

La especificación en el Código civil

REGINA AYMERICH RENTERIA

Profesora titular de Derecho civil de la Universidad Complutense

SUMARIO: I. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA ESPECIFICACION: DERECHO ROMANO. II. CONCEPTO Y DEFINICIÓN DE LA ESPECIFICACION. III. DERECHO COMPARADO. IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA ESPECIFICACION. V. ANTECEDENTES DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO HISTORICO CASTELLANO: LAS PARTIDAS. VI. LOS PROYECTOS DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1851 y 1889. VII. REGIMEN JURIDICO DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL: 1. Presupuestos doctrinales: las nociones de sustancia y forma en el Código civil. 2. El concepto legal de la especificación (definiciones). 3. Los elementos personales. 4. Requisitos de la especificación: a) que se trate de cosa mueble; b) la buena fe; c) elemento intencional. VIII. EFECTOS DE LA ESPECIFICACION. IX. EL DERECHO Y LA ACCION DE RESARCIMIENTO.

I. EL DERECHO ROMANO

1. El concepto de especificación

Por especificación se entiende la transformación, obtenida a través de la aplicación de la actividad humana, de un objeto en otro que tiene una estructura propia y distinta, y que se caracteriza por su diferente función económico-social. Casos de especificación considerados en las fuentes romanas son los siguientes: transformar la uva en mosto, las olivas en aceite, los metales y mármoles en estatuas, las tablas y los troncos en armarios, naves y similares, las hierbas en medicinas y colirios, la lana en vestidos, etc.

Este fenómeno del mundo económico conlleva de por sí el problema de la identidad del objeto especificado: la cuestión es la siguiente: si una vez transformado permanece el mismo o si ha de considerarse una cosa nueva, independiente del todo de la preexistente; se plantea desde este momento el problema de si el objeto de la especificación —o lo que podríamos llamar la materia prima— debe o no conside-

rarse extinguido. La solución de tal problema en el plano filosófico y económico, conlleva notables consecuencias sobre el plano jurídico: consecuencia de la extinción de un objeto es la extinción de cualquier derecho real sobre el mismo; mientras que el nacimiento de un objeto nuevo conlleva el problema del eventual —contemporáneo o sucesivo— nacimiento de un derecho en orden a este último.

Como ya se ha visto, el fenómeno de la especificación no fue ignorado por la jurisprudencia romana, la cual, sin embargo, no llega a la construcción en orden a la misma de un instituto jurídico unitario y abstractamente regulado, sino que se limita, por el contrario, a tomar en consideración un cierto número de casos con relación a eventuales consecuencias en orden a los Derechos reales (*in primis* al derecho de propiedad) existentes sobre el objeto de la especificación (1). En particular, ya que en la mayor parte de los casos la especificación, en cuanto que efectuada por el mismo propietario de la materia, o por un tercero que había recibido encargo de éste, en ausencia de un conflicto de intereses, no crea problemas jurídicos en orden al derecho de propiedad (2) (que en tales casos, resulta sin duda pertenecer al propietario de la materia prima), la jurisprudencia romana toma en consideración el problema de la especificación, como eventual modo de adquisición originario de la propiedad, principalmente en relación a aquellos supuestos de hecho en los cuales la transformación es efectuada por un tercero sin conocimiento o contra la voluntad del propietario de la materia prima. En tales casos, y de cara al conflicto de intereses que se viene lógicamente a crear en orden al resultado de la especificación, ha de decidirse si este último debe ser atribuido al propietario de la materia o al especificador.

Los textos clásicos para referirse a este modo de adquirir usaron la perífrasis: «*Speciem facere ex aliena materia*». El nombre de *specificatio* se encuentra por primera vez en aquel valioso y orgánico tratado medieval de la legislación justiniana, que es el *Brachilogus* (3).

(1) Aunque en relación a este supuesto de hecho se plantea el problema de la eventual extinción de derechos reales que recaen sobre la materia prima.

(2) Si se trata de especificación no se produce, como en el caso de la accesión, el fenómeno de una cosa que cede a la otra, en base a que la una es destruida, absorbida, y que la otra permanece en el todo. Aquí, por el contrario, la cosa resultante es una creación nueva, en la cual se destruye la precedente. Por eso la pintura, una vez atribuida la propiedad del cuadro al pintor, erróneamente y sólo por la fuerza de la tradición, se clasifica entre la figura de la accesión: en realidad, el cuadro es una cosa nueva resultante de la tabla y los colores, ni siquiera el motivo de la adquisición es la prevalencia de los colores sobre la tabla, el que se ha extinguido se podría sostener en base a la individualidad y al valor del resultado. Cabe decir lo mismo respecto de la escritura, en este caso tenemos el papel y la materia escritoria y solamente se puede discutir la prevalencia de la una o del otro: el propietario de uno o de otra adquiere el pergamino o la tabla en que se ha hecho el escrito, no la obra en la que permanece siempre una propiedad espiritual del autor en el Derecho romano y una verdadera patrimonial en el derecho moderno.

(3) BRACH: *Iur. Civ. II.5*. El título lleva precisamente la rúbrica *de specificatione*.

2. Materia y especie

Conforme a lo expuesto, los conceptos que manejamos en esta materia no son ya los de cosa principal y cosa accesoria, sino conceptos de *materia* o *substantia* y *species*. Para establecer cuándo hay verdadera especificación es necesario, ante todo, conocer qué es lo que se debe entender precisamente por estos términos. A cuyo propósito hay que señalar, ante todo, la falta de unanimidad de criterio existente en la doctrina en cuanto al significado de los citados términos, falta de unanimidad derivada de la innegable influencia —y, en opinión de Bonfante (3 bis), informal y maléfica— de la filosofía griega.

Perozzi (4) pone de manifiesto cómo estos dos términos «materia» y «species», empleados tan frecuentemente en las fuentes romanas, sobre todo en materia de especificación, no han sido objeto de un estudio que trata de determinar expresamente su alcance. Son, para este autor, dos sentidos que aparecían así, espontáneamente, y que fueron aceptados sin discusión.

Solamente Ferrini (5), en su estudio sobre la especificación, ha intentado determinar en base a las fuentes el sentido de estos dos términos. Para este autor ni un término ni otro significan aquello que generalmente acepta la doctrina, sosteniendo, por el contrario, que cuando las fuentes romanas emplean el término *species* éste no significa «forma», sino «individualidad de una cosa», y *materia*, no «materia prima», sino «la cosa originaria de la que deriva otra que carece de distinta y propia individualidad». En este sentido, señala Perozzi la novedad absoluta que otorga Ferrini al término *species*.

Por el contrario, el sentido que da Ferrini al término *materia* no es totalmente nuevo. Ya Fitting (6) afirmaba —sin alegar prueba alguna— que «materia» es la expresión técnica de los romanos para indicar la «cosa especificada». Posteriormente a Ferrini, se ocupó del alcance del término *species* Voigt (7), el cual distingue a su vez dentro del mismo dos sentidos correlativos: *speciès* que como nombre concreto significaba no «cosa» en general, sino «objeto de comercio», «el artículo comercial»; o en sentido abstracto que significaba «la específica cualidad económica del objeto de comercio». Se abre así una discusión única sobre el sentido de estos dos términos. Es ahora cuando Perozzi cree oportuno proceder al análisis de este argumento, prescin-

(3 bis) *Corso di Diritto Romano*, vol. II, Roma, 1928, p. 217.

(4) *Materia e Species. Scritti giuridice*, vol. I, Milano, 1948, p. 245.

(5) *Apuntes sulla dottrina della specificazione*, pp. 3 y ss. (opere IV, pp. 434 y ss.)

(6) *Spezifikation en Archiv f de c.*, vol. 48, p. 151.

(7) *Die Technische Production*, pp. 4 y ss.

diendo en todo caso de la cuestión de si los textos en los cuales los términos estudiados aparecen en las fuentes romanas están o no interpolados; así como de la cuestión relativa a si los juristas clásicos usaron el término *species* o, por el contrario, el término *materia*, lo que es raro. Por el contrario, lo que sí parece ser cierto es que no se hizo el uso ni el abuso con que aparecen en las fuentes. Para Perozzi (8), en contra de la opinión de Fitting y Ferrini, el término *materia* tiene el sentido acogido tradicionalmente de materia prima; y *species* tiene normalmente dos sentidos próximos, aunque no idénticos a aquellos afirmados por Voigt, si bien en la práctica esta voz asume distintos sentidos según el lugar y la ocasión en que se utilicen.

A) Respecto del término *materia*, de todo lo expuesto se deduce que un estudio sobre el alcance y significado de esta palabra debe necesaria y sustancialmente consistir en un examen de los argumentos aducidos por Ferrini. Estos argumentos, como es natural, los deduce del examen del siguiente texto:

a) D33.10.3/5: *nec interest, cuius materiae sunt res, quaesunt in suppellecteli.*

Entiende Ferrini que en este texto la expresión «*cuius materiae sunt*» significa «de qué materiales ha sido hecha», y que se traduce aquí igualmente bien *materia* por *sustancia*, sólo porque es la única o la más originaria cosa que concurría a formar la nueva, es en este caso una materia informe o bruta. No se puede admitir esta interpretación en cuanto que los utensilios hayan sido hechos en particular con materia bruta. Es una suposición de Ferrini que ninguna frase del texto confirma y que además es improbable porque los utensilios u objetos suelen hacerse a partir de materiales que tienen de por sí una elabora-

(8) *Op. cit.*, p. 217, dice textualmente este autor que «según el valor económico y el uso de las palabras en la lengua latina, en la cual prevalece el sentido concreto sobre el abstracto en los sustantivos, el término *materia* referido a la especificación podría significar lo que podríamos llamar técnicamente “materia prima” la *materia ex Libano monte accersita* para construir las naves: como dice Plinio, es la materia de la cual César hace el puente sobre el Reno, es la *materia navalis*, esto es, los materiales para la construcción de las naves (leños, hierro, etc.)». Siguiendo esta concepción es, como se comprende, por qué en las cosas reducibles a su antigua forma según la teoría ecléctica —objeto de estudio del apartado 4— como una estatua de bronce o una taza de plata, se dice en las fuentes que la *materia manet*: ésta no es destruida como materia prima y puede ser de nuevo reelaborada en otro objeto. Mejor aún se comprende por qué se dice que la *materia non manet* en el caso de las cosas irreducibles a su antigua forma, como un vestido de lana, una nave o un armario: la *sustancia* en el sentido naturalístico ciertamente no ha percibido; pero ha percibido económicamente la *materia prima* en cuanto que la *sustancia* ha quedado reducida a tal estado que no es ya posible volverla a trabajar. Es esta concepción la que elimina una vieja disputa existente entre los romanistas, de si hay especificación en el incendio o en la destrucción de la cosa, que la convierte en diversos residuos. La respuesta para BONFANTE (*op. cit.*, p. 118) es simple: hacer carbón con leña es especificación, encender casas o muebles no es especificación, porque ni muebles ni casas se consideran de ordinario como *materia prima* para hacer carbón o cenizas.

ción en particular, se hacen con tablas ya trabajadas, con varas de hierro, con ornamentaciones de plata, oro, etc. Lo mismo cabe decir de los muebles, cajas, camas, etc., que el Derecho romano enumera tras los utensilios de que trata. Después de esto, y lo que es más importante, hay que averiguar de qué materiales fue hecha una cosa, o lo que es lo mismo, se debe investigar con qué objetos preexistentes fue hecha la cosa: con qué montón de tablas o con qué masa de plata. Está claro que no es esta derivación natural de la cosa la que el jurista entiende que es indiferente. Lo que sí es indiferente es que la sustancia que forma la cosa sea de un género o de otro. Aun traduciendo la frase como quiere Ferrini, se entrevé, al parecer de Perozzi, la idea del escritor: se dice que es indiferente la procedencia o derivación de las cosas, cuando, por el contrario, lo que se quiere decir es que es indiferente su composición. La frase en discusión no puede traducirse de la manera como se ha venido haciendo: «Ni siquiera importa que la cosa esté hecha de esta o de aquella sustancia»; y menos elípticamente: «Es indiferente a qué género de sustancia pertenezca aquella que forma la cosa.» En el mismo título a que pertenece esta ley y del resto de los textos de la que resulta confirmada se impone esta interpretación. En la I.7/1, se dice que para decidir si una cosa es utensilio se debe «*speciem potius quam materiam intueri*». ¿Qué puede querer significar *materia* en este texto sino la sustancia de la cosa? ¿Cómo podríamos traducirlo si no es de esta manera? No cabe más traducción que la siguiente: ¿Se puede ante todo o mejor averiguar qué cosas y de qué sustancia está hecho? Es éste otro sentido que podemos dar a la palabra *materia* en I.9/551: *supellectilis mensas esse cuiuscumque, acilicet vel argentea del argento inclusas placet?* (9).

B) Por lo que se refiere al término *species*, podemos definirlo —dejando a un lado la opinión de Voigt y de Ferrini, y siguiendo a Bonfante (9)— como el «objeto de la individualidad, en el complejo de sus propios caracteres». En el mismo sentido, pero de forma más abstracta, el objeto en la idea, en el tipo que le corresponde.

3. La controversia entre las dos escuelas: Disconformidad de soluciones por parte de la escuela sabiniana y proculeyana

El efecto de la especificación no fue pacífico entre las dos escuelas (10). Los sabinianos, siguiendo las interpretaciones del criterio na-

(9) *Op. cit.*, p. 118. BONAFANTE considera que entendiendo por *Species* la forma visible de un objeto o la forma exterior, se supera la polémica entablada entre FERRINI y PEROZZI.

(10) El fundamento respectivo de ambas opiniones está netamente formulado para la teoría sabiniana en dos textos de Paulo D. 6,1, 23,3. *ad exh. (quia quod ex re*

turalístico, exaltaban el valor de la materia y negaban en sustancia a la especificación la eficacia de modo de adquirir. El propietario de la materia debía reservarse la propiedad de la cosa con ella creada, ya que sin ella no existiría; y probablemente, y en la pura concepción sabiniana, permanece siempre íntegra en la nueva cosa.

Los proculianos, por el contrario, atendiendo siempre a la función social atribuían todo el peso a la esencia individual de la cosa creada, esencia nueva, manifestada también por el nuevo nombre de la cosa; de ahí que sea la *species* la que tenga la prevalencia. Por tanto, la especificación extingue la antigua cosa y la antigua propiedad y es por ello por lo que la nueva cosa es considerada como *res nullius* recaída en propiedad del especificador, lo que no debe llevar a entender, según se había intentado, como una tentativa de incluir la especificación bajo la figura de la ocupación. No toda *res nullius* es atribuida o adquirida por ocupación. Así lo demuestra la adquisición de esas cosas por accesión y el tesoro, en el cual hay también la adquisición de una *res nullius*. Si adquirido como *res nullius* por accesión como ocurre en general con los incrementos fluviales o con el instituto del tesoro, vemos que es por eso adquisición de *res nullius*, y en el considerado principio creativo (*dominum esse qui fecerit*) no se debe percibir ninguna contradicción, ni deben presuponerse la existencia de interpolaciones en el texto de Gayo: que una cosa sea *res nullius*, no impide que pueda adquirirse por otro modo distinto al de la ocupación, sin que por ello haya que chocar frontalmente con los principios de ella.

4. Teoría ecléctica

En el Derecho justiniano encontramos recogida una solución intermedia entre las dos opuestas doctrinas que hemos analizado: la considerada teoría ecléctica, posiblemente interpolada en el texto de Gayo. En cualquier caso, no es invención de los compiladores. Aparece ya apuntada en el Derecho antejustiniano sobre la base de los conceptos sabinianos. Se distingue si la cosa es o no reducible a la antigua materia. En el primer caso se dice que la *materia manet*, que la *species* es *materia potentia victa*. En el segundo caso *materia non manet*; lo que equivale a decir que ha perecido (11).

La solución intermedia no es, evidentemente, nada feliz, y es preferible la pura teoría sabiniana; porque si bien el parecer o conser-

nostra fit nosturm esse verius est) y mejor todavía en *Sed necesse est materiae cedere quod sine illa esse non potest*. También en D.41.1.7.7 de Gayo, *quia sine materia nulla species effici possit*. Para la teoría proculyena en el mismo texto de Gayo: *dominum esse re qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat*.

(11) PAULO, P.41,1,24. PAULO, D.41.1.26 y D.32.78.55.

vase la materia parece corresponder a un concepto económico, es más racional desde el punto de vista económico-social contemplar únicamente a la *species*, la cual puede ser tal vez más valiosa, y tener una individualidad propia y distinta, cuando la materia pueda reducirse a la antigua forma, y cuando no pueda reducirse ya.

Que esta solución sea obra de Justiniano, no lo creemos, aunque por otra motivo. El emperador pudo haber acogido una teoría conciliadora elaborada por los sabinianos, pero, no obstante, parece inclinarse más bien por el concepto de los preculeyanos, y así lo demuestra su solución en materia de pintura, en la que resalta vivamente el dato de la individualidad de la nueva *species* y de su precio (él considera realmente la hipótesis como un caso de accesión, lo que no es cierto): el creador adquiere en todo caso la propiedad de la cosa creada, sea o no ésta reducible a la antigua materia. Resumidamente expuesto el espíritu del Derecho justiniano creemos, como se ha dicho antes y a pesar del texto de Labeon, que la pintura produce realmente un cambio de propiedad.

De lo hasta ahora dicho podemos deducir que la discusión entre sabinianos y proculeyanos refleja los conceptos de la filosofía griega, respectivamente, de la escuela estoica y peripatética. No es menos cierto que el criterio peripatético, la consideración de la *species*, coincide con el criterio económico y social, y que, por otra parte, responde a la índole más positiva de aquella filosofía. Repetimos lo que ha sido tantas veces observado: la filosofía ha forjado la vestidura para la concepción social y la aplicación jurídica preexistente en Ila (12).

5. Crítica a la media sentencia de Justiniano

Nuestro Código civil se ha apartado de los precedentes del Derecho justiniano y de Las Partidas y no ha acogido la solución a los problemas de la especificación dados por la media sentencia de Justi-

(12) Toda producción es el resultado de combinar dos factores: la materia y el trabajo; si la media *sententia* se inspirase en esta idea y tendiese a hacer valer el «principio de equivalente», debería conducir a otros resultados. La cooperación de los mencionados factores se verifica en cualquier producción y debe conducir a distribuir el efecto jurídico para todo producto entre la materia y el trabajo, lo que debe tener por resultado una copropiedad ordenada según la aportación de valor de los dos factores, pero no debe tener nunca por resultado lo que conocemos por media *sententia*. Según ésta, en los diferentes casos de especificación —reducible e irreducible— uno sólo de los dos factores es decisivo para atribuir la propiedad; este hecho no puede concordar con la idea del equivalente. Según la media *sententia*, el equivalente no tiene ninguna importancia para la atribución de la propiedad; ya que el especificante debe pagar el valor de la materia especificada, y si es el propietario de ésta el que queda como dueño, debe pagar el trabajo, cuestión que entra esencialmente en el campo del Derecho de obligaciones.

niano. A juicio de los comentaristas más antiguos, Manresa (13) y Scaevola (14), se trata de un defecto de nuestro Código. Según Manresa, «en el derecho de Código civil, que no tiene para resolver los casos de especificación otra disposición que el artículo 383, no cabe en su aplicación la cuestión, en cierto modo previa, de saber si es posible o no que las cosas sobre que se ejerció el trabajo del artífice puede o no volver (tornar, que decía el rey sabio) a su primer estado. Quizás es esto un olvido del legislador, pues la exigencia del supuesto que el Código entraña, y en virtud del que se ha de verificar en todo caso la accesión, es una doctrina que acaso pueda conceptuarse en contradicción con la que el mismo Código mantiene en los artículos 378 y 381».

Scaevola afirma: «Muy de acuerdo con nuestro modo de pensar se halla lo declarado por Justiniano, porque éste viene a sostener dentro de la especificación lo que más de una vez hemos afirmado refiriéndonos a la doctrina general de la accesión; es decir, que ésta sólo procede aplicarla cuando no exista otro medio de justicia más factible. Por eso debemos lamentar que el artículo 383 no siga las huellas del Derecho romano y del de Partidas. Otros comentaristas del Código quizá puedan sostener, violentando el espíritu de dicho artículo y dando decisiva importancia al Derecho anteriormente en vigor, que en la especificación debe saberse si la materia puede volver a su primitivo estado o no, antes de aplicar las varias reglas del artículo 383. Nosotros no nos atrevemos a tanto y juzgamos que la verdad legal es la que sostenemos, aunque nos contrarie el decirlo.»

Se advierte que la tesis de estos comentaristas de que el régimen de la especificación en nuestro Derecho tiene el inconveniente de ser una excepción a los principios fundamentales de la accesión, contenidos en los artículos 378, párrafo 1, y 381, de que cuando las cosas unidas se pueden separar sin detrimento, los dueños pueden pedir la separación, se basa en considerar a la especificación como una subespecie de la accesión, cuando la doctrina más reciente entiende que la especificación, aunque incluida en sede de accesión, es un modo de adquirir independiente, con principios propios, uno de los cuales sería el que ahora estamos considerando. Además, resulta que la solución del Código es defendible también si se considera la especificación como un caso de accesión, porque al establecer que la *res nova* puede restituirse a su antigua materia, no supone la separabilidad de las dos cosas o elementos que se combinaron en su formación, la materia y el trabajo, pues al reconvertirla se destruye totalmente este último, con lo cual no ocurre el requisito reiterado en los artículos 378 y 381 de que las cosas puedan separarse sin detrimento.

(13) *Comentarios*, t. III, Madrid, 1952, pp. 398-399.

(14) *Código civil*, t. VI, Madrid, 1949, p. 677.

En la doctrina extranjera la media sentencia tuvo aceptación entre los autores antiguos. Así, Pothier (15), decía: «Cuando creando una nueva especie con materia que no eran mías —por ejemplo, un unguento que he compuesto con sustancias que os pertenecen— haya destruido la primitiva forma totalmente, de forma que no puedan recobrarla..., la nueva sustancia que he formado sólo puede pertenecer a mí, que le di existencia: vuestras materias, con las que la he compuesto, ha quedado enteramente destruidas y no existiendo en absoluto, sólo podéis pedirme su precio o la restitución de semejantes materias en igual cantidad y calidad. En cambio, cuando, haciendo una cosa con materia que no me pertenecía, no he destruido su forma que no pueda recobrarla —como cuando haya dado a una barra de plata vuestra la forma de taza, puesto que a ésta, echándola en el crisol puede hacersele recobrar su forma primitiva de barra de plata— la barra, si bien convertida en taza de plata, no ha cesado de existir y vos habéis conservado su dominio, que por derecho y accesión hace adquirir en ella la forma de taza de plata que le he dado, y que no debe en tal caso ser considerada más que como una forma accidental y accesoria de vuestra materia.» Con todo, Pothier, aun entendiendo que la solución de Justiniano «parecía efectivamente la más equitativa», reconoció que su aplicación no siempre podía compaginarse con la equidad, por lo que añadió que «se debía dejar al arbitrio del juez el poder alejarse de ella, según las diferentes circunstancias».

Ya autores antiguos como Hennequin (16), decía que la medida sentencia «era contradictoria en sus resultados, abandonaba el destino de la cosa creada a la casualidad de haber sido empleada una u otra materia; y constituía una grave diferencia de situaciones entre artistas, cuyos derechos, evidentemente, deben ser idénticos frente a la equidad».

Entre los autores modernos que critican la media sentencia, recogemos las opiniones de Wolf (17) y de Martino (18). El primero dice que «la solución aceptada por Justiniano ha sido criticada frecuentemente y con razón: si la *nova species* puede restituirse a la forma antigua, el propietario de la materia adquiere la cosa, en otro caso, el especificador. Así, pues, si Benevenuto Cellini hubiese cioncelado en plata ajena su celeberrimo salero, no habría podido adquirirlo se-

(15) *Traité de la propriété*, núm. 186; citado por BIANCHI en *Corso di Codice civile italiano*, vol. 9, parte 3.^a, Roma, 1900.

(16) *Traité de législation et de jurisprudence*, t. I, p. 313, citado por BIANCHI en *Corso di Codice civile italiano*, vol. 9, parte 3.^a, Roma, 1900.

(17) *Tratado de Derecho civil. Derecho de bienes*, t. III, vol. I, Barcelona, 1936, p. 423.

(18) *Comentario al Código civile*, dirigido por SCIALOJA-BRANCA, Roma, 1957, p. 402.

gún esta Ley. Los derechos particulares desecharon semejante distinción para la mayor parte de los casos, decidiéndolos a favor del especificador. En igual sentido el Código civil.

De Martino dice que la teoría de Justiniano «es la menos lógica ya del lado dogmático, como del económico. El criterio de la prevalencia del trabajo sobre la materia o viceversa sólo puede fundarse dogmáticamente en que haya o no una *nova res*; del lado económico en la mayor importancia de la materia o del precio del trabajo humano empleado».

Subrayaremos que la media sentencia tutela exclusivamente el interés del dueño de la materia, pues, al ser posible que la *nova res* recobre la forma primitiva, puede seguir prestando la utilidad que el propietario pensaba obtener de ella; mientras que, si no puede reducírsele a su anterior forma, no podrá prestar esa utilidad en modo alguno. Este razonamiento lo confirma el párrafo 3.º del artículo 383, que, para caso de mala fe por parte del especificador, concede al dueño de la materia la opción entre quedarse con la obra sin pagar nada al autor (en el supuesto de que juzgue que la cosa le puede ser útil) o pedir la indemnización de la materia y de los perjuicios (en la hipótesis contraria).

Una controversia práctica se ha plantado en orden a la espiga: concretamente la de si es especificación el obtener granos del trigo. Entiende Gayo que así es, y lo afirma en las Instituciones. Otro texto de Gayo en el Digesto lo niega por el motivo de que los granos de trigo están ya formados y por tanto aquel que desgrana la espiga no crea una nueva especie, pero descubre una nueva especie ya existente. El texto del Digesto está, a la fuerza, interpolado, si bien la interpolación es posible que se limite a la aprobación de Justiniano (*videntur tamten recte*), etc. No tiene nada de extraño que en las *Res Cottidianae* Gayo añadiese una especial controversia en relación a esta materia. En el Derecho justiniano la controversia se puede resolver en el sentido de la tesis que excluye la especificación representada por el texto del Digesto, lo cual se justifica racionalmente, si se tiene en cuenta que en él la adquisición por especificación no es un premio al trabajo, sino el reconocimiento de que el especificador ha producido verdaderamente una nueva *species*.

