

DERECHO CIVIL

CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR EL DOCTOR

BALDOMERO LLERENA

(Catedrático del ramo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
de la Capital de la Republica)

TOMO QUINTO

BUENOS AIRES

CÁRLAS CASAVALLE, EDITOR

Imprenta y Librería de MAYO, Perú 191

1890







CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

LIBRO TERCERO

Usufructo

CAPITULO II

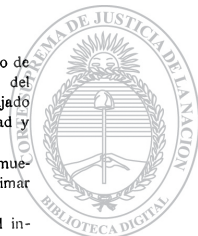
De las obligaciones del usufructuario, ántes de entrar en el uso y goce de los bienes

2846—El usufructuario, ántes d' entrar en goce de los bienes, debe hacer inventario de los muebles, y un estado de los inmuebles sujetos al usufructo, en presencia del propietario ó su representante. Si el propietario estuviere ausente, se le nombrará por el Juez un representante para asistir al inventario. (Concuerda con los arts. 2803—2847 á 2850.)

CONCORDANCIAS

(Código Frances, art. 600—Italiano, 496—Holandes, 829 y 830—De Luisiana, 525—Demolombe, tom. 10. n° 461—Demante, n° 441 bis, §§ 1 y 2)—Proudhon, tom. 2, n° 788 y sigtes.—Ultima parte de la nota del codificador al art. 2871—Goyena, 449.

Debe hacer inventario de los muebles: Aunque nuestro art. no contiene un mandato espreso de que se pongan en el inventario el valor estimativo de las cosas, los arts. 2809 y 2871 contienen disposiciones en que se da por supuesto que las partes han calculado el valor de los bienes muebles.



Así, el art. 2809, declara espresamente que en el usufructo de mercaderías los derechos respectivos del nudo propietario y del usufructuario se determinan por el valor que se les hubiese fijado á los objetos, ó por el inventario que determina su calidad y cantidad.

Teniendo el usufructuario derecho á disponer de las cosas muebles dadas en usufructo, siempre será de ventaja positiva estimar su valor para evitar dificultades.

"Respecto á las cosas fungibles, dice Proudhon, n° 789, el inventario debe contener á la vez la especie, la cantidad, la calidad y el precio estimativo, porque teniendo el usufructuario la facultad de devolverle al fin del usufructo en natura una cantidad de cosas iguales ó el precio de ellas, es necesario para en uno y otro caso fijar la base de la carga que le es impuesta."

Goyena, en el art. citado, exige espresamente que se tasen los muebles. En el mismo sentido se espresa la ley romana citada por el codificador en el art. 2871.

1° Cuando se ha hecho la estimacion, la responsabilidad del usufructuario será por ese valor, y cuando no, estará obligado á devolver cosas de la misma especie y calidad (art. 2871, nota del codificador al mismo y Marcadé allí citado).

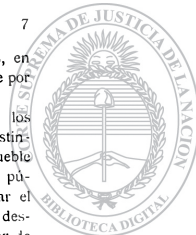
De manera que el usufructuario no podrá elegir entre restituir la cosa en natura ó restituir su valor, sino que deberá restituir lo primero cuando no se les ha fijado un precio y lo segundo cuando éste se ha fijado (comentario al art. 2871).

2817—Siendo las partes mayores de edad y capaces de ejercer sus derechos, el inventario y el estado de los inmuebles pueden ser hechos en instrumento privado. En caso contrario, el inventario debe ser hecho ante escribano público y dos testigos. En uno y otro caso, los gastos del inventario son á cargo del usufructuario. (Concuerda con los arts. 418—1012—1013—2846—2848).

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 229—Demolombe, tom. 10, n° 465)—Proudhon, tom. 2, n° 788 y 792.

Puede ser hecho en instrumento privado: Una cosa es el inventario de los muebles y la descripción del estado actual de los inmuebles, y otro el contrato de usufructo. Siendo así, las palabras que estudiamos en nada contradicen lo dispuesto en otra



parte sobre constitucion de derechos reales sobre inmuebles, en los cuales entra el usufructo, que debe hacerse forzosamente por escritura pública.

El contrato de usufructo y la descripcion é inventario de los bienes de que se compone son dos cosas completamente distintas é independientes. Así, el tercero adquirente de un inmueble sujeto á usufructo, si el acto se ha constituido por escritura pública, no podrá alegar nulidad de esa constitucion para librar el inmueble adquirido, fundándose en que no se ha hecho la descripcion de él ó que se ha hecho en escritura privada en vez de serlo por acto público.

Esa descripcion y ese inventario son únicamente para determinar de un modo preciso la estension de las obligaciones del usufructuario al fin del usufructo; pero en manera alguna la nulidad ó la falta de ese inventario puede anular el acto (art. 2848).

1º Debe tenerse presente que segun el art. 1012 es indispensable para la existencia del instrumento privado que esté firmado por todas las partes. De aquí se sigue que si éstas no saben firmar, el inventario á que se refiere este art. debe hacerse ante escribano. Proudhon, de donde esta disposicion ha sido tomada, dice: "Si todas las partes son mayores de edad y saben firmar pueden hacer el inventario y estimacion amigablemente bajo firma privada".

"Si alguno de ellos no sabe firmar, pueden lo mismo proceder amigablemente, pero deben hacerlo ante escribano."

Como complemento á este art., véase comentario al 2848.

2848—La falta de cumplimiento de la obligacion anterior, no deja sin efecto los derechos del usufructuario, ni lo somete á la restitution de los frutos percibidos; pero causa la presuncion de hallarse los bienes en buen estado cuando los recibió. (Concuerda con los arts. 1616—2271—2846—2847—2849.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau § 229—Duranton, tom. 4, n° 583—Demolombe, tom. 10, n° 470)—Proudhon, tom. 2, n° 793.

La falta de cumplimiento de la obligacion anterior:

Cuando esta obligacion no se ha cumplido en la forma debida, el efecto es el mismo. Si el usufructuario no se presta á reci-



bir las cosas bajo inventario, el nudo propietario tendrá los mismos derechos que en el art. 2856.

Ni lo somete a la restitucion de los frutos percibidos:

Este principio general debe aplicarse para todos los casos, sean las partes mayores de edad ó no, ó que la posesion del usufructuario haya sido tomada con ó sin el consentimiento del nudo propietario (comentario al 2849), pues, como hemos dicho antes, la existencia del contrato de usufructo es independiente del cumplimiento de las formalidades impuestas en los artículos anteriores. El punto decidido en las palabras que estudiamos es muy cuestionable por derecho frances (Laurent, tom. 10, nº 501).

Debe tenerse presente que el usufructo establecido por contrato solo se adquiere como el dominio de los bienes sujetos á él por la tradicion de los mismos. (Véase comentario al art. 2853.) Lo que allí decimos sobre la falta de fianza es aplicable al caso que estudiamos.

Pero causa la presuncion de hallarse los bienes en buen estado: Pero esta presuncion legal puede ser destruida por una prueba contraria, como lo es en los casos de los arts. 1616 y 2271, con los cuales guarda completa analogia el artículo que estudiamos; esa prueba contraria puede ser dada por testigos. Del mismo modo opinan Proudhon, Laurent, etc., etc.

1º Hecho el inventario en la forma debida, á ninguna de las partes le será permitido despues producir pruebas en contra, tanto respecto del monto de los bienes, como á su calidad ó su estado, salvo los casos de error, dolo, fuerza, etc., etc. El Código de Chile, art. 778 es terminante al respecto.

2º El propietario de los bienes puede negar su entrega al usufructuario si éste no se presta á hacer el inventario (argumento del art. 2854).

3º En caso de que las partes no se pongan de acuerdo para la determinacion del estado, etc., etc., de los bienes que hayan de entregar, estas especificaciones deberán hacerse por peritos nombrados por las partes ó por el Juez en caso de no ponerse éstos de acuerdo.

2849—Aunque el usufructuario hubiese tomado posesion de los bienes sujetos al usufructo sin inventario y sin oposicion del nudo propietario, en cualquier tiempo puede ser obligado á hacerlo. (Concuerda con los arts. 2846—2848 —2850 —2852).

CONCORDANCIAS

(Demante, Cours analytique, n° 441. § 3—Laurent, tom. 6, n° 502—Proudhon, tom. 2, n° 798.

En cualquier tiempo puede ser obligado á hacerlo:

Segun el art. 2846, el usufructuario ántes de entrar en posesion de los bienes está obligado á formar inventario; de aqui parece seguirse que en el caso resuelto en el que estudiamos, el nudo propietario ó los herederos de éste tendrán derecho á pedir el secuestro de los bienes de que el usufructuario habia entrado en posesion mientras éste no haga inventario, ó hacer uso del derecho acordado por el art. 2856 para el caso en que no se preste la fianza debida.

“Es necesario observar, dice Proudhon, lugar citado, que la ley no acuerda el derecho de entrar en el goce de la cosa sino despues de haber hecho inventario; quedaria en contradiccion consigo misma si acordase el derecho de conservar este goce cuando el usufructuario ha entrado en él sin haber cumplido este deber; de aqui se debe deducir que el nudo propietario ó el heredero tendrian derecho de hacer ordenar el secuestro de los bienes mientras no se hiciera el inventario.”

1º Aun en el caso en que el usufructuario hubiera entrado en el goce de los bienes con el consentimiento del nudo propietario sin hacer inventario, que despues exige se haga, deberá suponerse, salvo prueba en contrario, que los bienes fueron recibidos en buen estado (argumento del art. 2848).

2º Debe tenerse presente que nuestra ley no hace la distincion que algunos autores franceses, entre ellos Proudhon, sobre la restitution de frutos, y la exigencia de hacer inventario, segun que el usufructuario haya entrado en posesion de los bienes sin hacer inventario con ó sin el consentimiento del nudo propietario.

El derecho del nudo propietario para exigir el cumplimiento de esta formalidad, como el derecho del usufructuario á los frutos percibidos, no varía por ninguna de las circunstancias indicadas.

