor *cuasiconstitucional*²².

Debemos mencionar igualmente el hecho de como en todo el proceso codificador se aprecia una subordinación del derecho a la economía (proceso equivalente al que ya se había dado en el *common law* y la transformación que experimentó con motivo de los inicios del constitucionalismo americano)²³. El papel del nuevo derecho consistió en la definición de derechos de propiedad de forma clara y precisa (preferentemente individual, sin límites ni limitaciones,...), el establecimiento de una estructura institucional, en la que el nuevo orden económico pudiera funcionar adecuadamente en aras del mayor beneficio social.

Y si bien encuadramos nuestra exposición en los códigos privados por ser esta legislación la que verdaderamente ostenta un papel configurador de la sociedad en la época que estamos analizando, no queremos olvidar que también en el ámbito del Derecho administrativo existieron voces autorizadas que se pronunciaron en su favor. Así, Colmeiro, entre otros, aun reconociendo las dificultades que las leyes administrativas presentan para su codificación en relación a las leyes civiles, aboga por la realización de tal objetivo²⁴.

²¹ CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*, Madrid: Marcial Pons, 1992, p. 93.

²² En este sentido, RODOTA, S., La definición de la propiedad en la codificación napoleónica. En *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, [trad. L. Díez Picazo (ed. original 1981)]. Madrid: Civitas, 1986, pp. 80-81.

²³ CLAVERO, B., Origen constitucional de la codificación civil en España. En PETIT, C. (Coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, 1990, pp. 53-85, esp. p. 55. Respecto al sistema de *common law*, vid. por todos, HORWITZ, Morton J., *The Transformation of American Law 1760-1830*, Cambridge (Mass.), 1977.

²⁴ COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español*, Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, (ed. original 1850), 1995, pp. 6-7. El propio NIETO, A., en el estudio introductorio de la edición destaca esta pretensión del autor.

2. La codificación de régimen común

2.1. De la codificación mercantil a la codificación civil

A priori cabría pensar que la verdadera pauta de las transformaciones económicas que se pretendían generalizar en la España decimonónica habrían de concretarse principalmente en los Códigos mercantiles que se promulgasen. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. El Código de Comercio de 1829 apenas difiere de las Ordenanzas de comercio dieciochescas. El motivo principal estriba en que la riqueza susceptible de ser acumulada, no era una riqueza derivada de las actividades comerciales (y mucho menos industriales), sino que dado que España era una sociedad eminentemente agraria la principal riqueza estaba basada en la propiedad inmobiliaria, regida por el derecho civil.

Por lo tanto, consideramos que la codificación civil, entendida en sentido amplio, representa el vehículo de transmisión del nuevo ideario liberal. Debe advertirse que por tal término no nos estamos refiriéndonos únicamente al Código civil de 1889 ya que, para el momento de su promulgación, la legislación civil básica reguladora de la propiedad inmobiliaria había ido transformando el derecho anterior y las situaciones de partida de forma substancial. Por consiguiente, el conjunto de normas dictadas a partir de las Cortes gaditanas, principalmente en la primera mitad del siglo XIX, que fueron transformando lentamente la estructura de la propiedad de la tierra, quedan generalmente referidas dentro del fenómeno de la codificación civil.

2.2. La situación de partida

La propiedad dividida del sistema feudal. La propiedad del Antiguo Régimen se caracterizaba por ser una propiedad frecuentemente dividida, algo que dificultaba determinar con claridad cuáles eran los límites de los derechos de cada uno de los titulares sobre estos bienes o tierras. Esta indefinición se acentuaba cuando, como ocurría generalmente, se habían establecido por parte de la nobleza y de la Iglesia una serie de vínculos sobre algunos patrimonios haciéndolos inalienables y dificultando la determinación de las cargas o vínculos existentes en cada caso²⁵.

Es así que el concepto de propiedad del Antiguo Régimen es de difícil definición, dado su carácter confuso y vago, especialmente cuando lo analizamos

²⁵ En este sentido, puede verse la limitación de la enajenación de la propiedad como una carga más, si bien en este caso, con una relevancia generalmente mayor. TEDDE DE LORCA, *Revolución liberal...* op. cit., p. 32, sostiene que la desaparición de estos vínculos sobre las propiedades (y su incorporación al incipiente mercado de tierras) fue uno de los grandes cambios que produjo la revolución liberal.

desde una perspectiva contemporánea, como suele ser común. Estamos utilizando unas anteojerías de tiempo diferente a la realidad analizada. Por esta misma razón, el carácter peyorativo que suele acompañar a las descripciones de la propiedad del Antiguo Régimen queda explicado si consideramos su antagonismo con la propiedad liberal. El ordenamiento jurídico burgués defenderá una visión cristalina y nítida de la propiedad, más un ideal al que tender que una realidad práctica²⁶. Esta confusión es alimentada igualmente por la indeterminación propia de los autores coetáneos al tratar de la propiedad territorial. Cabe observar que, en el Antiguo Régimen, *la noción de propiedad se concibe como un agregado de distintos derechos parciales que, por definición, habrán de ser concurrentes*²⁷.

En cualquier caso, no cabe presumir como hipótesis de partida la necesaria ineficiencia de esta estructura de derechos de propiedad propia del Antiguo Régimen en el momento en que estuvo vigente. Bien pudiera ocurrir que existiesen una serie de instituciones (costumbres, normas sociales,...) que garantizaran un uso coordinado y racional de los distintos usos que confluían sobre unas mismas tierras. Por otro lado, tampoco es descartable que los costes que exigía una redefinición de estos derechos de propiedad por parte de los agentes intervinientes, fueran superiores a los beneficios obtenibles de esta nueva situación²⁸.

2.3. Los cambios en los derechos de propiedad

Dentro del marco de la codificación civil cabe afirmar que la nueva propiedad que se instaura es el eje sobre el que gira todo el proceso revolucionario. No ahondaremos en cuál sea el sentido de la definición de la propiedad que acabará recogiendo el Código civil, ni cuáles sean las diferencias con sus precedentes, en especial el Code civile francés, y ello porque, como se afirma por ciertos autores,

²⁶ En este sentido, VILLARES, R., *La propiedad de la tierra en Galicia 1500-1936*, Madrid: Siglo XXI editores, p. 10. Sobre la concepción de la propiedad del Antiguo Régimen, cabe destacar las acotaciones conceptuales que efectúa CLAVERO, B. (1989).

²⁷ VILLARES, R., *La propiedad de la tierra en Galicia...*, p. 10. Continúa afirmando como en las compras efectuadas por la Casa de Lagariños se alude con frecuencia a que adquiere todo el derecho voz acción propiedad y señorío útil directo dominio que el vendedor tenía en el lugar que se transfiere, aunque lo más corriente es que no se acumulen tantos términos y se distinguan, al menos a partir del siglo XVIII, dos derechos a la tierra: el dominio útil y el directo. Estas confusiones aparecen tanto en documentos catastrales como en los apeos monacales o en documentos privados. Este misma contraposición, afirma ARTOLA, M., es propia de la caracterización ideológica propia de la historiografía institucionalista; vid. ARTOLA, M., Propiedad, asignación de recursos y distribución de rentas en la agricultura del Antiguo Régimen. En *Estudios de Historia Social* 1 (1977), pp. 11-53 y, más concretamente, pp. 21-2.