6. Requisitos en orden a la adquisición de la propiedad; medios dirigidos a obtener el resarcimiento del daño

Justiniano mezcló en el régimen de la especificación conceptos que turban la naturaleza de este modo de adquirir y su carácter de adqui-

sición originaria. Exige la buena fe (19). También exige que la materia prima no tenga procedencia furtiva. Ello resulta de los textos que reconocen al propietario de la materia, no sólo la *actio furti*, sino también la *condictio furtiva*, la cual compete sólo al propietario. En realidad, la *condictio furtiva* fue ya atribuida por los proculeyanos al dueño de la materia, pero precisamente para obtener la indemnización de la materia extinguida. La solución justiniana está realmente en contradicción con la adquisición de la propiedad por parte del especificador; la condición furtiva se atribuye en cualquier caso, sea o no la cosa nueva reducible a la antigua materia. Probablemente es el resultado de una interpolación, o en parte una sobrevivencia sabiniana, que produce el resultado de excluir en el Derecho nuevo la adquisición en caso de furtividad.

Un tanto oscura es la razón de la indemnización al antiguo propietario por la materia o al especificador por su trabajo en la especificación de cosas reducibles. Tanto uno como otro se puede sostener que tenían la *exceptio doli* frente a la reivindicación, siempre que se hallaren poseyendo la cosa. Si tal acción puede ser también concedida cuando no se poseen las cosas, no podemos deducirlo de los textos. Probablemente los romanos consideraban suficiente la acción de hurto, si era efectivamente hurto; y si no, la especificación producía su efecto como un fenómeno natural.

En el Derecho común fue posible aplicar la *condictio sine causa* que corresponde al concepto no romano de esta *condictio* convertida ya por la jurisprudencia medieval en una acción por enriquecimiento injusto o una *reivindicatio utilis* en base a D.24.1.30, No obstante, la *reivindicatio* tiene su apoyo en la prohibición de donaciones entre cónyuges, y está probablemente interpolada para reforzar la eficacia de aquella prohibición.

II. CONCEPTO Y DEFINICION DE LA ESPECIFICACION

Toda cosa es una cantidad de materia existente de por sí, que aparece con una determinada apariencia. Esta apariencia no es respecto a la materia alguna cosa independiente, pero dependiente de ella es la composición físico-química, la forma, etc. El trabajo huma-

(19) D.10.4.12.3. *Si quis ex uvis meis mustum fecerit ex olivis oleum vel ex lana vestimenta (cum sciret haec aliena esse), utriusque nomen ad exhibendum actione tenebitur, quia quod ex re nostra fit nostrum esse verius est.* No tenemos por qué entender interpolada la palabra *cum sciret haec aliena esse*, ya que los compiladores acogieron la tesis sabiniana, no atribuyendo la acción *ad exhibendum* nada más que cuando el especificador procede de mala fe.

no que se apodera de la cosa como de su objeto puede tener diversos caracteres.

Puede consistir en una mera elaboración de la cosa, respetando o manteniendo la actual apariencia: en este caso el objeto del trabajo permanece tal como es; el trabajo humano se dirige a rehacer la cosa dejándola tal como es, como ocurre, por ejemplo, cuando se restaura un cuadro, más útil, más disfrutable o más bella, etc.; o bien a dar ahora por primera vez la propiedad de la utilidad, de la fruibilidad, etc.

El trabajo realizado sobre la cosa puede tener como fin una transformación o, respectivamente, una reacción de la cosa. Es ahora cuando por obra del hombre la materia asume una apariencia distinta de la actual, así que la materia misma es, a causa de la nueva apariencia, una cosa nueva, que hasta ahora no existía. De esta forma se produce la destrucción de la *species* actual y si bien es consecuencia de este procedimiento, no es su fin. Este consiste, por el contrario, en la nueva creación, producción o formación de otra apariencia, la cual tiene por efecto necesario la consunción de la apariencia mantenida hasta entonces.

Cuando el trabajo humano reviste este último carácter, los autores modernos hablan de especificación, la cual de esta manera se presenta como la creación de una cosa a partir de otra, y derivada del trabajo humano. El trabajo aparece así para el pensamiento, como lo que produce o que se crea.

Surge aquí la cuestión: ¿Cuándo el cambio de apariencia es tal que como resultado del mismo surge una nueva cosa? A esta pregunta no se puede responder diciendo «que cuando la cosa producida cae bajo un concepto diverso de la antigua». Por el contrario, este cambio de concepto no es necesario ni suficiente, para afirmar la existencia de una nueva especie. Puede haber una cosa nueva sin que cambie el concepto como, por ejemplo, si alguien transforma un vaso de plata en otro vaso de la misma forma.

Por otro lado, a pesar del cambio de concepto, se puede tener una cosa nueva, como cuando se convierte un campo en un jardín o de un trozo de leño se hacen estacas. Este supuesto es discutible, pues de un trozo de leño puede hacerse una viga u otro utensilio con una finalidad y utilidad distinta de las astillas. Lo que basta para demostrar que se ha cambiado el punto de partida. Continuamos dando importancia al *concepto* para la teoría de la especificación (considerando el cambio de concepto como el mejor indicio para la existencia de una nueva *specie*) en tanto en cuanto este cambio de concepto y de nombre indica que es realmente una nueva *specie*. Pero se corre fácilmente el peligro de que el cambio de concepto no sea considerado ya como un mero indicio. Otro criterio para estimar la existencia de una nueva *specie*, que en otros términos se admita la existencia

de una nueva cosa cuando el resultado del trabajo cae bajo un nuevo concepto. Pero esto es erróneo, ya que puede ser que la nueva cosa no siga al nuevo concepto. Porque si es creada una cosa nueva que sirve a distintos fines a unas nuevas necesidades, se le aplica un concepto y un nombre nuevos. Por ello no podemos por menos que decidir la cuestión de si hay o no una nueva cosa atendiendo sólo a la apariencia resultante; creación de una cosa antes no existente, o un simple mejorar o embellecer la cosa ya existente. Naturalmente, no se puede siempre distinguir con precisión entre creación y transformación de un lado, y simple elaboración de otros; en este caso la opinión del pueblo o del comercio debe considerarse como la decisiva. En tales casos es el nuevo nombre el que sirve para apoyar la idea de si hay o no nueva cosa, pero en ningún caso puede ser decisivo (20).

Pero lo dicho hasta ahora no es obstáculo para que pueda afirmarse que el objeto de la especificación pueda ser una obra manufacturada y susceptible como tal de una utilización económica autónoma, suya y propia, que se la reconduce al estado de materia prima, lógicamente, cabría también dentro de este supuesto el de que a la materia se le hiciese adquirir una forma o función diversa. En este sentido podría afirmarse que la especificación no sólo existe al formarse el producto acabado, sino incluso con prepararlo. En la misma línea podemos afirmar que son supuestos de especificación los procesos químicos y farmacéuticos en virtud de los cuales se obtienen sustancias que con anterioridad no existían, pero en lo relativo a esta cuestión se profundizará más adelante.

Para perfilar este concepto de especificación se deben hacer algunas precisiones de índole terminológico:

En primer lugar hay que precisar el sentido que debe darse a la expresión «materia ajena» empleada al regular este fenómeno en los Códigos civiles español, italiano, francés y alemán. Lógicamente, se impone que no tiene el sentido económico de materia prima, sino un sentido mucho más amplio en el que cabría cualquier cosa susceptible de ser transformada.

La segunda de estas precisiones se refiere a la expresión «mano de obra» que emplean también los Códigos antes mencionados, ya que cabría argumentar que esta terminología no es acertada, parece como si la obra del especificador hubiese sido objeto de contrato. Por ello cabría apuntar hacia la necesidad de modificar la terminolo-

(20) Como señala WOLFF, lo que acusará en el tráfico con mayor seguridad la existencia de la especificación es el aspecto terminológico, si el resultado del trabajo tiene en el tráfico un nombre distinto. Así, propiedad intelectual, industrial, etc., ENNECCERUS-WOLFF: *Tratado de Derecho civil (Derecho de bienes)*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1936, p. 438.

gía, ya que los preceptos destinados a regular la especificación resuelven un conflicto de interés en aquellos casos en que el especificador es un artesano y no un obrero de empresa. A mayor abundamiento en favor de este argumento conviene decir que, como señala Alonso Pérez (21), «el conflicto entre el propietario de los materiales y el especificante se ve en una conformación histórica donde ambos operaban con autonomía. La producción en masa por parte del fabricante no se adapta a esa regulación anacrónica. Aparte problemas laborales y sociales, lo normal será que el especificador trabaje enmarcado en una empresa, la que no transforma la materia para él, sino para el empresario. En el mejor de los casos, él puede ser un minúsculo participante en los beneficios».

Concepto amplio de especificación

Desde el Derecho romano se viene considerando como supuestos de especificación la obtención de vinagre del vino por obedecer a un proceso natural, mientras que, por el contrario, la fermentación del mosto en vino no debe considerarse como producción de una cosa nueva, sino únicamente como la económicamente natural perfección del mosto. A estos casos se pueden añadir otros numerosos casos de producción como alfombras con pieles de animales, pan con harina, azúcar con remolacha, una estatua con mármol, trabajos de metal como recipientes y anillos, estatuas de oro y plata, la formación de medicinas con varias materias medicinales, ungüentos con hierbas, la obtención del uranio enriquecido a partir del uranio natural, la obtención de metales utilizables de residuos de escombreras, etc.

Por el contrario, no hay especificación si se rompe simplemente una cosa, si bien es cierto que el romper una cosa puede conducir a la especificación si es éste el medio para hacer una nueva cosa (así, por ejemplo, en el caso de creación de tablas segando un tronco de árbol). No se produce, sin embargo, en este caso una nueva cosa, simplemente se divide, se separa la materia en su actual apariencia en partes singulares o fragmentos. Normalmente, haciendo esto, la cosa queda destruida (como ocurre si se hace piezas una piedra), pero puede ocurrir que se haga esto para disminuir la cosa dejando subsistente ésta como, por ejemplo, cuando se recorta el papel de una carta o se recorta papel para sacar figuras. Así, la niña que recorta en un pliego de papel de recortables una muñeca y sus vestidos, o el niño que en un pliego análogo recorta soldaditos de papel no hacen especificación. Pero el simple romper no produce nunca una cosa nueva. Nueva puede ser sólo la separación, pero no el mero trozo. Par-

(21) *Comentarios del Código civil y compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO (a cargo de M. Alonso Pérez), tomo V, vol. 1, Madrid, 1980, pp. 337-338.

tiendo de esta idea a veces se declara que la simple extracción del grano no es especificación; mientras que otras consideran este supuesto como de especificación. Desde luego, este supuesto es discutible. La doctrina alemana, basándose en las fuentes, considera que es especificación, pero una espiga puede tener un valor distinto, por ejemplo, ornamental.

Al ejemplo clásico de si es especificación obtener granos de una espiga de trigo, pueden añadirse como análogos el obtener o desgranar los granos de una granada, el maní de los cacahuets, o las habas contenidas en una vaina; ejemplos todos éstos que han de resolverse con el mismo criterio. Análogamente se plantea también la cuestión de si es o no especificación el quitarle las cáscaras o cubiertas a las almendras o avellanas. Desde luego que la terminología no es decisiva en estos casos, pues si en el supuesto de los manís y los cacahuets hay un cambio de denominación, las almendras y las avellanas conservan el mismo nombre, distinguiéndose con o sin cáscara. Distinto sería el caso de obtener aceite de los cacahuets o de las almendras, indudable caso de especificación.

Por esta misma razón debemos negar que sea especificación el descuartizar las reses en el matadero. Quien hace esto con un animal no produce una nueva cosa. Únicamente el cuerpo animado se convierte en inanimado, y aunque evidentemente se ha producido un cambio, éste no crea una cosa nueva. Por tanto, quien sostenga que es especificación el descuartizar un animal debe admitir que el cazador que mata una liebre produce así una cosa nueva. Procediendo por este camino debería admitirse que la adquisición de la caza sea una adquisición de la propiedad por especificación, mientras que es indudablemente una adquisición por ocupación y en las fuentes se ha tratado simplemente como tal. Ocupando los animales salvajes la muerte simplemente el acto de ocupación. Es por tanto erróneo decir que el cadáver no es idéntico al animal, el cadáver en realidad no es más que el mismo animal muerto, y no son nuevas cosas las materias obtenidas del animal muerto, como la carne, la piel, etc.

Todas estas cosas no son más que una descomposición del animal muerto y no la creación de una nueva cosa; de estos trabajos se puede decir que no producen una cosa nueva.

Finalmente, no producen especificación aquellos trabajos a través de los cuales se elabora simplemente una cosa, se la hace más útil, más bella, más duradera, etc. A esta especie de trabajos pertenece el teñido, que no puede considerarse como especificación, fundamentalmente por una buena razón; porque es una simple elaboración o preparación de una cosa y no una transformación en otra. Así tampoco puede considerarse especificación el bordar (22), el grabar, el

(22) La cuestión de si el bordar es o no es especificación es discutible, pues eviden-

cincelar, etc. Hay una simple elaboración y no un especificar en pulir piedras preciosas, poner frutos en conserva, salar arenques, secar frutas, etc. No se produce nada nuevo, sino que simplemente se hace más gozable aquello que ya existe. Por el contrario, el hacer embutidos es ya especificación.

Se excluye de la especificación el trabajo de recoger la fruta, de extraer minerales, ya que no se produce nada, sino que simplemente uno se apropia de lo que ya existe.

En este mismo sentido cabe señalar que el término «formar» se opone a la disolución de la cosa en sus partes integrantes, excepto cuando ésta, como es frecuente en los procesos químicos, no restablece un estado anterior, sino que sirve para obtener sustancias que antes no existían de ese modo y que, por lo tanto, son nuevas. Si bien hay que aclarar que siempre que un sujeto cambia la esencia de una cosa propia para transformarla en otra este acontecimiento no tendría en ningún caso eficacia adquisitiva de la propiedad, otra cosa es que tenga una eficacia jurídica de la misma índole, así generadora de un derecho de propiedad industrial, intelectual, etc.

El modo hasta ahora expuesto de tratar la especificación no es una derivación de una determinada teoría económico, sino la consecuencia lógica de que la propiedad se adhiere a la sustancia de la cosa y por eso perdura aunque la sustancia subsiste como cosa independiente. Sin duda, la lógica de este principio responde a la condición económica de la antigüedad. El principio de que el trabajo, o más exactamente, la producción, pueda proporcionar la propiedad de la cosa, no puede surgir en este tiempo, en cuanto que todo lo que era creado con el trabajo pertenecía ya por su naturaleza al productor. No había en este tiempo ningún motivo que explicase o pusiera de relieve el trabajo como fundamento de la adquisición de la propiedad. Que una persona especifique materia ajena es de por sí un caso raro y no era necesario que fuese particularmente considerado.

Pero cuando la fabricación deviene un ramo independiente de la industria —hasta ahora no se había hecho más que utensilios y productos artificiales de los cuales se tenía necesidad— se plantea el problema de la adquisición por el fabricante.

Sólo en este momento histórico se entiende cómo surge la cuestión de que la fabricación misma no sea de por sí un modo de adquisición de la propiedad, de modo que la nueva especie pertenezca, a causa de la producción, y no de la sustancia al fabricante, cuando éste había utilizado para crearla materia ajena. Esta cuestión fue resuelta

temente no es lo mismo un cañamazo liso o un tul que un bordado que se realiza encima del mismo; se trata de dos cosas distintas con aplicación y valor económico-social diferentes. Hay cierto parecido con la pintura.

con la atribución de la propiedad de la nueva especie al artífice. En base a esta nueva teoría el valor general sin excepción del principio sustancial, que hasta ahora había sido totalmente admitido. Podría estarse tentado, llevándose de la moderna terminología, a considerar la «teoría proculeyana» como una reacción contra el capitalismo, en cuanto que ésta da valor al trabajo en oposición al principio sustancial. Pero puede ser necesario considerar que aunque el trabajo, al cual los proculeyanos atribuían la fuerza de generar la propiedad, en las condiciones económicas del Imperio romano, era principalmente trabajo de esclavos, de manera que en esta cuestión se encuentra de frente capital contra capital, capital trabajado contra capital trabajante. No se plantea en realidad una lucha entre capital y trabajo, sino una lucha entre el principio capital y el principio de la creación (23). Sin embargo, algún sector de la doctrina alemana ha considerado que «todo esto está en consonancia con las concepciones habituales y adecuadas a la economía de división del trabajo en los estados no comunistas; derivarlo de una voluntad presumible o aún de una voluntad tácitamente declarada, es una ficción y falla del todo cuando uno de los contratos concluidos entre empresario y trabajador o entre comitente y maestro de obras es nulo por una u otra razón».

Hay que señalar finalmente que quien adquiere por especificación es el «dominus negotii», el programador o creador del trabajo, que en la práctica no suele ser el autor inmediato, en este sentido, y pienso que equivocadamente, señala Alonso Pérez (24) que «el uso del lenguaje corriente y del tráfico consideran como fabricante especificador no tanto a quienes aporten el trabajo manual o intelectual para engendrar la nueva cosa (*res nova*), cuanto al titular de la empresa de la que salió la obra. No especifica, jurídicamente hablando el operario, el artífice o inventor, ni aún los empleados que dirigen y cuya capacidad organizativa logra la formación de un trabajo normal y razonado —salvo cuando ellos llevan a efecto su obra como «dominus negotii», lejos de toda dependencia ajena—; el derecho considera especificador al propietario o titular de la empresa o taller que se dedica a la realización de la obra». Parece que siempre que la transformación de la materia se produce dentro de la esfera contractual en ningún caso se adquiere el dominio por especificación.

No se adquiere en ningún caso por especificación cuando la repetida transformación de la materia se realiza dentro del ámbito contractual. Pues, aun poniéndonos en la hipótesis de que el contrato laboral fuese nulo, valdría en todo caso como arrendamiento de servicios; además que los modernos autores del Derecho laboral distin-

(23) ENNECERUS-WOLFF, *op. cit.*, p. 437.

(24) *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO (a cargo de M. Alonso Pérez), tomo V, vol. 1, Madrid, 1980, p. 339.

guen entre el contrato de trabajo y la relación de trabajo, pudiendo firmarse un contrato de trabajo nulo y existir, sin embargo, una relación laboral, una ocupación de empleado, y en caso de que el contrato no fuese válido por cualquier causa como tal, podría considerarse como un supuesto de gestión de negocios (25).

Pero no obstante lo expuesto hasta aquí, un autor francés, V. Châtelain, entendió que eran especificantes los obreros de la industria, y que, por lo tanto, era un error aplicar a sus relaciones con los patronos las reglas de los contratos, antes que las referentes a la especificación (sobre todo las reglas establecidas en los arts. 570-571 del Código civil francés), este sistema, evidentemente, llevaría a conceder al obrero —y según los casos— un derecho de propiedad sobre la cosa trabajada, y no, por tanto, un simple derecho de crédito por los salarios, y no una indemnización que se calcularía según un aumento de valor de la cosa transformada. Pero como pone de manifiesto Colin y Capitant (26), «basta una sola palabra para desvanecer esta teoría y es que las reglas de la accesión de muebles, sólo se aplican a falta de convención, en los casos no previstos como dice el artículo 565 del Código civil francés, y cuando la unión y la transformación de la cosa se ha realizado por accidente (sin que lo sepa el propietario, repiten hasta la saciedad los artículos 573, 576 y 577 del Código civil).

III. DERECHO COMPARADO

Tanto el Código civil italiano como el alemán, siguiendo básicamente la tesis proculeyana, se pronunciaron por la solución aristotélica, rechazando expresamente la *media sententia* de Justiniano y atribuyendo la propiedad de la nueva cosa al artífice.

Dispone el artículo 940 del vigente Código civil italiano que «si alguno ha utilizado una materia que no le pertenece para formar una nueva cosa, pueda o no la materia volver a tomar su primitiva forma, se adquiere la propiedad pagando al propietario el precio de la materia, salvo que el valor de la materia sobrepase notablemente el de la mano de obra. En este último caso la cosa pertenece al propietario de la materia, el cual debe pagar el precio de la mano de obra».

(25) En este orden de ideas señala ALONSO PÉREZ: «El contrato de ejecución de obra o empresa viene a destruir ininidad de veces en la práctica el régimen de la especificación. Porque ya no se contempla aislada la figura —relación dueño de la materia con especificante, sino absorbida por otra más compleja relación comitente con artífice— de índole contractual, *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, p. 338.

(26) *Curso elemental de Derecho civil*, II, Madrid, 1942, p. 891.

El BGB sigue el mismo camino extremándolo: quien hace una nueva cosa, con material ajeno, adquiere su propiedad, incluso si actúa de mala fe.

En la solución adoptada por el legislador italiano y alemán no faltó un cierto *quid pro quo*, ya que el siglo XIX vio en general en la teoría de la especificación un reconocimiento y consagración del derecho del trabajo. Era quien incorporaba su esfuerzo a la obra quien adquiría la propiedad de la cosa. Tengamos en cuenta, además, la fecha en que se promulgó el nuevo Código civil italiano.

Pero ese pensamiento era completamente ajeno a los romanos. Para los proculianos, quien adquiría la cosa no era quien de hecho la trabajaba, sino el dueño del negocio. Además, era precisa la transformación, la nueva forma de la cosa, y la razón de esta adquisición de la propiedad nada tenía que ver con el trabajo prestado. Como ya se vio al estudiar el fenómeno de la especificación en el Derecho romano, se partió en él de que la cosa, al ser nueva, era de nadie, *nullius*. Tanto el Código civil italiano como el alemán hablan de que se forme una nueva especie. Por mucho trabajo que se haya prestado, si no ha aparecido una nueva cosa, no ha lugar a la especificación.

En el mismo sentido, la doctrina alemana pone de manifiesto que al promulgarse el BGB se subrayó que la solución dada al problema de la especificación en el 950 beneficiaba a la clase trabajadora. Pero puede también observarse que el resultado ha sido muy diferente, pues, en líneas generales, esta solución no se adoptó para favorecer a los trabajadores como clase social, sino al empresario, al «propietario especificante» de la fábrica, al capitalista, al programador o creador del trabajo, que en la práctica no suele ser el autor inmediato (27).

Hay que señalar por último que el ámbito de la especificación en el BGB es más amplio que en el Código civil español, francés e italiano, ya que incluye, dentro del mismo, la escitura, y en general el trabajo realizado en la superficie de ciertos cuerpos, mientras que en el Código civil español se contemplan como supuestos de incorporación (art. 377 del Código civil).

El Código civil francés, por el contrario, se pronunció por la solución estoica y atribuyó la propiedad de la cosa nueva al dueño de la materia empleada. Así se deduce de su artículo 570, que dispone que si un artista o una persona cualquiera ha empleado una materia que no le pertenece para formar una obra de nueva especie, pueda o no la materia volver a tomar su primitiva forma, el que fuera propietario tiene derecho a reclamar la cosa que ha sido formada, reem-

(27) El BGB otorga al Juez un poder discrecional para adjudicar la cosa al dueño de la materia en caso de mala fe del especificante. Pero si bien la fórmula de nuestro Código civil no es tan acertada (art. 383), en la práctica podría conducir a idénticos resultados.

bolsando el precio de la mano de obra, valorado en la fecha del reembolso (28).

En primer lugar, y por lo que el Derecho francés se refiere, hay que señalar la inútil alusión que su Código civil hace a la *media sententia* justiniana. Podría haber omitido sin más esta referencia, ya que son los mismos los resultados prácticos a que se llega, o lo que es lo mismo, tanto le habría dado al legislador francés decir que «si un artista o una persona cualquiera ha empleado materia que no le pertenece, para formar una cosa de nueva especie, el propietario tiene derecho a reclamar la cosa formada, reembolsando el precio de la mano de obra estimado en la fecha de la restitución (29).

Sin embargo, es el artículo 661 del Código civil holandés el que más se acerca a nuestro precepto regulador de la especificación, ya que parece referirse a los supuestos de que el especificante actúe de buena o mala fe al disponer que «el que ha empleado materia ajena en formar una cosa de nueva especie puede apropiársela pagando el precio de la materia y los gastos, daños e intereses si ha lugar a ello.

(28) Pero con independencia de cuál sea el fundamento histórico de esta divergencia de las tesis adoptadas por el Código civil francés y por el resto de los Códigos continentales, la principal consecuencia que ello conlleva es la de la carga de la prueba, ya que, mientras que del artículo 383 del Código civil español y 490 del Código civil italiano se desprende que quien corre con la carga de la prueba es el dueño o dueños de los materiales especificados. Para el Derecho francés, y como ya hemos dicho, por adoptar éste la tesis sabiniana se invierte la carga de la prueba, quedando, por tanto, a cargo del o de los especificantes. Pero en la práctica, lo más frecuente es que el trabajo o la industria valgan más que la materia, de donde podemos deducir que esta regla sólo produce el efecto práctico de cargar al dueño de la materia con la prueba de su mayor valor.

No obstante, esta inversión de la carga de la prueba estaría justificada, no ya por las diferentes tesis adoptadas en estos Códigos, hay que señalar también que a consecuencia de ello, el Código civil francés considera cosa principal a la materia y accesorio a las obras. Mientras que para los Códigos civil español, italiano y alemán es cosa principal la «nueva especie» y «accesorio» la materia.

Debemos señalar una última diferencia entre el Código civil francés y el resto de los Códigos continentales: en el caso en que el especificador hubiera procedido de mala fe, el Código civil francés otorga al dueño de la materia la facultad de optar entre la restitución de ésta en la misma especie, peso, medida y calidad, o su valor estimado en la fecha de la restitución.

Como ya hemos dicho, esta alternativa no la concede ni el Código civil español ni el BGB, ni el Código civil italiano; tal vez, esta alternativa podría hacerse depender de la naturaleza de la cosa especificada.

(29) No obstante, el Código civil francés toma en consideración subjetiva del especificante, pero no al regular el supuesto concreto de la especificación, sino como regla general al tratar del derecho de accesión relativo a las cosas muebles. Si bien hay que señalar que la expresión que emplea el Código francés «a leur insu» tiene un sentido más amplio que el concepto de mala fe. Pero en todo caso este comportamiento subjetivo del especificante no es tenido en cuenta a efectos de atribuir la propiedad, según el modo de proceder, al dueño de los materiales o al artífice, sino únicamente a efectos de indemnización de daños, perjuicios e intereses.

Este segundo supuesto parece referirse al caso de que el especificante hubiese procedido de mala fe.

IV. NATURALEZA JURIDICA DE LA ESPECIFICACION

¿Es la especificación una modalidad de la accesión? ¿Adquiere el especificante por ocupación o bien se trata de modo autónomo de adquirir la propiedad?

En este sentido algunos autores franceses niegan que la especificación sea un caso de accesión, ya que en pura teoría no hay unión de dos cosas. Hay una materia y un artista o un obrero (Aubry y Rau) (30), pero en el fondo de la cuestión, como ponen de manifiesto Colin y Capitant (31), nos encontramos en presencia de la unión, de la incorporación, de al menos dos valores, la materia y el trabajo. No obstante, la especificación aparece regulada en todos los Códigos europeos bajo la rúbrica «de la accesión de bienes muebles».