2850—Aun cuando el testador hubiese dispensado al usufructuario la obligacion de hacer inventario, y aunque hubiera dispuesto que si se le quisiese obligar á formarlo, el legado de usufructo se convertiría en legado de plena propiedad de la cosa, tales cláusulas se tendrán por



no puestas, cualquiera que sea la clase de heredero. (Concuerda con los arts. 285—2846—2849).

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 2, n° 801 y siguientes—Demolombe, tom. 10, n° 476—Merlin, Répert. verb. Usufruit—Aubry y Rau, § 229—En contra, Zachariae respecto á la generalidad de los herederos, § 307, nota 9—Demante, n° 441 bis, § 5)—Laurent, tom. 6, n° 497—Goyena, comentario á su art. 449—Nuestro comentario al art. 2815, n° 11.

Tales cláusulas se tendrán por no puestas: La razon es que la exigencia de la ley de hacer inventario es una medida de orden público, con el objeto, como dice Laurent, citado, de impedir las sustracciones que el usufructuario puede cometer; prohibir el inventario seria favorecer la mala fe, el robo. En derecho frances no hay un testo espreso que contenga esta prohibicion, pero la jurisprudencia se ha pronunciado en el sentido de nuestro artículo.

1º ¿Qué efecto producirá la cláusula que imponga al heredero una carga ó pena para el caso en que le exija al usufructuario la formacion de inventario? Es indudable que, con arreglo al principio que estudiamos, no produciria efecto alguno.

Desde que la dispensa de hacer inventario es completamente nula, es claro que la clausula penal impuesta para asegurar el cumplimiento de ese mandato nulo tendria que correr la misma suerte (art. 525 y sus concordantes).

2º Segun el art. 2846, el usufructuario, ántes de entrar en posesion del usufructo, tiene, á mas de la obligacion de hacer inventario, la de hacer constar el estado de los inmuebles; pero en el presente solo se habla expresamente de la dispensa de hacer inventario. ¿Se habrá querido decir con esto que el testador puede dispensar al usufructuario de esta segunda formalidad?

Laurent, tom. 6, n° 499, dice: “El motivo que la ley ha tenido para establecer estas dos formalidades no es el mismo. El inventario es de orden público; no se puede decir lo mismo de la descripcion del estado de los inmuebles; esto no concierne sino al interes del propietario y del usufructuario.”

Pensamos que por nuestro derecho tal dispensa no produciria efecto alguno respecto al derecho del heredero para exigir





en cualquier tiempo que se determine el estado del inmueble dado en usufructo. Si á consecuencia de esta dispensa el usufructuario hubiera entrado en posesion del inmueble, registrá exactamente lo dispuesto en el art. 2848, es decir, se supondrá que lo ha recibido en buen estado, mientras el usufructuario no pruebe lo contrario.

Nunca la dispensa de hacer constar el estado de la cosa, puede importar un derecho en el usufructuario para devolverla en el estado que él quiera, pues que esto sería autorizarle ha destruirla, cuando precisamente la ley exige su conservacion (arts. 2878, 2879, 2881 y sus concordantes).

3º Es necesario tener presente que muchas veces para determinar el estado del inmueble dado en usufructo hay que hacer un inventario de los muebles que están inmovilizados. En este caso rige lo dispuesto en el art. 2849, pudiendo el nudo propietario exigir en cualquier tiempo que se constate este estado.

4º ¿Qué efecto producirá la cláusula por la cual el nudo propietario impone espresamente la obligacion de devolver la cosa en buen estado?

Laurent, tom. 6, nº 499, haciéndose cargo de esta misma cuestion, dice: "Ha sido juzgado que el legado hecho con la carga espresa de volver la cosa en buen estado implica para el legatario la dispensa de hacer constar el estado del inmueble. Esta sentencia de la Corte de Poitiers fué revocada y con razon. La Corte de Casacion decia que hay un interes especial en que el estado del inmueble sea determinado, y es el de hacer constar la existencia de los muebles reputados inmuebles por determinacion. Este punto es muy importante".

"Los objetos que el usufructuario lleva al fundo y para su explotacion, no son inmovilizados, y por lo mismo el usufructuario puede llevarlos (véase nuestro art. 2946, argentino), mientras que las cosas inmovilizadas á tiempo de constituirse el usufructo pertenecen al nudo propietario y deben ser devueltas (el mismo artículo argentino citado). Es necesario, por consiguiente, saber si hay inmuebles por determinacion al tiempo de la constitucion del usufructo y cuáles son éstos."

Esto mismo creemos que es aplicable entre nosotros, en vista de lo dispuesto en el art. 2946 citado.

2851—El usufructuario, ántes de entrar en el uso de la cosa sujeta

al usufructo, debe dar fianza de que gozará de ella y la conservará de conformidad á las leyes, y que llenará cumplidamente todas las obligaciones que le son impuestas por este Código ó por el título constitutivo del usufructo, y que devolverá la cosa acabado el usufructo. La fianza puede ser dispensada por la voluntad de los constituyentes del usufructo. (Concuerda con los arts. 1998 y sus concordantes 2852 á 2861—2908).

CONCORDANCIAS

(L. 20, Tit. 31. Part. 3.—L. 7, Tit. 18. Lib. 3, F. R.—L. 13, Tit. 1. Lib. 7. Dig.—Código Frances, art. 601—Italiano, 497—Napolitano, 526—Demolombe, desde el n° 480—Véase Demante, n° 442 bis, §§ 1 y 2)—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1346 y sigtes.—Goyena, 449, inc. 2—Freytas, 4607, inc. 3—Código de Chile, 775.

Debe dar fianza de que gozará de ella y la conservará :

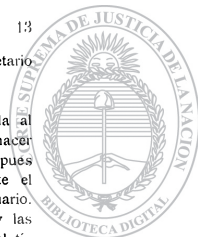
La fianza que aquí se exige es exigida no solo en el usufructo sino tambien en el cuasi usufructo; únicamente que en este último la fianza será por el valor de los muebles, como dice el art. 2855 y no de gozarla como un buen padre de familia, pues que en el cuasi usufructo el usufructuario puede consumir la cosa (art. 2811, Demolombe, tom. 10, n° 481).

1º Como la obligacion de dar fianza es una carga impuesta al usufructuario, éste debe cargar con los gastos de la escritura, como carga con los de inventario (art. 2847—Proudhon, tom. 2, n° 817).

2º La obligacion del fiador es ni mas ni ménos que la del mismo usufructuario; responderá de las pérdidas y deterioros de la cosa lo mismo que de la falta de conservacion de la sustancia de la cosa en los mismos términos que hemos hablado en el art. 2807. (Véase art. 2855.)

“Es necesario distinguir, dice Laurent, tom. 6, n° 506, para determinar el valor de la fianza, el caso en que el usufructuario se hace propietario de los bienes y el caso en que solo tiene derecho á gozarlos. Respecto á los primeros, la fianza debe ser suficiente para garantir el pago de la estimacion hecha en el inventario ó la restitution de las cosas en la misma cantidad y calidad, y en todo caso de su valor total. En cuanto á las cosas de que el usufructuario está obligado á conservar para devolverlas en natura, el fiador debe tambien garantir su restitution; pero si se trata de inmuebles, es inútil que el fiador asegure al nudo propietario el valor total, pues que el usufructuario





no puede disponer de ellos, y si los enajena, el nudo propietario tendrá siempre la acción de reivindicación."

Nuestro art. 2855 es espreso al respecto.

En este último caso parece racional que el fiador responda al nudo propietario por todos los gastos que haya tenido que hacer para reivindicar de terceros el inmueble dado en usufructo, pues esto entra en el principio general de que el fiador garante el fiel cumplimiento de las obligaciones impuestas al usufructuario.

3º Respecto de las personas que pueden ser fiadores y las condiciones que deben llenar, se estará á lo dispuesto en el título "*De la fianza*".

4º La caución es debida á cada uno de los propietarios de la cosa dada en usufructo. (Véase comentario al art. 2855.)

Puede ser dispensada: Esto no quita que mas adelante pueda el nudo propietario exigir fianza en el caso del art. 2860.

2852—Mientras el usufructuario no haya llenado la obligación impuesta por el artículo anterior, el propietario puede negarle la entrega de los objetos sujetos á usufructo; y si le hubiese dejado entrar en posesión de los bienes sin exigirle la fianza, podrá, sin embargo, exigírsela en cualquier tiempo. (Concuerda con los arts. 1201—2849—2851—2853.)

CONCORDANCIAS

(Ley B. Dig. De usufruct. - Demolombe, tom. 10, núms. 483 y 484—En contra Proudhon, tom. 2, n° 814.)

Podrá, sin embargo, exigírsela en cualquier tiempo:

La razón es que la renuncia no se presume; nadie renuncia á su derecho, dice Demolombe, citado, porque difiera su ejecución.

2853—La tardanza del usufructuario en dar la fianza no le priva de sus derechos á los frutos, desde el momento en que ellos le son debidos. (Concuerda con los arts. 2852—2856.)

CONCORDANCIAS

(Código Frances. art. 604—Italiano. 500—Demante, núms. 443 y 445)—Nuestro comentario al art. 2848—Laurent. tom. 6, n° 521—Freytas. 4575—Nuestro comentario á los arts. 2886 y 2891.

Desde el momento en que ellos le son debidos: Según el doctor Segovia, los frutos son debidos desde que se hace la tradición. Esta interpretación es contraria á la primera parte del presente artículo y texto espreso del 2850.



La primera parte, como se ve, y como lo hemos dicho en el comentario al art. 2848, declara que el usufructuario no pierde el derecho á los frutos por el hecho solo de no dar fianza; luego, el derecho á los frutos es independiente de la fianza y aun del inventario. Si así no fuera, esa primera parte no tendria objeto; si se refiriese únicamente al caso especial en que el usufructuario hubiera entrado en posesion de los bienes sin dar fianza, el codificador no habria dispuesto en el art. 2856 que cuando el usufructuario no dé fianza de los bienes inmuebles se le entreguen los alquileres al usufructuario. Esto prueba, decimos, que los frutos le son debidos al usufructuario, no desde que se le hace tradicion de la cosa, sino desde que se hizo el contrato ó desde la muerte del testador cuando se constituyó por testamento.