²⁸ Este es el argumento tradicional expuesto por DEMSEITZ, H., Towards a Theory of Property Rights. En *American Economic Review* LVIII, (1967), pp. 347 y ss., para explicar el tránsito de una situación de indefinición de derechos de propiedad hacia una estructura más internalizada.

el verdadero sentido de esta nueva propiedad se aprecia con mayor nitidez en el régimen jurídico que en las definiciones conceptuales que, por lo general, se limitan a discusiones que cabe calificar *de retórica sobre retórica*²⁹.

La definición y afirmación efectiva del concepto de propiedad privada fue un proceso largo, secular, sometido a intensos vaivenes, motivados en muchas ocasiones por los intereses económicos (y políticos) que predominaron en cada momento más que por razones ideológicas y/o científicas.

a) La propiedad del Antiguo Régimen es una propiedad generalmente dividida y donde los límites entre los distintos titulares de derechos son difusos, por lo general, debido a la permanencia de las situaciones mantenidas durante prolongados periodos de tiempo de duración incluso secular. La introducción de nuevas técnicas de cultivo encontraba numerosos obstáculos ya que exigía el acuerdo de varios titulares de derechos, cuando no de toda la comunidad³⁰. La principal forma de transmisión de las propiedades era la vía institucional, es decir, la asignación por vía hereditaria de los principales patrimonios, lo que hacía imposible que los activos fluyesen hacia quien pudiera darles un uso más eficiente.

La revolución liberal *crea* una propiedad reacia al fraccionamiento de los diferentes derechos que recaen sobre la propiedad de un bien y donde se lleva a cabo una nueva delimitación y definición de derechos, lo que implica su correspondiente asignación, prescindiendo de cuáles fueran los derechos anteriores.

b) Al mismo tiempo, se trata de una propiedad en su mayor parte amortizada y vinculada. La progresiva acumulación de bienes raíces por parte de la Iglesia, instituciones benéficas y mayorazgos hicieron imposible la existencia de un mercado de tierras, de modo que fuera posible la adquisición de tierras por quienes tuvieran interés en una gestión más productiva, o quienes fuesen capaces de contar con mejoras tecnológicas concretadas bien en los aperos utilizados bien en el conocimiento de nuevas técnicas cultivadoras.

Se eliminará esta propiedad amortizada, pero también se adoptan medidas hacia el futuro mediante el establecimiento de límites a la autonomía privada, que aquí como en otros supuestos (p.e., en la prohibición de llamamientos fideicomisarios más allá del segundo grado) se rinde ante la primacía de la propiedad.

c) Por último, la estructura de propiedad del Antiguo Régimen contempla extensos territorios en régimen de propiedad común, mientras que la nueva propiedad liberal es básicamente una propiedad privada individual. Este cambio de orientación se observa desde los límites a la autonomía privada (p.e. no cabe la vinculación en comunidad durante plazos mayores de diez años) como en la polí-

²⁹ ARECHEDERRA, L., *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid: Dyckinson, 1993, p. 18.

³⁰ ANES, G., *La Ley Agraria*, Madrid: Alianza, 1995, p. 14.

tica forestal aplicada, así como en la supresión de ciertas prácticas comunales agrarias -p.e. la derrota de las mieses- que restringían la libre utilización de la tierra conforme a la conveniencia del propietario.

2.4. Revolución y definición de derechos de propiedad

La conclusión que cabe establecer de lo anterior es que la verdadera revolución liberal tuvo lugar principalmente a través de las normas reformadoras de la propiedad que se fueron aprobando a lo largo del siglo de modo que, ya a finales de siglo, el Código civil se limitó a constatar la nueva realidad tan lentamente conseguida. A diferencia de lo ocurrido en Francia, donde el *Code* desarrolló un papel de motor del cambio al ser aprobado al comienzo del proceso revolucionario, en nuestro país el fenómeno codificador no encuentra su estricta plasmación hasta que la estructura de la propiedad está básicamente transformada.

No queda más autoridad que la de la ley, aunque sólo de forma constitutiva, ya que lo que acontece es, lo que se ha dado en llamar, *la despolitización y privatización de la economía*³¹. A partir de este momento la libertad del individuo será el único principio que rija la vida económica, pero para su correcto funcionamiento, por ley, se hicieron libres las estructuras económicas existentes. Se afirma que propiedad y autonomía privada son los dos pilares sobre los que se sustenta la codificación, lo que es aceptable con matices, ya que cuando ambas instituciones presentan intereses contrapuestos será la institución de la propiedad la que prevalezca.

La función principal de la legislación decimonónica fue la definición de derechos de propiedad. De ahí la vocación política que cabe atribuir a esta legislación a pesar de su naturaleza básicamente privada. Sin embargo, a nuestro juicio, cabe hacer una corrección a la literatura económica convencional sobre derechos de propiedad -y por lo tanto, a nuestros legisladores- en la línea propuesta por autores más recientes (Ellickson, North, Ostrom,...), quienes admiten la existencia de mecanismos informales, y no necesariamente legales y ni siquiera jurídicos, que permiten dar respuesta a muchos de los conflictos -de existencia de externalidades y de coordinación de derechos- que se plantean. En este sentido, la opción escogida finalmente por nuestro codificador, derogando todas las costumbres anteriormente vigentes, puede entenderse que supone ignorar la bondad de estos mecanismos, de tal modo que las nuevas soluciones instituidas pudieran devenir en mayores ineficiencias.

El papel de los mecanismos informales es especialmente relevante para garantizar la protección y el cumplimiento efectivo de los derechos reconocidos

³¹ MENÉNDEZ, A., Autonomía económica liberal y codificación mercantil española. En *Centenario del Código de Comercio I*, Madrid: Ministerio de Justicia, 1986, pp. 43 y ss.

(*enforcement*). En su sustitución, otras instituciones como el Registro de la propiedad, la elaboración de un catastro parcelario y la existencia de la Guardia civil como encargada de la custodia de la propiedad rural, habían de facilitar el cumplimiento de los acuerdos alcanzados por los particulares. No obstante, sostener sin más *que estos cambios institucionales rebajaron los costes de transacción parece un tanto arriesgado, ya que es muy probable que los costes de implantación que conllevaron la creación del Registro de propiedad o de la Guardia civil fueran muy elevados*³².

La trascendencia que supone la eliminación de las costumbres o de las prácticas con origen inmemorial encuentra una especial incidencia, por las modificaciones de régimen jurídico que supone, en sede de servidumbres, tal y como analizamos a continuación. Existe un argumento que pudiera justificar mínimamente esta postura. Es posible argumentar que el establecimiento del pretendido mercado es incompatible con la estructura jurídica del antiguo régimen. La eliminación de las particularidades jurídicas, la instauración de un derecho cierto, claro y fácilmente comprensible y cognoscible, pudieran justificar la eliminación de raíz de todo aquello que obstaculizase este objetivo. Nunca mejor se utilizaron los fines para justificar los medios y lo que de reprochable tuvieran las medidas a través de las que estos medios son concretados.