Aun con todo, los defensores de la tesis sabiniana entienden, en general, que el especificante adquiere la propiedad de la cosa especificada por accesión, como una manifestación más de la propiedad de absorción del dominio. Esto sería fundamentalmente el espíritu del Código civil francés, que sigue básicamente la tesis sabiniana. Por el contrario, y para los defensores de la tesis proculyana, el especificante adquiere el dominio por ocupación, por entender que una vez transformada la cosa se ha extinguido la materia (*res nullius*).

En apoyo de esta tesis, es decir, de la valoración del trabajo a favor de la tesis proculyana, podemos decir que del amplio concepto de ocupación que da Moreu (32), ya que para este autor el ocupar una cosa es llegar a ella en la forma precisa para adquirir la propiedad. Para Moreu, el acto decisivo para la ocupación es el jurídicamente significativo, categoría que generalmente se corresponde con lo difícil, en el hallazgo oculto es el descubrimiento; mientras el mero hecho de ver una cosa perdida o sin dueño, que podría ver o coger cualquiera que por allí pasase, no es bastante significativo. En la caza lo difícil es abatir al animal y no causarle la primera sangre...

A tres pueden reducirse las posibles construcciones de la naturaleza jurídica de la especificación: a) Es una clase o especie de la accesión; b) es un caso de ocupación, y c) es un modo independiente de adquisición fundado en el reconocimiento del valor del trabajo humano. Examinémoslas por separado.

(30) *Droit civil français*, IV, Sixieme edition, París, 1964, p. 210.

(31) COLIN y CAPITANT, *op. cit.*, pp. 892-893.

(32) MOREU BALLONGA, J. L.: *Ocupación, hallazgo y tesoro*, Zaragoza, 1980, p. 593.

La solución sub a) tiene en su apoyo la sistemática del Código civil, que incluye los artículos que regulan la especificación (377-2.º y 383) en la sección III del capítulo II, título II del libro II, que lleva por rúbrica «Del derecho de accesión respecto a los bienes muebles», considerándola, por tanto, como una subespecie de la accesión de mueble a mueble y es compartida por nuestra doctrina, pudiéndose citar, entre otros, a Scaevola (33), Manresa (34) y Alonso Pérez (35). Discrepa, en cambio, Traviesas (36), para quien «la especificación puede no ser un caso de accesión. La accesión supone la incorporación de una cosa a otra (art. 353), y la especificación aparece con la creación de una cosa nueva, en que puede no haber cosas que se integren. La especificación implica siempre actividad humana y, al menos, materia ajena. Con una cosa ajena puede hacerse una cosa nueva, y hay entonces especificación. En este último supuesto no puede hablarse de unión o incorporación de una cosa a otra, porque la actividad humana no es cosa, en sentido legal, como objeto de propiedad. el trabajo del hombre, dice Barassi, no es cosa: no tiene existencia autónoma o está íntimamente ligado al hombre.

Y es que en la especificación no hay la unión de dos entidades homogéneas, pues no lo son la cosa o material empleado y el trabajo que la elabora o transforma. Así lo entiende Bianchi (37) cuando observa que «existe una incongruencia al hablar de *accesión* cuando no hay dos cosas que tengan cada una existencia física distinta y reconocible, de las cuales la una se una y se incorpore a la otra, lo que constituye el hecho fundamental en todo caso de accesión. Es también ilógico considerar la materia y la industria como dos partes de la cosa, de las cuales una deba ceder a la otra, mientras que la industria está identificada con la cosa en la que ha operado la transformación».

Estos argumentos son aceptados por Brugi (38), pero, en cambio, rechaza la idea final de Bianchi en el sentido de que, no se debe considerar como parte de la cosa la industria, sino el producto de la industria misma, es decir, la transformación que ha hecho sufrir la materia convirtiéndola en una especie nueva. En contra, Brugi aduce que únicamente hay una sola cosa en la que idealmente se piensan separados dos aspectos, con lo que sólo con un gran esfuerzo y artificio se podría permanecer en la teoría de la accesión.

(33) SCAEVOLA, *op. cit.*, p. 676.

(34) MANRESA, *op. cit.*, p. 396.

(35) ALONSO PÉREZ, *op. cit.*, p. 336.

(36) TRAVIASAS: *Ocupación, accesión y especificación*, en «R.D.P.», octubre 1919, p. 302.

(37) BIANCHI: *Corso di Codice civile italiano*, vol. 9, parte 3.ª, Roma, 1900 pp. 633 y ss.

(38) BRUGI: *De la propiedad*, vol. 2.º, Napoli, 1923, p. 374.

La consecuencia fundamental de considerar a la especificación como un supuesto de accesión es la necesidad de determinar de los dos elementos que en ella intervienen, la materia y el trabajo, cual es el principal, con el inevitable resultado de abriruir la propiedad de la *res nova* a quien la haya aportado; es decir, al dueño de la materia o al especificador. Para Pothier era máxima fundamental en este tema que «la forma debiese acceder a la materia», y por tanto, en la especificación en principios de la propiedad de la *res nova* correspondería al dueño de la materia.

Pero, ¿es ésta la tesis de nuestro Código civil? Según A. García Valdecasas (39), «nuestro Código (en la especificación) atribuye la propiedad, en definitiva, por razón del valor, y no por la forma ni por la materia. Lo sustantivo o sustancial en la cosa es lo que la cosa valga. La sustancia de la cosa, en este artículo del Código, aparece como sustancia de valor. Cuando hay dos posibles partícipes en una cosa, la adjudicación de la propiedad gravita hacia aquel que ostenta una participación más valiosa, y en ella se reconoce la sustancia de la cosa atribuida. Sólo en el caso puramente teórico de una exacta equivalencia entre las dos partes, se daría preferencia al especificante».

Insistiendo en esta idea diremos que nuestro Código civil resuelve el conflicto entre el propietario de la materia y el especificador a favor de éste siempre que con su actividad haya aumentado en algo el valor que tuviera la materia. Así se deduce, indirectamente, del artículo 377-2.º, que con una terminología propia de la accesión, presume *iuris et de iure* en la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías el carácter accesorio de la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino, cuando es evidente que en algunos casos la actividad realizada sobre esos materiales, aunque les haya aumentado de valor, en sí considerada, puede ser de menor valor que aquéllos. Pero todavía es más claro en este sentido el párrafo 2.º del artículo 383 que, «a sensu contrario», atribuye la propiedad de la obra al especificador, siempre que en este artículo, al igual que en el 1.588, la palabra *obra* designa no al trabajo, sino al resultado de éste aplicado a la materia, y, por tanto, nuestro Código, como queda dicho, no exige para que el especificador adquiera la propiedad que su trabajo valga más que la materia, sino sólo que le haya aportado un incremento de valor, por mínimo que sea.

La solución sub b) está relacionada con la teoría proculyana de la especificación, que veía a través de ella una destrucción de la materia empleada y la creación de una cosa nueva, con la consecuencia de que en la especificación de cosa ajena había un modo originario de adquirir la propiedad por parte del especificador. Esta tesis es se-

(39) GARCÍA VALDECASAS: *La idea de sustancia en el Código civil*, «R.D.P.», 1951, p. 884.

guida, entre otros por Brugi (40), cuando dice: «... me parece que la cosa elaborada no sólo económicamente, sino también jurídicamente, es objeto de una nueva propiedad, y es éste, si no me equivoco, el concepto del Derecho romano».

Queda por ver la tesis sub c), que podemos denominar teoría del trabajo en la adquisición por especificación. En el siglo XIX estuvo muy en boga entre los filósofos el presentar el trabajo como el principal fundamento del derecho de propiedad. Por todos ellos vamos a reproducir las enfervorecidas palabras de Balmes (41): «Suponiendo que no haya todavía propiedad alguna, claro es que el título más justo para su adquisición es el trabajo empleado en la producción o formación de un objeto. Un árbol que está en la orilla del mar en un país de salvajes, no es propiedad de nadie; pero si uno de ellos lo derriba, le ahueca y hace de él una canoa para navegar, ¿cabe título más justo para que pertenezca al salvaje marino la propiedad de su tosca nave? Este derecho se funda en la misma naturaleza de las cosas. El árbol, antes de ser trabajado, no pertenecía a nadie, pero ahora no es el árbol propiamente dicho, sino un objeto nuevo; sobre la materia, que es la madera, está la forma de canoa; y el valor que tiene para las necesidades de la navegación es efecto del trabajo del artífice. Esta forma es la expresión del trabajo: representa las fatigas, las privaciones, el sudor del que lo ha construido; y así la propiedad de las facultades empleadas en la construcción. Luego, el trabajo es un título natural para la propiedad del fruto del mismo; y la legislación que no respete este principio es intrínsecamente injusta.»

Está claro que los ejemplos aducidos por Balmes para sustentar su tesis de que el trabajo es fundamento del derecho de propiedad son de especificación, si bien, para evitar dificultades, supone que la materia empleada no pertenecía a nadie, con lo cual mezcla el trabajo con la ocupación, a la que este autor, en el número siguiente, la reduce a una manifestación del mismo trabajo.

A esta orientación filosófica responde el artículo de Otero Valentín: «El trabajo, modo de adquirir la propiedad» (42), comienza así: «Una de las omisiones menos disculpables padecida en los Códigos civiles —como sucede en el nuestro (art. 609)— es la de no determinar o enumerar entre los modos de adquirir la propiedad, *a los productos del trabajo*, no obstante contener varios artículos dispersos con doctrina afirmativa de su reconocimiento y reglamentación, así como en varias leyes especiales a las que se refiere.»

(40) BRUGI, *op. cit.*, p. 375

(41) BALMES: *Filosofía elemental*, «Ética», núm. 186, Barcelona, s.f., tomo IV, p. 54.

(42) OTERO VALENTÍN: *El trabajo, modo de adquirir la propiedad*, «R.D.P.», noviembre 1919, pp. 321 y ss.

Distingue este autor, atendiendo a su naturaleza, tres clases de trabajo: a) el intelectual; b) el manual, y c) el exclusivamente personal o de servicio. El primero es el que corresponde al autor de una obra literaria, científica o artística, el cual tiene derecho a explotarla y disponer de ella a su voluntad, con arreglo a lo dispuesto en la Ley especial que regula esta materia.

Creemos que, además de con la propiedad industrial o intelectual, esta clase de trabajo puede estar relacionada con la especificación, principalmente con la escritura, cuando la obra artística, científica, literaria o técnica se haya escrito o impreso en papel ajeno.

El trabajo manual está garantizado en el Código civil a través de la especificación (art. 383, par. 1.º); del contrato de obra (art. 1.595) y del derecho de retención a favor del que ha ejecutado una obra en cosa mueble (art. 1.600).

El trabajo personal o de servicio a favor de otra persona se garantiza en los artículos 1.151, 1.582 y 1.583.

Añadiremos que este tipo de trabajo puede estar también relacionado con la especificación cuando el criado o asalariado en el ejercicio de sus tareas hace una *res nova* con materiales que no son suyos ni de su amo, si bien los efectos de la especificación se producirán para éste y no para el asalariado.

En la doctrina italiana, dentro de esta corriente de ver la especificación a través de la doctrina del trabajo como fundamento de la propiedad, Brugi (43), dice que: «La especificación aparece con especial importancia cuando se puede decir un reconocimiento del trabajo como modo de adquisición de la propiedad, aunque sea bajo el título legal de la accesión.» Subraya seguidamente que la adquisición por el especificador es un derecho que le otorga la Ley, por lo que le corresponde tanto si posee la cosa especificada como si está en poder del propietario de la materia.

La teoría del trabajo como modo de adquirir, sancionado por el legislador en el artículo 383, es relativamente reciente; arranca, como hemos dicho, del siglo XIX. Nada tiene que ver con la tesis proculeyana en materia de especificación, pues, como dice Traviesas (art. citado, pag. 301), siguiendo a Sokolowski, «no están en lo cierto modernos juristas que vieron en la teorías de sabinianos y proculeyanos sobre la especificación un modo de concebir la relación entre capital y trabajo. El trabajo apenas es digno de atención como fuerza adquisitiva en la teoría de la especificación del *Corpus iuris*. La teoría de los proculeyanos de Labeón y sus secuaces, atribuye la nueva especie a quien la ha hecho, pero es por reconocimiento de los principios

(43) BRUGI, *op. cit.*, pp. 387 y ss.

de la filosofía peripatética, para la cual la materia es el factor pasivo, que es determinado y limitado por la forma. Constituye la materia la posibilidad de todo ser, que por la forma es elevado a realidad. La materia no existe más que en la *nová species*; es agotada, consumida por ella».

Naturaleza o esencia de la especificación

En la pugna sobre si lo esencial en la especificación es la creación de una cosa nueva, que, por tanto, se adquiere por ocupación por el especificador, o es el trabajo desplegado en la realización de la obra que actúa como título de la nueva propiedad, creemos deber pronunciarnos diciendo que ninguna de las dos construcciones indicadas es suficiente y que sólo se llega a un resultado aceptable mediante la síntesis armónica de ambas.

Que no es suficiente la tesis de la ocupación de la cosa especificada por el especificador lo demuestra el siguiente ejemplo: se admite como supuesto de especificación el transformar la leña o madera en carbón; pues bien, supongamos que un montón de leña o, incluso, un bosque arden fortuitamente —v.gr., por una chispa desprendida de una locomotora que pasa contigua o por efecto de los rayos del sol veraniego— convirtiéndose en carbón. Hay un resultado semejante o parecido al que se obtiene cuando la reducción de la leña o madera ha sido hecha por un sujeto conscientemente, siguiendo las leyes del arte propias del caso (haciendo un boliche), y sin embargo, en el caso del carbón obtenido por el incendio fortuito de la madera, aquél no se hace propiedad del primero que lo ocupe, sino que sigue siendo propiedad del dueño de la antigua materia (del dueño de la leña o bosque ardidos).

Pero no cualquier transformación de la materia, producida a consecuencia de una acción humana da lugar a la especificación, sino sólo la realizada siguiendo con más o menos perfección la *lex artis*. Para comprobarlo continuemos con el ejemplo de la leña convertida en carbón; si suponemos que la transformación indicada no se ha hecho siguiendo aquellas reglas, sino que es consecuencia de que un pirómano ha incendiado la leña o el bosque, no sólo no hay especificación, sino que existe una damnificación y un delito, cuyo autor tendrá que indemnizar al propietario no a consecuencia de una expropiación (que, en el fondo, existe en la especificación), sino por responsabilidad civil *ex delicto* (44).

(44) Tipificado en el artículo 551-2.º del Código penal de 1944.

Del mismo modo, el trabajo, si no va acompañado de la creación de una *res nova*, no determina la especificación. Supongamos que un matarife toma una res que no le pertenece y, sin permiso de su dueño, la sacrifica, descuartiza, despieza y limpia, disponiéndola para su venta como carne y despojos. Es evidente que hay un trabajo realizado según la *le artis*, y sin embargo, no hay especificación, porque no ha dado lugar a una *res nova*, pues sólo hay el cuerpo de un animal, primero vivo y luego muerto. Por tanto, las carnes extraídas de la res pertenecen al antiguo propietario, a quien el matarife tendrá que indemnizar por los perjuicios que le haya ocasionado el sacrificio de la res sin su consentimiento. Únicamente si el dueño tenía decidido y dispuesta la res para sacrificarla, habría lugar a la *compensatio lucri cum damno*. Pero, avanzando más, hay que plantearse cuál es el papel que, respectivamente, juegan en la adquisición de la propiedad mobiliaria por especificación la ocupación de la *res nova* especificada y el trabajo desenvuelto por el especificador. Una primera construcción sería referirla a la teoría del título y el modo de adquirir los derechos reales diciendo que en la especificación la ocupación de la «res» especificada es el modo y el trabajo el título. Pero semejante razonamiento tropieza con dos dificultades, de las cuales una es insalvable. La primera es que el trabajo es una de las causas o título de la adquisición derivativa, una *iusta causa traditionis*, aunque constituya uno de los hechos que, entre las diversas teorías filosóficas sobre el fundamento del derecho de propiedad, se han aducido como legitimadores de ésta (seguida, entre otros, por Adam Smith, Stuart Mill, Bastiat, Thiers y Portalis). Pero esta dificultad podría salvarse diciendo que excepcionalmente el artículo 383 del Código civil recoge al trabajo como causa o título de la adquisición por especificación. La segunda dificultad es entonces insoluble, porque se trata de que la teoría del título y el modo, ya un tanto anticuada se planteó para los modos derivativos de adquirir el dominio, principalmente de la tradición (*iusta causa traditionis*), y si decimos que en la especificación el especificador adquiere por ocupación la cosa especificada, siendo aquélla un modo originario de adquirir, huelga hablar de título y de *iusta causa* de la misma. En ese caso, ¿qué papel juega el trabajo en la adquisición por especificación? Creo que el de causa o fundamento de la expropiación que sufre el dueño anterior de la materia. Hemos visto anteriormente que la mutación de aquélla es una *res nova* no es por sí sola suficiente para hacer perder la propiedad a su anterior titular, ya que si esa mutación o transformación se hubiera hecho por causas distintas al trabajo humano —por ejemplo, un tonel de vino que naturalmente fermenta, convirtiéndose en vinagre—, la nueva cosa pertenecería al anterior dueño de la materia. La expropiación que en la especificación sufre el anterior dueño se hace como premio al trabajo del especificador, y por ello, como en toda expropiación, hay lugar a una indemnización a favor del dueño expropiado, tanto si el especificador procedió de buena fe como si lo hizo

de mala fe (art. 383, proposiciones 1.^a y 3.^a), indemnización que no se explicaría si decimos que en la especificación sólo hay la ocupación de una cosa sin dueño, pues, en la ocupación de las cosas abandonadas (*rei derelictae*) no procede abonar nada al anterior dueño. Por otra parte, los párrafos 2.º y 3.º del artículo 383 confirman que la creación por especificación de la cosa nueva no extingue en todo caso y sin más el derecho de propiedad del anterior dueño, si la cosa es más preciosa o superior en valor que la obra en que se empleó el dueño puede optar por quedarse con ella, indemnizando el valor de la obra, si hubo buena fe en el especificador, y sin pagar nada, aunque el valor del trabajo fuera superior al de la materia, si procedió de mala fe. Si esto es así, podríamos investigar cuál es el modo de adquirir con el que la especificación tiene cierta analogía o parecido. Sin perjuicio de reconocer las disparidades existentes y las exageraciones a que puede llegar la tendencia que tenemos los juristas a explicar unas instituciones por otras, lo cual, por otra parte, no siempre es estéril, porque aguza el razonamiento y el discurso jurídico y lleva el mejor conocimiento y diferenciación de las dos instituciones que se comparan, nos atrevemos a sugerir el parecido que guarda la adquisición por especificación con la usucapión o prescripción adquisitiva ordinaria. En ambas juega el requisito de la buena fe, con sus efectos beneficiosos para el que ha procedido con ella, a la que se añaden otros requisitos, como el justo título en la usucapión que viene a reconducirse a una relación con el anterior titular de la propiedad fuera real y efectivo o sólo aparente; relación que en la especificación de momento no existe, pero que la crea *a posteriori* la ley, concediendo al antiguo propietario el derecho a ser indemnizado por el especificador; finalmente, el trabajo actúa en la especificación como requisito complementario de los otros dos, desempeñando un papel paralelo a lo que en la usucapión es el transcurso del tiempo.

Sea o no la especificación una modalidad de la accesión, o en su caso, un modo autónomo de adquisición del dominio, lo que no es en ningún caso la especificación es un acto jurídico entendiendo por tal aquel acto al que el Derecho atribuye unos efectos por sí mismos. Podemos afirmar simplemente que la especificación es un acto real, consecuencia de ello es que pueda adquirir por especificación un incapaz, sólo se requiere la aptitud física para realizar la actividad transformadora en cuestión.

Tampoco supone una declaración de voluntad negocial, y no cabe, por tanto, en ningún supuesto la representación; ello sería físicamente imposible. Pero cabe plantearse si en el contrato de arrendamiento de obra el *dominus operis* que incluso puede aportar por sí mismo los materiales —artículo 1.588 de nuestro Código civil— adquiere por especificación la propiedad de la *nova species* (por ejemplo, la pintura o la estatua encargada) cuando de buena fe haya utili-

zados los materiales de un tercero, es decir, ajenos. Aunque la construcción rigurosa es que adquiere por especificación al que realiza la obra de acuerdo con el contrato y que luego, a tenor del mismo, la cede al *dominus operis*, no hay inconveniente en decir que, de acuerdo con el contrato, éste adquiere la propiedad por especificación. De lo contrario, habría que decir, por ejemplo, que en la especificación consistente en hacer una estatua con materiales ajenos en la que el escultor utilizara los servicios de auxiliares subalternos, como es el caso de los desbastadores de la piedra, éstos también adquirirían copropiedad con el escultor el dominio de la estatua por especificación.

La primera cuestión que se plantea es la de si la propiedad de la nueva especie corresponde al propietario de la materia, es sólo una continuación de la antigua propiedad sobre la materia, o es una propiedad nueva que surge simplemente en base a la precedente propiedad ahora extinguida. Acogemos esta última opinión tal vez porque nueva especie equivale a una nueva cosa, y por ello, la propiedad debe ser necesariamente nueva.

Puede también sostenerse que sobre la nueva continúa la propiedad de la primera. Por ejemplo, quien repara una nave propia con leños ajenos continúa siendo propietario de la nave, ya que los leños ajenos son sólo accesorios de la propiedad, mientras que por otra parte, y en caso de que se hubiese rehecho totalmente la nave, tampoco se puede atribuir la propiedad al que construye la nave con materiales ajenos, aunque los términos sean distintos. En este último supuesto no se afirman claramente a quién pertenece la propiedad de la nave construida. No obstante, se ha dicho que la propiedad de la nave construida *ex novo* pertenece al propietario de los leños, pero este hecho no depende ya de la propiedad de los leños, sino de la propiedad de la carena como cosa principal. En conformidad con lo dicho será propietario de la nueva cosa aquel a quien pertenecían los leños con los que se hace el fondo del buque, sin importar que le pertenecieran o no los restantes leños utilizados para hacer la nave (45).

(45) La conclusión acerca de este punto depende de la relación que se establezca entre la especie y la materia. La especie frente a la materia no es una cosa independiente; ésta no puede existir sin la materia; la nueva especie no es más que el viejo objeto con una nueva apariencia. Lo que debe conducir a la consecuencia de que como permanece idéntico el objeto a pesar de cualquier cambio, así permanece idéntica la propiedad del propietario de la materia. La nueva especie tiene ya en base a la materia con la que ha sido hecha un propietario y no puede ser atribuida al productor, prescindiendo del caso del dolo, podría reivindicar la *nova species*, pero la reivindicará siempre en base a la vieja propiedad. El productor o especificador se encuentra en una situación meramente obligatoria, ya que sólo tiene frente al propietario el derecho a ser resarcido o la obligación de resarcir.

Se parte de la idea de que la cosa a que se refiere la propiedad no está caracterizada sólo por la materia, sino por la apariencia extensa. Por eso, si la vieja cosa se transforma en otra, el derecho de propiedad se extingue y surge un nuevo objeto del mismo derecho; en consecuencia, no se puede hablar de la vieja propiedad, sino de la nueva propiedad sobre el objeto; atribuyendo ésta al productor, ya que el propietario de la materia no puede pretenderla en base a la vieja propiedad extinguida. Para expresarlo más brevemente el punto de partida es éste: identificación del objeto y de la especie. Pero si se trata de especificación de materia propia o de eventual transformación de ésta, aunque distinguiendo bien entre especie y objeto, no puede admitirse que por el hecho de cambiarse la especie se cambie sin más el objeto. En este caso, a pesar de cambiarse la apariencia la cosa permanece la misma, porque existe la sustancia, como una cosa independiente, cualquiera que sea su especie. En base a este razonamiento nada impide que la propiedad del dueño de la materia, la nueva especie, sea tratada como un objeto, y como tal, atribuida al productor.

¿Cuál es el fundamento jurídico de la adquisición de la propiedad de este nuevo objeto? La adquisición del productor deriva de la ocupación del nuevo objeto sin dueño. En consecuencia, en la adquisición por especificación existen dos actos: primero, la especificación que simplemente destruye la propiedad, después la ocupación que funda la propiedad. En base al principio fundamental de la ocupación, la propiedad de la nueva especie no puede pertenecer al especificante como primer ocupante, aunque el especificante sea en la línea de hecho el más próximo a la ocupación, todavía no lo es en la línea de Derecho. El surgir de una nueva especie conlleva siempre el que ésta no tenga dueño, y admitiendo esta consecuencia, se verifique, aunque accidentalmente, que la cosa se transforme en una nueva especie.

Basta admitir esta consecuencia para entender que esta teoría es prácticamente inaplicable. Pues la adquisición por parte del especificante no es nunca reconducida al ámbito de la ocupación. Dos sujetos pretenden tener la propiedad: por una parte, el propietario de la materia; por otra parte, el fabricante o especificante. Este adquiere la propiedad no como ocupante, sino como creador, productor o generador de la cosa. En consecuencia, la especificación no destruye sólo la propiedad. Pero no es necesaria la concurrencia de dos actos jurídicos, sino que basta con uno, el cual, en base a la novación produce un doble efecto en cuanto que establece sobre la nueva especie la nueva propiedad del productor, lo que necesariamente destruye la propiedad del antiguo dueño de la materia. Producida la nueva especie pertenece, *ipso iure*, al especificante; hasta ese momento pertenece al propietario de la materia, por lo que no puede decirse que se encuentre en ningún momento sin dueño.

Pero a tenor del principio, ¿lo hecho ahora antes no era de nadie? *Quia quod factum est, antea nullius fuit* se afirma claramente que la nueva especie no tiene dueño, lo que conduce necesariamente a la teoría de la ocupación. Pero con esta frase no se quiere decir que la nueva especie por un solo momento carezca de dueño, sino que ésta, al nacer, pertenece al productor, sino que en un primer momento no tiene dueño y que por eso sin lesión del derecho de nadie puede ser atribuida al productor, de manera que esta frase sólo sirve para destruir cualquier impedimento que se opusiese a la adquisición de la propiedad por el productor: en esta frase no se contiene la razón positiva de la adquisición de la propiedad. La razón está simplemente en el hacer, en la creación o producción de la nueva especie, en el trabajo. Más exactamente: no en el esfuerzo empleado, sino en el resultado del trabajo como creación; porque el especificante ha creado una nueva especie sobre la cual el dueño de la materia no puede hacer valer ningún derecho; por eso le pertenece.