El art. 2820 es únicamente para determinar las relaciones de derecho entre el constituyente del derecho real y los terceros adquirentes de los bienes sobre que el usufructo se constituye, pero no respecto á los derechos del usufructuario en cuanto á los frutos y en relacion al nudo propietario. (Véase tambien un caso de aplicacion en el comentario al art. 2856.)

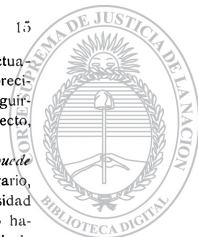
Esto es así no solo respecto á los inmuebles, sino tambien respecto á los muebles, como se desprende claramente del art. 2856, en que se habla de inmuebles, de mercaderías y de dinero. En todos los casos legislados en dicho art. se habla en el supuesto de que no se ha hecho tradicion de los bienes al usufructuario. (Véase Baudry-Lacantinerie, tom, 1, n° 1368 *bis*.)

2851—El usufructuario puede reemplazar la fianza por prendas, depósitos en los bancos públicos, pero no por hipotecas. (Conuerda con los arts. 1999—2000).

CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 203—Demolombe, tom. 10, n° 505—Aubry y Rau, § 229, n° 2—En contra, Proudhon, tom. 2, n° 848—La hipoteca, estará sujeta por este Código á concluir en un número determinado de años)—Véase arts. 3151 y 3197.

Puede reemplazar la fianza: Estas palabras demuestran que es voluntario en el usufructuario el dar fianza ó dar prenda ó hacer depósito en los Bancos. Lo que la ley quiere es que se aseguren de una manera permanente los intereses del nudo propietario. Si la ley habla de la fianza en primera línea es porque



toma esta como el tipo de la garantía debida por el usufructuario; pero no porque haya querido que esta garantía sea precisamente una fianza, y que solo en caso de no poder conseguirla á satisfacción del nudo propietario ó del Juez en su defecto, pueda reemplazarla por la prenda ó el depósito.

Es por esto que el legislador dice que el usufructuario *puede reemplazar* la fianza. Si hubiera querido disponer lo contrario, es decir, que el reemplazo solo se hiciera en caso de necesidad por no encontrar fiador, lo habria dicho espresamente. No habiéndolo dicho, tenemos que atenernos al sentido gramatical de las palabras empleadas.

Por lo demas, nuestro artículo se ha separado aquí de lo dispuesto en el art. 2000 por las razones indicadas en la nota del mismo codificador.

1º Creemos con el Dr. Segovia, nota 85, que cuando el usufructo no pasa de diez años, el usufructuario puede reemplazar la fianza con una hipoteca suficiente.

2º Todo desacuerdo entre el nudo propietario y el usufructuario sobre la suficiencia de la garantía ofrecida por este último, será decidido por el Juez (art. 2855). No sería justo dejar al usufructuario sujeto al capricho del nudo propietario en la apreciación de la solvencia del fiador ofrecido; y es por esto que el Juez debe decidir si es suficiente ó no la garantía ofrecida.

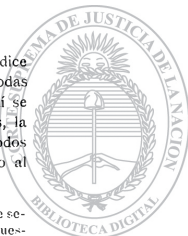
2855—La fianza debe presentar la seguridad de responder del valor de los bienes muebles, y del importe de los deterioros que el usufructuario podria hacer en los inmuebles. No conviniendo las partes, el Juez la fijará segun la importancia de los bienes sujetos al usufructo. (Concuerda con los arts. 2851—2871 -2872- 2883- 2885.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 552—Proudhon, tom. 2, n° 819—Marcadé sobre los arts. 601 y siguientes—Demolombe, tom. 10, n° 502)—Cód. de Chile. 775.

Del valor de los bienes muebles: Porque de éstos se hace propietario el usufructuario, y puede disponer válidamente.

Del importe de los deterioros: Como éstos no los puede enagenar el usufructuario, es inútil, como tenemos dicho, en el comentario al art. 2851, que la fianza sea por el valor total de ellos. Es tambien la razon que da Demolombe en el lugar citado.



No conviniendo las partes, etc.: La fianza, como dice Proudhon, es con el objeto de asegurar los derechos de todas las partes interesadas en la conservación de la cosa; de aquí se debe deducir como consecuencia que si hay varios herederos, la caución debe ser ofrecida ó consentida por todos, y que todos tienen derecho á contestar su insuficiencia. (Véase comentario al artículo siguiente.)

2456—Si el usufructuario no diere la fianza en el término que le señala el Juez, los bienes inmuebles serán dados en arrendamiento ó puestos en secuestro, bajo la garantía de un encargado de hacer las reparaciones y entregar el excedente de los alquileres ó arrendamiento al usufructuario (art. 303).

Si el usufructo consiste en dinero, será colocado á interés, ó empleado en compra de rentas del Estado (art. 123).

Las mercaderías serán vendidas, y se colocará su producto como el dinero.

El propietario puede exonerarse de tener á disposición del usufructuario los muebles que se deterioran por el uso, y exigir que sean vendidos, y se coloque el precio como el dinero (art. 2857).

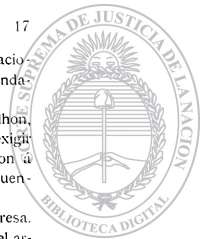
El propietario puede, sin embargo, conservar los objetos del usufructo hasta que el usufructuario dé la fianza, sin estar obligado á pagar interés por su valor estimativo.

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 602—Italiano, 498—Napolitano, 527—De Luisiana, 557—Demolombe, núms. 506 y sigtes.—El Cód. de Holanda, art. 833, prefiere la administración por el propietario, dando fianza; si no la da, permite el arriendo ó el secuestro. Por el derecho romano, el usufructuario que pudiendo dar la fianza, no la daba, perdía los frutos hasta que la diese.—L. 13, Tit. 1. Lib. 7. Dig.—Véase Zachariæ. § 307. nota 14)—Cód. de Chile, 777.

Si el usufructuario no diere la fianza, etc.: Se aplica esto, tanto al caso de no dar fianza alguna, como al en que la ofrecida es insuficiente, á juicio del Juez, para garantir al nudo propietario. No debe darse por satisfecha en parte la garantía de modo que dé derecho al usufructuario para exigir parte de las cosas comprendidas en el usufructo.

Serán dados en arrendamiento: ¿Á quién corresponde la elección del arrendatario? Para ninguna de las dos partes puede ser indiferente la elección del arrendatario; ambos están interesados porque éste sea persona que presente seguridades en el cumplimiento de las obligaciones de tal; el usufructuario por el



pago del arrendamiento, y el nudo propietario por las reparaciones que, estando á cargo del usufructuario, pasan al arrendatario.

"Cremos, dice Demolombe, tom. 10, nº 507, con Proudhon, (tom. 2, nº 876), que el nudo propietario tiene derecho á exigir que el arrendamiento sea hecho de modo que la conservación á cargo del usufructuario, sea asegurada é impuesta, en consecuencia, al locatario."

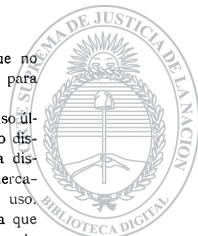
Respecto al precio del arrendamiento solo al usufructuario interesa.

Por manera que en principio general, se puede decir que el arrendamiento debe hacerse por el usufructuario, salvando siempre asegurar los derechos del nudo propietario, de tal modo que éste quede tan garantido como con la fianza; y en caso de no estar las partes de acuerdo, decidirá el Juez.

O puestos en secuestro: Es decir, dados en administración á un tercero. La elección en este caso se hará también de acuerdo entre las partes, como está ordenado para la fianza en el art. 2855, y en caso de no convenir, decidirá el Juez.

Será colocado á interes: ¿Quién soportará las pérdidas si el deudor se hace insolvente? En el cuasi usufructo, como en el usufructo de dinero, el usufructuario adquiere la propiedad de lo dado en usufructo, y por lo mismo puede disponer de esas cosas libremente; éste es siempre responsable aunque el fiador que haya dado se haga insolvente. Esto no sucede en la hipótesis resuelta en el inciso que estudiamos; el usufructuario no tiene el dominio del dinero, no puede disponer de él libremente; el depositario es elegido por el mismo propietario. De consiguiente, la pérdida no puede soportarla el usufructuario sino el dueño de ella, como sucede en el usufructo de animales individualmente determinados (art. 2903). El dinero, en el caso propuesto, no se confunde con el patrimonio del usufructuario.

Demolombe, tom citado, nº 508, refiriéndose á este mismo caso, dice: "En nuestra hipótesis, es decir, cuando el usufructuario no ha encontrado caucion, por una parte éste no se hace verdaderamente propietario del dinero que no entra á sus manos *ut ejus fiat*; no lo tiene á su disposición; por otra parte, la fianza en este caso, es mas bien hecha por el propietario que por el usufructuario; el deudor no puede entregar el dinero al usufructuario. De consiguiente, no habrá motivo para hacer responsable



al usufructuario por la insolvencia del deudor, á ménos que no sea culpable ó negligente en ejercer las acciones necesarias para interrumpir la prescripcion ó por otra causa".

Los muebles que se deterioran por el uso: El inciso último del artículo que estudiamos es una consecuencia de lo dispuesto en estas palabras. En los artículos anteriores se ha dispuesto el destino que debe darse á los inmuebles, á las mercaderías y al dinero; en el presente se trata de los objetos de uso. Estos quedarán siempre en poder del nudo propietario hasta que el usufructuario dé la fianza exigida por la ley, sin obligacion de pagar interes alguno por el tiempo que los tenga, como dispone el inciso último, y con derecho á pedir la venta de los que se deterioran por el uso, como lo dicen las palabras que estudiamos.