2.5. Otras reformas con la misma fuente de inspiración

La implantación del sistema métrico decimal fue una reforma típicamente liberal que había de suponer menos costes de transacción en cuanto que las negociaciones en los intercambios serían más sencillas y precisas³³. En cuanto a definición de derechos, se observa a lo largo del siglo XIX una evolución en la jurisprudencia desde una responsabilidad objetiva en los daños causados por las

³² IRIARTE GONI, I., La pervivencia de bienes comunales y la teoría de los derechos de propiedad. Algunas reflexiones desde el caso navarro. En *Historia Agraria* 15, pp. 113-142. 1998, p. 126. Su crítica continúa afirmando que *los elementos citados rebajaron los costes para los compradores de tierras que pudieron recurrir a la ley o a las fuerzas de orden público para defender los derechos adquiridos e incluso los usurpados. El coste material de abortar, por ejemplo, la ocupación de una finca por parte de jornaleros, no recaía directamente sobre el propietario de esa finca, sino que iba a parar sobre todo al Estado. No podemos objetar que estas reprobables situaciones ocurriesen... pero tampoco nos parece criticable desde una perspectiva económica la existencia de unas instituciones que garantizaran el cumplimiento de las leyes y de las nuevas normas de juego y cuyo coste recaía sobre el Estado o conjunto de la sociedad, con independencia de que la contribución a la financiación de esos servicios debiera corresponder en mayor medida a quienes mayores beneficios de estos servicios (de acuerdo al reparto de la carga impositiva según el principio del beneficio, vigente en los hacendistas de la época), y al margen de cualquier aspecto distributivo que se considerase oportuno introducir.*

³³ TEDDE DE LORCA, P., *Revolución liberal ...*, op. cit., pp. 35-36.

³⁴ CABRILLO, F., Industrialización y derecho de daños en la España del siglo XIX. En *Revista de Historia Económica* XII, 3, (1994), pp. 591-609.

industrias hacia una responsabilidad por culpa, lo que había de beneficiar la actividad industrial³⁴.

IV. SERVIDUMBRES Y DERECHOS DE PROPIEDAD

Las servidumbres son una de las instituciones que ha recibido una más escasa atención por parte de la historiografía tanto jurídica como económica del siglo XIX. Sin embargo, en nuestra opinión, representa una de las instituciones más ilustrativas en aras a apreciar la ideología imperante en los cambios legales que acontecieron.

En materia de servidumbres, se advierte en la regulación de nuestro Código civil una clara toma de postura en favor de la defensa de la propiedad. En concreto, al regular la adquisición del derecho en cosa ajena en que consiste la servidumbre establece una excepción respecto a la teoría general de la adquisición de derechos reales por prescripción adquisitiva, tal y como expondremos seguidamente. Como afirma cierta doctrina³⁵, se trata de una excepción que quiebra la clara coherencia del resto del sistema jurídico y que únicamente es comprensible desde esta óptica de defensa de la propiedad.

La no validez que se concede a las prácticas que fundamentan su título en el carácter inmemorial de los usos, supone afirmar simultáneamente la libertad de la propiedad y, entre otras cosas, confirmar la facultad de cerrar la propiedad.

La existencia de límites al dominio o propiedad plena –como es el caso de las servidumbres– es aceptada por el Cc, pero siempre que existan razones que lo justifiquen. Es evidente la preferencia por la propiedad plena, definida y más absoluta, pero sin llegar a negar las posibles ventajas en ciertas ocasiones de la propiedad dividida (en el caso que nos ocupa, el supuesto más evidente serían las servidumbres legales). En cualquier caso, puede afirmarse que los distintos derechos reales existentes no se encuentran en un mismo plano: la nuda propiedad, por un lado; los derechos de usufructo, servidumbres y el resto de derechos reales limitados, por otro. El carácter restringido con que son contemplados estos derechos es especialmente acentuado en el caso de los derechos de disfrute, ya que son supuestos de confluencia en el ejercicio del derecho sobre el bien en cuestión, a diferencia de los derechos de garantía donde el ejercicio sigue siendo individualizado³⁶. El derecho de propiedad en sentido estricto es una institución preferente y preferible al resto, en clara contraposición con lo que venía siendo el

³⁵ L. ARECHEDERRA, *Propiedad y constitución...*, *op. cit.*

³⁶ La importancia de los derechos reales de garantía, en especial, el derecho de hipoteca, para facilitar el acceso de los propietarios a los créditos necesarios para las nuevas oportunidades de inversión existentes, motivó que el legislador adoptara una postura más favorable frente a estas otras restricciones a la propiedad plena.

régimen feudal y su extensa influencia todavía parcialmente vigente a lo largo del siglo XIX.

Este mismo sentido de prevalencia de la propiedad lo recoge el Código al establecer una presunción *iuris tantum* acerca de la libertad de la propiedad, o sea, que mientras no se pruebe la existencia de alguna limitación sobre la propiedad de un bien se presumirá que es libre.

No obstante, ya con anterioridad a la promulgación del Código civil en 1889, existen ciertos precedentes que permiten una más completa comprensión de la evolución legal acontecida. Así, puede verse como las decisiones jurisprudenciales en torno a la relación entre el derecho de propiedad y las servidumbres fueron influidas en gran medida por las normas sobre cerramientos³⁷.

1. Propiedad dividida y servidumbres: Las servidumbres como derecho real limitado

De forma somera, cabe decir que la servidumbre es el derecho a obtener una utilidad limitada de una finca en favor de otra finca o de una persona. Visto desde la perspectiva del bien sobre el que recae, es un derecho real que se constituye gravando un bien con la prestación de un determinado servicio. Se trata en suma de una restricción para el propietario del bien que origina una situación de confluencia de derechos sobre dicho bien³⁸. De modo que se nos plantean varias preguntas: ¿Por qué se constituyen? ¿Cómo se coordinan y compatibilizan estos dos derechos? ¿Obstaculizan un mejor uso de la propiedad?

Fiel al principio de que *todo gravamen real debe ser objeto de interpretación restrictiva*, la legislación civil común decimonónica estableció una serie de límites y restricciones al régimen jurídico de las servidumbres. La idea que parece descansar en la mente del legislador de la época consistía en que *la multiplicación de gravámenes dificulta el desarrollo económico y social del campo* (esgrimiendo este argumento como justificación de la existencia de un régimen restrictivo de la usucapibilidad de las servidumbres)³⁹.

³⁷ ARECHEDERRA, L., *Propiedad y constitución*..... *op. cit.*, esp. p. 33.

³⁸ En este sentido, ARECHEDERRA (1993), *op. cit.*, p. 15. ARCO TORRES, M.A., *Régimen jurídico de las servidumbres: (doctrina científica y jurisprudencial. Legislación. Formularios)*, Granada: Comares, 1989, p. 2, afirma que son cargas impuestas sobre fundos en provecho de otros. En estas definiciones y comentarios es ya manifiesto el carácter recíproco de las externalidades en que insiste Coase, lo que da muestra de la aplicabilidad de sus ideas en este contexto.

³⁹ En este sentido, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Curso de derechos reales*, Madrid: Civitas, 1987, vol. II, pp. 39 y ss., para quien la usucapición de una servidumbre debe ser excepcional por tratarse de la usucapición de un derecho (cuasipossessio) y no la usucapición de una cosa; continúa afirmando el autor, *sobre todo, desde una perspectiva macroeconómica (sic), interesa restringir la usucapición de servidumbres como medida de tutela de la propiedad -especialmente la pequeña propiedad agraria- y su rentabilidad (la dificultad de gravámenes dificulta el desarrollo económico y social del campo), y como medida de*

Dado el carácter de restricción de la propiedad de las servidumbres, algunos autores no admiten su existencia en los supuestos en que no produzcan utilidad⁴⁰. También la jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido⁴¹. Este argumento está en consonancia con el principio de propiedad libre, ya que si una restricción o límite (como es una servidumbre) no aporta utilidad alguna al titular de dicho derecho real en cosa ajena, no parece que exista motivo para que el Derecho deba proteger esa titularidad y deban ponerse en marcha los mecanismos de protección.