Esta propiedad creada con la producción es, sin duda, una nueva propiedad que pertenece al especificante, por la razón de que él ha creado la nueva especie, el nuevo objeto de propiedad. En consecuencia, la posesión del especificante de materia ajena es una posesión nueva. En cuanto a los derechos reales que gravaban la materia se extinguen el usufructo y el uso, y para los proculeyanos también el derecho de prenda, no ya porque la propiedad del especificante sea nueva, sino porque la nueva especie es tratada como un nuevo objeto. Partiendo de esta idea hay que aclarar si el derecho de prenda se refiere al resarcimiento que ha de darse al dueño de la materia. Sobre esta cuestión no tenemos ningún punto de apoyo para decidir. Pero en el Derecho actual puede mantenerse la posición afirmativa, es decir, que la prenda recae entonces sobre la indemnización que ha de darse al dueño de la materia en virtud del principio de la subrogación real *petium succedit in loco rei*.

Volviendo ahora a la nueva propiedad del especificante surge la cuestión de si éste la adquiere, siempre o sólo cuando ha especificado de buena fe. Al considerar la especificación como un caso de ocupación debe tener como irrelevante la buena o mala fe del especificante, ya que siempre la nueva especie debe pertenecer al ocupante. Sólo en el caso de hurto no adquiere la propiedad (aunque podría sostenerse la adquisición también en este supuesto. Pero si no se sitúa el fundamento adquisitivo de la propiedad en la ocupación, sino en la producción o creación de la nueva especie, esta necesidad de atribuir la propiedad al especificante de mala fe no existe. Se ha limitado de esta forma la fuerza creadora de la propiedad a la presunción de buena fe —admitiendo que no se excluye la adquisición por el ladrón—. En todo caso, la solución es ambigua. Por ejemplo, quien exprime la uva o la oliva robada, haciendo de tal modo una adquisi-

ción que debe ser declarada inmoral, pero esto no debe ser un argumento decisivo, pues, prescindiendo del instituto singular de la usucapión faltan otros casos en los que, a pesar de una innegable deshonestidad, tiene lugar la adquisición de la propiedad por parte del que procede deshonestamente o al menos se niega al propietario de la cosa del poder hacer valer su propiedad; basta con pensar en el que planta en su terreno plantas robadas, o en el que edifica con materiales de construcción robados. El hecho de que en estos casos el propietario pierda su derecho a favor del ladrón, hace que no aparezca demasiado extraño el que se atribuya la propiedad de la nueva especie al ladrón específicamente. Tanto más que, según esta escuela, no se trata ya del viejo objeto, sino de uno nuevo, al cual naturalmente la vieja propiedad no se refiere ya. Partiendo de esta idea, es posible que, a pesar de la improbidad del especificante, el propietario de la materia no tenga más que una acción personal, y que, por el contrario, la propiedad de la cosa sea atribuida a aquel que la ha producido, sea cual fuese la manera con que se hubiera procurado el material para hacerla.

Hay que poner de manifiesto una consideración más. Los proculyanos sostuvieron que la propiedad de la nueva especie era atribuida al fabricante no sólo por motivo de su producción, sino para proteger al tercero adquirente que había comprado el producto al fabricante. El adquirente se ve así dispensado de la necesidad de probar eventualmente que la propiedad de los materiales era del fabricante; porque en cualquier caso, el fabricante es el propietario del producto.

Pero ¿qué influencia tiene esta consideración al tercero? Sólo se puede afirmar que la adquisición por parte del especificante favorece los intereses del comercio, es práctico y de vastos efectos.

En ningún lugar se hace referencia a la buena fe del fabricante como requisito de la adquisición de la propiedad, es más, a efectos de intereses comerciales sólo así se produce la protección del adquirente. Si, por otro lado, la protección del fabricante hubiese sido el fin exclusivo de esta tesis, resultaría difícil de entender la relación entre la adquisición de la propiedad y el requisito de la buena fe; además, la adquisición es una consecuencia necesaria del hecho de que la nueva especie es un nuevo objeto, independientemente de la buena o mala fe, y, aunque en otros casos es necesario guardarse bien de confundir la nueva especie y el nuevo objeto, su identificación, tratándose de especificación de materiales ajenos, puede tener su fundamento sólo en el fin de atribuir la propiedad al fabricante como recompensa por su producción. Por el contrario, y desde este punto de vista subjetivo, merece solamente la propiedad que honestamente crea la nueva especie. Pero la buena fe debe ser considerada como algo principal y difícilmente silenciada.

Queda por considerar un argumento que se aduce para sostener que, efectivamente, la buena fe del especificante, es un requisito para la adquisición de la propiedad. Este argumento se deduce de la teoría de la *media sententia*, la cual, como se verá más adelante, admite que el especificante adquiere la propiedad sólo en el caso de que actúe de buena fe (esta teoría se presenta como una mera combinación de la opinión sabiniana y de la proculeyana, sostenidas ambas en Derecho romano); así, la *media sententia*, en el caso de especificación irreducible, hace depender la adquisición de la propiedad por parte del especificante de su buena fe y es en cierto modo próxima la conclusión de reconocer la producción como causa de adquisición de la propiedad sólo con esta condición. Pero la conclusión no es todavía segura. Por el contrario, y según la teoría de la *media sententia*, se ha limitado, sin duda, al caso de la no reconstituibilidad. Pero se plantea la duda de si se ha introducido alguna otra limitación consistente en hacer depender la adquisición de la propiedad de la buena fe. (En la *media sententia* prevalece, como se vio al estudiar el Derecho romano, al menos como principio fundamental, la teoría sabiniana, y sólo cuando ésta no es prácticamente aplicable se recurre a la tesis proculeyana.) Esta posición subordinada demuestra que los intereses del comercio y la protección al tercero adquirente no son un motivo determinante. En consecuencia, queda en primera línea y como único fin, la protección al fabricante; lo que podría ser naturalmente la ulterior consecuencia de que la adquisición de la propiedad sólo fuese admitida cuando es meritoria, cuando, en otros términos, la especificación se había realizado de buena fe.

El resultado de cuanto hemos dicho es que no puede probarse que la buena fe sea un requisito de la adquisición por especificación, aunque lo contrario no se puede probar no puede negarse que tiene varios argumentos a su favor. En cualquier caso, la propiedad del especificante es una nueva propiedad, ya que la especificación es un modo originario de adquirir. Por otra parte, en nuestro Derecho la protección al tercero de buena fe que adquiere la cosa especificada por un especificador doloso (es decir, que utiliza la materia ajena de mala fe) está complementada, sin necesidad de acudir al artículo 383, por otros preceptos, procedentes del Derecho germánico y que, por tanto, no fueron tenidos en cuenta en las soluciones romanas.

El primero es el artículo 464 del Código civil: «La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título. Sin embargo, el que hubiese perdido una cosa mueble o hubiese sido privado de ella ilegalmente, podrá reivindicarla de quien la posea.» A tenor de este precepto, llegamos a la conclusión de que, cuando la especificación se realiza de mala fe por el usufructuario, acreedor pignoraticio, arrendatario, comodatario, depositario, o por el mediador posesorio de la misma, el tercero que de buena fe adquiera su pose-

sión queda amparado por el artículo 464 y estará a salvo tanto frente a la reivindicación del dueño de la materia como frente a sus pretensiones de indemnización *ex* artículo 383.

El otro precepto concede una tutela todavía más enérgica al comprador en almacenes o tiendas abiertas al público de cosas especificadas de mala fe. Es el artículo 85-1.º del Código civil: «La compra de mercaderías en almacenes o tiendas abiertas al público causará prescripción de derecho a favor del comprador respecto de las necesarias adquiridas, quedando a salvo en su caso los derechos del propietario de los objetos vendidos para ejercitar las acciones civiles o criminales que puedan corresponder contra el que los vendiere indebidamente.»

Con ello, la protección al tercero adquirente de buena fe de la cosa dolosamente especificada, que pudiera derivarse del artículo 383, quedaría limitada a los supuestos de que la utilización de la materia por el especificador pudiera incluirse en los conceptos de «pérdida o privación ilegal» y, además, siempre que no haya sido vendida la *res nova* en almacenes o tiendas abiertas al público.

V. ANTECEDENTES DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO HISTORICO CASTELLANO.

1. Las partidas

La Doctrina de las Partidas sobre especificación está esencialmente contenida en las leyes 33, 36 y 37; limitándose casi exclusivamente a exponer una serie de ejemplos o supuestos —no muy felices, según Sánchez Román (46)—. Así, en el título 28, partida 3.^a, se dice que «si ome faze de uvas agenas vino, o de azeytunas olio cuyo deue ser el Señorío...», de esta afirmación podemos deducir que en la legislación de las Partidas se acoge básicamente la tesis proculeyana; enumerándose a continuación una serie de ejemplos de especificación: dice textualmente «fazen a las vegadas los omes para si mismos vino de uvas agenas, olio de azeytunas de otri, o sacan trigo, o ceuada de miesse agena, o fazen bacines, o picheles, o otras cosas de latón o de alambre, o de otro metal ageno auiedo buena fe, en faziendolo cuydando que aquello de que lo fazen es suyo».

Hace también la legislación de las Partidas una referencia al requisito de que el especificante proceda de buena fe (47), para que

(46) SÁNCHEZ ROMÁN, F.: *Estudios de Derecho civil*, t. III, Madrid, 1981, p. 108.

(47) «Ganan el señorío aquellos que fazen dellas alguna de las cosas sobredichas a buena fe.»

pueda hacer suya la nueva obra —aunque éste quede obligado a abonar el valor de la materia al dueño de ésta—. De manera que cuando interviene mala fe, siempre el derecho de accesión se otorga al dueño de la materia, perdiendo el especificante los gastos y trabajos de la especificación (48).

Se acoge también en las Partidas la tesis ecléctica de la *media sententia justiniana*, de manera que no siendo posible que la materia recobre su primitiva forma, y siempre que proceda de buena fe el especificante, éste hace suya la nueva especie, con obligación de abonar el valor de las materias al dueño de ella. Si por el contrario la materia puede recobrar la forma que tenía antes de la especificación, presupuesta también la mala fe del especificante, el dueño de la materia puede reivindicarla, abonando los gastos de cambio de forma al especificante (49).

Los supuestos de la pintura y escultura están, asimismo, particularmente contemplados en la Ley 37, título 28, partida 3.^a; dice así: «Si ome pinta en tabla agena alguna cosa cuyo deue ser el señorío. Pintando alguno ome en tabla o en viga agena alguna ymagen, u otra cosa qualquier si uou buena fe, en pintándola cuydando en que aquello en que la pintaua era suyo, e que lo podría facer con derecho, entonces el pintor gana el señorío de la tabla, o de la cosa en que lo pintó y es suya también como el señorío de la tabla, o de la cosa en que lo pintó y, es suya también como aquello que pinta. Pero tenudo es de dar aquel cuya era la tabla tanto quanto valía por ella. Mas si ouo mala fe, en pintándolo sabiendo que era agena aquella cosa en la que pintaua para si, estonce pierde la pintura, e deue ser de aquel cuya era la cosa en la que pinto. Ca semeja que

(48) «Empero el que ouiesse mala fe, en faziendo alguna cosa de las sobredichas, sabiendo que aquello de que lo faze que es ageno este atal pierde la obra que faze, e no deue cobrar las despensas que y fizo.»

(49) Se dice en el título 28 de la Ley 33 de la partida 3.^a: «e porque puede acaescer contendas entre los omes cuyo deue debe ser el señorío destas cosas atales si de aquellos cuyas eran las cosas, o de los otros que fazen dellas algunas cosas de las sobredichas, dezimos que aquellas cosas de las que fazen son de tal natura que no se pueden tornar al primero estado en que eran assi como las uvas que después se sacan el vino dellas non se pueden tornar al primero estado, o las azeytunas de que sacan el olio, o las espigas de que sacan la ciuera, en qualquier destas cosas sobredichas, e en las otras cosas semejantes dellas que se non pudiessen tornar las cosas en el primero estado que eran ganan el señorío aquellos que fazen dellas alguna de las cosas sobredichas a buena fe. Pero tenutos son de dar a los otros cuyas eran la estimación de lo que valían. Mas si las cosas fuessen de tal natura que se pudiessen tornar al primero estado, así como el vaos, e las otras cosas que fiziesen, de oro o plata, o de alguno de los otros metales que se pueden fundir en tales casos como estos, e en todos los otros semejantes dellos en saluo finca el señorío en sus cosas a cuyas eran e non lo pierden por fazer otri dellas alguna cosa de nuevo.»

...«Empero el que ouiesse mala fe, en faziendo alguna cosa de las sobredichas, sabiendo que aquello de que lo faze que es ageno esteatal pierde la obra que faze, e no deue cobrar las despensas que y fizo.»

pues el sabia que la tabla era agena que quería dar aquel cuyo era aquello que pintaua y. Esso mismo dezimos que seria si alguno debu-xasse o entallasse para si en piedra o en madero ageno. Ca si lo fiziese por mandado de aquel cuyo era la madera, el señorío de lo que assi fuesse pintando, o entallado, seria de aquel que lo mandara fazer. Pero deuele dar su precio por el trabajo que lleuo en pintarlo o entallarlo.» Para estos supuestos de pintura y escultura, al igual que para el supuesto de la escritura, se excluye del ámbito de la especificación, la hipótesis de que medie relación contractual entre el dueño de los materiales y artífice.

Observa Sánchez Román (50) que contra las reglas que determinan lo principal y lo accesorio, tanto las leyes romanas como las españolas, establecen una excepción en honor del sublime arte de Apelles, Rafael y Murillo, otorgando, en principio, la preferencia a la pintura sobre el lienzo o tabla en que se pinta. Como esta adjunción no puede verificarse sino en el caso de que se pinte en lienzo o tabla ajena, la ley se limita a distinguir si intervino buena o mala fe por parte del pintor. En el primer caso, gana el señorío de la tabla o lienzo, con la pintura, el que le pintó, y en el segundo, pierde el pintor la pintura en castigo de su mala fe, cediendo en beneficio del dueño del lienzo o tabla, porque supone la ley que quiso hacerle una donación (pues por el vicio del casuismo predominante en esta materia, hace mención en su parte final de un caso que no es de accesión, y sí de arrendamiento de obras. «Esta deducción de la ley —continúa diciendo Sánchez Román— es violenta y enorme por lo excesiva, la pena impuesta al pintor, así como extremado el lucro que se concede al dueño de la tabla o lienzo, comparando su insignificante valor con la crecida estimación que de ordinario tienen las obras de arte.»

«A iguales reglas —añade este autor— se somete la escultura realizada en madera o piedra ajenas.»

La Ley 36, título 28, partida 3.^a, regula expresamente el supuesto de la escritura, al disponer que «Quando un ome escriue libro en pergamino ageno cuyo deue ser el libro. Escriuendo algund ome en pergamino ageno algund libro de versos, o de otra cosa qualquier, este libro a tal deue ser de aquel cuyo era el pergamino, en que lo escriuere. Pero si aquel que lo escriuo, ouo buena fe, en escriuendolo, cuydando que era suyo el pergamino, o que auia derecho de lo fazer, si el libro quisiere auer aquel cuyto es el pergamino, deue pagar al otro por la escritura que y escriuo aquéllo que entendieren omes

(50) Advierte SÁNCHEZ ROMÁN (*loc. cit.*) que la doctrina de esta Ley de Partida no contradicen y sí dejan a salvo, en toda su plenitud, los derechos que el autor de cualquiera obra de la inteligencia reconoce la Ley de Propiedad Intelectual de 10 de enero de 1879.

sabidores que meresce por ende (51). Mas si ouiesse mala fe en escriuiendolo sabiendo que el pergamino era ageno estonce pierde el la escritura, e es tenuto de dar el libro a aquel cuyo era el pergamino; fueras ende si lo uiesse escrito por precio conocido. Ca entonce tanto le deve dar por el quanto le prometió.» (52) Ya se apunta aquí la idea de que si media una relación contractual entre el escritor y el dueño de la materia, el supuesto no se encuadra dentro del régimen jurídico de la especificación.

VI. LOS PROYECTOS DE CODIGO CIVIL ESPAÑOL DE 1851 Y 1889

El Proyecto de 1851 en su artículo 424 (53) regula, con redacción prácticamente idéntica a la del artículo 383 del Código civil, la problemática de la especificación.

Este artículo 424 —dice García Goyena (54)— prescinde de casos, y su disposición general es conforme a la máxima de que he hecho mérito en el artículo 416: la cosa debe ser de aquél a quien se seguirá mayor daño de que así no se hiciese: «Máxima en que descansa el párrafo 2 del artículo 418.» (55).

(51) Vemos que ya en la legislación de las Partidas se concibe la especificación como modo de adquirir el dominio basado en el trabajo útil, artística o socialmente valioso.

(52) Advierte también SÁNCHEZ ROMÁN que no se encuentra la razón de diferencia de esta especie de accesión con la que se realiza por la pintura; es —añade— que la Ley de Partida (36, tít. 28, part. III), que rige esta materia, copia la romana, e incurre en el propio defecto de extremar las reglas entre lo principal y lo accesorio, en daño de la justicia. No distingue otros supuestos que los de buena o mala fe en el que escribió en papel o pergamino ajeno, y en ambos casos adjudica lo escrito al dueño del papel o pergamino, sin otro derecho para el que escribió, cuando lo hizo de buena fe, que el poder reclamar de aquél el «valor por la escritura que y escribió, cuando lo hizo de buena fe, aquello que entendiesen omes sabidores que meresce por ende» sin que tenga ninguno, cuando obró de mala fe. También esto se entiende sin perjuicio de los derechos del autor por razón de la propiedad intelectual (*loc. cit.*).

(53) El que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una cosa de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando su valor al dueño de la materia empleada.

Si ésta es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella tendrá la elección de quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o de pedir indemnización de la materia.

Si la especificación se hizo con mala fe, el dueño de la materia empleada tiene derecho a quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, o de exigir de éste que le indemnice del valor de la materia y de los perjuicios que se le hayan seguido.

(54) *Concordancias, motivos y comentarios*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, Zaragoza, 1974, p. 221.

(55) «En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografiados se estima por accesorio la tabla, el metal, la piedra o lienzo, el papel o pergamino.»

Lo regular —continúa diciendo García Goyena (56)— es que el trabajo o industria valgan más que la materia; así, la nueva especie seguirá al trabajo; pero esta regla que parece general, dejará de serlo en todos los casos prácticos, y sólo surtirá el efecto de cargar al dueño de la materia con la prueba de su mayor valor.

Se separa del precedente del que, como dice García Goyena, dispone lo contrario, concordando con él los napolitanos, sardos y de Luisiana. Tal vez García Goyena se inspiró en el 661 holandés, perfeccionándolo, el artículo francés, los demás extranjeros respiran el mismo espíritu y parten del mismo principio, con la sola diferencia de establecer la presunción de mayor valor en la materia, cargando, por consiguiente, al hacedor de la nueva especie con la prueba de lo contrario.

Si la especificación se hizo con mala fe, etc., el que trabaja en materia que sabe ser ajena, debe ser considerado como si hubiera trabajado en nombre del dueño de ella y que quiso regalarle su trabajo. Ley 12, párrafo 3, libro 10 del Digesto, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 405 (57) y párrafo segundo del artículo 423 (58).

O de exigir de éste, etc.: «Porque la nueva especie —dice García Goyena (59)— puede ser de poco o ningún provecho para el dueño de la materia.»

Proyecto del Código civil de 1882-1888

Este Proyecto, en su artículo 385, regulaba la problemática de la especificación, pasando con idéntica redacción el artículo 383 del Código civil.

VII. REGIMEN JURIDICO DE LA ESPECIFICACION EN EL DERECHO CIVIL ESPAÑOL

1. Presupuestos doctrinales de la especificación. Las nociones de sustancia y forma en el Código civil

En la doctrina es la de *sustancia* una noción sobre la que hay mucha incertidumbre, tanto más cuando ciertos fenómenos jurídicos

(56) *op. cit.*, p. 221.

(57) «El que edifica o planta de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado y plantado, sin que tenga derecho a reclamar al dueño del suelo ninguna indemnización.»

(58) «Si el que hizo la mezcla o confusión cobró de mala fe, pierde la cosa mezclada o confundida de su pertenencia, además de quedar obligado a la indemnización de los perjuicios causados al dueño de las cosas con que hizo la mezcla.»

(59) *Op. cit.*, p. 221.

contemporáneos han acentuado los problemas clásicos que se centran en ella. Por otra parte, esta noción de *sustancia* es un buen ejemplo de cuál puede ser la participación que tengan en el Derecho las nociones procedentes de otras esferas u otras disciplinas del saber humano.

Partimos de los conceptos de forma y de sustancia, pero no se trata de una simple duplicación ni tampoco de dos caras de un mismo concepto, como cuando el Código dice «daños y perjuicios», «culpa o negligencia». *Sustancia y forma* son dos referencias a dos conceptos con ámbito propio, aunque siempre funcionen correlativamente. Así, por ejemplo, dice el artículo 487 del Código civil que «el usufructuario podrá hacer mejoras (en la cosa)... con tal que no altere su forma o su sustancia». Esta reiteración del posesivo «su» demuestra que la ley ha querido subrayar la independencia de los dos conceptos.

También el artículo 489: «...pero no alterar su forma ni sustancia, ni hacer en ellos nada que perjudique al usufructuario». El anunciado tripartito confirma otra vez la independencia entre los conceptos de *forma y sustancia*. En otro caso habría dicho: «su forma o sustancia, ni...».

La sustancia, pues, no es la forma, aunque la forma importe tanto como ella. Pero *forma* se opone tradicionalmente *materia*. ¿Será la sustancia la materia? y ¿qué es la materia?

El precedente inmediato de nuestro Código en este punto parece ser el artículo 477 del derogado Código civil italiano, que habla de la «obligación de conservar la sustancia tanto en la materia como en la forma».

El Código italiano pretendió, con esta doble referencia, resolver una vieja polémica, y partió del concepto de *sustancia* consagrado por la filosofía tradicionalmente. Esa idea de sustancia, corresponda o no a una realidad, es la idea de que en cada cosa hay algo que realmente la constituye, algo que siempre es la cosa, algo que permanece bajo todas las variaciones que la cosa pueda sufrir, y que subsiste inmutable bajo la movetiza lateración que en todas las cosas presenciarnos. Si la sustancia cambia o desaparece, es la misma cosa la que desaparece o cambia. Pero entonces, la solución del viejo Código italiano era demasiada solución para serlo; era como dos soluciones. La cosa tendría dos sustancias; habría, pues, como dos cosas en cada cosa.

La discusión jurídica de si es la forma o la materia la que constituye la cosa, como ya hemos visto, al tratar del fenómeno de la especificación en Derecho romano, tiene su origen en la vieja oposición de escuelas en Roma, entre proculeranos y sabinianos. Alguien, con materiales ajenos, hacía una *nova species*, es decir, una cosa que aparecía como nueva, que se definía como otra «especie». Al haber una nueva especie, ¿hay realmente una cosa nueva, o queda la vieja cosa

con nuevo aspecto? En el primer caso, la cosa pertenecerá al factor de la especie; es la idea de los proculeyanos influidos por la filosofía de Aristóteles. En cambio, para los sabinianos, bajo la influencia estoica, no hay forma sustancial. la sustancia, cambie como cambie la forma, sigue siendo la misma. Quien era dueño de la materia sigue siendo dueño de la cosa. Vimos que Justiniano adoptó una media sentencia: si la cosa puede recobrar su antigua forma será del dueño de la materia.

Hay algo impresionante en la tenacidad con que se mantienen y perviven las fórmulas jurídicas. Esta vieja polémica entre la forma y la sustancia continúa a lo largo de los siglos y campea todavía en las codificaciones del mundo moderno.

El Código francés, artículo 570, y el Código italiano, artículo 468, se pronunciaron por la solución estoica. Rechazaron expresamente la media sentencia de Justiniano, y atribuyeron la propiedad de la cosa nueva al dueño de la materia empleada.

En cambio, el Código español aparece como peripatético: «el que de buena fe empleó materia ajena para formar una nueva especie, hará suya la obra...».

El Código civil alemán sigue el mismo camino, extremándolo. Según el parágrafo 950 del BGB, quien hace una cosa nueva, con material ajeno, adquiere su propiedad, incluso si actúa de mala fe.

En esta reacción aristotélica del siglo XIX no faltó un cierto *quid pro quo*. El siglo XIX vio en la doctrina de la especificación una especie de reconocimiento y consagración del derecho del trabajo. Era quien incorporaba su esfuerzo a la obra quien adquiriría la propiedad de la cosa.

Pero ese pensamiento era completamente ajeno a los romanos. Para los proculeyanos quien adquiriría la cosa no era quien de hecho la trabajaba, sino el dueño del negocio. Pero además era precisa la transformación, la nueva forma de la cosa. Y la razón de esta adquisición de propiedad no tenía que ver con el trabajo prestado. La razón era que la cosa, al ser nueva, era de nadie, *nullius*. Como dice aún nuestro Código, se trata de que se forme una nueva especie. Por mucho trabajo que se haya prestado, si no ha aparecido una cosa nueva, no ha lugar a la especificación.

Lo mismo el Código francés que el italiano y el alemán, opuestos en el criterio, coinciden en una excepción. Cuando la mano de obra, para el italiano, o cuando la materia, para el alemán, sean de tanto valor que manifiestamente sobrepase en mucho el valor del otro elemento, el criterio se invierte, y se da, en definitiva, la preferencia para atraer la propiedad al elemento que manifiesta y ampliamente supera en valor al otro. En estos Códigos, la excepción aparece así forzada

y algo inconsecuente, como paliativo a consecuencias extremas del criterio general.

La posición del Código español, aparentemente es análoga a los otros con muy escasa diferencia. Pero esta escasa diferencia es tan decisiva que se convierte en un criterio fundamentalmente distinto del de todos los otros Códigos.

Nuestro Código civil, a primera vista, da preferencia a la obra sobre la materia. Pero esta preferencia es sólo aparente. Pues a lo que el artículo 383 del Código civil da carácter definitivo es al valor relativo de las aportaciones que han venido a incorporarse en la cosa nueva. A que, de modo manifiesto, sea considerablemente mayor el valor de uno u otro elemento. Si la materia es más preciosa que la obra en que se empleó, o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie previa indemnización del valor de la obra o pedir indemnización de la materia (que se le permita elegir se funda, sin duda, en que habiendo sido la transformación ajena a su voluntad parece justo dejarle esa opción).

Por tanto, nuestro Código atribuye la propiedad, en definitiva, por razón del valor. Cuando hay dos posibles partícipes en una cosa, la adjudicación de la propiedad gravita hacia aquel que ostenta una participación más valiosa, y en ella se reconoce la sustancia de la cosa atribuida. Sólo en el caso absolutamente teórico de una absoluta equivalencia entre las dos partes se otorgaría una preferencia al especificante. Lo cual no es una excepción, sino una confirmación del criterio establecido: la identidad del valor anula la posibilidad de elegir por razón de éste en el caso límite.

Este criterio parece lleno de sentido. A extrañas nociones metafísicas, a pretendidas razones filosóficas, ajenas por su significación propia a las necesidades del tráfico jurídico, el Código civil ha sustituido un criterio práctico de sentido patrimonial, adecuado a la naturaleza de las relaciones que regula. El Código civil hizo con ello una pequeña —que resultó ser una fecunda y grande— innovación.