1º Respecto á los objetos de uso que no son susceptibles de deteriorarse, parece que el nudo propietario está en la obligacion de tenerlos á la disposicion del usufructuario, pues la primera parte del inciso que estudiamos principia diciendo que "*el propietario puede exonerarse* de tener á disposicion del usufructuario, etc.; lo cual significa que para éste la conservacion es una carga impuesta, y de la cual no puede exonerarse *sino* cuando se trata de objetos que son susceptibles de sufrir deterioro.

Los demas objetos que no son de esta naturaleza, tales como los cuadros, bronce, estatuas ú otras obras de arte, si bien el propietario debe tenerlos á la disposicion del usufructuario, no está en la obligacion de pagar alquiler por el uso que haga de ellos.

Estas son las teorías aceptadas por todos los jurisconsultos que se han ocupado de los arts. 602 y 603 del Código Frances iguales á nuestros dos últimos incisos (Demolombe, tom. 10, núms. 511 á 514 y demas autores citados por éste).

2º ¿Qué destino debe darse á las cosas que no son inmuebles, ni mercaderías, ni dinero, ni objetos de uso, sino animales de cria, por ejemplo? Es indudable que la mente del codificador es que estos bienes se pongan bajo la administracion de un tercero, bajo las mismas condiciones y cargas impuestas al arrendatario en la primera parte del artículo que estudiamos.

2557—Si el usufructuario, aunque no haya dado fianza, reclamare bajo caucion juratoria la entrega de los muebles necesarios para su uso, el Juez podrá acceder á su solicitud. (Concuerda con el art. 2556, inc. 4.)

CONCORDANCIAS

(Código francés, art. 608 —Italiano, 499—Holandes, 834 —Napolitano, 528 —De Luisiana, 557)—Código de Chile, 777, § penúltimo —Goyena, 451 —Demolombe tom. 10, n° 514.

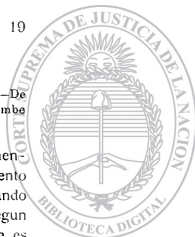
El Juez podrá acceder á su solicitud: Goyena, comentando su art. 451, igual al nuestro, dice: "Este es un temperamento de equitativa consideracion *hacia el usufructuario pobre*, autorizando al Juez para admitir aquella caucion en un caso especial y segun las circunstancias de la persona". Esta misma creemos que es la inteligencia del que estudiamos. Nuestra ley no es imperativa; únicamente autoriza al Juez para acceder al pedido del usufructuario, como una excepcion al principio general que exige que el otorgamiento de la fianza sea previo á la posesion; y esta excepcion no puede ser sino para el caso en que se trate de un usufructuario pobre que la ley quiere proteger especialmente.

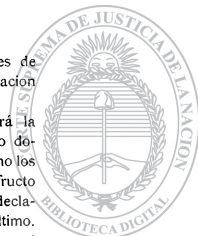
2858—Están dispensados de dar fianza los padres, por el usufructo de los bienes de sus hijos; pero esta dispensa no se aplica al usufructo constituido por convencion ó testamento de tercera persona á beneficio de los padres sobre los bienes de los hijos. (Concuerda con los arts. 287 y siguientes—2816—2862.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 2, n° 828 —Demolombe, tom. 10, n° 488 —Aubry y Rau, § 229, n° 2, letra D.)

Pero esta dispensa no se aplica al usufructo constituido por convencion ó testamento, etc.: Segun los autores franceses citados por el codificador, de los cuales se ha tomado nuestro artículo, el padre usufructuario de los bienes donados al hijo debe siempre dar causacion, ménos cuando el constituyente del usufructo lo ha dispensado espresamente de esta obligacion. Aunque esta interpretacion es la que á primera vista parece que es la que debiera tener este artículo por cuanto nuestro codificador no dice, como otras veces, que se separa de los autores citados, algunas disposiciones autorizan una interpretacion distinta. Esta interpretacion consistiria en decir que siempre el padre está dispensado de dar fianza por el usufructo de los bienes de sus hijos, *ménos cuando* el testador ó constituyente del usufructo que ha dejado la propiedad de la cosa á los hijos del usufruc-





tuario ha *exigido* espresamente que el padre dé fianza ántes de entrar en el goce de la cosa. Decimos que tal interpretacion está autorizada por otras disposiciones del Código.

El art. 294, por ejemplo, declara que el padre no tendrá la administracion de los bienes del hijo sino cuando han sido donados ó dejados con la condicion espresa de que el padre no los administre. El art. 290 establece que el padre tiene el usufructo de los bienes donados ó dejados al hijo, cuando no se ha declarado espresamente que el usufructo pertenezca á este último. Como se ve, en ninguno de estos casos la ley exige fianza al padre, porque el legislador ha creído encontrar suficiente garantía en las afecciones de los padres hácia los hijos, y que ellos pondrán el cuidado necesario para una buena administracion.

La libre administracion de los padres sin las trabas de la fianza es el principio general que domina en nuestro Código. Si el art. 204 permite á los padres administrar los bienes dejados á los hijos sin restriccion alguna cuando espresamente no se le ha quitado esta administracion, no habria razon alguna para establecer lo contrario en el caso especial en que el usufructo se deja al padre y la nuda propiedad al hijo.

Es por esto que decimos que la escepcion puesta en el artículo que estudiamos, al principio de que los padres no deben dar fianza por el usufructo de los bienes de sus hijos, es únicamente para el caso en que el testador hubiera impuesto espresamente al padre esta obligacion; pero no que la fianza sea impuesta por la ley para todos los casos aunque el constituyente no la hubiera ordenado espresamente.

Es entendido que la dispensa solo puede ir hasta que los hijos salgan de la menor edad. Desde esa época los padres quedan en la condicion de terceros estraños (Proudhon, 2, n° 826).

Téngase presente lo dispuesto en el art. 2860 y sus concordantes.

2859—Están tambien dispensados de dar fianza, el donante de bienes con la reserva del usufructo, y to los los que, enajenando una cosa á título oneroso, se hubiesen reservado el usufructo. Pero tampoco esta dispensa podrá estenderse al adquirente y donatario del usufructo de un bien, del cual el vendedor ó el donante se hubiese reservado la nuda propiedad. (Concuerda con los arts. 2851—2858—2860.)

CONCORDANCIAS

Goyena, 419, inciso 4. Código de Chile, 775, § 2—I. francos, 601—Démolombe, tom. 10, n° 489.



Enajenando una cosa á título oneroso: Se comprende aquí toda clase de enajenacion, como la venta, permuta, etc., etc., pues para todos los casos hay identidad de razones (Demolombe, tom. citado, n° 490). La dispensa legal de dar fianza no impide que las partes convengan en que aun en los casos de que se ocupa esta parte del artículo, se dé la fianza por el donante ó enajenante (Segovia, nota 93).

Pero tampoco esta dispensa, etc.: En los casos de este inciso las partes pueden convenir en la dispensa de la fianza (última parte del art. 2851).

2860.—Si durante el usufructo sobreviene en la posesion personal del usufructuario un cambio de tal naturaleza que ponga en peligro los derechos del nudo propietario, por ejemplo: si quebrase, éste puede reclamar una fianza si el usufructuario estuviere dispensado de darla. Lo mismo será cuando el usufructuario cometa abuso en el uso y goce de los bienes que tiene en usufructo, ó cuando dé lugar á justas sospechas de malversacion (Concuerda con los arts. 301—302—2850—2939.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 2, n° 863 á 868 —Zachariæ, § 307, nota 16—Aubry y Rau, § 229, letra D —Demolombe, tom. 10, n° 497 y 498)

Posesion: Debe leerse posicion.

Un cambio de tal naturaleza que ponga en peligro los derechos del nudo propietario: Sucede muchas veces que el constituyente del usufructo, al dispensar al usufructuario de dar fianza no ha tenido en cuenta el monto de la fortuna del usufructuario, sino únicamente sus cualidades morales, tales como su laboriosidad, su buen nombre, etc. Cuando el constituyente ha dispensado de la fianza á una persona de estas condiciones, es claro que la pobreza del usufructuario nunca puede ser un motivo para exigir fianza por mas que, por falta de responsabilidad material, no estuviera completamente garantido el nudo propietario. Es por esto que la ley exige un *cambio en la posicion personal del usufructuario*. Mientras éste permanezca en el mismo estado, los Jueces no deben acceder á las exigencias del propietario para que el usufructuario rinda fianza.

Cuando dé lugar á justas sospechas de malversacion: Al Juez toca apreciar los hechos que se prueben por el nudo propietario, si importan ó no malversacion.

2861—En el caso en que el inmueble sometido al usufructo, sea expropiado por causa de utilidad pública, el usufructuario aunque sea solvente, y esté dispensado de dar fianza, no puede recibir la indemnización de la expropiación sino con el cargo de dar por ella fianzas suficientes.

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 229, al fin)—Proudhon, tom. 2, n° 870.

Si no da fianza se procederá como está dispuesto en el art. 2856.

CAPITULO III

De los derechos del usufructuario

2862—Los derechos y las obligaciones del usufructuario son los mismos, sea que el usufructo venga de la ley, ó que haya sido establecido de otra manera, salvo las excepciones resultantes de la ley ó de la convención. (Concuerda con los arts. 2812—2858—2859—2884.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 304—Demolombe, tom. 10, núms. 264 y 265)—Proudhon, tom. 2, n° 886.

2863—El usufructuario puede usar, percibir los frutos naturales, industriales ó civiles, y gozar de los objetos sobre que se establece el usufructo, como el propietario mismo. (Concuerda con los arts. 2329—2424—2864 y sigtes.)