El principio de que cualquier utilidad pueda justificar la existencia de una servidumbre ha sido criticado por cierto sector doctrinal. Con independencia del debate abierto, es interesante la conclusión a la que llega Álvarez Caperochipi, a la vista del análisis de la jurisprudencia, mostrando como el mencionado debate anterior es meramente teórico. Según este autor, *la práctica apenas conoce la existencia de servidumbres innominadas*⁴².

2. El Decreto de 8 de junio de 1813: La estrecha relación con los cerramientos de la propiedad

Una vez realizada una somera presentación del régimen de la servidumbres, procedemos a analizar instituciones afines que pueden presentarse como los antecedentes más directos de las especialidades que aparecieron en sede de adquisición del derecho de servidumbre por usucapión en el régimen común y no en el régimen foral navarro.

tutela del crédito... En suma, según este autor, la política legislativa debe tender a la amortización de servidumbres y no a su constitución. El régimen de las servidumbres *no debe enfocarse tanto desde una perspectiva subjetivista e individualista (la adquisición por el titular del fundo dominante), cuanto desde una perspectiva global favorecedora del progreso económico -dificultada por la desmembración del dominio-*. El peculiar régimen de las servidumbres también ha sido en parte explicado, por este autor, a partir de su consideración como una excepción a la prohibición de vinculaciones. En el derecho codificado, como corolario de la legislación desvinculadora, la única causa de servidumbre reconocida es el provecho o utilidad de otro fundo; de esta forma, se cierra la posibilidad de establecer nuevamente gravámenes perpetuos sobre la propiedad en beneficio de personas. En sentido parecido, el Código de Napoleón (1804) prohíbe las servidumbres personales en su art. 686.

⁴⁰ ARCO TORRES, M.A., *Régimen jurídico...*, *op. cit.*, p. 2; cita en este mismo sentido a Bianchi. En el mismo sentido, LACRUZ, J.L., *Elementos de derecho civil*, III, 2º, Barcelona: José María Bosch, Barcelona, 1989, vol. III, pp. 69-70; ROCA JUAN, J., *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, dirigido por ALBADALEJO, M., Madrid: Edersa, 1993, vol. VII, p. 1394.

⁴¹ En este sentido, ROCA JUAN, J., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 1394; este autor menciona como la jurisprudencia ha entendido esta expresión como una modificación o límite del dominio, de modo que interese al valor respectivo de ambos fundos, pues no existiendo tal disminución del total servicio del predio sirviente no estaremos ante una servidumbre.

⁴² ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Curso...*, *op. cit.*, p. 43. No cabe afirmar que no se utilice la jurisprudencia por parte de la doctrina, lo que sería negar la evidencia, pero sí el hecho de que no suele hacerse usualmente con el objeto de analizar cuál es la aplicación efectiva de las normas (algo que es más propio del análisis económico).

La presunción de libertad de la propiedad encuentra sus antecedentes más inmediatos en el Decreto de 8 de junio de 1813 sobre cerramientos de fincas –que recibe el significativo título de *varias medidas para el fomento de la agricultura y ganadería*– y el posterior decreto aclaratorio de 1836. De este modo dispone que *todas las dehesas, heredades y demás tierras de cualquier clase, pertenecientes a dominio particular, ya sean libres o vinculadas, se declararán desde ahora cerradas o acotadas perpetuamente*, para a continuación excepcionar *sin perjuicio de las cañadas, abrevaderos, caminos, travesías y servidumbres*.

El eje central de la reforma en este punto consistía en el establecimiento de la libertad de uso y disfrute, y en su caso, disposición, de los titulares de las tierras de pastos sobre sus propiedades. La nueva propiedad liberal exigía su individualización para lo que, se entendía, era imprescindible la posibilidad de cerrar las fincas. Se pretendía eliminar todas las restricciones que impedían que los propietarios tomaran en cuenta de forma principal los indicadores de mercado en el ejercicio de sus derechos sobre las tierras. De esta forma, procurando obtener los máximos beneficios, decidirán si arrendar o no las tierras, a pasto o a labor, todo o una parte, al mejor postor en todo caso⁴³.

Este planteamiento venía siendo defendido ya por nuestros ilustrados, si bien con escaso éxito. En el propio Jovellanos se encuentra esta apelación a la admisibilidad del cierre de las propiedades privadas: *la razón clama por la derogación de semejante abuso (del mantenimiento de la prohibición de los cerramientos por parte de la Mesta)... Qualquiera participación concedida en ella á un extraño, contra la voluntad del dueño, es una disminución, es una verdadera ofensa de sus derechos, y es agena por lo mismo, de aquel carácter de justicia, sin el qual ninguna ley, ninguna costumbre debe subsistir*⁴⁴. En este mismo sentido, es común entre los autores mencionar la inspiración de esta norma *en los principios de la Revolución francesa*⁴⁵.

⁴³ En este sentido, GARCÍA SANZ, A., El final de la Mesta (1808-1836). En ANES, Gonzalo y GARCÍA SANZ, Ángel (coords.), *Mesta, trashumancia y vida pastoril*, Madrid: Sociedad V Centenario del Tratado de Tordesillas, 1994, pp. 191-206, p. 200. Como veremos más adelante, junto al cerramiento de las fincas, estos decretos supusieron la abolición definitiva del derecho de posesión.

⁴⁴ JOVELLANOS, M. G., *Informe sobre la Ley Agraria*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955, p. 79. Sobre los argumentos de Jovellanos, NIETO, Alejandro, ha dicho que *carecen de seriedad científica, constituyen una interpretación arbitraria de las leyes y, en el fondo, son un contrasentido con el espíritu general afirmado en su obra*, vid. NIETO, A., *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, Valladolid: Junta provincial de Fomento pecuario de Valladolid, 1959, p. 200.

⁴⁵ LAGUNA DE PAZ, J.C., *Libertad y propiedad en el derecho de caza*, Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 38, afirma que este Decreto está inspirado en los principios de la Revolución francesa.

En sentido parecido, LACRUZ, José Luis, *Elementos...*, *op. cit.*, pp. 88-9, afirma que hasta la revolución francesa las prácticas feudales o comunales, usos y privilegios, bajo el antiguo régimen, obligaban a los propietarios a dejar sus campos abiertos, sin muros o cercas, tanto al ejercicio de la caza por el señor del rey, como a los rebaños de corporaciones de ganaderos (en España, el Honrado Concejo de la Mes-

Los numerosos conflictos hicieron necesaria que la Real Orden de 11 de febrero de 1836 recogiese varias aclaraciones en apoyo del nuevo régimen que se dispone⁴⁶. Esta defensa suele encontrarse a menudo en disposiciones procesales antes que sustantivas, pero sus consecuencias no son menores por ello. Así la aclaración tercera dispone que *el que pretende tener o aprovechar los pastos de suelo ajeno es el que debe presentar el título de adquisición y probar su legitimidad y validez, sin que de otro modo pueda turbarse al dueño en el libre uso de la propiedad*. La apariencia que supone la posesión o el ejercicio del derecho no queda protegida en este caso. Es así que esta disposición supone de hecho una inversión de la carga de la prueba que justifique la protección del derecho, prueba que en numerosas ocasiones había ser de difícil práctica, por lo que cabe concluir que esta disposición, a primera vista, de importancia menor, pudo significar finalmente la asignación definitiva a una de las partes en conflicto, en este caso, al titular del derecho de nuda propiedad en detrimento de los titulares de hecho de los derechos de servidumbre.