Pero el hecho de que el Código civil considere como lo sustantivo al valor de la cosa, ¿es lícito derivar un concepto general? Ciertamente lo es si la regla en cuestión no refleja un *ius singulare*, sino que patentiza un criterio general.

El Derecho tiene sus conceptos propios. Pero además el Derecho maneja una serie de conceptos que conciernen a los objetos o a las relaciones del mundo exterior y que al entrar en su campo reciben una impronta jurídica, aunque conservando la huella de su significación prejurídica. Esos conceptos los toma el Derecho del lenguaje en uso. No se trata de que el Derecho desconfíe de la ciencia. Es que el Derecho, disciplina social, opera con las nociones sociales, esto es, incorporadas al acervo común, y estas nociones sociales no refle-

jan nunca la última palabra de la ciencia, sino, si se quiere, el viejo error consagrado por los tiempos.

Así, la noción de *sustancia* del Derecho no será la que tenga el metafísico, sino la que tenga la sociedad, el hombre cualquiera como miembro de ella. Y, por lo pronto, en nuestra ciencia y en la creencia vulgar, más que la idea de permanencia, vive la noción de que la sustancia es lo valioso de la cosa.

Entre las significaciones de la palabra *sustancia* que recoge el Diccionario de la Real Academia, la noción de que la sustancia es «lo que subsiste por sí», aparece recogida como una noción filosófica, esto es, de una terminología especial. Por delante de ella, como significaciones de curso general en el lenguaje ordinario aparecen dos que nos interesa subrayar: una, equipara sustancia a «hacienda, caudal, bienes»; otra, define la sustancia como «valor y estimación que tienen las cosas». Este es el sentido de la palabra *sustancia* en nuestro idioma.

La sustancia de la cosa es lo que importa en ella. Pero el Derecho toma en consideración las cosas por su valor: por lo que valen para los miembros de la comunidad jurídica. Eso es lo que significa el artículo 333 del Código civil: todas las cosas que son o que pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles. Que una cosa sea un bien significa que encierra un valor. Pero para el derecho de las cosas tienen que estar en una relación de cercanía con el hombre que hacen que puedan ser para él un bien.

Basta no perder de vista estas nociones tan elementales, para comprender que la sustancia sólo puede estar en el valor de la cosa. Hoy se considera *cosa* todo objeto al que socialmente se reconozca idóneo para satisfacer fines humanos; por tanto, con un valor socialmente apreciable. Es, así, la noción misma de *cosa* la que para el jurista aparece asociada a la noción de *valor*. La doctrina jurídica actual tiende a acentuar el carácter económico del valor que ha de tener la cosa. La cosa ha de ser un *bien* en sentido económico. Y se asocia y confunde la noción de valor económico con la de valor en dinero. El valor en dinero es la cuantificación en unidades de precio de lo que vale una cosa, o de lo que han significado unos daños o de lo que importa un enriquecimiento injusto.

A la vista de lo dicho hasta ahora, no podemos por menos que preguntarnos cómo es posible que los juristas romanos se dejasen llevar por estas construcciones, cuando lo característico en ellos era siempre su visión directa de la realidad del Derecho. Sokolowski (60) lo explica diciendo que: «La solución de un problema jurídico depende a menudo de la respuesta que se dé a cuestiones no jurídicas, y en

(60) SOKOŁOWSKI: *Z. der S. S. rom.* Abt. XVIII, pp. 252 y ss. (citado por Perozzi).

este caso parece indicado acudir a las fuentes de conocimiento humano que resuelven estas cuestiones.»

La respuesta es que esas doctrinas filosóficas no iban a dar ninguna que fuese válida para explicar el nacimiento o extinción de una cosa en sentido jurídico, esto es, para fundamentar la regulación de las relaciones sociales que al Derecho importarían en ese respecto.

El influjo de las filosofías aristotélica y estoica en proculeyanos y sabinianos existe sin duda, aunque se ha exagerado notablemente su importancia. Hubo entre ellas en su origen rivalidad política. Los sabinianos eran más tradicionales: Capito, el fundador de los sabinianos, era un tradicionalista en materias de Derecho, y un sumiso adepto del régimen imperial. En cambio, Labeo era un innovador en el Derecho, y en el orden político un defensor de la antigua *libertas*. La adopción de principios filosóficos diversos por una y otra secta fue una manifestación más de la polarización política entre dos fuerzas rivales. Fue un arma más y un nuevo aliado en la polémica. Nada profundo para el Derecho.

Por eso, y es lo mejor del caso, cuando se trata de resolver conflictos reales, el jurista romano olvida los principios filosóficos y hace surgir un criterio que no es el de la materia ni el de la forma, sino el del valor.

Así, Paulo nos informa que Labeón y Sabino estiman que si se devuelve un vestido cortado en un trozo u otra cosa deshecha, como una tabla con la pintura raspada, puede decirse que falta la cosa, pues el precio de la cosa no está en la sustancia, sino en el arte (D.50, 16, 14).

¿Cómo determinar este valor de la cosa? El valor de las cosas está en constante fluctuación. Por otra parte, la idea filosófica tradicional de *sustancia* está hoy muy en crisis en la filosofía, que tiende a negar que nada sea inmutable. Pero aquí también el Derecho tiene su relativa independencia y podemos seguir hablando en él de *sustancia*, aunque la filosofía no tenga sitio para ella, podemos decir que la sustancia de la cosa es su valor, aun cuando no el valor que en cada momento se pueda realizar y que depende de múltiples factores externos, sino el que corresponde a la cosa según la creencia social vigente y según la relación de uso socialmente consagrada de la cosa. El valor «propio» de la cosa sería su sustancia. Y «propio» significa no *en sí*, sino valor en la relación social de uso. La vieja distinción entre valor social en uso y valor social en cambio ha sido reducida por los economistas a la unidad al no admitir más valor que el valor en cambio. Pero conviene guardar la noción de valor en uso para contribuir a entender la sustancia en sentido jurídico. Por tanto, la sustancia es la misma siempre que conserve su valor: valor que encierra la conservación tanto de su potencial permanente como de

su rendimiento normal; una merma de la productividad normal de la cosa es un ataque a la sustancia. Lo es también un aumento a costa de su potencial futuro.

La idea de forma en el Código civil

Podemos considerar que la forma es el destino económico propio de las cosas, esto es, el destino socialmente reconocido y estimado.

Este destino puede variar con independencia del valor, y el valor con independencia de él, pero al igual que el valor, es un elemento que el derecho ha de proteger, porque sobre él puede existir un interés legítimo. La transformación de un jardín en huerto, la transformación de una tierra calma en una plantación de olivos, puede no constituir menoscabo de la sustancia, la que seguramente resulta enriquecida con la plantación, pero es una alteración de la forma, del destino económico que la cosa tiene (61). En una palabra, no se puede alterar el destino económico que define la cosa, aunque esa alteración pudiese mejorarla sustancialmente, esto es, en su valor.

En el elemento objetivo de la especificación se barajan dos conceptos: el de materia o sustancia y el de forma o especie, que han venido implicados en los problemas de nuestro instituto desde el Derecho romano, en el que cada una de las escuelas de sabinianos y proculeyanos se inspiraron en las doctrinas filosóficas estoicas y peripatéticas y llega hasta nuestro Código civil, cuyo artículo 383 habla de «*materia ajena*» y de «*nueva especie*».

Ahora bien, ¿qué se ha de entender por esos términos? Ante todo hay que partir de la base de que esos vocablos pueden tener un significado filosófico y otro jurídico, que formado a partir de aquél no lo reproduzca exactamente, sino que lo adecúe a las necesidades de la vida a las que el Derecho está llamado a servir.

Veamos ahora el primero. La sustancia, como dice Balmes (61 bis), es un ser permanente en que se verifican las mudanzas que se nos ofrecen en los fenómenos sensibles. La palabra *sub-stancia*, indica algo que está bajo, *sub-stat*, que es el sujeto sobre el cual están otras cosas; así como su correlativa, accidente o modificación, expresa algo que sobreviene al sujeto, *accidit*; algo que le modifica, que está en él como una manera de ser, *modus*. Por sustancia entendemos también algo constante en medio de las variaciones; algo que, si bien

(61) Una finca rústica esquilada, es decir, explotada excesivamente, de manera que la tierra mengüe su fertilidad, o una cosa en la que no se hacen las reparaciones ordinarias, no cambian por ello su destino económico. No se altera su forma, pero merma su valor, merma la sustancia.

(61 bis) BALMES: *Filosofía fundamental*, 11.ª ed., Barcelona, s. f., t. IV, p. 77.

es sucesivamente de varias maneras, según la diversidad de modificaciones que lo afectan, se conserva constante e idéntico, bajo las diferencias transformaciones.

Esa idea de que en cada cosa hay algo que realmente la constituye —dice A. García Valdecasas (62)—, algo que siempre es la cosa, algo que permanece bajo todas las variaciones que la cosa pueda sufrir, y que subsiste a *sub* está, inmutable bajo la movediza alteración que en todas las cosas presenciamos. El supuesto de todo ello es que la sustancia de cada cosa es *una*, que mientras subsiste hace subsistir la cosa. Si la sustancia cambia o desaparece.

El Código civil no habla en el artículo 383 de sustancia, sino de materia; pero, en cambio, en los artículos 467, 487 y 489 utiliza repetidamente los conceptos de sustancia y forma, presentándolos como límites a las facultades de uso y disfrute que corresponden al usufructuario, el cual —como dice el artículo 467— tiene «derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su *forma y sustancia*».

La importancia que tanto en el usufructo como en la especificación tienen los conceptos de sustancia-materia y forma-especie ha suscitado, como es sabido, en nuestra doctrina dos valiosos trabajos de A. García Valdecasas y de F. de Villavicencio en los que con gran profundidad y sólida fundamentación bibliográfica precisan el sentido que cada uno de ellos tiene en el Código civil, llegando a conclusiones no del todo iguales. Para García Valdecasas la sustancia de la cosa es su valor (tanto en su potencial permanente como en su rendimiento normal), mientras que, según Villavicencio (63), la obligación del usufructuario de conservar la sustancia equivale a la prohibición de destruirla o consumirla parcial o totalmente.

Y ¿qué es la forma o especie? Ante todo hay que advertir que la palabra especie se toma en un sentido no coincidente en su totalidad con el que ahora nos ocupa, cuando en sede de Derecho de obligaciones (y también en la clasificación de las cosas) se habla de cosas específicamente o individualmente determinadas y de obligaciones específicas de dar y de cosas genéricamente determinadas y de obligaciones genéricas, según que se trate de cosas individualmente determinadas con caracteres y notas que las distinguen de los demás individuos pertenecientes al mismo género, o bien, en forma más o menos precisa y amplia, estén determinadas en base a ciertas notas o circunstancias peculiares comunes a un grupo más o menos amplio de cosas.

(62) GARCÍA VALDECASAS: *La idea de sustancia en el Código civil*, «R.D.P.», 1951, p. 882.

(63) VILLAVICENCIO: *Salva rerum substantia, en el usufructo propio*, «R.D.P.», 1951, p. 78.

Debiéndose advertir que en la actualidad la doctrina civilista y el mismo Código no plantean esta antítesis romana entre «species» y «genus», sino que involucrando estos conceptos hablan de cosas individualmente determinadas y cosas determinadas por la especie o el género. Esta antítesis juega solamente en materia de obligaciones, siendo extraña al campo de los derechos reales, pues es evidente que el derecho real, como poder directo e inmediato sobre una cosa, no es susceptible de recaer sobre un «genus», sino que precisa una cosa cierta sobre la que pueda ejercitarse.

En Derechos reales los términos forma-especie vuelven a plantearse en sede de usufructo y de especificación como antitéticos de sustancia y materia. En materia de usufructo García Valdecasas entiende que forma equivale al destino económico de la cosa, mientras que Villavicencio la relaciona con el poder o facultad que el artículo 457 concede al usufructuario de hacer mejoras. En tema de especificación, la palabra, o mejor, la expresión «nueva obra de especie», que emplea el artículo 383, según la atinada observación de Duranton (64) hubiera sido más exacta si se sustituyese «formada una especie nueva», tomando la palabra «especie» en su ordinario sentido jurídico de cosa individual, diversa por el nombre, forma principal y esencial, cualidad y destino de aquélla que existía antes de la especificación. Mientras que la dicción «formar una cosa de nueva especie» (a la que corresponde la de nuestro Código civil «obra de nueva especie») induciría a pensar que se exigiera la creación de un objeto de especie precedentemente ignorada, y que no tuviera semejante.

Ahora bien, de todos esos elementos que constituyen el cambio de forma (nombre, forma, cualidad, destino, etc.), ¿cuál o cuáles de ellos son necesarios que concurren en la transformación de la materia para que haya especificación? Estimamos muy acertadas al respecto las siguientes palabras de De Martino (65): «La *species* o *nova res* ha suscitado infinitas hipótesis y sutiles disquisiciones. Para algunos, *species* es la forma o semblanza de la cosa, no independiente de la materia, sino dependiente de ella, como su composición físico-química, su forma, etc. Para otros es el objeto de comercio en sentido concreto o abstractamente entendida la cualidad económica del objeto. Para otros indica la individualidad de la cosa. Manejando la distinción entre *species* en concreto y en abstracto, pero sólo en cuanto responde a la idea de una determinada cosa; en el segundo la correspondencia de la cosa a una idea. En realidad, en cada una de estas doctrinas hay una parte de verdad y son, en definitiva, conciliables entre sí.»

(64) DURANTON, citado por Bianchi, *op. cit.*, p. 645.

(65) DE MARTINO: *Della proprietà*, «Lib. III del Comentario al Código civil», dirigido por Scialoja y Branca, p. 402.

Cuál es la influencia que cada uno de esos factores indicadores del cambio y transformación de la materia especificada tiene para determinar que ha habido especificación, es una cosa que no puede resolverse con carácter general y predeterminado. En primer lugar, como observa Wolff (66): «Hay que examinar la terminología; el producto del trabajo, presentado con un nombre nuevo, se considera casi siempre como nuevo.» Diremos que hay excepciones, por ejemplo, la fabricación de papel nuevo utilizando papel usado o viejo, en la cual hay especificación, pese a que tantos antes como después de ella, la materia y la obra reciben el mismo nombre (papel), o la fabricación de algodón hidrófilo o de tabaco de picadura, elaborando, respectivamente, la florescencia del capullo de la planta de algodón o las hojas de la planta de tabaco, que reciben el mismo nombre que el respectivo producto (algodón o tabaco).

Sigue indicando Wolf (67): «No será siempre una alteración de forma, lo que se considera importante; así se producen, mediante compuestos químicos de líquidos, cosas nuevas, sin alteración de forma.» Podemos añadir qué ocurrirá cuando la forma nueva no sea sustancial, sino accidental y transitoria. Pongamos un ejemplo: el comprador de una fábrica de hielo no advierte que el contador del suministro de agua industrial que surte la fábrica permanece a nombre del anterior propietario, a quien la empresa suministradora del agua le factura y cobra ésta. ¿Adquirirá por especificación las barras o bloques de hielo, pese a que éste es una forma accidental de la materia agua? La solución puede tener importancia, porque si es afirmativa sólo tendrá que abonar al dueño del agua el valor de ésta, mientras que de lo contrario tendría que entregarle el precio de las barras. Creemos que en este caso hay especificación. No lo sería, en cambio, el transformar agua líquida en vapor de agua calentándola (vgr.: para su utilización en una máquina de vapor).

Otro dato a tener en cuenta es la utilidad del producto, que se pueda emplear en actividades o usos distintos al de la materia.

Finalmente son muy acertadas las palabras de Perozzi (68): «No hay especificación en un trabajo designado, no ya a destruir una cosa para obtener de ella un producto, sino para gozar una cosa, destruyéndola, aunque así se obtenga un producto de ella. De esta suerte, vgr., no especifica el que quema leña para calentarse, aunque con ello obtenga carbón, y, al revés, especifica el que la quema para producir carbón. Porque no hay producción, no especifica el que tiñe un vestido o el que cuece un pollo; se tiene siempre el mismo vestido (teñido) y el mismo pollo (cocido).»

(66) WOLFF: *En Enneccerus, op. cit.*, p. 423.

(67) *op. cit.*, p. 422.

(68) PEROZZI: *Insituz di Diritto romano*, I, Torino, 1939, p. 432.

2. El concepto legal de la especificación

Dispone el artículo 383 de nuestro Código civil que «el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta.

Si ésta es más preciosa de la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá a su elección quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la cosa, o pedir indemnización de la materia.

Si en la formación de la especie intervino mala fe, el dueño de la materia tiene derecho a quedarse con la obra sin pagar nada al autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido».

No da nuestro Código civil una definición de la especificación, pero este concepto puede deducirse del transcrito precepto legal de manera que podemos decir que es la especificación el modo de adquirir la propiedad de una cosa mueble utilizando una materia prima y a veces la aleación de otros materiales al menos mediante un trabajo de transformación de esa materia en un objeto que social y económicamente es distinto y que tiene un nombre y una consideración diferente al de la materia empleada (69).

Concepto de la especificación

Se han dado multitud de definiciones de la especificación por parte de la doctrina, todas las cuales suelen poner de relieve los tres elementos o requisitos de la especificación: la transformación de una materia en una *res nova* como consecuencia del trabajo del especificador, la ajeneidad de la materia especificada, y la falta de un acuerdo entre el propietario de la materia y el especificador respecto a la transformación de aquélla.

La relación de definiciones sería interminable, por lo que presentaré algunas de ellas.

De Martino (70) dice que «la especificación es un modo de adquisición de la propiedad consistente en la transformación de una mate-

(69) El término especificación procede del latín, de la expresión *Species facio*, que significa transformar una cosa en otra que aún estando hecha con la misma materia en el contexto comercial tiene una denominación distinta.

Supuso para el Derecho romano la doctrina de la especificación un anticipo de las nociones de propiedad intelectual e industrial.

(70) DE MARTINO: en el *Comentario del Codice civile*, a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, III, p. 401.

ria en un objeto con individualidad propia económico-social, o, como generalmente se dice, en un objeto considerado como tal en el comercio». Tiene esta definición el acierto de subrayar las circunstancias que ha de reunir la transformación de la materia para que haya especificación; pero omite la referencia a que la materia sea ajena y a que no haya acuerdo con su dueño.

Andre Tabet (71) señala que «el término especificación indica un fenómeno prejurídico de naturaleza más amplia a aquel que es disciplinado por el artículo 940 del Código civil italiano, ya que expresa cualquier transformación de una materia prima por obra del hombre, de forma que resulte de ella un objeto que tenga una esencia propia y distinta, esto es, una propia función económico social diversa a la que de la cosa transformada. Este concepto amplio es útil para los otros institutos en que la transformación de una cosa produce consecuencias jurídicas, aparte del contemplado en la especificación y que son la ineficacia del legado a que se refiere el artículo 869 del Código civil [«El legado quedará sin efecto: 1.º) Si el testador transforma la cosa legada, de modo que no conserve ni la forma ni la denominación que tenía] y el contrato de arrendamiento de obra (art. 1.588: «Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.»).

Colin y Capitant (72) afirman que «la especificación es la creación de una cosa nueva con materia perteneciente a otra persona». Esta definición tiene el defecto de que no dice la especificación es el modo de adquirir... y sin que medie el consentimiento del dueño de la materia.

Wolf (73) da el concepto naturalista de la especificación diciendo que «es la formación de una cosa nueva en virtud de elaborar o transformar una o varias materias (parágrafo 950)».

Scaevola (74) la define como «la formación de una nueva especie con materia ajena».

Manresa (75) entiende que la especificación resulta siempre que el trabajo del artífice se ejerce sobre materia de otro, ocurriendo que la materia, por el efecto del trabajo mismo, sufre una transformación».

(71) TABET, A.: *Nov. Dig. it.*, vol. XVII, Torino, 1970, p. 1088, voz: «specificazione».

(72) COLIN y CAPITANT: *Derecho civil*, t. II-2.º, ed. española, Madrid, 1923, núm. 285.

(73) WOLFF: en el *Tratado de Enneccerus*, Barcelona, 1951, p. 422.

(74) SCAEVOLA: *Código civil*, t. VI, Madrid, 1949, p. 676.

(75) MANRESA: *Comentarios al Código civil español*, t. III, Madrid, 1952, p. 396.

Muy completa es la definición de la Enciclopedia Espasa (voz: «especificación»): «Es la producción de un objeto nuevo con materia ajena, realizada por cuenta propia y sin permiso del dueño.»

3. Elementos personales de la especificación

La especificación supone una relación entre dos sujetos o, mejor, entre dos partes que pueden estar integradas por una o varias personas y que son el dueño de la materia especificada y el especificador. Tanto uno como otro pueden serlo ya las personas naturales, ya las jurídicas. Que sea persona jurídica el dueño de la materia es algo que se comprende sin dificultad; en cambio, no está tan claro que una persona de esa clase pueda ser especificador, ya que siendo la base y elemento imprescindible de la especificación el trabajo y careciendo de una entidad física y corporal esos entes, no se ve cómo va a ser posible que realicen la especificación. La dificultad se resuelve diciendo que para ser especificador no es preciso realizar personalmente el trabajo de transformación, sino que basta con que lo realice otro por cuenta, encargo y dirección del que emplea la materia ajena. De este modo, y por poner algunos ejemplos, una sociedad mercantil dedicada a la fabricación de zapatos puede, por error, fabricar una partida de ellos utilizando cuero que no le pertenece; otra sociedad puede hacer sus balances, folletos de propaganda o un libro blanco, azul o del color que sea, explicando la situación de nuestro mercado en general o en la rama en que actúa y que, por diversas circunstancias se impriman utilizando papel ajeno, etc.

En cuanto a la capacidad exigida a los sujetos de la especificación, por lo que se refiere al dueño de la materia carece de sentido plantear la cuestión, porque su conducta es pasiva, de abstención y, por lo general, hasta su ignorancia del hecho. Distinto sería si nos preguntáramos qué capacidad habrá de tener el dueño de la materia para poder autorizar su transformación por el especificador. Da la impresión que esto sale fuera del tema, pues si el propietario da su consentimiento al especificador no hay especificación por faltar uno de sus requisitos que es la falta de autorización del dueño de la materia. Con todo interesa precisar la capacidad exigida para la autorización por parte del dueño de la materia, ya que si aquella es hecha por una persona sin la suficiente capacidad, sería nula, y por tanto, pese a la autorización del dueño de la cosa, habría lugar a la aplicación del artículo 383, siendo la tal autorización sólo un indicio del que se pueda deducir que el especificador en este caso ha procedido de buena fe. Parece que la autorización por el propietario de la materia para que otra persona la transforme con su trabajo y se quede con la nueva cosa, tanto si se hace con corresponsivo como si es a título gratuito, es un acto de disposición, requiriéndose la capacidad

de disponer y el poder de disposición, en la medida correspondiente al respectivo negocio (venta, donación, etc.).

Pasemos ahora a examinar la capacidad requerida en el especificador. Como en la especificación no se adquiere por negocio jurídico, sino por una actividad material y la ocupación, no hace falta que el especificador tenga la capacidad negocial y, al igual que ocurre con la adquisición de la posesión, basta con la simple capacidad de querer que se alcanza cuando el menor tiene el uso de razón. Sin embargo, como para la especificación, además de la ocupación, hace falta el trabajo, parece que éste no podrá ser realizado por sujetos de tan corta edad. Unos ejemplos disiparán la duda: un muchacho entra en un cañaveral ajeno y corta una caña a la que, practicándole las oportunas incisiones y agujeros, convierte en flauta; un joven hurta unas nueces y corta con una navaja la cáscara y añadiéndole un palo sujeto con unos hilos hace un juguete infantil; un aprendiz va sustrayendo a su principal cantidades, que incluso pueden ser importantes, de materiales, con los cuales en su casa fabrica objetos de artesanía iguales o parecidos a los que hace dirigido por el maestro, etc.

Y ¿qué ocurre cuando hay pluralidad de sujetos en cada una de las partes que intervienen en la especificación? Si hay varios propietarios de la materia, es decir, en caso de copropiedad, la especificación en principio no presenta otra especialidad que aquellos tendrán que repartirse las procedentes indemnizaciones en proporción a sus cuotas. No obstante, surgen dos cuestiones especiales. La primera es cómo se ejercitará en este caso el derecho de elección, que al propietario de la materia confiere el párrafo 2.º del artículo 383, entre quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia. Si unos o alguno de los propietarios optan en un sentido y los demás en el otro, ¿qué ocurrirá? Una solución es aplicar por analogía el artículo 1.522 («El copropietario de una cosa común podrá usar del retracto en el caso de enajenación a un extraño la parte de todos los demás condueños o de algunos de ellos. Cuando dos o más copropietarios quieran usar del retracto, sólo podrán hacerlo a prorrata de la porción que tengan en la cosa común»), por lo que si unos copropietarios deciden quedarse con la cosa especificada y otros con la indemnización, los primeros harán suya la totalidad de aquélla, abonando a los segundos la parte que les correspondería en la indemnización. La otra solución es entender que como la especificación es un premio y acicate al trabajo y a la producción, si no hay acuerdo entre los copropietarios, podría concedérsele la propiedad de la *res nova* al especificador, indemnizando la materia; pero esto es algo más que dudoso, ya que en esta hipótesis el trabajo vale menos que la materia empleada o porque fue deficiente o porque ser aquélla muy preciosa. Estos razonamientos son

también aplicables *mutatis mutandis* al derecho de elección análogo que el párrafo 3.º del artículo 383 concede al propietario de la materia, cuando el especificador ha procedido de mala fe.

La segunda cuestión es qué efectos tendrá sobre la especificación el consentimiento o autorización otorgados por uno o algunos de los copropietarios o autorización otorgados por uno o algunos de los copropietarios de la materia para que el especificador la transforme por su cuenta y adquiera la propiedad de la *res nova* acompañado de la negativa, oposición o ignorancia de los otros. Parece que aquí es también posible la solución mediante la aplicación analógica de otro artículo del Código, dictado, esta vez, para las servidumbres voluntarias. Es el artículo 597, que dice así: «Para imponer una servidumbre sobre un fundo indiviso se necesita el consentimiento de todos los copropietarios. La concesión hecha solamente por algunos quedará en suspenso hasta que la otorgue el último de todos los partícipes o comuneros. Pero la concesión hecha por uno de los copropietarios separadamente de los otros obliga al concedente y a sus sucesores, aunque lo sean a título particular, a no impedir el ejercicio del derecho concedido.» Por consiguiente, en el supuesto indicado habrá especificación, pero los copropietarios que autorizaron la transformación de la materia no podrán, en su caso, ejercitar el derecho a quedarse con la nueva obra y, en cuanto a las indemnizaciones, tendrán que acomodarse a lo convenido con el especificador.