CONCORDANCIAS

(LL. 20 y 23. Tit. 31. Part. 2ª—L. 9, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Cód. Frances, art. 582—Italiano, 479—Napolitano, 507—De Luisiana, 596—Véase Marcadé, sobre el art. 578—El derecho del usufructuario es, sin duda, el derecho de gozar de los bienes como el propietario mismo: es decir, con las mismas prerogativas y con las mismas cargas; pero únicamente en lo que concierne al uso ó á la percepción de los frutos, pues él no podría recoger los productos que no son frutos. Es preciso no tomar en un sentido absoluto la expresión *como el propietario mismo*. No podría convertir una viña en campo de pastos, ni transformar el bosque en una tierra de labor. Sobre todo, está obligado á conservar la sustancia ó condición de la cosa. Nota del codificador al art. 2329—Goyena, 438 y su comentario—Freytas, 4508—Proudhon, 37, tom. 2, n° 887—Demolombe, tom. 10, n° 267—Aubry y Rau, § 230, n° 2—Cód. de California, 974.

Como el propietario mismo: Este es el principio regulador de los derechos del usufructuario, salvo las modificaciones establecidas como consecuencia del principio general que obliga al usufructuario á conservar la *sustancia* de la cosa. En la imposibilidad de comprender en una sola disposición toda la estension de



los derechos de éste, el codificador, partiendo del principio sentado en el presente artículo, ha legislado en este capítulo todos los casos que pueden presentarse. Á medida que estudiemos los concordantes, tendremos ocasion de completar su estudio.

2861—Los frutos naturales pendientes al tiempo de comenzar el usufruto pertenecen al usufructuario. Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufruto pertenecen al propietario, y si están vendidos, el precio corresponde tambien al propietario. Ni uno ni otro tienen que hacerse abono alguno por razon de labores, semillas u otros gastos semejantes salvo los derechos de los terceros que hubiesen empleado su trabajo ó su dinero en la produccion de los frutos. Lo que se deba por esta razon debe ser satisfecho por el que perciba los frutos. (Concuerda con los arts. 2424—2865—2922.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 585—Italiano, 480—Holandés, 809—De Luisiana, 538—L. 27, Tit. 1, Lib. 7, Dig., y L. 8, Tit. 1, Lib. 33, id.—Demante, n.º 423—Molitor, *Servidumbres personales*, n.º 56, sostiene con los mejores fundamentos la doctrina que forma el artículo. El derecho español guarda silencio á este respecto—Aubry y Rau, § 290, enseñan que si los gastos eran debidos á tercero, el usufructuario debía, sin duda, satisfacerlos, pero que tendria derecho á reclamarlos del propietario. ¿De dónde le naceria ese derecho?—De la misma opinion son Marcadé, sobre el art. 585, n.º 4—Proudhon, tom. 3, n.º 1150—Toullier, tom. 3, n.º 402—Pero ninguno de estos autores funda el derecho del usufructuario para repetir lo que reconoce que él debía pagar al que hubiese hecho el trabajo ó empleado su dinero para la produccion de los frutos)—Goyena, 499 y su comentario—Freytas, 437—Laurent, tom. 6, n.º 372—Código de Chile, 781—Código de California, arts. 975 á 977.

Los frutos naturales: La tercera parte de este artículo, al hablar de gastos de labores y semillas, da á entender que en el presente artículo deben comprenderse tambien los frutos industriales definidos por el art. 2424. El doctor Segovia, nota 105, piensa lo mismo.

Al tiempo de comenzar el usufruto: En el comentario al art. 2853 hemos dicho que los derechos del usufructuario en relacion al nudo propietario empiezan desde la formacion del contrato. Consecuentes con esto, debemos decir aquí que cuando la ley habla de frutos pendientes al tiempo de comenzar el usufruto, se refiere á los pendientes al tiempo de contratarse.

Vice-versa: Cuando habla de frutos pendientes á tiempo de extinguirse el usufruto, se refiere á los que lo son en la fecha marcada en el contrato para la duracion del usufruto (art. 2922).





1º Nuestro artículo establece que los frutos pendientes á tiempo de concluir el usufructo pertenecen al nudo propietario. ¿Qué sucederá si el usufructuario adelanta la cosecha del tiempo en que era regular hacerla para evitar que la haga el nudo propietario? La intencion del legislador no puede ser que en este caso el usufructuario adquiera esos frutos irregularmente recogidos.

“El usufructuario, dice Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1322, debiendo gozar de la cosa como buen padre de familia, no debe percibir los frutos sino en la época de su madurez, salvo la escepcion para ciertos frutos que es necesario cosecharlos verdes, como las aceitunas. El usufructuario que no se conforma á esta regla, no puede hacerse propietario de los frutos recogidos irregularmente si el usufructo termina ántes de la época en que la cosecha ha debido ser hecha; por lo ménos el propietario tendria derecho á reclamar una indemnizacion igual al perjuicio que recibe.” Del mismo modo piensa Marcadé, tom. 2, nº 474.

Esto mismo debe juzgarse entre nosotros; el hecho de la cosecha anticipada es indudablemente un acto fraudulento que no puede dar derecho al usufructuario para recibir una cosecha de mas, mucho ménos si él recibió la pendiente al tiempo de formarse el usufructo. Otro tanto debe decirse cuando la destruye. (Véase el nº 3 de este comentario, y Freytas citado.)

Y si están vendidos: Cuando el usufructuario conoce con anterioridad el tiempo que va á durar el usufructo, sabe necesariamente que lo que vende no es suyo. Se encuentra en el mismo caso del que hace la cosecha, sin deberlo, anticipadamente con la intencion de privar de ella al nudo propietario. Así, por ejemplo, si sabiendo que el usufructo termina en Julio y vende la cosecha de ese año que se va á recoger recién en Setiembre, habrá lugar á que el nudo propietario que se cree perjudicado con esta venta (por haberse vendido por ménos de lo que vale, por ejemplo) puede reclamar, probando que con esa enajenacion se ha querido defraudar sus intereses. Pero esta accion sólo podrá ejercerla contra el usufructuario y no contra el comprador, ménos cuando éste ha sido cómplice en el fraude.

Otro tanto debe aplicarse al propietario respecto á los frutos pendientes á tiempo de constituirse el usufructo si el usufructuario no sabía que estaban enajenados por el nudo propietario. Si los habia vendido, éste ha debido forzosamente avisar al usufruc-



tuario en el usufructo constituido por contrato, para que pudiese hacer sus cálculos bajo esa base (nota del codificador a este artículo). Si no lo ha hecho, es claro que le corresponde el precio de la venta; y podrá reclamar por ella en caso de poder probar una intención fraudulenta por parte del enajenante. Si es por testamento, el hecho varía; en tal caso no hay más que pensar que la liberalidad del testador ó donante está más limitada en su valor.

No sucede lo mismo respecto al usufructuario cuando el usufructo ha terminado en una época que de antemano no podía conocerse, por ejemplo, cuando termina por su muerte (art. 2921). Bien ha podido vender muy barata la cosecha de un año porque así convenía á sus intereses, y porque podía vender á como quisiera; en tal caso desaparece toda sospecha de fraude, y por más que en realidad la venta perjudicase al nudo propietario por lo bajo del precio, no puede reclamar contra los herederos del usufructuario, y menos contra el comprador.

En el caso anterior es distinto; el usufructuario sabe que lo que vende es del nudo propietario y que tiene derecho á percibir el precio de la venta. Siendo así, no ha podido tener objeto en hacer la venta, salvo cuando esto se explique por otras causas.

Ni uno ni otro tienen que hacer abono alguno: "Por derecho romano, dice Goyena, comentando su artículo 439, igual al nuestro, procedía en este caso la regla general de abonar ó deducir los gastos, puesto que por fruto no se entiende sino lo que resta después de esta deducción; pero de aquí se originaban contiendas y pleitos que se cortan por el artículo, porque aquí la suerte ó el azar es igual para el propietario y el usufructuario."

La disposición de nuestro artículo es, por otra parte, una consecuencia de lo establecido en el 2910, que impone al nudo propietario la obligación de entregar al usufructuario la cosa objeto del usufructo en el estado en que se hallare. Á los que atacan los principios sentados en nuestro artículo, Baudry-Lacantinerie, les contesta diciendo que la regla seguida por el art. 585 frances (igual á la de nuestro artículo) casi siempre en la práctica da por resultado una justa compensación entre el usufructuario y el propietario; aquél recibirá al principio del usufructo una cosecha preparada por los cuidados del segundo, pero éste recibirá tam-



bien casi siempre al fin del usufructo una cosecha preparada por los cuidados del primero. "Al rededor de estos dos casos, agrega, será fácil comprender que la ley tan pronto beneficiará al propietario como al usufructuario, sin que uno pueda decir de antemano á cuál de los dos, á causa de la incertidumbre que existe siempre acerca de la época en que el usufructo termina.

Salvo el derecho de los terceros: Éstos tienen privilegio sobre el precio de la cosecha (art. 3888) y deben cobrar sus réditos del dueño de ella, y no del nudo propietario, como lo afirma el doctor Segovia en la nota 109, contrariando lo dispuesto en la última parte del artículo que estudiamos, que así lo ordena.

Desde que en esa última parte se establece que el que perciba los frutos es el que debe satisfacer esas deudas, mal se puede decir interpretándola que el cobro debe hacerse á otro que al que la ley le impone la obligacion de satisfacerlas. Aunque, segun la opinion que combatimos, en definitiva es el dueño de los frutos el que viene á pagarlas, no hay disposicion que autorice ni conveniencia para nadie en que se entablen dos acciones en vez de una para para efectuarse el pago, como serian la del acreedor contra el dueño de la cosa fructuaria, y la de éste contra el dueño de los frutos, por reembolso. Esto sucederia respecto á las deudas por los frutos del primer año.

Lo que se deba por esta razon: Deben aplicarse aquí los mismos principios de equidad de que hemos hablado ántes en este comentario respecto al fraude que pueda haber entre las partes. Así, por ejemplo, si al contratar el usufructo habia acreedores por gastos de labor y semillas de los frutos pendientes que el nudo propietario no hubiera hecho conocer al usufructuario en el usufructo constituido por contrato oneroso para que bajo la base de esas deudas hiciera sus cálculos, es indudable que esto daria lugar á sospecha de fraude por parte del nudo propietario, y derecho á reclamar los perjuicios por parte del usufructuario.