Esta exclusión de la tradición, de la cultura que no había convivido con la nueva institución del mercado que se pretende establecer y que se considera contradictoria con la costumbres, se hace igualmente patente en la segunda disposición aclaratoria de la R. O. de 1836 al afirmar que *no deben tenerse por títulos de adquisición (en referencia a las servidumbres)...excluyéndose por lo mismo todos aquellos que se fundan en las malas prácticas, más o menos antiguas, a que se ha dado, contra lo establecido por las leyes, el nombre de uso o costumbre*. Las relaciones entre el régimen jurídico de los cerramientos y las servidumbres quedan en este supuesto plenamente integradas, respondiendo las soluciones ofrecidas en ambos casos a una misma óptica legislativa⁴⁷.

ta), o a los ganados de los señores, o acaso a los otros vecinos del pueblo, o los de los vecinos de otros pueblos (alera foral pastos de facería, etc.); a fin de que pudieran pastar en ellos libremente una vez levantadas las cosechas de cereal o en la parte que quedase en barbecho... La revolución reacciona frente a este estado de cosas autorizando a todos los dueños para cerrar sus fincas, con cuya medida las hacen francas de cualesquiera prestaciones, salvo que éstas hayan sido constituidas en condición de servidumbres de Derecho privado.

⁴⁶ Los legisladores de los siglos XVIII y XIX dedicaron gran atención a estas medidas reformadoras, como muestra la aprobación de numerosas disposiciones tanto en la época ilustrada como en la primera mitad del siglo XIX. No obstante, esta aprobación repetida de disposiciones, en algunos casos meras reproducciones de normativas anteriores, venía motivada principalmente, en un primer momento por las quejas aparecidas ante la inobservancia en el cumplimiento de estas disposiciones y, en un segundo momento, cuando ya los problemas derivados de la falta de aplicación de las leyes eran menores, aunque todavía importantes, por las continuas dudas planteadas en su efectiva aplicación.

⁴⁷ Este planteamiento con cita de esta misma normativa es recogido por COLMEIRO, M., *Derecho administrativo* ..., vol. II, *op. cit.* p. 113. En la práctica totalidad de los casos suponía la negación de cualquier derecho real de servidumbre basado en el uso continuado o la costumbre. A nuestro juicio, se trata de un claro precedente del excepcional régimen jurídico de las servidumbres que recogerá nuestro Código civil en materia de adquisición de derechos. Incluso parece que hace referencia a un sistema más restrictivo, por cuanto no distingue entre las distintas servidumbres.

3. El papel de la jurisprudencia y la adquisición de servidumbres

Debido a la dilación de la promulgación del Código civil, la jurisprudencia del Tribunal Supremo iría decantando el régimen jurídico. Así es reseñable la sentencia de TS de diciembre de 1865, en que se afirma *que es principio inconcusso de derecho que toda propiedad se supone libre mientras no se pruebe la existencia o constitución legal de algún gravamen*. Posteriormente, y en referencia concreta a las servidumbres, afirma que *...de la naturaleza de la acción negatoria de servidumbre, no incumbe al que la entabla (el propietario) la prueba de su aseveración, sino al demandado que afirma la existencia del gravamen*.

Los dos únicos medios de constituir una servidumbre son el título y la prescripción (dejamos de lado las servidumbres legales y la constitución por signo aparente que propiamente no es un modo de constitución). En el segundo caso, lo curioso es que se trata del único derecho real que no remite, explícita o implícitamente, al régimen general de la prescripción que recoge el mismo Código. Nuestro codificador decidió disponer un régimen especial para la prescripción de las servidumbres.

Desde una perspectiva económica, se pretende que el propietario gestione con los menores costes posibles sus bienes y propiedades. Se pretende establecer un régimen donde el propietario pueda controlar y garantizarse la conservación más amplia de su derecho. Por ello, para evitar la pérdida que puede suponer la existencia de un derecho ajeno sobre el mismo bien por el paso prolongado del tiempo, se establecen limitaciones al régimen general de la prescripción.

El ejemplo más ilustrativo es el de la servidumbre de paso (por ejemplo para el ganado). Dado que se trata de un uso discontinuo, que no requiere un ejercicio continuado, si se aplicase el régimen general de la prescripción el propietario se vería obligado a ejercer una vigilancia muy costosa que protegiese la conservación plena del contenido de su derecho. En el conflicto agricultores y ganaderos, la disposición de un régimen especial supone una toma de partido por parte del legislador.

Esta actitud del legislador puede igualmente explicarse por el cambio de incentivos en los distintos agentes económicos. Desde finales del siglo XVIII, cada vez va adquiriendo un mayor peso el ganado estante en detrimento del ganado trashumante. Estas circunstancias debieron afectar los incentivos de la Mesta, así como del resto de intereses ganaderos, en forma de un debilitamiento de sus deseos de reivindicar sus inmemoriales derechos de propiedad. No debe olvidarse que durante siglos, la Mesta fue la principal agencia organizadora del comercio exterior de lana y bienes agrícolas, al tiempo que era fuente importante de financiación de la Hacienda castellana. El declive del sector gana-

dero hubo de traducirse en una menor fuente de ingresos para la Hacienda y, en consecuencia, en una menor capacidad de presión sobre el legislador⁴⁸.

4. Adquisición de las servidumbres discontinuas y no aparentes

No se trata de que ninguna usucapión sea válida, sino aquella que tiene lugar al margen del propietario, es decir, que la voluntad del propietario en cuanto manifestación de su dominio no ha podido rechazar. Esta posibilidad se plantea únicamente en el caso de servidumbres discontinuas y no aparentes, ya que si son visibles o bien continuas se supone que el propietario está en condiciones de rechazarlas si esa es su voluntad.

Se admite la prescripción adquisitiva (usucapión) en cuanto adquisición *contra* el propietario concedor de la posesión, o *a pesar* del propietario negligente que no pone los medios necesarios para evitar que la adquisición del derecho llegue a consolidarse. Lo que no cabe en sede de servidumbres, de modo que se excepciona la teoría general del derecho real y de las doctrinas sobre su adquisición⁴⁹, es la adquisición *al margen del* propietario. La soberanía derivada de la propiedad impide que se tenga en cuenta la voluntad de su titular, aunque sea para contradecirla⁵⁰.