Veamos ahora la pluralidad de sujetos en la parte especificadora, es decir, que la especificación se haya hecho por varias personas. Si una o algunas de ellas han tenido papel principal y las otras sólo son colaboradores o auxiliares (así, el ejemplo de la estatua hecha en mármol o piedra ajenos por uno o más escultores, auxiliados por desbastadores), la primera o primeras adquieren la propiedad exclusiva o la copropiedad por cuotas proporcionales a su trabajo en la cosa especificada sin perjuicio de las relaciones que tengan con los auxiliares que se ajustarán a lo convenido entre ellos.

Por último, y para terminar la consideración de los elementos personales, me referiré a la situación que se plantea cuando el especificador es el usufructuario de la materia. Si éste, infringiendo su deber de *salva rerum substantia* especifica la cosa usufructuada, su situación por lo más desfavorable, habrá de ser igual a la de un extraño, teniendo, al menos, los mismos derechos que le corresponderían a éste, pues no hay razón para empeorar su situación. Lo mismo que el usufructuario «respecto de los tesoros que se hallaren en la finca será considerado como extraño» (art. 471 del Código civil) o, como dice el artículo 478: «La calidad de usufructuario no priva al que la tiene del derecho que a todos concede la Ley de Minas para denunciar y obtener la concesión de las que existan en los predios usufructuados, en la forma y condiciones que la misma ley establece», en

el caso de especificación realizada por el usufructuario tendrá los derechos que el Código concede a los extraños para tal supuesto. Pero, además, si el usufructuario, como consecuencia de la especificación tiene que indemnizar al nudo propietario el valor de la materia (art. 383, prop. 1.^a) esta indemnización no tendrá que abonarla hasta la fecha en que se extinguiría el usufructo; lo cual es aplicable también a la hipótesis de que el usufructuario especificador haya procedido de mala fe (art. 383, prop. 3.^a) en cuanto al valor de la materia, no así en lo que respecta a la indemnización de los perjuicios sufridos por el nudo propietario, que deberá resarcírseles de inmediato.

Añadir que puede existir buena fe en la especificación efectuada por el usufructuario, debido a error de hecho (por ejemplo, cree que la cosa usufructuada le pertenece por confundirla con otra igual o parecida sobre la que tiene la propiedad), o de derecho (es heredero aparente del nudo propietario y en tal concepto transforma la cosa; o el usufructuario es heredero del depositario de la cosa y la cree propiedad de él, transformándola). También puede haber mala fe en la especificación por parte de ambos (nudo propietario y usufructuario), compensándose la mala fe y rigiéndose por las normas pertinentes a cuando hay buena fe en las dos partes.

En el usufructo de cosas consumibles (usufructo impropio o cuasi usufructo) no es posible la especificación de la cosa por parte del usufructuario, ya que éste adquiere la propiedad de ellas con la obligación de devolver su valor en dinero u otras tantas del mismo género y calidad al extinguirse el usufructo.

Lo dicho para la especificación hecha por el usufructuario de la materia puede aplicarse *mutatis mutandis*, a la especificación realizada por el acreedor pignoraticio, según el artículo 1.859 del Código civil: «El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda, ni disponer de ellas.»

Establece el párrafo 1.º del artículo 383 que «el que de buena fe empleó materia ajena en todo o en parte para formar una obra de nueva especie, hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta. Nuestro Código civil acogió fundamentalmente la tesis proculeyana (76), cosa que desde un punto de vista

(76) Acogiendo como excepción la tesis sabiniana en los párrafos 2.º y 3.º de este artículo, en el primer caso por una razón de pura lógica, ya que el mantener la tesis contraria implicaría un enriquecimiento sin causa del especificante y en el párrafo 3.º se acoge esta tesis como sanción a la mala fe o conducta dolosa del especificante. Pero no obstante, en el párrafo 2.º del repetido artículo 313 del Código civil, podría mantenerse la tesis de que en realidad no se acoge como excepción la tesis sabiniana, sino que en la hipótesis regulada en este segundo párrafo no existe verdadera especificación si entendemos por especificar el hecho de transformar la materia en una obra de superior valor, ya que la especificación como modo de adquisición del dominio se basa en el trabajo valioso y socialmente útil.

práctico supone una cierta ventaja, en relación a la tesis que atribuye preferentemente la propiedad de la cosa especificada al dueño de la materia, ya que, por regla general, la adquisición de la propiedad por especificación es más importante para los acreedores del especificante que para el especificante mismo. Así, si un escultor realiza una estatua para mi casa, ¿cómo podría defenderme de la reivindicación si se atribuye la propiedad de la cosa especificada al dueño de la materia?, de lo dicho podemos deducir que la atribución de la nueva especie al dueño de los materiales tiene más importancia para los acreedores del especificante que para este mismo.

En cuanto a la prueba del mayor valor de la materia o de la mano de obra, del párrafo II del artículo 383, se deduce que es el dueño de los materiales el que corre con esta carga, ya que, como tantas veces hemos repetido, nuestro Código civil considera cosa principal a la mano de obra y accesoria a la materia prima empleada y, desde luego, en la práctica lo normal es que el trabajo o la industria valgan más que la materia (77).

No hay que olvidar toda la problemática que plantea el valor subjetivo de la mano de obra, y menos todavía el momento en que debe hacerse la valoración tanto de la materia empleada como de la mano de obra, susceptible de variación en cortos plazos de tiempo. A este respecto nada dispone el Código civil, no dice nada más que el especificante de buena fe... «hará suya la obra, indemnizando el valor de la materia al dueño de ésta». No obstante, y por analogía con lo dispuesto en el Código civil italiano en su artículo 396, podría limitarse al plazo de seis meses, o bien seguir el modelo francés que desacertadamente dispone que esta valoración deberá hacerse en el momento del reembolso (78).

Pero además, y fuera de los casos en que se produzca un gran desequilibrio entre el valor de la materia y de la mano de obra, parece deducirse que el especificador adquirirá la propiedad de la cosa,

(77) En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1973 (Aranzadi núm. de repertorio 5295), redundando en apoyo de la tesis proculleyana al disponer que «en los objetos descritos en tan repetida partida 471 del arancel de aduanas, lo que destaca en ello sobre la materia empleada es la forma de los mismos, como ocurre con los cubiertos, e incluso el trabajo artístico empleado «orfebrería y demás objetos labrados». *Trabajo que muchas veces rebasa el valor intrínseco del material empleado*, circunstancia prevista por el propio legislador (art. 383 del Código civil) con la consiguiente repercusión en la forma de entender la regla «accessium sequitur principales».

(78) Dispone el artículo 396 del Código civil italiano que la reivindicación no se admitirá transcurridos seis meses desde el día en que el *proprietario* tuvo noticia de la incorporación.

Ello, no obstante, la problemática que podría plantear esta limitación de plazo, ya que tanto la materia como la mano de obra son susceptibles de variación en un corto período de tiempo.

cualquiera que sea su contribución de trabajo por el solo hecho de haberla transformado; además, este caso aparece recogido en el artículo 383 como una excepción.

Dice el párrafo 2.º del artículo 383 que «Si ésta (la materia) es más preciosa que la obra en que se empleó o superior en valor, el dueño de ella podrá, a su elección, quedarse con la nueva especie, previa indemnización del valor de la obra, o pedir indemnización de la materia». Como dice Alonso Pérez (79), «nuestro Código civil, influido básicamente por la doctrina proculeyana, hace al especificante propietario de la obra realizada por el hecho de la transformación valiosa y siempre que haya procedido de buena fe. Y congruente con esta doctrina, sigue realizada por el hecho de la transformación valiosa y siempre que haya procedido de buena fe. Y congruente con esta doctrina, sigue considerando que el especificante, por defectuosa que sea su obra, es el dueño de la misma hasta tanto el propietario de la materia le indemnice el valor de la nueva especie. Hay, por tanto, una constante preferencia en favor del especificante, a quien se pretende hacer propietario de la *res nova* o, si pierde el dominio de la misma, siempre con la garantía del valor de la obra previamente satisfecho».

Pero podemos preguntarnos, ¿es acertada y justa esta disposición? Desde luego, no cabe duda de su carácter avanzado y progresivo, pues protege al trabajador o especificador con una fuerza igual o mayor a la que vemos que el moderno Derecho del Trabajo dispensa al obrero, lo cual es tanto más que destacar si tenemos en cuenta que al tiempo de redactarse el Código civil no había aparecido todavía la justicia social, sino que imperaba el individualismo, por lo que la protección de los trabajadores en la sede propia de la materia (contra de arrendamiento de servicios, arts. 1.583 y ss.) brillaba por su ausencia. Sin embargo, ¿no será excesiva la tutela al especificador cuyo trabajo no ha aumentado en nada el valor de la materia, e incluso la ha desmerecido? Creemos que sí. Es admisible y hasta acertado que siempre que el trabajo desplegado en la especificación, aunque no sea valioso, es decir, superior al valor de la materia, sea socialmente útil, es decir, haya incrementado su precio o mérito, aunque sólo sea en una parte mínima tenga como recompensa la atribución de la propiedad al especificador sin perjuicio de la indemnización del valor de la materia. Pero cuando la actividad del especificador no ha tenido un resultado económico positivo, sino que incluso ha hecho desmerecer a la materia haciéndola menos preciosa o de menos valor, ¿cómo va a tener que indemnizar el dueño de la materia un trabajo que él no ha encargado y cuyo resultado ha sido desmerecer y reducir el valor de su materia? ¿No hay aquí más bien que una especificación, una damnificación de la que debería indemnizar el pre-

(79) ALONSO PÉREZ: *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, t. V, vol. I, Madrid, 1980, pp. 336-337.

tendido especificador al dueño de la materia? Así lo entiende, entre nosotros, Otero Valentín (80): «...Si la obra ejecutada —dice— no resultare artística, o expresara una torpeza manifiesta, entonces faltaría el motivo de respetarse los resultados del trabajo, y su autor respondería del valor de la materia y de la indemnización de perjuicios.» Y conste que, con razón, nuestro artículo 383 no exige que el trabajo empleado sea superior en valor a la materia utilizada, sino que aquél, aun siendo menos valioso que ésta, la haya aumentado, aunque sólo sea mínimamente en valor, o por lo menos, que no la haya hecho desmerecer. A ello no se opone, ni es una excepción, el párrafo 2.º del artículo 377 («En la pintura y escultura, en los escritos, impresos, grabados y litografías, se considera accesoria la tabla, el metal, la piedra, el lienzo, el papel o el pergamino») a tenor del cual, en todos esos ejemplos de especificación, se da por supuesto no sólo que el especificador ha hecho un trabajo útil, sino que incluso es de mayor valor que la materia empleada. ¿Será esto cierto en la realidad? Hay que entender en principio que sí. Ya que como enseñaron los romanos y recuerda Otero Valentín (*loc. cit.*) se consideró como especificación la pintura de un cuadro, pero no la operación vulgar de hacer aplicación de los colores sobre una superficie; así como la acción de escribir sobre pergaminos de otro, si esto no se refiere a una producción original. Estamos de acuerdo en que una pintura, aunque no sea muy perfecta, sobrepasa en valor al de los materiales empleados, y que una escritura de una obra literaria artística o científica es de valor incomparablemente mayor que el del papel en que aquélla se escribió. A veces, sin embargo, puede que no ocurra así. Cabe pensar en una novela, carente de todo valor literario, por lo que se niegan a adquirirla los editores, es decir, sin valor patrimonial alguno, que, por tanto, sería inferior en valor al de los cientos o miles de holandesas en que se escribió. Se debe considerar por otra parte si en la escritura, además del valor en cambio, se debe tener en cuenta el precio de afección. Lo mismo que, al exponer al objeto del derecho de propiedad, los autores observan no ser preciso que la cosa tenga un valor en cambio, sino que es suficiente un valor afectivo —vgr. una carta misiva de un pariente querido— en algunos tipos de especificación como el que nos ocupa, puede sostenerse que, para apreciar el valor de la cosa especificada, además del valor en cambio, hay que añadir el valor afectivo o precio de afección que tenga para el especificador. Una carta misiva, puede tener valor científico —pensamos en la correspondencia sobre temas hipotecarios mantenida entre Bienvenido Oliver y Jerónimo González, a la que alude éste en sus «Estudios de Derecho Hipotecario» (o histórico-biográfico), correspondencia de los hombres ilustres— y entonces pueden alcanzar

(80) OTERO VALENTÍN: *El trabajo, modo de adquirir la propiedad*, en «R.D.P.», noviembre 1919, p. 325.

un considerable valor en cambio; pero por lo general, sólo tiene valor afectivo —cartas entre prometidos, familiares o amigos—. También en estos últimos casos hay especificación, y el que hizo el escrito o su destinatario adquieren la propiedad del papel o pergamino utilizado. La cuestión de la especificación mediante la escritura se planteaba en Roma en unos términos prácticos distintos a los actuales, el valor de las tablillas enceradas y no digamos de los pergaminos era superior al del papel de hoy. Por otra parte, tanto unas como los otros se prestaban a borrar o raspar la escritura y volver a ser utilizados como si fueran nuevos, cosa que no sucede hoy con el papel. Cuando haya especificación de este en nuestros días, lo lógico es que el dueño del papel le interese que le den su valor o el *tantumdem eiusdem generis et qualitatis* y si pretende otra cosa es que trata de lucrarse a expensas del escritor, lo cual le impide, con acierto, los artículos 377-2.º, 383 y 7-2.º del Código civil.

Finalmente hay que plantear si el párrafo 2.º del artículo 383 presenta como alternativas que la cosa especificada sea de menos valor que la materia o que, aun siendo de igual o mayor, sea menos preciosa que ésta. Según el comentarista Scaevola («Código civil comentado», t. VI, Madrid, 1949, p. 679), «la calidad de menos preciosa que tenga la obra significa, no sólo la de que su mérito artístico sea inferior al de la materia, sino de la de que ésta represente un valor superior a la primera. Subrayaremos igualmente que el párrafo 2.º del artículo 383, no exige que el valor del trabajo sea superior al de la materia (como parecen dar a entender los Anotadores de Enneccerus —notas a Wolf, Barcelona, 1951, p. 426— cuando afirman «que la adquisición *ipso iure* por el especificante presupone el mayor valor del trabajo»), sino que le haya aportado un incremento por mínimo que sea y, apurando todavía más, que la haya transformado sin hacerla desmerecer.

En cuanto al momento en que se produce la adquisición de la propiedad de la nueva especie, es éste el de la transformación y no el del pago de la indemnización por el valor de los materiales empleados o de la mano de obra. Esta indemnización no supone más que un derecho de crédito a favor de aquel que de algún modo se hubiese injustamente enriquecido; no obstante, las expresiones del Código «quedarse con la nueva especie previa indemnización...» o «hará suya la obra», podría dar pie para que pudiera construirse con interpretación tal vez justificable, como un modo originario de adquirir el dominio ligado a un hecho y no al cumplimiento de una obligación.

El párrafo III del artículo 383 del Código civil se separa del criterio acogido en el Código civil italiano y en el BGB, acoge y exagera en base a un factor subjetivo —la conducta dolosa del especificante— la tesis sabiniana. Tal vez hubiese sido más lógico que esta conducta

subjetiva del especificante se tuviese sólo en cuenta a efectos de indemnización— por el valor de los materiales empleados y de los daños causados, como un además de la obligación de pagar el precio de la materia utilizada.

Por otra parte, la alternativa concedida por el párrafo III del artículo 383, el dueño de la materia tiene el derecho a quedarse con la obra sin pagar nada a su autor, o de exigir de éste que le indemnice el valor de la materia y los perjuicios que se le hayan seguido en el caso de que la nueva especie constituyese una obra de auténtico valor, abre una vía de enriquecimiento injusto, parece excesiva la sanción a la mala fe, hubiese sido más lógico reconducir las consecuencias de esta conducta subjetiva al ámbito de la indemnización, aunque sólo fuese por mantener una unidad de criterio con el resto del precepto y con la regulación establecida en los principales Códigos europeos (81).

Pero si el que procede de mala fe es el dueño de la materia —o lo que es lo mismo, la nueva especie se realiza a su vista, ciencia y paciencia— lógicamente debe perder ésta, es decir, podrá quedarse con ella el artifice sin que el dueño de los materiales especificados tenga derecho a ningún tipo de razón con el caso de que quien proceda de mala fe sea el especificante, sin necesidad de recurrir al argumento de la analogía con lo dispuesto en los artículos 364, 379 y 382. Si bien hay que añadir que por aplicación de las reglas generales la mala fe ha de interpretarse siempre con criterio restrictivo.

El párrafo II del artículo 383 del Código civil consagra su supuesto de obligación alternativa al otorgar al dueño de la materia —en el supuesto de que ésta sea más preciosa que la obra— la facultad de optar entre quedarse con la nueva especie o pedir indemnización de la materia, en esta hipótesis, y por tratarse de una *obligación alternativa legal* para el especificante, se aplicarán sus propias normas y solamente en su defecto las reglas generales por las que se rigen esas obligaciones. Por tanto, la elección en este supuesto —a tenor de las reglas generales— no deberá hacerla el deudor, ya que por ley se le confiere expresamente al acreedor, no siendo de aplicación en ningún caso, en cuanto a la doctrina de los riesgos, los párrafos 1.º y 3.º del artículo 1.136, ya que al recaer una de las alternativas sobre dinero, siempre cabrá entregar éste, ya que el género nunca perece. Lo mismo cabe decir con relación a lo dispuesto en el párrafo III del artículo 383.

¿Pero qué ocurriría antes de que el dueño haya hecho la elección?
¿A quién pertenece la nueva especie antes de que el propietario de

(81) Ello podría tener, tal vez, una justificación histórica, ya que desde el Derecho romano se ha venido atribuyendo al especificador de mala fe una condición furtiva.

los materiales empleados haya hecho uso de la facultad que le confiere el párrafo II del artículo 383? En este supuesto de que la materia sea más preciosa que la obra, el dueño no pierde la propiedad, así parece deducirse de la expresión «quedarse» (82), que emplea nuestro Código, lo que no tiene consecuencias prácticas al no perder en ningún momento su condición jurídica de dueño, si bien podría estar justificada esta excepción de la pérdida del dominio si se sigue la tesis de que en este supuesto de mayor valor de la materia no hay verdadera y propia especificación en cuanto que no se genera una cosa de mayor valor económico socialmente útil, etc., pues ya dijimos que el fundamento, desde un punto de vista teórico, de la adquisición del dominio por especificación se basa en el trabajo valioso y socialmente útil.

Es por ello por lo que hay que señalar lo desacertado de emplear esta expresión en el párrafo III de este artículo (especificación realizada de mala fe), ya que en esta hipótesis sí se produce una verdadera especificación, de manera que hubiese sido más propio hablar de hacer suya la obra.

El apartado 5.º del artículo 1.923 dispone que con relación a determinados bienes inmuebles y derechos reales del deudor gozan de preferencia: los refaccionarios no anotados ni inscritos sobre los inmuebles a que la refacción se refiera y sólo respecto a otros créditos distintos de los expresados en los cuatro números anterior.

La razón o motivo de tal preferencia, como señala Scaevola (83), es meridiana, ya que en definitiva crea un aumento de valor en el bien que beneficia a los acreedores todos, y muy singularmente a los especialmente privilegiados en relación con dicho bien.

Ya se ha señalado anteriormente que la especificación, como modo de adquirir el dominio, se basa en el trabajo valioso y socialmente útil, en tanto en cuanto sólo cuando la nueva especie es de mayor valor que los materiales ajenos empleados el artífice hace suya la obra, se ha dicho también anteriormente que en los demás supuestos regulados por el artículo 383 del Código civil no hay verdadera y propia especificación, se señaló también además que la solución consagrada por el artículo 383 del Código civil español tiene mayores consecuencias para los acreedores del especificante que para el especificante mismo y se puso el ejemplo de cómo podría yo defenderme de la acción reivindicatoria del dueño de los materiales empleados por un escultor que realiza con materia ajena una estatua para mi jardín.

(82) Téngase en cuenta que el párrafo 1.º del artículo 383 emplea la expresión «hará suya», que puede interpretarse en el sentido de adquirir la propiedad sobre la misma.

(83) SCAEVOLA: *Código civil*, t. XXI, Madrid, 1974, p. 802.

Podemos encontrar aquí un argumento analógico, una identidad de razón para sostener que la especificación es un modo de adquirir el dominio basado en una actividad generadora de una riqueza, en un trabajo, como ya hemos dicho y según la expresión de Alonso Pérez, «valioso y socialmente útil».

Pero, ¿qué ocurre si el especificante produce la nueva cosa en parte en materia propia y en parte ajena? Creemos que es decisiva para atribuir la propiedad la reducibilidad e irreducibilidad. Sólo en el caso de especificación irreducible el especificante devine propietario de la nueva cosa, mientras que en el caso de especificación reducible cada uno queda propietario de su cosa; si, por el contrario, es soluble, surge una copropiedad entre los diversos propietarios de la materia y precisamente en proporción a la cantidad de materia soportada y a su valor.

Podría también sostener que la producción de una nueva cosa con materiales en parte propios y en parte ajenos hace siempre al especificante propietario de la nueva especie sea o no reducible la especificación.

Surgiendo ahora la cuestión de cuál es la idea inspiradora de esta posición

Un punto de partida puede ser la disposición jurídica para la especificación de materia totalmente propia, vale para este caso el principio: *quod ex re nostra fit nostrum est*. Esta disposición debe ser adaptada para el caso de especificación de materia en parte propia en parte ajena. Esta disposición vendría a ser una especie de suplemento de la norma; según este suplemento, la materia ajena aparece sólo como una accesión de la nuestra y en base a esta accesión no queda excluida la continuación de la propiedad, que se verifica en base a la propiedad de la materia. Esta manera de ver las cosas presupone que la materia propia tenga mayor valor. Mientras que la disposición en cuestión no presupone esa relación entre las dos materias y debe ser aplicada aun cuando una mínima parte de la materia empleada la producción pertenece al fabricante.

El segundo punto de partida es el siguiente: el trabajo de producción se erige en fuerza creadora de la propiedad no sólo en el caso de especificación irreducible, sino cuando pertenece al especificante una pequeña parte de la materia. El momento creador de la propiedad es desde este punto de vista el trabajo, la producción, la creación de una nueva especie; lo que debe hacer excluir la reivindicación por parte del otro propietario de la materia (como en el caso de la irreducibilidad). Si A forma una nueva especie con la cosa de B y de C puede surgir una copropiedad entre B y C. Ambos pueden quedar como propietarios de la cosa, ya que están en parecida situación. Si por el contrario, A forma parte la nueva especie con una cosa

suya y con otra de B, estos propietarios no se encontrarán en iguales condiciones respecto a la nueva especie. A contribuye sin duda más que B, ya que aporta el trabajo y una parte de la materia. Por eso se otorga la propiedad a A, y a B se le otorga una pretensión de naturaleza simplemente obligatoria.

Desde este segundo punto de vista, según el cual debe devenir propietario de la nueva especie aquel «que la realiza». Con esto se ha dado un nuevo paso hacia el orden de las ideas que podríamos llamar «proculeyanas», ya que la producción se reconoce como modo de adquirir la propiedad no sólo en el caso de la especificación irreducible, sino que en estas circunstancias es posible aunque la especificación sea reducible.

Visto esto, parece evidente que aunque en esta extensión el principio «proculeyano» vale sólo con la limitación de que la especificación de materia en parte ajena no se haya hecho de mala fe, si el especificante operó con materiales que sabía que eran ajenos. En este caso no merece esta protección y debe tolerar que el propietario de la materia sea copropietario o propietario exclusivo de una parte de la cosa especificada.

¿De qué género es en este caso la propiedad del especificante sobre la nueva especie? ¿Es una continuación de la vieja propiedad sobre la materia o es una propiedad nueva? La razón jurídica de la adquisición de la propiedad de la nueva especie está en el trabajo. En cuanto que la especificación es reconocida como modo de adquisición de la propiedad procura siempre una propiedad nueva. No es aquí la especificación como en otros lugares un modo derivativo de adquirir la propiedad. Si A con su cosa x y con la cosa y de B hace una nueva zosa z; lo absorbe de manera que ahora sólo es propietario de X más y, sino que además deviene propietario del nuevo objeto z. La propiedad de la nueva cosa no se compone de la propiedad sobre sus singulares piezas, sino que el especificante queda propietario de esta nueva especie, y consecuentemente propietario de sus singulares piezas. Si reivindica una de éstas no tiene necesidad de demostrar que es propietario de ella, basta con que pruebe que es propietario de la cosa que ha sido hecha en parte con materia propia.

Especificación con materia en parte propia y en parte ajena

Cuando el especificador ha utilizado materiales en parte ajenos y en parte propios el Derecho justiniano atribuía la propiedad de la nueva especie al especificador, cualquiera que fuera la importancia de la materia propia empleada. Como observa Bianchi (84), esta solu-

(84) BIANCHI: *En el Código civile italiano*, vol. 9, parte 3.^a, Roma, 1900, p. 634.

ción era perfectamente lógica en una legislación que atribuía al autor de la especificación la propiedad de la nueva especie siempre que la materia ajena utilizada no pudiese ser reducida a su primitiva forma, como sucedía en el ejemplo propuesto, debiendo corresponder, con mayor razón, el mismo derecho, si en la obra además había empleado una parte de materia propia en la especificación. Los Códigos francés e italiano de 1865 dieron, por el contrario, prevalencia a la materia sobre la forma, estableciendo como regla que, cuando el artífice haya utilizado para la formación de la nueva especie una materia que no le pertenecía, pueda o no recobrar su primitiva forma, es el propietario de la materia quien tiene derecho a la propiedad de la cosa que se ha formado con ella, reembolsando al artífice o persona que haya realizado la especificación el de la mano de obra. Por tanto, no podían consecuentemente seguir la teoría romana en el caso de que el artífice hubiera utilizado materia en parte propia y en parte ajena, por lo que sustituyeron la propiedad exclusiva que Justiniano atribuía al autor de la especificación, por la copropiedad o propiedad común entre éste y el dueño de parte de la materia utilizada.

El artículo 383 de nuestro Código civil no da relevancia al hecho de que la materia sea en parte propiedad del especificador («El que de buena fe empleo materia ajena *en todo o en parte...*»), atribuyéndole como regla la propiedad al especificador si obró de buena fe. La solución es superior a la de los Códigos francés e italianos, ya que el atribuir un condominio al especificador y al dueño de los materiales en proporción a su parte en éstos y al valor del trabajo choca con el concepto que tiene el legislador de la copropiedad como una situación enojosa, desagradable y fuente interminable de litigios a la que conviene poner término cuanto antes. Al no ser posible la división de la cosa común especificada, por lo general la situación terminaría con la enajenación de la misma en subasta, perdiendo el especificador y no ganando nada el dueño de la obra parte de la materia, ya que a lo más recibirá una parte en el precio que difícilmente sería igual a la indemnización del valor de su materia que le concede el artículo 383-1.º.