1º Si en la cosecha toma participacion algun colono ó medianero, el que perciba los frutos está en la obligacion de respetar esa parte que debe considerarse como que no ha entrado en el usufructo. Así, por ejemplo, si á tiempo de principiar e usufructo los frutos pendientes pertenecian por mitad al nudo propietario y á un colono, por lo mismo que el propietario no tenía mas que una mitad, el usufructuario solo debe recibir esa mitad.



Si, por el contrario, á tiempo de concluir el usufructo la cosecha pertenecia por mitad al colono y al usufructuario, el propietario solo tendrá derecho á la mitad, pues se supone que la parte del colono son gastos de labranza que se le deben.

Todos los Códigos citados, hacen una disposicion espresa al respecto. Nuestro Código no la trae en los términos que éstos porque en la última parte del artículo debe considerarse comprendida la disposicion de dichos Códigos; además de estar, como decimos, implícitamente comprendido el caso de los colonos medianeros, la redaccion de nuestro inciso evita la cuestion á que esos Códigos han dado lugar respecto á lo que se deba á terceros en razon de labores ó semillas. Decimos que el artículo comprende el caso de los colonos porque la participacion que á éstos se les da es siempre en razon del trabajo de cultivo á que se les obliga; luego viene á ser una deuda que entra en la categoría de las de que habla el inciso último.

2º Debe tenerse presente que cuando en el artículo se habla de terminacion del usufructo, se refiere tanto al que termina por el vencimiento del plazo estipulado como al que termina en razon de la muerte del usufructuario ó por cualquiera otra causa.

3º Cuando el usufructo termina despues de la época en que debe hacerse la percepcion de los frutos, y ésta no se ha hecho aun, pensamos que para determinar los derechos de las partes debe hacerse la distincion que hace Marcadé (tom. 2, nº 474), del caso en que la cosecha no se ha hecho por culpa del nudo propietario y el en que no ha tenido culpa alguna.

En el primer caso el usufructuario debe tener una indemnizacion proporcional al valor que va á recibir por la cosecha el nudo propietario, ó dar plazo al usufructuario para que la haga él; en el segundo, cualquiera que sea la causa de la demora, aunque sea por fuerza mayor, pues ésta no es una causa que pueda serle inculpable al propietario, será el usufructuario el perjudicado. El está sujeto á todas esas eventualidades.

2865.—Los frutos civiles se adquieren dia por dia, y pertenecen al usufructuario en proporcion del tiempo que dure el usufructo, aunque no los hubiese percibido. (Concuerda con los arts. 2081—2864—2922—Véase art. 2425.)

CONCORDANCIAS

(Código frances, art. 586.—Italiano, 481.—Napolitano, 511.—Holandes, 810—

De Luisiana, 540—L. 26, Tit. 1, Lib. 7, Dig. —Molitor, *Servidumbres personales*, n° 57) —Goyena, 440—Código de Chile, 790 —Marcadé, sobre el art. 585 francos — Freytas, 4618, § 2—Código de California, 978.

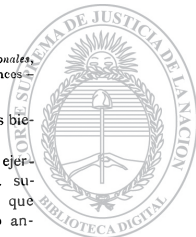
Los frutos civiles: Es decir, la renta que producen los bienes usufructuarios (art. 2424.)

Segun el artículo 2870, el usufructuario puede arrendar el ejercicio de su derecho de tal, pero este arrendamiento queda sujeto en su duracion á la del usufructo. De aquí se sigue que al arrendatario deberá aplicarse la mismas regla del artículo anterior en lo que respecta al usufructuario.

Hará suyos los frutos percibidos á esa época, y serán del nudo propietario los pendientes.

Marcadé, tom. 2, n° 482, tratando esta misma cuestion, dice: "¿ Cuáles serán los derechos del usufructuario que ha transformado los frutos naturales en civiles, ó vice-versa ?

No puede haber aquí dificultad: la razon dice que es necesario aplicar distributivamente las dos reglas; la de los frutos naturales y la de los frutos civiles. Así, el legado hecho á mí de una tierra de labor que el propietario cultiva por sí mismo se abre el 15 de julio, algunos dias ántes de la cosecha; esta tierra, en virtud de un arrendamiento que habia hecho el propietario, ó que yo mismo habia hecho, poco importa, se entrega á otro al fin del mes de setiembre siguiente bajo condicion de pagar 600 francos, en los primeros dias de enero nuevo. Nada mas simple que resolver este caso. Despues del 15 de julio hasta el fin de setiembre, no estando la tierra arrendada produce frutos naturales, y mi derecho está regido desde entonces por el art. 585, (es igual al 2864 argentino) que declara que esos frutos se adquieren por la percepcion: por consiguiente, son míos porque desde el 20 de julio al 10 de agosto he hecho la cosecha; por consiguiente, toda ella me pertenece. Al contrario á contar desde el fin de setiembre, se trata ya de frutos civiles, los cuales segun el art. 586 (igual al 2865 argentino, que estudiamos), se adquieren dia por dia; por consiguiente, mis herederos tienen derecho por los tres meses de octubre, noviembre y diciembre al cuarto del arrendamiento de un año; es decir, á 150 francos del primer trimestre que deberá pagar el arrendatario. De este modo yo tendré cinco cuartos del producto de un año por el goce de ménos de medio año. Pero si el usufructo se hubiera abierto el 1° de se-





tiembre, algunos días después de la cosecha, el usufructo de un terreno que no estaba actualmente arrendado, pero que un arrendatario debe tomarlo el 1º de julio siguiente, y yo muriese el 1º de setiembre, después de un año de usufructo, mi sucesión no tendría por este año más que la sexta parte de los frutos, 100 francos sobre 600, aunque hubiera recogido una cosecha entera durante mi usufructo".

Puede suceder muchas veces que un usufructo constituido poco después de la cosecha, venga á terminar poco ántes de la siguiente cosecha por la muerte del usufructuario; en tal caso, si ha estado arrendado el derecho al usufructo, el usufructuario solo podrá percibir las mensualidades devengadas, mientras que el propietario hará suya la cosecha, puesto que el arrendatario no tendría derecho á ella desde que según el art. 2870 el arriendo termina con la muerte del usufructuario. (Véase, sin embargo, lo dicho en el comentario al art. 2870 sobre la terminación del arrendamiento.

1º Cuando el inmueble dado en usufructo estaba arrendado por el propietario, y el usufructuario muere ántes de terminar el arrendamiento, los herederos de éste solo tendrán derecho á los arrendamientos devengados aunque no estén pagados hasta la fecha de su muerte; el resto que falte á devengar corresponde al nudo propietario.

2866—Corresponden al usufructuario los productos de las canteras y minas de toda clase que estén en explotación al tiempo de comenzar el usufructo, pero no tiene derecho á abrir minas ó canteras. (Concuerda con los arts. 2376—2444 y nota del codificador al mismo artículo.)

CONCORDANCIAS

(Código francés, art. 508 - Napolitano, 523—Holandes, 822—De Luisiana, 545 — Tales trabajos deterioran la superficie de la tierra—Véase Demante. *Cours analytique*, n° 438 bis. §§ 1 y 2 - Molitor, *Serridumbres personales*. n° 61)—Goyena, 411—Freitas, 4633, incisos 6 y 7—Demolombe, tom. 10, n° 495 y sigtès.

El presente artículo ha sido derogado por el actual Código de Minería de la República en sus arts. 365 á 372. Como aquel Código, por ser especialmente de la materia, debe prevalecer al Civil; es allí donde deben buscarse los derechos del usufructuario de un fundo en lo que se refiere á las minas. En las notas

ilustrativas del codificador á esos artículos encontrará el lector la razón del cambio. (Véase nuestro comentario al art. 2869, nº 2.)

2867—Corresponde al usufructuario el goce del aumento que reciben las cosas por accesión, así como también el terreno de aluvión. (Concuerda con los arts. 2835 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Proyecto de Goyena, art. 442—Código de Chile, 775—En contra Aubry y Rau § 280, que limita el derecho del usufructuario á las accesiones de las cosas al tiempo de constituirse el usufructo, y no á las accesiones ulteriores)—Nuestro comentario al art. 2835—Código de California, 181—Marcadé, sobre el art. 596—Freytas, 4568, inc. 3—En nuestro comentario al art. 2835 se puede ver el alcance de la presente disposición.

2868—El usufructuario no tiene sobre los tesoros que se descubran en el suelo que usufructúa el derecho que la ley concede al propietario del terreno. (Concuerda con los arts. 2558—2559.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 598—De Chile, 786—Zacharie, § 308, nota 21—Marcadé sobre el art. 598—Demolombe, tom. 10, nº 333—Demante, nº 438)—Freytas, 4569, inciso 1°.

Derecho que la ley concede al propietario: Únicamente como usufructuario es que no tiene derecho al tesoro encontrado; pero si él lo encuentra, indudablemente que le corresponde la mitad á título de descubridor (art. 2558, Marcadé, tom. 2, 505, Freytas, lugar citado). El usufructuario no puede ser de peor condición que los terceros extraños, á quienes se les acuerda como descubridores la mitad del tesoro (art. 2556).

Véase el comentario al artículo siguiente, donde se habla del tesoro encontrado.

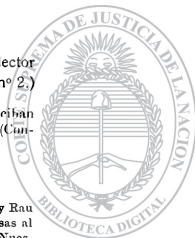
2869—Al usufructuario universal ó de una parte alícuota de los bienes, corresponde todo lo que pueda provenir de las cosas dadas en usufructo, aunque no sean frutos, en proporción á la parte de bienes que gozare. (Concuerda con el art. 2827.)

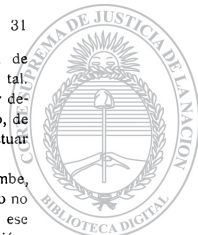
CONCORDANCIAS

Freytas, 4570—Nuestro comentario al art. 2827—Demolombe, tom. 10, nº 258 bis—Proudhon, tom. 2, nº 529.