V. EL RÉGIMEN DE LAS SERVIDUMBRES EN EL DERECHO FORAL⁵¹

1. Un régimen más continuista

En clara contraposición al régimen expuesto para el Derecho común cabe contemplar el régimen foral navarro, que era y es muy diferente en los puntos que venimos tratando. Esta situación no siempre fue tan conocida, fundamentalmente por la histórica ausencia de una ordenación sistemática de las servidumbres,

⁴⁸ GONZÁLEZ, M. J., esp. pp. 14-15. En sentido parecido, JOVELLANOS, M. G., *Informe ...*, *op. cit.*, p. 78. reconoce a la Mesta como el cuerpo que más firmemente resistió los cerramientos de las tierras, como el enemigo de las propiedades privadas.

⁴⁹ El artículo 598 entrevé esta especialidad al referirse a *el título y, en su caso, la posesión de la servidumbre adquirida por prescripción* (la cursiva es nuestra).

⁵⁰ ARECHEDERRA, L., *Propiedad y constitución...*, *op. cit.*, p. 17: *No está en juego tanto la voluntad del propietario, como la soberanía de la propiedad ejercida por el propietario. La soberanía exige que se cuente con ella, no excluye que se la contrarie.*

⁵¹ Las referencias a las normas reguladoras de las diferentes instituciones mencionadas (servidumbres, usucapión, prescripción adquisitiva, cerramientos...) se harán al Fuero Nuevo actualmente vigente. Se adopta este criterio fundamentalmente en aras a la mayor brevedad del comentario –e incluso actualidad– y, al mismo tiempo, por tratarse de cuestiones que apenas han sufrido modificaciones legales respecto al régimen vigente a lo largo del siglo XIX. En los casos en que existan tales diferencias, se mencionarán expresamente.

sin que los Fueros y leyes se refirieran siquiera a ellas salvo en contadas excepciones. Tal es así que la memoria de Morales aceptaba para Navarra la regulación sobre servidumbres que proponía el Proyecto de Código Civil de 1851 por entender que no existía ningún precedente que justificara establecer excepción alguna⁵². También al regular el régimen de la usucapión van a existir diferencias notables. Diferencias que, a su vez, afectarán a la posible adquisición del derecho real de servidumbre por esta vía.

En cuanto a los planteamientos en los que descansa la institución de la servidumbres, estamos de acuerdo con R. Barber cuando atribuye al régimen de las servidumbres en el Fuero Nuevo vigente el calificativo, entre otros, de *sentido social*, para destacar que en este cuerpo legal *la servidumbre no se contempla como una situación excepcional, de restringido establecimiento por constituir una figura indeseable y negativa, ... sino tendente a armonizar el mejor aprovechamiento de los predios con la mínima perturbación ajena*⁵³.

En cuanto al régimen foral navarro en materia de usucapión se caracteriza por la singularidad del régimen previsto, tanto en lo referente a los plazos como a los requisitos exigidos. Si analizamos las leyes 356 y 357 del Fuero Nuevo, parece existir una cierta reticencia frente a la adquisición de los inmuebles y los derechos reales sobre los mismos por prescripción adquisitiva, dados los largos plazos exigidos (veinte o treinta años, con justa causa y buena fe, y siempre que pueda probarse; si esto último no es posible, el plazo se extiende a cuarenta años, salvo que el propietario hubiere estado ausente de Navarra durante todo este tiempo)⁵⁴.

⁵² En este sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., Las servidumbres en Derecho navarro. En *Tratado de servidumbres*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 1306 y ss, en concreto p. 1305. Este autor cita la Memoria de Antonio Morales, de 1884, donde afirma la escasez de referencias en las leyes a esta institución y, además, en los contados casos en que se mencionan, destaca su inobservancia.

⁵³ BARBER, R., *Ley 393: Concepto (Servidumbres)*, *op. cit.*, p. 1259. En sentido similar se pronuncia ARECHEDERRA, *Propiedad...*, *op. cit.*, cuando sostiene que existe un giro de 180º grados respecto al régimen civil común, si bien se refiere a un aspecto concreto como es la posible adquisición de estos derechos por vía de la usucapión. Cuestión diferente será si la aplicación real de estas normas consiguió de hecho la socialización pretendida; para un análisis detallado de la aplicación efectiva de la revolución liberal en Navarra sobre la estructura de propiedad de la tierra, *vid.* IRIARTE GONZ, I., *Bienes comunales y capitalismo agrario en Navarra*, Madrid: MAPA, 1997 y DE LA TORRE, J. (ed.), *Navarra, siglo XIX, 1800-1900 Cien años de historia*, Pamplona: Instituto Gerónimo de Uztáriz, 1994.

Mencionar también que BARBER destaca igualmente, como nota característica del régimen civil foral de las servidumbres, su sentido práctico: el Fuero omite las clasificaciones, de utilidad poco más que pedagógica, para articular un régimen absolutamente tributario de su utilidad para los problemas de la vida diaria. No obstante, también el FN al tratar el régimen de la prescripción de las servidumbres, hace uso de las clasificaciones típicas para distinguir el diferente inicio del cómputo de los plazos que deben transcurrir para la adquisición del derecho. Por otro lado, pudiera ser que las clasificaciones que establece reiteradamente el régimen común fueran necesarias para posibilitar las particularidades del régimen que se pretende establecer.

⁵⁴ Esta reticencia es apuntada por ARCOS VIEIRA, M^a L., Aproximación al estudio de la usucapión en Derecho civil navarro. En *Revista Jurídica de Navarra*, 24 (Julio-Diciembre 1997). Esta autora destaca

El Fuero Nuevo afirma expresamente que se adquieren por usucapión las servidumbres:

Ley 397:

Prescripción

Las servidumbres se adquieren por la prescripción ordinaria de bienes inmuebles, o por la extraordinaria. El tiempo empezará a contar, en las servidumbres positivas, desde el primer acto de su ejercicio; en las negativas aparentes, desde la aparición de signos de servidumbre; y en las negativas no aparentes, desde la prohibición formal del acto que la servidumbre impediría realizar.

Largo tiempo

En todo caso, se respetará el uso de una servidumbre aparente cuyo ejercicio indiscutido durante largo tiempo se estime que puede continuar sin perjuicio para la finca que lo padece.

Asimismo se considerarán como servidumbres los servicios establecidos con signo aparente entre fincas de un mismo propietario, cuando se separe la propiedad de ambas por actos inter vivos o de última voluntad de aquél, si al tiempo de la separación subsiste el signo y si el título de disposición no excluye expresamente la servidumbre.

En cualquier caso, pese a la mayor tolerancia a la existencia de servidumbres u otros derechos segregados del derecho de propiedad, sigue existiendo también en derecho foral navarro, según entendemos, una posición prioritaria de la propiedad. Sólo a modo de ejemplo cabe mencionar la solución adoptada en la prescripción extraordinaria entre ausentes, o mejor dicho, su inadmisión. Entre los argumentos en favor de la usucapión suelen mencionarse tanto la relevancia de la seguridad jurídica que proteja la apariencia (y de esta forma una mayor agilidad y desarrollo del tráfico jurídico) así como la desincentivación de la ociosidad de la propiedad de los bienes (a modo de sanción)⁵⁵. Sin embargo, en el caso

también la ausencia de trabajos sobre esta figura tanto en derecho foral navarro como en el resto de derechos forales.

La usucapión extraordinaria se interrumpe por la contestación del demandado a la demanda. No parece que pueda considerarse problemática la posible conducta del demandado retrasando la contestación, sino que *ha de considerarse plenamente legítimo, sobre todo si se considera que tal actitud sólo puede perjudicar a quien ha dejado transcurrir casi cuarenta años para ejercitar judicialmente sus derechos*. En este sentido, DE PABLO, P., *Curso de Derecho Civil Navarro*, Pamplona: Eunsa, 1990, p. 573.