Sólo añadir dos observaciones: la primera es que en la hipótesis a que nos referimos, a los efectos de la facultad que el párrafo 2.º del artículo 383 concede al propietario de la materia para quedarse con la nueva especie si la materia era más preciosa o de más valor, hay que entender que debe deducirse el valor de los materiales propios del especificante. La segunda es que la solución del párrafo 3.º del artículo citado para el supuesto de mala fe en el especificador, en el sentido de que el dueño de la materia puede quedarse con la obra sin pagar nada al autor, que, como observa nuestra doctrina, resulta injusta en la mayoría de los casos, lo es mucho más en el presente, en el que la parte de materia ajena empleada puede ser insignificante

o de mucho menos valor e importancia que la propia, en cuyo caso los Tribunales deberán conceder la propiedad al especificador, no sólo por el arbitrio judicial en apreciar la buena o mala fe, a que alude la doctrina indicada, sino por el recurso al abuso de derecho por parte del dueño parcial de la materia, que procede tener en cuenta en aplicación del actual artículo 7-2.º del Código civil.

Ya hemos vistos que la especificación tiene la eficacia de producir un cambio en los derechos reales. El propietario de la materia deja de ser tal en algunos casos. Pero este propietario que por el hecho de la especificación pierde su propiedad, ¿no tiene derecho a ser resarcido?

Recordemos que ya en el Derecho romano se concedía al propietario de la materia la acción de hurto y la *condictio furtiva*, otorgándose además una *actio utilis (la rei vindicatio utilis)* al dueño de la materia de forma que el propietario nunca estuvo desprovisto de un medio jurídico para ser resarcido. Por ejemplo, al propietario de una tabla se le atribuía siempre esta acción frente al pintor en base a la desproporción entre el valor de la tabla y de la pintura y aunque la cuestión de quién es propietario se resolvía a favor del pintor, se atribuía al dueño de la tabla el derecho al resarcimiento. El pintor se hace dueño en base a la desproporción mencionada, pero no debe lucrarse de la tabla y, por tanto, debe siempre resarcir al propietario de ésta.

¿Podría responder el especificante a título de enriquecimiento injusto?

Es decisivo contra tales hipótesis el hecho de que la concesión de esta posibilidad desconoce la esencia de la especificación según la teoría que venimos llamando proculeyana, que acoge básicamente nuestro Código civil. La especificación para esta teoría no es un modo de adquirir la propiedad meramente formal, sino que conlleva su causa material. Por lo que si el especificante ha creado la nueva especie es porque ésta es producto de su trabajo, por eso se le atribuye la propiedad frente al dueño de la materia. En esta creación está la justificación material de su adquisición; por lo que no puede ser considerada como una adquisición *sine causa*. Al igual que no es un enriquecimiento injusto la usucapción, tampoco lo es la especificación. Según la «teoría proculeyana», no es la propiedad de la materia lo que adquiere el especificante, sino una nueva propiedad sobre la nueva cosa, una propiedad que el especificante ha merecido por crearla. Su propiedad no aparece como una consecuencia de la propiedad de la materia y no es posible ver aquí un supuesto de enriquecimiento injusto y gravar pasivamente tal adquisición con una acción de injusto enriquecimiento. Esta es la razón por la cual en ningún sitio se encuentra unida a la adquisición de la propiedad por parte del especi-

ficante, como se encuentra, por ejemplo, en el caso del pintor una obligación de resarcir al propietario de la materia (sólo se hace mención cuando el modo especial de apropiación y de consunción de la materia lo justificá).

Por lo que al Derecho foral se refiere, hay que decir que muy poca importancia ofrece en materia de especificación. Únicamente hay que decir que esta institución tanto en Navarra como en Cataluña se rige por el Derecho romano, pero por lo que a la especificación concretamente se refiere, deberá tenerse en cuenta la regulación de la misma contenida en el párrafo XXV, título I, libro II, de las instituciones de Justiniano, conforme a la cual, «si la cosa puede restituirse al estado de primera materia, pertenecerá al dueño de ésta la nueva especie; mas, en caso contrario, debe darse preferencia al que la ha formado».

A este resultado llegamos teniendo en cuenta el actual orden de prelación de fuentes en Cataluña, pues, si con arreglo a la redacción de 1960 del artículo 1.º de la Compilación del Derecho civil especial de Cataluña, el Código civil era Derecho supletorio inmediato, es decir, de primer grado en todo lo no regulado por ella, siendo el valor del antiguo Derecho catalán meramente interpretativo y, por tanto, a falta de disposiciones de la Compilación sobre la materia que estudiamos, habría que aplicar el artículo 383 del Código civil, la situación pudiera parecer cambiada por completo con el artículo 13-2.º del nuevo título preliminar del Código civil, a cuyo tenor éste es supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas provincias o territorios forales. De entenderlo así, habría que aplicar en tema de especificación el Derecho romano justiniano y, en su defecto, el Código civil.

No obstante, es muy autorizada la opinión del profesor Lacruz (85) en el sentido de que «en lo no tratado expresa o implícitamente por las Compilaciones, rige el Código civil, que habrá de aplicarse conforme al espíritu del ordenamiento que complementa». Por tanto, a falta de un precepto de la Compilación de Cataluña sobre especificación, regirá sin más el artículo 383 de la *res nova* a favor del especificador «hasta que el dueño le reintegre, afiance o consigne judicialmente el precio de los jornales de los operarios en la cuantía que declare quien pretenda la retención, sin perjuicio de comprobaciones posteriores» atribuible al especificador por aplicación analógica del artículo 278 de la Compilación, ya que el mismo derecho de retención se lo otorga el artículo 383 del Código civil cuando dice «*previa* indemnización del valor de la obra».

(85) Manual de Derecho civil precedido de una introducción al Derecho, Barcelona, 1984, p. 120.

4. Requisitos de la especificación

a) *Que se trate de cosa mueble*

Tanto para el Derecho romano como para el Derecho moderno los fundos no llegan a ser una nueva cosa por el trabajo realizado en ellos (86).

Si se cambia el bosque en un campo de cultivo o en un jardín, la cosa es la misma y una similar transformación no crea una cosa nueva. Cualquier trabajo realizado en un fundo tiene sólo el carácter de una elaboración y no de una transformación en otra cosa. A través de los más importantes cambios, fruto del trabajo de los hombres, el fundo sigue siempre siendo la misma cosa; cambiando su calidad y acaso el nombre, pero la cosa en base a este cambio no se convierte en otra, sino que permanece la misma. Como quiera que el trabajo no produce una nueva especie, para el Derecho romano es necesario excluir de la especificación las transformaciones de los fundos, como la transformación en viñedos, viveros o construcción de casas, que tienen concepto de mejoras (87), y los gastos en ellos realizados de impensas.

Pero donde una mayor dificultad puede surgir, por el contrario, es en aquellas situaciones de detentación en las cuales falta una disciplina de la actividad de la mejora. Esto puede ocurrir en aquellos casos en que el origen de la detentación tiene carácter negocial, pero que falta en su disciplina típica la previsión de la mejora, y *más frecuentemente* en la hipótesis en que la detentación no ha tenido origen negocial (por ejemplo, en el hallazgo de la cosa perdida) y cuando no resulte en absoluto posible la referencia a una disciplina típica de la cual deducir elementos para la calificación de la actividad de la mejora. La falta de previsión de la disciplina de la mejora en semejante hipótesis no debe dejar en ningún caso privado de tutela al sujeto, ya que siempre alguna norma dictada en materia de accesión y más en general la normativa en materia de enriquecimiento sin causa pueden servir de instrumento para reequilibrar el desequilibrio patrimonial.

(86) Para que haya especificación ha de tratarse de bienes muebles dado que nuestro Código civil regula la especificación dentro de la accesión de mueble a mueble, si bien en la práctica puede darse el caso de la pintura que se efectúa en la pared de un inmueble —frescos—, caso que podría considerarse como de especificación.

(87) Si entendemos por mejora un aumento de utilidad o de valor de una cosa como consecuencia de una actividad realizada sobre ésta. Esta actividad y el consecuente resultado de mejorar, según la concepción tradicional, es relevante sólo cuando la mejora ha sido realizada por un sujeto distinto del propietario del bien de que se trate. Sólo en el caso de que la mejora haya sido obra de un tercero, la apropiación del resultado de la mejora por parte de un sujeto distinto del mejorante, da lugar a relevantes consecuencias que afectan a la esfera de los dos patrimonios.

Aun con todo ello, la doctrina se ha ocupado de determinar con precisión la naturaleza jurídica de la mejora.

En un primer momento, la mayor parte de los autores incluyeron en este supuesto de hecho el ámbito del *enriquecimiento sin causa*, resaltando el hecho de que la obligación de mejorar presenta una posición análoga a *aquella del cobro de lo indebido o de la cosa adquirida sin causa* y por ello afirmó que «parece claro el hecho voluntario y lícito de la posesión que hace nacer una obligación para el propietario».

Pero la doctrina más reciente ha reconducido la naturaleza jurídica de la mejora más directamente al ámbito de la tripartición: negocio, acto y hecho.

El carácter voluntario del acto y la producción de los efectos por obra de la Ley, independientemente de la voluntad del sujeto han llevado a calificar al acto de mejorar como *acto jurídico* y más recientemente a construir toda la materia de la mejora de modo unitario y sistemático partiendo de su calificación como acto negocial.

Si buscamos qué elementos del acto se distinguen de la verdadera y propia mejora-naturaleza de acto jurídico, de la categoría de los meros actos o actos reales o naturales o efectuales y consecuentemente no negociales y un elemento posterior que deja sobre la cosa algo susceptible de evolución económica y que tiene sin duda la naturaleza jurídica de *acto patrimonial natural*.

En todos estos casos de producción de una nueva materia, la cual si bien estaba contenida en el material trabajado, pero que fue obtenida como materia independiente, existente por sí misma, sólo a través del trabajo, tal beneficio o ganancia de materia puede aparecer como extracción de la nueva materia de la vieja cosa (extraer el aceite de la oliva, el azúcar de la remolacha, etc.) o no sería de una comixión, sino propia especificación, la creación de nueva materia reuniendo más materiales (mezclas de gas carbónico, agua azucarada, esencia de café y aromas para hacer la Coca-Cola. Pero estos ejemplos más que de especificación parecen de comixión no se puede considerar como una nueva cosa a extraer una materia existente como cosa independiente de la mezcla de otros materiales (por ejemplo, la extracción de oxígeno de la atmósfera).

a) En muchos casos la forma es cosa totalmente secundaria; ésta es la regla general si se trata de materias primas, es indiferente que un montón de arcilla sea redondo, angular, etc., ya que siempre habrá la misma cantidad de arcilla; o una masa de plastilina que se le da la forma de animales u objetos se vuelve a su aspecto de masa, o la fabricación de barras de hielo con agua ajena. Por tanto, toda transformación que esté dentro de los antecedentes dichos y que no

se dirija a crear una cosa de arcilla no es especificación porque no crea una cosa nueva.

b) Por el contrario, en otros casos, la forma es precisamente lo que determina la esencia que la cosa sirva para este o para aquel uso, es una consecuencia de la forma, la cual la hace apta para un determinado uso.

Podemos extraer las siguientes consecuencias:

Si se da a una materia determinada forma por la cual ésta se convierte en una cosa determinada, produce con ello una cosa nueva. Cuando se convierte un montón de yeso en un recipiente o figura de adorno —vgr., un gato— se produce una nueva cosa. Pero se hace una nueva cosa de un objeto que de por sí es ya una cosa determinada, una forma la cual es característica de otra cosa. Naturalmente, no todo cambio de forma crea una cosa, ya que el cambio de forma puede presentarse como una simple elaboración de la cosa actual que continúa existiendo. Así, por ejemplo, quien convierte en alfombra de piel de un oso elabora la cosa existente, la cambia, pero sin producir una cosa nueva. Porque si dando una forma se crea una cosa nueva, es necesario que una vez creada la cosa nueva se destruya del todo la forma antigua. Cuando esto se produce, existe una cosa nueva tanto si la nueva forma es igual a la vieja como si es distinta. Quien funde un objeto y lo convierte en otro idéntico ha crado una cosa nueva.

Un problema que merece una particular consideración es el de si la fabricación de una cosa compleja, como la formación de un collar con perlas y piedras e hilo o si de una tabla se hace una nave, ¿es ésta una especificación reducible o irreducible? Si el trabajo consiste simplemente en formar una nave con tablas ya preparadas entienden las fuentes que no hay especificación.

Para aclarar un poco esta cuestión se deben distinguir dos casos:

El primer caso es aquel en el que el trabajo consiste en el montaje de piezas ya preparadas y que se adaptan las unas a las otras. En este caso no hay especificación, pues no se crea nada nuevo. No es éste el caso a que las fuentes se refieren.

El segundo caso es aquel en que el trabajo no consiste sólo en montar piezas. En estos casos, si hay verdaderamente una cosa nueva, es el caso a que se refieren las fuentes. El proceso de fabricación en este caso puede ser de varias maneras.

1.º Puede ocurrir que el productor realice toda o una parte de la labor de preparación dirigida a formar el material. Por ejemplo, si destruye una construcción.

2.º Que opere preparando materiales de otro. Por ejemplo, si corta la tabla de B.

En estos dos casos sí hay especificación. La diferencia es sólo que en el primer caso hay dos procesos de producción de los cuales el primero se dirige a crear los materiales que han de servir al segundo; y en el otro caso, hay un sólo proceso de producción. Parece que es especificación reducible.

Pero ¿es suficiente considerar la descomposición de una nave en sus diversas partes como un caso de reducibilidad por razón de que las tablas pueden ser nuevamente reunidas para formar la nave? ¿Pero esta descomposición constituye una destrucción y no una creación de cosa nueva?

Pero esta manera de ver las cosas que conduce a tan extraños resultados es del todo insostenible. El error estriba en dividir en dos el único proceso de producción; y de tratar este acto, que es parte de un proceso de producción, como una producción en sí. Concibiendo así las cosas, no cabe duda de que el segundo acto se puede considerar como una especificación reducible.

Es evidente que el acto de especificación en cuestión está compuesto de actos parciales que no puede ser espontáneamente interpretada de otra manera. De esta manera no podemos más que admitir que es especificación irreducible la construcción de una nave, por la sola razón lógica, y no en base a un derecho singular; se aplican a ésta los principios antes expuestos, principios que sólo en base a la prevalencia del fondo de la nave admite esta modificación en el sentido de que la propiedad de la misma determina la propiedad de la nave.

b) *El requisito de la buena fe*

El fin, al menos secundario de la teoría «proculeyana» es proteger del fabricante al tercero adquirente.

La verdad es que aunque se reconozca que el trabajo es título de adquisición de la propiedad, sólo el fabricante es digno de ésta por su buena fe. En consecuencia, el principio de que la «producción procura la propiedad» no sirve a los intereses del comercio, sino que mira simplemente a dar una recompensa al especificante siempre que ésta no pueda otorgar sin causar daño al propietario de los materiales. Que se adquiera la cosa por el fabricante si ésta es irreducible está siempre expuesto a la objeción de que se diga que la adquisición se hizo de mala fe, lo que no importa demasiado, ya que el tiempo de usucapión es de tres años, y de seis años según nuestro artículo 1.955. En relación al principio de la buena fe, objeto de discusión hasta ahora, debemos plantearnos las siguientes cuestiones:

1.º ¿Cuándo debe existir la buena fe? Ciertamente durante el proceso de la especificación. La buena fe es decisiva mientras la cosa es especificada, de manera que la buena fe que luego se convierte en mala —*mala fides superveniens non nocet*— no excluye la adquisición por parte del especificante. La cosa es así. La buena fe se presupone —*homo praesumitur bonus donec probitur malus*—. El especificante corre sólo con la carga de la prueba de que la cosa fue irreduciblemente especificada, corresponde al adversario probar que conocía la ajeneidad de la materia. Por tanto, la buena fe no es requisito positivo para la adquisición de la propiedad, sino que, por el contrario, la mala fe es motivo decisivo para excluir esta adquisición.

2.º ¿La legitimidad de la adquisición de la materia ajena es un requisito independiente de la adquisición por especificación? Partiendo del concepto económico de trabajo, una ilegítima no es especificación, porque económicamente no es trabajo. Para que haya especificación se ha de poseer la materia por un motivo lícito y por un título verdadero.

Pero debemos ante todo aclarar el significado del término «legítimo». Posesión legítima es la adquirida en base a un título verdadero. Pero este título verdadero no es un requisito para adquirir por especificación. Esto no quiere decir que el título no tenga ninguna importancia en este tipo de adquisición (88).

Uno de los requisitos que exige el artículo 383 del Código civil para que el especificante haga suya la nueva especie es que ésta proceda de buena fe. ¿Pero qué alcance debemos dar a esta expresión en materia de especificación? La cuestión se plantea ya que no parece suficiente que el especificante conozca o no que los materiales que transforma son suyos y, por tanto, si las diferencias reales de tratamiento dependen de que sea poseedor de buena fe a título de dueño y no *verus dominus* habría que incorporar al tratamiento de la especificación las reglas de la interrupción de la usucapión para el poseedor de buena fe. Para esta hipótesis cabría —según Pérez González y Alguer— considerar que esta buena fe consiste en la creencia de propiedad del transmitente y en la ausencia de vicio en el título, o modo de adquirir, o creencia en el propio derecho y hacen la salvedad de que ello no ha de exigirse en la adquisición originaria, como en el caso de la ocupación de cosa extraviada que de buena fe se reputa *nullius*, ya que aquí sólo basta la creencia en la adquisición.

También señala Scaevola (89) que esta definición legal es incompleta, al hacer caso omiso de la posesión adquirida de modo originario; y, tras citar varios supuestos prácticos, concluye afirmando que

(88) Podría también negarse que sea un requisito independiente de la buena fe.
 (89) Citado por SCAEVOLA: *Código civil*, XXXII, 2.ª ed., Madrid, 1965, p. 550.

en todos estos casos de adquisición originaria, la buena fe consista en creer que la cosa no era de nadie y que el poseedor la adquirió lícitamente, cumpliendo los requisitos legales necesarios al efecto. La buena fe puede igualmente estar basada en error de hecho, por ejemplo, porque el especificador confunde los materiales ajenos con otros propios a los que se les parecen o se encuentran en circunstancias de lugar, etc., análogas.

Por consiguiente, hemos de entender que a efectos de una buena fe será preciso estar a esa idea de creencia de que se ha recibido la cosa en un sentido de recepción amplia, no implicante de transmisión en ese estrecho sentido jurídico, sino bastante a amparar la simple toma o adquisición originaria con tal de que se ignore el vicio radicante en el modo adquisitivo, sea éste originario o derivativo, o la ineptitud legal de la cosa para ser tomada o aprehendida. Porque concepto permanente interno y subjetivo, a fin de cuentas, la buena y la mala fe, más importará el signo positivo o adverso de la creencia que el modo cómo las cosas vinieron a nuestras manos.

A la vista de todo ello, consistirá, en suma, la buena fe, como señala en un obrar conforme a derecho.

Por el contrario, y dado que el ámbito de la especificación se limita a los bienes muebles, podría interpretarse que la buena fe a que alude el artículo 383 del Código civil es la exigida por el artículo 464. Regla fundamental y característica de «la posesión de bienes muebles, adquirida de buena fe equivale al título».

Históricamente formulada, manifiesta con una u otra expresión en los ordenamientos actuales y de la que pretende deducirse que, dándose ciertos supuestos, la posesión de bienes muebles puede producir de manera inmediata, sin necesidad del tiempo que exige la usucapión, la adquisición del derecho real. Esta es la pretendida eficacia de la regla, que algunos autores quisieron expresar calificando este supuesto de adquisición del derecho real, a través de la posesión de muebles con buena fe, como de prescripción instantánea, la repercusión de este artículo en la materia que nos ocupa la hemos estudiado en otro lugar.

c) *Requisitos. Si se exige o no el elemento intencional*

En cuanto al elemento subjetivo o intencional de la especificación debemos poner de manifiesto el hecho de que lógicamente parece que no es necesario que el que realiza el trabajo quiera crear una cosa o especie —empleando este término para una mejor adecuación con la terminología del Código— con un fin o destino premeditado, cabe decir, por tanto, que es factible incluir dentro de la regulación del artículo 383 del Código civil todos aquellos supuestos que poda-

mos denominar de «especificación involuntaria» o no intencional, en los que no se da un especial ánimo creador o innovador (vgr., la persona que, sin darse cuenta, echa fermentos en el vino o lo transforma en vinagre).

VIII. EFECTOS DE LA ESPECIFICACION

La propiedad de la nueva especie en nuestro Derecho, sin distinguir entre que sea la especificación reducible o irreducible, es ciertamente una propiedad nueva adquirida de modo originario, porque en tal caso, la nueva especie se considera como un objeto nuevo. En base a la producción, el especificante adquiere la nueva propiedad. La adquisición se produce desde el momento en que se crea una nueva especie. Así, por ejemplo, si se quiere hacer con troncos ajenos una nave se deviene propietario de las tablas desde el momento en que se han aplicado los troncos a tal fin; mientras tanto, no se adquiere la propiedad; así, si se han quitado las ramas a los troncos no es necesario tener intención de adquirir la propiedad; el especificante devendrá siempre propietario de la cosa nueva por él producida, a menos que emplee su fuerza de trabajo al servicio de un tercero. Quien en base a un arrendamiento de obra especifica materias que no pertenecen al arrendador, no se convierte en propietario. Por el contrario, el escultor que toma un bloque ajeno para hacer una estatua —si es que actúa de buena fe— deviene propietario y tiene sólo obligación de dar la estatua a quien decide la comisión. En uno y otro caso, por la adquisición de la propiedad se adquiere la posesión sin que la adquisición de ésta sea un presupuesto o la adquisición de aquélla.

Si la especificación irreducible se realiza por varias personas, el resultado de este proceso de producción es la copropiedad de los especificantes. En cuanto a las cuotas, las fuentes nada dicen al respecto. Si entre los especificantes no se llega a un acuerdo sobre este punto, debemos sostener que devienen propietarios por partes iguales (90). Presupuesto de tal copropiedad es, naturalmente, que los especificantes hayan actuado de buena fe. Pero ¿qué ocurre si alguno de ellos actuó de mala fe? Para el que actuó de buena fe el trabajo no deja de tener la fuerza de proporcionar la propiedad; cesa sólo la ocurrencia del productor de mala fe. Si la especificación es irreducible la propiedad no recae del lado de la materia, sino del trabajo.

En Derecho romano, en el caso de especificación reducible, la propiedad de la nueva especie pertenece al dueño de la materia. Todavía

(90) Argumento arts. 392-2.º, 386 y 1.138 del Código civil.

esta propiedad no es nueva, es sólo la continuación de la vieja propiedad. En favor de la teoría sabiniana, si la especificación es reducible se tiene la media sentencia.

Efectos de la especificación

Es evidente que los derechos de uso y usufructo constituidos sobre una cosa se extinguen absolutamente cuando ésta cambia de especie. Ello es lógico dada la naturaleza de los mismos, son derechos reales de goce. Cabe decir lo mismo de las servidumbres personales.

En otras hipótesis cabría hablar de subrogación de los derechos que gravan la materia especificada sobre la nueva especie, así, por ejemplo, se duda qué ocurre respecto al derecho de prenda.

En el Derecho español, en el problema de la subsistencia o extinción del derecho real de prenda sobre la cosa especificada, una vez realizada la especificación, hay que tener en cuenta que la prenda da derecho al acreedor pignoraticio o prendario a realizar su valor, si, llegado el término, no le es pagado el crédito, vendiendo la cosa y cobrándose con su importe. Por tanto, es un derecho de realización de valor y recae, por tanto, sobre el valor de la cosa, y no como el usufructo y el uso, que tienen como objeto la cosa como especies, es decir, la sustancia en una determinada apariencia, presuponiendo una determinada utilidad económica, la cual depende de la especie y cesa al terminarse ésta. Por el contrario, la finalidad de realización del valor propia del derecho de prenda puede verificarse igual tanto sobre la cosa antes de ser especificada, como después de haber sido objeto de especificación, de ahí que deba mantenerse y subsistir dicho derecho no obstante los cambios experimentados por la cosa.

Aplicando esta doctrina a los diversos supuestos del artículo 383 del Código civil, resulta: a) En el supuesto de especificación de buena fe, el derecho de prenda recae sobre el importe de la indemnización pagada al dueño de la materia, convirtiéndose así la prenda en irregular sobre esa cantidad de dinero; b) Si la materia especificada era de más valor que la obra en la que se empleo, y el dueño de la materia opta por ser indemnizado, la prenda recae sobre el importe de la indemnización al igual que en el caso anterior; c) Si opta por quedarse con la nueva especie recaerá la prenda sobre la cosa especificada; d) En caso de mala fe, si el dueño de la materia se queda con la nueva especie sobre ella recae la prenda y si pide que se le indemnice los perjuicios y el valor de la materia, la prenda recaerá sobre el importe de la indemnización (91).

(91) Hay, además, en apoyo de esta solución, un argumento de analogía con la hipoteca deducido del artículo 110 de la Ley Hipotecaria, según el cual la hipoteca

Cuestión distinta es la de la responsabilidad en que puede incurrir el acreedor pignoraticio, si estando en posesión de la cosa dada en prenda, ésta es especificada debido a negligencia en su guarda o custodia. En cuyo caso, independientemente de los derechos que asisten al propietario como consecuencia de la especificación, el acreedor pignoraticio tendrá que indemnizarle los daños que experimente, con arreglo al artículo 1.867 del Código civil.