Corresponde todo lo que pueda provenir: Es decir, tie-

...





ne derecho á usufructuarlo, pero no adquiere la propiedad de esos aumentos, como adquiere los frutos, pues no lo son tal. Á diferencia del usufructuario de una ó varias cosas ciertas y determinadas, el usufructuario universal de la mitad, por ejemplo, de los bienes de una persona, tiene siempre derecho á usufructuar esa mitad de bienes, ya sea que aumente ó disminuya.

“El principio fundamental de esta diferencia, dice Demolombe, lugar citado, está en que el usufructuario de un objeto cierto no tiene sino el derecho definido y limitado de gozar solo de ese objeto y de sus dependencias que forman parte integrante; mientras que el usufructuario á título universal tiene derecho á gozar de todas las cosas que vienen á aumentar la masa y confundirse con esa universalidad de que es usufructuario.”

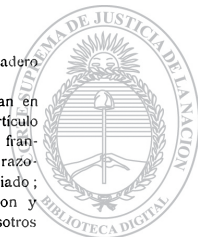
“El usufructuario universal, dice Proudhon, citado, debe tener el goce total ó parcial de todos los derechos hereditarios, y de todo aquello que, por efecto de esos derechos, viene á aumentar la masa de la sucesión.”

El doctor Velez cita como ejemplo lo pagado por un vecino como precio de la medianería que adquiere en la pared del inmueble dado en usufructo, porque ese dinero pagado viene á aumentar el patrimonio de que es usufructuario. Á este ejemplo se puede agregar el precio pagado por las Compañías de Seguros (Segovia, nota 117), el pagado por la adquisición de una servidumbre sobre los inmuebles comprendidos en el usufructo.

¿Qué debemos decir del tesoro encontrado, respecto á la parte que pertenece al nudo propietario? Que el usufructuario no adquiere la propiedad á título de tal es indudable. La cuestión está en saber si el usufructuario universal y el de cosa cierta tienen derecho á usufructuar la parte que le ha tocado en propiedad al nudo propietario.

Los autores franceses, apoyándose en el art. 508 de aquel Código, igual al 2868 nuestro, opinan generalmente que no haciendo distinción alguna dicho artículo entre el usufructuario de cuerpo cierto y el universal cuando declara que el usufructuario no tiene derecho al tesoro encontrado, la jurisprudencia tampoco debe hacerla.

Tratándose del Código francés, que solo contiene el principio general empleado por nuestro art. 2868, sin tener la escepcion contenida en el artículo que estudiamos, parece indudable que lo



aceptado por la mayoría de los jurisconsultos es el verdadero alcance de la ley.

Tratándose de nuestro Código, los intérpretes se encuentran en una situación muy distinta. El principio contenido en el artículo que estudiamos no se encuentra consignado en el Código francés; la jurisprudencia lo ha aceptado, sin embargo, por las razones indicadas por Demolombe en la parte que hemos copiado; pero, por lo mismo que solo se admite por interpretación y no en virtud de una disposición expresa como la que nosotros tenemos, tienen forzosamente que limitarlo á los casos que no pueden ofrecer duda alguna, y atenerse al texto en los casos en que haya duda; los someten, como dice Demolombe, nº 544, á la regla especial que existe. En esto se refiere Demolombe al artículo 598.

Nuestro Código, por el contrario, en el artículo que estudiamos, dice ya espresamente, en lo que respecta al usufructuario universal, lo que en principio general está comprendido en el 2868: "*Corresponde todo lo que pueda provenir de las cosas dadas en usufructo, aunque no sean frutos*".

El tesoro encontrado en el inmueble dado al usufructuario universal, se puede decir con toda exactitud, que *proviene de las cosas dadas en usufructo*, puesto que en ellas se ha encontrado y aumenta el patrimonio del propietario precisamente porque proviene de una cosa suya; luego, indudablemente, el usufructuario universal, á diferencia del particular, tiene derecho á usufructuar el tesoro junto con los demás bienes de que éste ha provenido.

Si el Código francés contuviera una disposición igual á la que estudiamos, seguramente que sus intérpretes pensarían lo contrario, pues todas las razones que dan para limitar el principio que aceptan por interpretación es el estar ligados por un texto que no les permite ir mas allá.

La razón que invocan algunos, entre ellos el doctor Segovia, nota 115, para negar al usufructuario universal el derecho á seguir usufructuando el tesoro encontrado, y que consiste en decir que éste no es fruto ni producto, desaparece si se tiene en cuenta que tampoco lo pagado por un vecino para adquirir la medianería, es fruto ni producto, y, sin embargo, el codificador pone esto como ejemplo para ilustrar su artículo, y es aceptado por todos como racional.



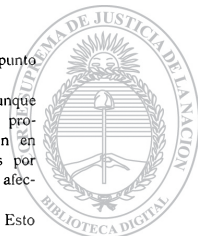
El argumento de que no es fruto ni producto sirve únicamente para decidir que el usufructuario no puede adquirir la propiedad de esto; pero como aquí no se trata de que el usufructuario universal adquiera la propiedad de eso que no es fruto ni producto, sino de que tiene derecho á usufructuarlo aunque no sea fruto, como dice el artículo que estudiamos, junto con los demás bienes, el argumento queda sin objeto. Á parte de esto, la adquisición de la medianería se puede decir que ni le da ni le quita al fundo á que pertenece la pared que se hace medianera; siendo así, no podría decirse que aun cuando este valor no sea un fruto ni un producto, representa el valor de la desmembración que ha sufrido el fundo usufructuario puesto que, como decimos, no hay tal desmembración. El que un vecino cargue sobre las paredes de la casa usufructuaria, ni hace á ésta menos cómoda, ni disminuye su valor locativo ni su valor real; en una palabra, la deja lo mismo.

Luego, el derecho que da la ley al usufructuario universal no es porque esto sea fruto ó producto, pues en tal caso adquiriría, por otra parte, la propiedad, sino porque en razón de la cosa dada en usufructo se aumenta el patrimonio, la universalidad jurídica de que el usufructuario tiene derecho á gozar.

El derecho del usufructuario universal, en lo que respecta al usufructo del patrimonio, es exactamente el mismo que el del propietario, como lo da á entender el artículo que estudiamos; tiene todos los derechos de usufructuario particular, y á más los que este artículo le da.

No hay entonces razón para hacer distinción de la clase á que pertenecen las cosas que provengan de los bienes dados en usufructo; la ley tampoco la hace: solo mira el origen. Si el aumento de patrimonio tiene su origen en los bienes comprendidos en la universalidad dada en usufructo, es claro que rige en todas sus partes nuestro artículo, por las razones apuntadas por el mismo Demolombe y Proudhon, lugar citado.

2º Respecto á las minas, que los jurisconsultos franceses ponen en las mismas condiciones del tesoro, es decir, sin derecho á que las explote el usufructuario universal cuando no están en explotación al tiempo de constituirse el usufructo, el art. 370 de nuestro actual Código de Minas, dice que "el usufructo constituido sobre todos los bienes de una persona, comprende al usufructo de las minas comprendidas en esos bienes".



Se ve por este artículo, que por derecho argentino el punto está resuelto en favor del usufructuario universal.

De las cosas dadas en usufructo: De manera que aunque el usufructo universal comprenda todos los bienes del nudo propietario, los que adquiera posteriormente sin tener su origen en los comprendidos en usufructo, tales como los adquiridos por herencia, donación, etc., no entran á formar parte de los afectados con el usufructo.

En proporción á la parte de bienes que gozare: Esto quiere decir que aun cuando se haya hecho una división provisoria para el goce de los bienes del testador ó del instituyente del usufructo, cualquiera de los bienes que produzca el aumento aunque no sean los que tiene el usufructuario, tendrá derecho á estender el usufructo hasta esos bienes. De otro modo no tendrían significación alguna las palabras que estudiamos.

Supóngase, que un testador deja el usufructo de todos sus bienes á Pedro y á Juan, ó que deja de heredero á Pedro, legando la mitad del usufructo de sus bienes á Juan. Los dos legatarios hacen una división provisoria de uso para percibir cada uno los frutos que les pertenecen. Un vecino paga para adquirir la medianería de una pared del fundo que tiene Pedro. En este caso, decimos, Juan tendrá un derecho de usufructo igual á la mitad sobre ese valor pagado por la pared del inmueble que tiene Pedro. Si Pedro no participase á Juan del usufructo de ese dinero, resultaría que Juan no gozaba en *proporción á la parte que tiene en los bienes*, como dice nuestro artículo, de los aumentos que provengan de la universalidad dada en usufructo.

2870—El usufructuario puede dar en arriendo el usufructo, ó ceder el ejercicio de su derecho á título oneroso ó gratuito: pero permanece directamente responsable al propietario, lo mismo que el fiador, aun de los menoscabos que tengan los bienes por culpa ó negligencia de la persona que le sustituye. Los contratos que celebre terminan al fin del usufructo. (Concuerda con los arts. 1441—1499—1511—1594—1596—2855—2908—2959—2965—2980—2982—2984—3242—3249—3270—3278.)

CONCORDANCIAS

(Zacharie, § 398—Demolombe, tom. 10, n° 331—Molitor, *Servidumbres personales*, n° 60.—En cuanto al fiador, en contra, Proudhon, n° 851 y sigtes.—Demolombe, tom. 10, n° 363 bis.—En cuanto á la última parte del artículo, en contra, Código francés, art. 595—Italiano, 492, y lo siguen el Napolitano, 520, y el Ho-

landes, 819 y 820.—Pero esto nace de las costumbres de esas naciones sobre los arrendamientos que no pasen de diez años—Leclercq trata extensamente esta materia, tom. 2. desde la pág. 384.—Nota del codificador al art. 1327—Freytas, 4615 y 4617, inc. 2.—Cód. de Chile, 793—Goyena, 443 y su comentario, y art. 453.