⁵⁵ Estas ideas son reiteradas entre la doctrina, *vid.* por todos, POSNER, R., *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto-London, 1992, 4ª ed. Desde una óptica totalmente diferente, pero coincidente en la argumentación, *vid.* DÍEZ PICAZO, L., En torno al concepto de la prescripción. En *Anuario de Derecho Civil*, 1963, pp. 969 y ss.

mencionado, estos criterios sólo justifican la pérdida del derecho del propietario si éste ha podido oponerse y no en el caso de que estuviera ausente. En suma, nuevamente prima el derecho de propiedad sobre otros valores en juego⁵⁶.

En cuanto al supuesto previsto por la Ley 397.2, implica la admisibilidad de un uso prolongado en el tiempo, siempre que no se perjudique al predio dominante, pero sin que llegue a suponer la adquisición del derecho real de servidumbre. Es así que, de ejercitarse la acción negatoria por parte del propietario del predio dominante, *habrá de declarar el juez la inexistencia del gravamen* si bien, si se cumplen los requisitos exigidos, se rechazará la pretensión de reintegración posesoria⁵⁷.

En cualquier caso, este reconocimiento a favor del titular del *gravamen de hecho que no derecho* es sólo transitorio en tanto en cuanto no cambien las circunstancias que no hagan perjudicial el uso en cuestión para el titular del predio dominante. Este régimen supone, en nuestra opinión, un intento de compatibilización de la existencia de varios titulares sobre un mismo bien. El reconocimiento de esta figura jurídica, entre otras, supone marcar una cierta distancia con los pronunciamientos que sobre el cerramiento de fincas establece el nuevo derecho civil común aprobado.

2. Diferencias en el cerramiento de fincas

Ley 348: Cerramiento de fincas

Todo propietario tiene derecho a cercar sus fincas, pero deberá respetar el ejercicio de los derechos reales que existan sobre ellas.

Se entenderá por finca cerrada la cercada por tapia o pared, alambrada, seto vivo o seto con palos, o de cualquier otro modo, dejando puerta, “langa” o “queleta”, conforme al uso o costumbre del lugar.

Cuando se restablezca el cercado se observará lo dispuesto en la ley 368.

En suma, se entenderá por finca cerrada cuando de cualquier manera se cerque utilizando materiales aptos para ello, y ello con independencia de que exista puerta –o langa, queleta,...–. No obstante, el cierre de la finca debe respetar los derechos reales existentes sobre la finca. El Fuero Nuevo es en este punto más

⁵⁶ Recogemos este supuesto del derecho foral navarro por el paralelismo que representa respecto a la no admisión de las servidumbres discontinuas y no aparentes en el régimen común *en contra* de la voluntad del propietario.

⁵⁷ DE PABLO CONTRERAS, P., Las relaciones entre prescripción y usucapción en Derecho navarro. En *Revista Jurídica de Navarra*, 29 (enero-junio 2000), pp. 9-49, en concreto, p. 43.

amplio que el CC. que sólo menciona el respeto a las servidumbres, si bien este último es el supuesto más común en Navarra (aunque cabría pensar también en otros como el aprovechamiento de helechales)⁵⁸.

Este detallado régimen, así como los precedentes del Derecho histórico, nos lleva a afirmar con De Pablo como *todo parece indicar que, en Navarra, no tuvo la misma virulencia el principio que, durante el Antiguo Régimen, obligaba a los propietarios a dejar libres de cercados sus campos para permitir el ejercicio de los innumerables gravámenes –a favor del rey o los señores, del común de los vecinos, etc.– que recaían, más o menos indiscriminadamente, sobre aquéllos (derechos de pastos, sobre todo)*⁵⁹.

VI. CONCLUSIONES

La definición de derechos en que se concretó la revolución liberal española del siglo XIX se asemeja en gran medida a los postulados de la teoría económica de los derechos de propiedad. Así, mientras Tomás y Valiente se lamenta con resignación, corrigiendo posturas personales de índole crítica, que la revolución liberal en general, y la transformación de la propiedad en particular, *no pudieron hacerse de otra forma*, justificando el resultado final como inevitable, sin embargo, McCloskey hace referencia al papel del Estado de corrector de ineficiencias en relación al procedimiento que deba seguirse con este fin (en el trabajo concreto refiriéndose al cerramiento de los comunales y sistemas de coordinación entre agricultores y ganaderos)⁶⁰.

En consecuencia, cabe afirmar que se fijaron las bases necesarias para un mayor crecimiento económico, lo que no quita que quepa hacer varias críticas. En primer lugar, la mayor eficiencia en la asignación de recursos que pudo conseguirse en la mayor parte de los casos, tuvo un coste difícil de cuantificar. Por

⁵⁸ HUALDE, T. Comentario a la Ley 348. En *Comentarios al Fuero Nuevo*, Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 1095 y ss. El espacio que permite el acceso a la finca recibe un nombre distinto según la localidad navarra considerada. La propia Ley 348 menciona la langa (Ulzama, Valles de Odieta, Atez y Esteribar, Leiza, Larraín, Areso) y la *queleta* (Roncal, Navascués, Barásoain), pero a la misma realidad hacen referencia otros términos como *balanga* (Burguete), *balango*, *barranga*, *guereta* (Aezcoa), *branga* (Odieta), nombres utilizados en distintas comarcas de Navarra para referirse a una misma realidad.

⁵⁹ DE PABLO CONTRERAS, P. Bienes muebles e inmuebles en Derecho navarro. En *Revista Jurídica de Navarra*, 15, (enero-junio 1993), Homenaje al Prof. Sancho Rebullida, pp. 65-78, esp. p. 69. No obstante, en algunos casos, sí que existieron casos en que no se permitían los cercados, como muestra el hecho de que existieron disposiciones derogatorias como la ley 110 de las Cortes de Pamplona de 1817-1818.

⁶⁰ McCLOSKEY, D., The Enclosure of Open Fields: Preface to a Study of Its Impact on the Efficiency of English Agriculture in the Eighteenth Century. En *Journal of Economic History* 32 (1972), pp. 15-35, esp. p. 22: *A conquerer can achieve by the threat of his sword and a stroke of his pen a result by eliminating inefficiencies of an earlier social arrangement on which a society of laws must spend many years and much expense.*

un lado, un coste en términos de la equidad o justicia intrínseca del nuevo marco institucional en relación a las clases más desfavorecidas (en relación a la tan comentada *oportunidad perdida*). En segundo lugar, el coste que pudo suponer la eliminación de algunos de los mecanismos de coordinación entre los agentes económicos basados en la costumbre, prácticas todas ellas que no siempre tenían por qué ser ineficientes.

En cuanto a las diferencias entre el régimen civil común y el foral navarro, bien es cierto que existen diferencias importantes que habían de determinar un distinto devenir histórico ante problemas comunes, básicamente la relación entre agricultura y ganadería. A la vista de los textos legales existía en Navarra una menor predisposición a facilitar los nuevos planteamientos liberales. No obstante, los resultados definitivos no necesariamente tuvieron que ser diferentes, aunque ésta es ya otra cuestión sobre la que se precisa una mayor investigación.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALENZA, J. F. y GALILEA P., Los convenios entre la Administración y los agentes privados como instrumento de protección ambiental. En *Revista Interdisciplinar de Gestión Ambiental* (2002).