Hasta ahora siempre se ha presupuesto que la *nova species* ha sido producida sólo con materiales ajenos del mismo o de distinto propietario. Pero ¿qué ocurre si el especificante produce la nueva cosa en parte con materia propia y en parte ajena? En Derecho romano, según la opinión dominante, era decisiva para atribuir la propiedad la reducibilidad o irreducibilidad. Sólo en el caso de especificación irreducible el especificante deviene propietario de la nueva cosa, mientras que en el caso de especificación reducible cada uno queda propietario de su cosa; si por el contrario, es insoluble, surge una copropiedad entre los diversos propietarios de la materia y precisamente en proporción a la cantidad de materia aportada y a su valor. En nuestro Derecho, con arreglo al artículo 383 en las hipótesis de que el especificante haya empleado materiales en parte propios y en parte ajenos, hay que distinguir si lo hizo de buena o de mala fe. En el primer caso, adquiere la propiedad de la obra, indemnizando al dueño de los materiales ajenos el valor de éstos. Además, para precisar si la obra es superior en valor a la materia a los efectos del párrafo 2.º habrá que sumar al valor del trabajo el de los materiales propios que empleó el especificador. Si la especificación con materiales en parte ajenos se hizo de mala fe, en rigor del artículo 383-3.º habría que concluir en el sentido de que el dueño de los materiales ajenos tendría derecho a quedarse con la obra sin pagar nada al especificador o si lo prefiere, exigirle el valor de su parte de materiales empleados y la indemnización de perjuicios. Nada hay que reparar a esto último, pero en cuanto a que pueda quedarse con la cosa nueva sin pagar nada al autor, si esta solución es discutida en el caso normal de que los materiales sean totalmente ajenos, es todavía más inicua si en parte son propios del especificante, que pueda haber empleado materiales ajenos en proporción y valor muy secundario. Si estos materiales se pueden separar sin detrimento de la obra (por ejemplo, los botones ajenos, puestos por el sastre o modista en un traje o vestido) procede su separación y entrega al dueño con lo que resulta zanjada la cuestión. Si no lo son, como hemos indicado en otro lu-

se entiende en «las mejoras que consistan en nuevas plantaciones, obras de riego o desagüe, obra de reparación, seguridad, transformación, comodidad, adorno o elevación de los edificios y cualesquiera otras semejantes» y a «las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecarios por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivaron haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca...».

gar, por aplicación del poder discrecional del juzgador para apreciar la mala fe del especificante y de la doctrina de condenación del abuso del derecho, se podría llegar a la solución de negarle al propietario de los materiales parcialmente utilizados en la obra el derecho a quedarse sin más con ésta, obligándole a indemnizar el precio de la obra, y los materiales propios del especificador o a que optara por la solución del Código en el sentido de que aquél le pague sus materiales y le indemnice los perjuicios que se le hayan seguido.

Resumiendo lo dicho hasta ahora, en Derecho romano la producción de una nueva cosa con materiales en parte propios y en parte ajenos hace siempre al especificante propietario de la nueva especie sea o no reducible la especificación.

Surge ahora la cuestión de cuál es la idea inspiradora de esta posición.

Un punto de partida puede ser la disposición jurídica para la especificación de materia totalmente propia; vale para este caso el principio: *quod ex re nostra fit nostrum est*. Esta disposición debe ser adaptada para el caso de especificación de materia en parte propia y en parte ajena. Esta disposición vendría a ser una especie de suplemento de la norma; según este suplemento, la materia ajena aparece sólo como una accesión de la nuestra, y en base a esta accesión no queda excluida la continuación de la propiedad, que se verifica en base a la propiedad de la materia. Esta manera de ver las cosas presupone que la materia propia tenga mayor valor. Mientras que la disposición en cuestión no presupone esa relación entre las dos materias y debe ser aplicada aun cuando una mínima parte de la materia empleada en la producción pertenece al fabricante.

El segundo punto de partida es el siguiente: el trabajo de producción no erige en fuerza creadora de la propiedad, no sólo en el caso de especificación irreducible, sino cuando pertenece al especificante una pequeña parte de la materia. El momento creador de la propiedad es desde este punto de vista el trabajo, la producción, la creación de una nueva especie; lo que debe hacer excluir la reivindicación por parte del otro propietario de la materia (como en el caso de la irreducibilidad). Si A forma una nueva especie con la cosa de B y de C, puede surgir una copropiedad entre B y C. Ambos pueden quedar como propietarios de la cosa, ya que están en parecida situación. Si por el contrario, A forma la nueva especie con una cosa suya y con otra de B, estos propietarios no se encontrarán en iguales condiciones respecto a la nueva especie. A contribuye, sin duda, más que B, ya que aporta el trabajo y una parte de la materia. Por eso se otorga la propiedad a A, y a B se le otorga una pretensión de naturaleza simplemente obligatoria.

Con esto se ha dado un nuevo paso hacia el orden de las ideas proculeyanas, ya que la producción se reconoce como modo de adquirir la propiedad, no sólo en el caso de la especificación irreducible, sino que en estas circunstancias es posible aunque la especificación sea reducible.

Visto esto, parece evidente que aunque en esta extensión el principio proculeyano vale sólo con la limitación de que la especificación de materia en parte ajena no se haya hecho de mala fe, si el especificante operó con materiales que sabía que eran ajenos. En este caso no merece esta protección y debe tolerar que el propietario de la materia sea copropietario o propietario exclusivo de una parte de la cosa especificada.

¿De qué género es en este caso la propiedad del especificante sobre la nueva especie? ¿Es una continuación de la vieja propiedad sobre la materia o es una propiedad nueva? La razón jurídica de la adquisición de la propiedad de la nueva especie está en el trabajo. En cuanto que la especificación es reconocida como modo de adquisición de la propiedad procura siempre una propiedad nueva. No es aquí la especificación como en otros lugares un modo derivativo de adquirir la propiedad. Si A con su cosa x y con la cosa y de B hace una nueva cosa z; lo absorbe de manera que ahora no sólo es propietario de x más y, sino que además deviene propietario del nuevo objeto z. La propiedad de la nueva cosa no se compone de la propiedad sobre sus singulares piezas, sino que el especificante queda propietario de esa nueva especie y, consecuentemente, propietario de sus singulares piezas. Si reivindica una de éstas no tiene necesidad de demostrar que es propietario de ella, basta con que pruebe que es propietario de la cosa que ha sido hecha en parte con materia propia.

Pero al estudiar esta institución de la especificación no podemos dejar de analizar el supuesto de la culpa extracontractual, en relación sobre todo con lo dispuesto en el párrafo II del artículo 383. Es decir, en el supuesto de que aun procediendo de buena fe el especificante, la materia empleada en la formación de la nueva especie, fuese, siguiendo la terminología del Código, más preciosa que la obra en que se empleo. Como ya hemos dicho anteriormente, esta hipótesis, prevista en el párrafo II del artículo 383, no es un supuesto de especificación, de manera que ese derecho a quedarse con la nueva especie de que goza el especificante o de pedir indemnización de la materia podría reconducirse al ámbito del artículo 1.902. Porque, en realidad en este caso, el pseudo-especificador, más que especificar, lo que ha hecho es dañar la materia.

Pero ¿qué ocurrirá si aquel que debe abonar la indemnización no lo hace? Del tenor literal del artículo 383 podemos deducir que solamente el especificante hará suya la nueva especie indemnizando el

valor de la materia, de donde podemos deducir que la titularidad de la nueva obra queda pendiente de que se proceda a hacer efectiva la indemnización, o que la adquiera bajo la condición resolutoria de hacer el referido pago.

Si la especificación, como producción de una cosa nueva, conlleva, como hemos visto, la destrucción de la cosa antigua, debemos llegar a la conclusión de que deben extinguirse todos los derechos reales existentes sobre la cosa vieja: propiedad, posesión, *iura in re aliena*. Esta es la opinión que parte de la idea de que la propiedad sobre la nueva *species* es siempre una propiedad nueva. Admitiendo que en similares casos el puesto del derecho de prenda extinguido no lo ocupa uno nuevo sobre la *nova species*.

Pero es una idea insostenible, ante todo porque es erróneo tratar la especificación como causa de adquisición de la propiedad sin distinguir si tiene por objeto materia propia o ajena. No se ha reconocido nunca la fabricación como causa de adquisición de la propiedad en esta gran extensión.

Esta causa de adquisición de la propiedad se ha limitado al caso de que sea ajena la materia de que la nueva especie se hace. Cuando se hace con la materia propia una nueva especie, el que lo hace es propietario de la nueva cosa, pero sólo en base a la propiedad sobre la materia y no en base a la especificación.

Esta idea es errónea, ya que parte de una idea incorrecta acerca del objeto del derecho real. Es decir, sostiene inevitablemente un cambio de propiedad la *species*, es decir, la materia en que está determinada la apariencia. Cuando la especificación, poniendo en lugar de la antigua *species* una nueva, produce siempre la destrucción del objeto hasta ahora existente y, por otro, la creación de un nuevo objeto, el derecho real no puede sobrevivir a su objeto, está claro que al desaparecer la antigua especie, esto es, el objeto actual, desaparecen los derechos reales que recaen sobre el mismo, en base a la propiedad sobre la materia pertenecen siempre al mismo objeto, aunque se trate de derechos nuevos.

Esta identificación de la especie y del objeto es la verdadera base de la teoría combatida. Pero es precisamente esta identificación la que es errónea. Sólo el usufructo y el uso recaen sobre la especie, o sea, sobre la materia en que está determinada la apariencia. Todos los demás derechos reales recaen sobre el «corpus», o sea, sobre la sustancia de la cosa, esto es, sobre la misma cantidad de materia físico-química. Sin duda, toda cantidad de materia tiene en un determinado momento una apariencia. Y en base a esta diversidad de apariencias se sirve a los distintos fines económicos. Pero el derecho real, perscindiendo de la servidumbre personal, es indiferente al cambio de esta apariencia; a pesar de semejante cambio continúa existien-

do. El derecho real sigue a todos los cambios que la materia experimenta en el curso del tiempo. El propietario del grano hoy, será dueño mañana de la harina y pasado mañana del pan hecho con la harina por la razón de que el grano, la harina y el pan son sólo diversas apariencias de la misma sustancia, la cual, a pesar de tales cambios, permanece siempre la misma. Ciertamente es que el propietario del pan no puede ya decir que es propietario de la harina con que se hace el pan; el propietario del pan sólo puede reivindicarla prescindiendo del caso del que con dolo malo deja de poseer, pero sólo porque el pan es una mera metamorfosis de la sustancia a la que se refiere su propiedad. Su propiedad sobre el pan no es una propiedad nueva, producida por la propiedad de la harina, sino simplemente una continuación de la propiedad antigua, que existía primero sobre esa cantidad de materia, la cual ayer se presentaba bajo una forma y hoy bajo otra. No cabe duda de que hay un cambio de objeto; éste sigue permaneciendo en su identidad, pero ha sufrido un cambio que no afecta a la existencia de la propiedad, porque a pesar de este cambio, el objeto, o sea, la sustancia, permanece la misma. Si en virtud de cada cambio debiera extinguirse la propiedad, no se sabría nunca verdaderamente cómo podría surgir la propiedad sobre la nueva especie, o sea, sobre este nuevo objeto. Cabría responder que en base al trabajo. Pero el trabajo no es, en general, una causa de adquisición del dominio, y sobre todo nunca ha sido reconocido como tal en la elaboración de materiales propios. Cualquier cambio puede tener lugar accidentalmente y sin ningún trabajo y el propietario de la materia mientras que ésta tiene la apariencia A, no es propietario hasta que asume la apariencia B. Pero para admitir esto se podría decir que esta propiedad sobre B producida por el trabajo, sino la propiedad sobre la materia en la apariencia A. Esto no es así, ya que la propiedad sobre la cosa A no puede pasar a propiedad sobre la cosa B más que si A y B son idénticas. Por el contrario, si A y B son diversas no se ve cómo de la propiedad sobre A puede surgir la propiedad sobre B. Es como si se declarase que todo cambio en la cosa es un fundamental de adquisición del dominio o se considerase al propietario de la materia como ocupante de la nueva especie, por él fabricada las dos cosas son absurdas.

Incidentalmente, un cambio de propiedad correspondiente a un cambio de la cosa, conducirá a una infinita filiación de la propiedad del mismo objeto. Esta continua renovación de la propiedad tendría su fundamento en su pretendido objeto, así debemos por lógica consecuencia extinguir los derechos reales de terceros existentes sobre la vieja especie. Pero privar al titular de un derecho de éste por razón de la transformación hecha por el propietario, se necesitaría atribuir otros derechos reales de la misma potencia generativa, que si se atribuye la propiedad sobre la materia, de modo que si la propiedad de

la cosa A genera la propiedad de la cosa B, el derecho de prenda sobre A debe generar al derecho de prenda sobre B. Todo esto es muy complicado y prácticamente no conduce a un resultado distinto de aquel al que se llega con el modo simple y natural de tratar el caso, es decir, con admitir que el derecho real existente sobre A continúa existiendo sobre B. Es siempre un efecto de la idea explicada que el derecho real sigue a la esencia y no a la sustancia. Sólo para hacer inocua las consecuencias prácticas peligrosas de este error se atribuye al derecho real sobre A idéntica potencia generativa. Pero nunca se ha llamado a la nueva especie fruto, ni se puede racionalmente hacerlo porque es imposible considerar la nueva cosa como producto de la cosa precedente.

Resumiendo cuanto hemos dicho. A pesar del cambio de la especie, el objeto permanece el mismo, así la nueva especie en otra relación jurídica, sino que continúa en la misma en que se encuentra la especie antigua. Como la nueva especie es sólo una continuación de la antigua, los derechos existentes sobre ésta continúan sobre aquélla; son una continuación de la primera. Ahora debemos desenvolver estos principios, para hacer éste, es oportuno distinguir entre especificación de una sola cosa y especificación de varias cosas.

Como la especificación de una única cosa hecha por el propietario no tiene como efecto de un lado la destrucción de derechos reales que caían sobre la cosa y de hacer surgir de otro derechos reales de igual contenido, así ocurre cuando el propietario especifica parejas de sus cosas haciendo una sola. Si alguien con su cosa A y B hace la cosa sólo este D sufre una cierta modificación que es distinta, según que A y B en base a la especificación estén en la situación de coordinación o de subordinación.

1.º Situación de subordinación. El propietario A con su quilla y con su madera, B hace la nave x. El propietario B con su lana A y su hilo de oro, B hace un vestido bordado en oro y. En todos estos casos el especificante es propietario de la nueva especie producida y su propiedad se determina según la propiedad de la cosa principal, precisamente porque era propietario de A y de b, es ahora dueño de la nueva cosa y, y su propiedad aparece solamente como la continuación de la propiedad de la cosa sobre A. La propiedad de la cosa accesoria sobre b es indiferente a efectos de atribuir la propiedad sobre la nueva especie. A es propietario de la nave en base a su propiedad sobre la quilla, tanto si empleó en la construcción materia propia como ajena. La propiedad precedente sobre la cosa accesoria tiene importancia a otro efecto, que es precisamente el siguiente:

a) Si la unión de la cosa accesoria b con la cosa a es separable, el propietario de A puede hacer valer su propiedad sobre la nueva especie, puede hacer valer su propiedad frente a cualquier tercero sim-

plemente probando que era propietario de A. Pero si un tercero tiene un derecho real sobre la cosa b, que pertenece al especificante. Por ejemplo, un derecho de prenda. A pesar de la formación de una nueva cosa, el tercero no pierde por esta causa su derecho sobre la cosa accesoria.

b) Si por el contrario, la unión obtenida con la especificación es insoluble, si un tercero tiene un derecho real sobre la cosa accesoria b, hay sólo una situación de hecho, la cual se presenta como acción de resarcimiento por el derecho perdido.

Pero es necesario tener siempre bien claro que esta extinción del derecho del tercero sobre la cosa b no es una consecuencia de la especificación, sino que depende del hecho de que la cosa independiente b se confunde con la cosa a y es absorbida por ésta.

2.º Situación de coordinación. El propietario A especifica la cosa a y b que le pertenece, haciendo una nueva cosa x. Por ejemplo, con varias cucharas de plata se hace un recipiente o un cucharón.

a) Si la unión de varias cosas es separable se entiende que la actual propiedad A sobre la cosa continúa, así como los derechos existentes sobre una y sobre otra de estas cosas, porque, sin duda, el objeto continúa subsistente.

b) Si la unión producida por especificación es insoluble, es cierto que ni la cosa a ni la cosa b son independientes, ninguna de las cosas ni se confunde ni es absorbida por la otra, sino que todas unidas forman una nueva especie; en consecuencia, no se puede hablar de una propiedad sobre a ni sobre b, sino sólo lo de una propiedad de a más b, x.

Por otra parte, no se extingue ni la propiedad de A ni la de B porque ni a fue absorbida por b, ni b por a, sino que las dos forman x. Cuando no se extingue la propiedad de a a favor de la propiedad sobre b ni a la inversa. No se puede admitir que la cosa a más b, x, sea una cosa sin dueño; tampoco existen dos derechos separados de propiedad; en este caso surge una situación de copropiedad. En este caso, no se puede hablar, naturalmente, de copropiedad, ya que la cosa a y b pertenecen a una misma persona. Esta fusión de varios derechos de propiedad en un único derecho pierde extrañeza si se tiene en cuenta el hecho contrapuesto a este de la multiplicación de los derechos de propiedad en base a la división del objeto. Si la cosa a que pertenece a A se rompe en doce partes, A en base a su propiedad sobre a tiene un derecho de propiedad sobre las doce piezas cada uno de los cuales aparece como una continuación de la propiedad sobre a. Como en este caso el único derecho de propiedad se cambia en múltiples derechos, así como en aquel en que la multiplicidad de derechos en el primer caso es una continuación del único; en éste el único es una continuación de los múltiples.

Esta idea de que los derechos a y b no se extinguen, sino que continúa en A más B, es importante para los derechos de terceros existentes sobre una u otra cosa precisamente:

a) Se extinguen el usufructo y el uso sobre a y b por el contrario.

b) No se puede hablar de extinción del derecho de prenda. Porque su objeto es aquella propiedad. Si la mutación del objeto no tiene como consecuencia la mutación de la propiedad, no hay motivo para hacer derivar de este cambio la extinción del derecho de prenda. Cuando a pesar del cambio de objeto, debemos admitir que continúa, por ejemplo, el derecho de prenda de z que recaía sobre b y ahora sobre a más b, comprende simplemente la cuota de la nueva cosa formada por B. En consecuencia, el hecho de que el objeto pinotado b sea sólo una parte de la cosa a más b, tiene por efecto que aunque el derecho de prenda se refiere ahora a la parte ideal de a más b correspondiente a b, continúa recayendo sobre esta parte ideal. Por el contrario, el derecho de prenda sobre b, ahora z tiene una cuota ideal del derecho de prenda sobre a más b. No es obstáculo que esta cuota esté dividida. No existe en este caso ninguna razón para admitir el derecho de prenda sobre una parte ideal, ya que no es un producto arbitrario, sino una consecuencia derivada del cambio de la cosa. A esta cuota no le falta determinación ni determinabilidad porque su grandeza resulta con toda certeza de la situación de cantidad de materia y de valor.

Resumiendo lo hasta ahora dicho, la especificación no produce nunca el efecto de provocar un cambio de los derechos. La propiedad y los derechos de terceros continúan existiendo en la nueva especie del modo expuesto, haciendo excepción de la servidumbre personal por motivos particulares, ya que no se encuentra razón alguna para tratarla igual que otros derechos. Se aplica sin excepción el principio sustancial según el cual la especificación, si bien produce una cierta modificación del objeto, no produce un cambio en el derecho de propiedad.

IX. EL DERECHO Y LA ACCION DEL RESARCIMIENTO

Se otorga un derecho al resarcimiento si la nueva *species* vale más que la cosa especificada, si, en otros términos, la materia ha aumentado de valor en base a la creación de la *novà species*. Si bien no existe una acción especial dirigida a obtener este resarcimiento. En particular, no se puede hablar de una acción derivada de la gestión de negocios ajenos ni de un enriquecimiento sin causa del productor. No de la primera, porque ha producido la cosa *suo nomine*, ni de la segunda, porque la cosa no ha entrado en base a la producción en el patrimonio del propietario de la materia. El derecho del

productor al resarcimiento podrá hacerse valer más que por vía de retención alegando el dolo cuando el propietario de la *nova species* puede oponerla a la *reivindicatio* del propietario. A este propósito es necesario hacer la siguiente distinción:

a) Si la especificación de la materia es un uso necesario de ésta, porque de otra manera ésta se destruye (así como, por ejemplo, en el caso de hacer mosto con la uva) el especificador puede pretender siempre, tanto si hay buena como mala fe, el resarcimiento, con el único límite del aumento de valor de la materia a causa de la especificación.

b) Si, por el contrario, la especificación no puede ser considerada como un gasto necesario hecho respecto de la materia y entra en la categoría de los gastos útiles, el especificador sólo puede pedir el resarcimiento si hay buena fe. Si el especificante procedió de mala fe, tiene solamente un *ius tollendi*. Si ha empleado algún material propio, por ejemplo, el sastre que ha confeccionado con tela ajena un traje y ha puesto los botones, puede descoserlos y quedarse con ellos. Para que proceda al *ius tollendi* se requiere que los materiales aportados por el especificante pueden retirarse sin menoscabo de la obra construida, según se desprende de la aplicación analógica del artículo 360 del Código civil.

El especificante está obligado a resarcir al propietario, como es natural, cuando haciendo la nueva especie disminuye el valor de la materia, cuando ésta pierde de valor a causa de la especificación. En este caso el propietario de la materia puede reivindicar la nueva especie, pero la reivindicación no basta para satisfacer su interés, ya que lo que le importa ante todo es ser indemnizado. Si se trata de una materia robada obtendrá la indemnización. En base a esta condición furtiva, en otros casos puede utilizar para tal fin los medios siguientes:

a) La acción reivindicatoria, pero este medio no puede usarse más que cuando la especificación entra en el concepto del que con dolo malo deja de poseer. El propietario obtiene el resarcimiento de su interés. Pero a pesar de ello conserva la acción reivindicatoria o respecto a la nueva especie. Si hubiese ejercitado primeramente ésta, podría utilizar la acción reivindicatoria de la cosa antigua a causa del daño no resarcido.

b) Si el especificador no procedió con dolo, el dueño de los materiales no podrá recurrir a estas acciones, pero a pesar de ello no queda desprovisto de defensa jurídica. Si la especificación determina una disminución del valor de la cosa aparece como daño culposo de una cosa ajena y se otorga una acción derivada del artículo 1.902 del Código civil o una acción similar a ésta. La culpa en este caso

no consiste en el trabajo mal hecho, sino sólo en haber especificado negligentemente materia ajena. Si falta culpa, no cabe ninguna acción.

Hasta ahora hemos siempre presupuesto que se transforma en una especie una cosa ajena, en cuyo caso el propietario de la materia queda propietario de la nueva cosa. Se llega sustancialmente al mismo resultado, cuando han sido especificadas muchas cosas ajenas del mismo propietario. Aunque continúa sobre la nueva especie su primitiva propiedad existente; lo que no excluye el hecho que según el género de especificación hay una fusión de varios derechos de propiedad en uno solo se produce una multiplicación del derecho de propiedad. Pero merece ser especialmente considerado el caso de que se transformen en una nueva especie cosas de diversos propietarios. Aunque en este caso mantengamos los sabinianos mantuvieron firme el principio *quod ex re nostra fit, nostrum est*. El desenvolvimiento de este principio conduce al siguiente resultado:

1.º Si la cosa especificada cae bajo la rúbrica de la accesión, el propietario de la cosa principal es el propietario de la nueva especie, y precisamente esta propiedad aparece como una continuación de su antigua propiedad existente sobre la cosa principal. El propietario de la consecuencia sólo tiene derecho al resarcimiento, pero si la unión es separable puede servirse de la acción reivindicatoria.

2.º Si la nueva cosa puede incluirse bajo la rúbrica de la coordinación, hay que distinguir si la unión obtenida en base a la especificación es separable o inseparable.

Si es separable, cada uno queda propietario de la parte hecha con su cosa y dispone de la acción reivindicatoria. El especificante sólo tiene derecho a ser resarcido, presupuesto siempre que la parte en cuestión después de la separación tenga un mayor valor para el propietario. Pero si es inseparable, a la nueva especie queda en copropiedad de los propietarios de la materia. Hay una copropiedad sobre la nueva especie y esta copropiedad no es una nueva propiedad, sino sólo una continuación de los viejos múltiples derechos de propiedad, pertenecen a varios sujetos como ya se expuso.

Finalmente, debemos tratar la cuestión del resarcimiento. Tenemos, ante todo, que distinguir dos casos: aquél en que la especificación hace adquirir la propiedad y el que no hace adquirirla.

En el primer caso (de especificación reducible y presupuesta la buena fe del especificante), tratándose de hurto, podemos hablar de la condición de robada de la cosa extinguida, y con esta condición se puede repetir la vieja cosa al ladrón. También podría pensarse simplemente que se ha enriquecido sin causa (aclarando que por otros poseedores entiendo que se trata nada más que del poseedor de buena fe que tenía título putativo y que ha hecho o ha obtenido una ganancia con la extinción de la cosa), o dicho de otra manera. Esta varian-

te se dirige a expresar el principio siguiente: que en todos los casos de especificación y de accesión, quien pierde en base a este hecho la propiedad en favor de otro puede pedir el resarcimiento.

Se plantea ahora la siguiente cuestión: ¿quiénes pueden ser otros poseedores? Que la acción de hurto puede ejercitarse contra todo poseedor es ciertamente un error, se debe tratar, sin duda de personas, que sin ser ladrones, responden por un motivo similar al hurto. Tal persona es el ladrón. No se sabe de quién más puede tratarse, si bien al ladrón se equipara, por disposición del artículo 512-2.º del Código penal de 1944, el que encontrándose una cosa perdida la especifica, en lugar de entregarla a la Autoridad para que la ponga a disposición de su propietario, como dispone el artículo 615 del Código civil.

No parece satisfactoria esta conclusión, de que generalmente el propietario de la materia no tenga más que esta protección; parece injusto; no sólo se debe conceder una acción en el caso de hurto y similares. En otros casos habría que atribuir una acción a título de enriquecimiento injusto, una acción para reclamar el precio de la materia especificada.

Respecto del segundo caso: especificación irreducible y reducible de mala fe el propietario de la materia queda propietario de la nueva especie. El resarcimiento se aplica según las reglas siguientes:

1.º Si el especificante está en posesión de la nueva especie, el propietario de la materia puede reivindicarla para él. El especificante, siempre que actúe de buena fe, puede alegar el dolo para ser resarcido. Si por el contrario el especificante es de mala fe, el propietario de la materia tiene la posibilidad de reivindicar la cosa nueva.

2.º Por el contrario, si el dueño de la materia es el poseedor de la nueva especie, el especificante no tiene contra él ninguna acción. A decir verdad se le podría otorgar la acción publiciana, en base al hecho de que el especificante adquirió legítimamente la materia. Si el poseedor-propietario de la materia se opone alegando su condición de dueño, el actor mediante una acción dirigida a obtener el precio del trabajo.

Si en base a la especificación hay una cosa principal y otra accesoría, la reivindicación contra el especificante puede corresponder sólo al propietario de la cosa principal, y el especificante puede siempre alegar el dolo. El propietario de la cosa accesoría, si ésta es separable, puede alegar esta situación de hecho. Si, por otro lado, el propietario de la cosa principal posee sólo la nueva especie, el especificante no tiene ninguna acción para ser resarcido por su trabajo.

Finalmente, si la cosa especificada cae en el ámbito de la coordinación, habrá una propiedad solitaria o una copropiedad según que la unión sea separable o no.

Si el especificante posee la nueva especie, puede hacer valer mediante la reivindicación su propiedad solitaria, y en el segundo caso su cuota de propiedad; el especificante podrá alegar el dolo.

Si por el contrario es el dueño de la materia el que posee, el especificante no tiene en este caso acción para ser resarcido por su trabajo.