ALENZA, J. F. y GALILEA, P., Coase visita el Parque Natural de Aralar (a propósito de un conflicto reciente: regulación y recursos naturales). En *Actas del Tercer Congreso de Economía de Navarra*, Pamplona: 2000, pp. 499-520.

ANES, Gonzalo, *La Ley Agraria*, Madrid: Alianza, 1995.

ARCOS, M^a. L., Aproximación al estudio de la usucapión en Derecho civil navarro. En *Revista Jurídica de Navarra*, 24 (Julio-Diciembre 1997).

ARCOS, M^a. L., Comentario a la Leyes 397 y 398. En *Comentarios al Fuero Nuevo*, Pamplona: Aranzadi, 2002.

ARECHEDERRA, L. I., *Propiedad y constitución de servidumbres*, Madrid: Dykinson, S. L., 1993.

BARBER, R., Ley 393: Concepto (Servidumbres). En *Comentarios al Fuero Nuevo*, RUBIO TORRANO, E. (dir.) y M^a L. ARCOS VIEIRA (coord.), Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 1258 y ss.

CABRILLO, Francisco, Industrialización y derecho de daños en la España del siglo XIX. En *Revista de Historia Económica*, 12 (1994) 3, pp. 591-609.

CLAVERO, B., *Mayorazgo*, Madrid: Siglo XXI, 1989, 2^a ed.

CLAVERO, B., Origen constitucional de la codificación civil en España. En PETT, C. (Coord.), *Derecho privado y revolución burguesa*, Madrid: Marcial Pons, 1990.

CLAVERO, B., *Institución histórica del Derecho*. Madrid: Marcial Pons, 1992.

COASE, R. H., The Problem of Social Cost. En *Journal of Law and Economics* 3, (1960), pp. 1 y ss. (Existe traducción en *Hacienda Pública Española*, 68 (1981), pp. 245-

273; publicado también en COASE, R. H., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988, con trad. cast.

COASE, R. H., *The Firm, the Market and the Law*, Chicago: University of Chicago Press, 1988 (existe trad. en cast., *La empresa, el mercado y la ley*, Madrid: Alianza, 1991).

COASE, R. H., "The Wealth of Nations". *Essays on economics and economists*, Chicago: University of Chicago Press, 1994, pp. 75-94.

COLMEIRO, M., *Derecho Administrativo español*, Santiago de Compostela: Escola Galega de Administración Pública, 1995 (ed. original 1850).

DE LA TORRE, J. (ed.), *Navarra, siglo XIX, 1800-1900 Cien años de historia*, Pamplona: Instituto Geronimo de Uztariz, 1994.

DE PABLO, P., Bienes muebles e inmuebles en Derecho navarro. En *Revista Jurídica de Navarra*, 15 (enero-junio 1993), Homenaje al Prof. Sancho Rebullida, pp. 65-78.

DE PABLO, P., Las relaciones entre prescripción y usucapión en Derecho navarro. En *Revista Jurídica de Navarra*, 29 (enero-junio 2000), pp. 9-49.

DEMSETZ, H., Towards a Theory of Property Rights. En *American Economic Review*, LVIII, (1967), pp. 347 y ss.

DÍEZ PICAZO, L., En torno al concepto de la prescripción. En *Anuario de Derecho Civil* (1963), pp. 969 y ss.

EGUSQUIZA, M^a A., El Derecho patrimonial: ese gran desconocido. En *Revista Jurídica de Navarra*, 33.2 (2002), pp. 39-48.

ESTAPÉ, F., Nacimiento, protección y librecambio en el siglo XIX español, Introducción al pensamiento económico. En *Una perspectiva española*, Madrid: Espasa Calpe, 1990, pp. 111-142.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, F. J., Las servidumbres en Derecho navarro. En *Tratado de servidumbres*, Cizur Menor: Aranzadi, 2002, pp. 1306 y ss.

GALILEA, P., Recensión de Francisco Cabrillo: Matrimonio, Familia y Economía. Madrid: Minerva Ediciones, 1996. En *Revista Jurídica de Navarra*, 26 (julio-diciembre 1998), pp. 436-443.

GALILEA, P., y AIZPURÚA, J., Property Rights on the Forest Resources: Evidence from the Privatization Process in Spain. En *Perspectiva Económica*, 115, vol. 36 (2001), pp. 5-34.

GARCÍA SANZ, A., El final de la Mesta (1808-1836). En Gonzalo Anes y Ángel García Sanz (Coords.), *Mesta, trashumancia y vida pastoril, Sociedad V Centenario del Tratado de Tordesillas*, Madrid, 1994, pp. 191-206.

GÓMEZ POMAR, F., Derechos de propiedad y costes de transacción. ¿Qué puede enseñar Coase a los juristas? En *Anuario de Derecho Civil*, LI (1998), fasc. III, pp. 1035-1069.

GONZÁLEZ, M. J., Campomanes y Jovellanos ante el marco institucional de la economía de mercado. En *Información Comercial Española* (1988), pp. 111 y ss.

GROSSI, P., Absolutismo jurídico y derecho privado en el siglo XIX, Discurso pronunciado con motivo de su nombramiento como *Doctor Honoris causa* por la Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona, 1991.

HUALDE, T., Comentario a la Ley 348. En *Comentarios al Fuero Nuevo*, Aranzadi, 2002, pp. 1095 y ss.

IRIARTE GOÑI, I., *Bienes comunales y capitalismo agrario en Navarra*, Madrid: MAPA, 1997.

LACRUZ, J.L., *Elementos de derecho civil, III, 2ª*, Barcelona: José María Bosch, 1989, 2ª ed.

NIETO, A., *Ordenación de pastos, hierbas y rastrojeras*, Valladolid: Junta provincial de Fomento pecuario de Valladolid, 1959.

NORTH, D. C., *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge Univ. Press, New York, 1990 (Existe trad. cast. Instituciones, cambio económico y desempeño institucional, México: F.C.E., 1993).

PASTOR, S., *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del Derecho*, Madrid: Tecnos, 1989.

RODOTA, S., La definición de la propiedad en la codificación napoleónica. En *El terrible derecho. Estudios sobre la propiedad privada*, trad. DÍEZ PICAZO, L. (ed. original 1981), Madrid: Civitas, 1986.

RUBIO TORRANO, E. (dir.) y ARCOS VIEIRA, Mª L. (Coord.), *Comentarios al Fuero Nuevo : Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*. Cizur Menor: Aranzadi, 2002.

SALVADOR CODERCH, P., *La enseñanza del Derecho en España* (Libro colectivo), Madrid, 1987.

TEJDE DE LORCA, P., Revolución liberal y crecimiento económico en la España del siglo XIX. En *Antiguo Régimen y liberalismo* (Homenaje a Miguel Artola), Madrid: Alianza, 1994, vol. 1, Visiones generales, pp. 31-49.

TOMÁS Y VALIENTE, F., *Códigos y constituciones*, Madrid: Alianza Universidad, 1989.

VILLARES PAZ, R., *La propiedad de la tierra en Galicia 1500-1936*, Madrid: Siglo XXI editores.