Puede dar en arriendo el usufructo ó ceder el ejercicio de su derecho, etc.: Por los concordantes citados se ven los demas contratos tales como el usufructuario puede hacer sobre su derecho de usufructo, tales como la creacion de servidumbres, etc., (arts. 2980, 2982, 2984).

Terminan al fin del usufructo: Sabido es que el usufructo, aunque sea por tiempo determinado, concluye por la muerte del usufructuario (art. 2921). ¿Se refieren tambien á este caso las palabras que estudiamos? Es indudable que sí, desde que la muerte del usufructuario pone fin al usufructo; y desde que la ley no distingue el caso en que termine por una causa ó por otra, es claro que la jurisprudencia tampoco debe distinguir.

Pero creemos que en este caso, es decir, cuando termina por la muerte del usufructuario, deben guardarse para con los arrendatarios los plazos que determina la ley en los casos de arrendamiento por tiempo indeterminado. El Código de Chile, en su art. 794, que legisla el mismo caso que el nuestro, dispone esto espresamente. Sobre si se puede dar en arriendo el usufructo de bienes muebles, véase comentario al art. 2872, n° 4.

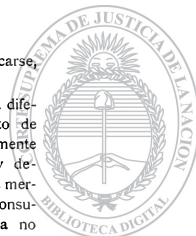
2871—El usufructuario de cosas que se consumen con el primer uso, puede usar y gozar libremente de ellas con el cargo de restituir otro tanto de la misma especie ó calidad, ó el valor estimativo que se les haya dado en el inventario. (Concuerda con los arts. 2325—2808—2809—2811.)

CONCORDANCIAS

(La ley romana no manda, sino aconseja que se estimen las cosas de consumo dadas en usufructo. *Aut æstimatis rebus certe pecunie nomine carendum, quod et commodius est.* L. 7, Tit. 5, Lib. 7, Dig.—Véase Marcadé, sobre el art. 557—Zachariæ, § 306, y la larga nota 8—Demolombe, tom. 10, desde el n° 285—Demante, *Cours analytique*, n° 426 bis)—Nuestro comentario á los arts. 2808, 2809 y 2811—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1340—Nota del codificador al 2811—Demolombe, tom. 10, núms. 261, 267, 288 y siguientes—Goyena, 444—Freytas, 4652 y 4653.

Con cargo de restituir otro tanto de la misma especie y calidad ó el valor estimativo: ¿Es facultativo en el usufructuario devolver otro tanto de la misma especie ó el valor estimativo? ¿Podrá el propietario exigir una ú otra cosa?





Pensamos que ninguna de las dos soluciones puede aplicarse, salvo convenio expreso sobre el particular.

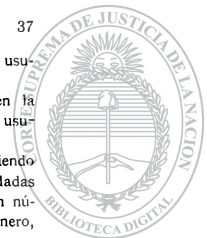
En el comentario á los arts. 2809 y 2811 hemos hecho la diferencia entre el usufructo, el cuasi usufructo y el usufructo de mercaderías. Hemos sostenido allí que en el usufructo propiamente dicho, y en el usufructo de mercaderías, las obligaciones y derechos de las partes son los mismos. Así, en el usufructo de mercaderías, aunque el usufructuario lo sea de cosas que se consumen por el primer uso, la estimación que de ellas se haga no hace cambiar el usufructo perfecto en cuasi usufructo.

En el cuasi usufructo, el usufructuario se hace propietario de lo que recibe con el cargo de devolver otras cosas equivalentes ó el valor estimativo, si es que así se ha hecho; pero en el usufructo de mercaderías, la estimación del valor es puramente para determinar la cantidad que en mercaderías de la especie recibida debe entregar el usufructuario (comentario al art. 2809).

De manera que para resolver las cuestiones propuestas es indispensable determinar qué clase de contrato es el que han celebrado las partes, si un usufructo propiamente dicho, que puede ser aun de cosas consumibles por el primer uso (véase el ejemplo puesto en el comentario al art. 2808, p. 444), si un usufructo de mercaderías ó si un cuasi usufructo. (Véase nº 6 á 8 de este comentario.)

1º Si al usufructuario le fuera permitido devolver, á su elección, el valor estimativo ó la cosa misma, sería esto ir contra las reglas de uno y otro contrato, las del usufructo y las del cuasi usufructo, y á mas sería injusto.

*Un exámen superficial, dice Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1338, puede hacer pensar que el usufructuario tiene la elección entre uno ú otro modo de restitución. Nuestro artículo dice, en efecto, que el usufructuario debe volver las cosas en igual cantidad y calidad ó su estimación. (Nuestro artículo argentino dice lo mismo.) Y como la ley no dice á quién pertenece la elección, parece natural acordársela al deudor, es decir, al usufructuario. Pero con esto se llegaría á un resultado del todo injusto, que consistiría en dejar todos los buenos cambios al usufructuario y todos los malos al propietario. El usufructuario haría la restitución en especie si lo dado en usufructo hubiera bajado de valor



con respecto al que tenía á la época de la constitucion del usufructo; en caso contrario, restituiria su valor."

2º Si se acordase al propietario la eleccion, se caeria en la misma injusticia, pues que éste haria la misma cosa que el usufructuario en la hipótesis puesta por Baudry-Lacantinerie.

3º Otros han solucionado la cuestion que tratamos, diciendo que cuando se ha hecho estimacion del valor de las cosas dadas en usufructo, el usufructuario está obligado, no á devolver un número igual de las cosas recibidas ni el valor de ellas en dinero, sino el valor estimativo, pero en cosas de la misma especie.

Así, si se da trigo, tasado en cien pesos todo lo que se da, al fin del contrato devolverá el deudor cien pesos en trigo al valor corriente en ese día.

De este modo, el propietario se encuentra con el mismo valor que en trigo tenía el día de la apertura del usufructo, y el usufructuario, suba ó baje el trigo, siempre se encuentra obligado á pagar el mismo valor. Únicamente que para el dueño puede variar la cantidad, pero no el valor. Así, por ejemplo, si ha entregado mil kilos de trigo avaluados en cien pesos, y al fin del usufructo los mil kilos no valen sino cincuenta, el usufructuario tendria que devolver dos mil kilos que era el equivalente á cien pesos. Vice-versa, si al fin del usufructo los mil kilos de trigo valen doscientos pesos, el usufructuario solo estaria obligado á devolver quinientos kilos, que sería el equivalente á cien pesos.

Esta solucion, en los casos en que tal contrato puede permitirse, y con la denominacion que se le dé, nos parece equitativa, y que es la adoptable cuando se ve por el contrato que el valor fijado es puramente para determinar la cantidad que debe devolverse. Así, por ejemplo, si se dice que fulano recibe cien pesos de trigo en usufructo, el usufructuario deberá volver necesariamente trigo por valor de cien pesos calculado su valor á la época de la entrega y en la forma que hemos indicado ántes. Para el usufructuario esto equivale á pagar en dinero, salvo el trabajo de comprar el trigo para devolverlo, puesto que no devuelve mas que el valor de la estimacion, y para el propietario que puede necesitar precisamente en especie el valor de ese trigo, le es lo mismo que recibir el dinero y procurárselo. Sucede esto cuando se recibe dinero á cuenta de cereales, por ejemplo, que deben entregarse en una época determinada al precio



corriente en plaza el día de la entrega. Uno que ha comprado con anticipación la cantidad que necesita devolver, la presta para que se le devuelva el mismo valor que él debe entregar á su deudor.

4º Pero si la estimación es fijada en concepto de ser pagada en dinero, el usufructuario debe necesariamente devolver el dinero. Así, por ejemplo, si se dice: doy en usufructo diez fanegas de trigo tasadas en diez pesos, el usufructuario debe volver al fin del usufructo, no las diez fanegas de trigo, sino los diez pesos, aplicando la regla de que *æstimatio facit venditionem*. En esto están de acuerdo casi todos los jurisconsultos. "Cuando ha habido *inventario* y estimación de los objetos, dice Marcadé, tom. 2, nº 485, lo cual tendrá lugar casi siempre, será el monto de esta estimación lo que el cuasi usufructuario debe volver y no tendrá derecho á volver en su lugar cosas semejantes". Del mismo modo piensa Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1338, al estudiar el art. francés, igual al nuestro.

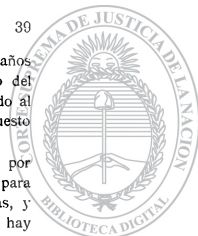
*De dos cosas una, dice Demolombe, tom. 10, nº 293, ó los objetos han sido estimados al principio del usufructo, ó, por el contrario, no se ha hecho estimación alguna. En el primer caso el usufructuario deberá volver el monto de la estimación; y en el segundo, deberá volver cosas de la misma especie.

Freytas, con mas claridad que ninguno, evita toda discusión (y ojalá que nuestro artículo hubiera sido redactado como el de Freytas). "Si las cosas fungibles del usufructo, dice el art. 4653 de Freytas, fueran estimadas en el instrumento constitutivo, ó avaluadas en el inventario á que se debe proceder, el usufructuario solo estará obligado á pagar el valor de la estimación ó de la evaluación. Fuera de estos casos regirá la regla general del art. 921, respondiendo por el valor á tiempo de la extinción del usufructo".

6º Si las cosas han sido dadas en usufructo sin estimación alguna, el usufructuario deberá volver, como dice el artículo que estudiamos, otro tanto de la misma especie ó calidad.

Esto tiene aplicación aun tratándose del cuasi usufructo, como lo da á entender bien claramente la nota del codificador al art. 2811.

7º Mas si el usufructuario no cumple con esta obligación, se aplicará lo dispuesto en el art. 2945. De modo que si no en-



trega otro tanto de la misma calidad, deberá pagar los daños y perjuicios si es deudor moroso, con arreglo al principio del art. 608, y á mas el valor de lo dado en usufructo calculado al que tenía á tiempo de comenzar el usufructo, como está dispuesto en el art. 2945.

8º Como puede suceder que las cosas que se consumen por el uso, sean dadas, no para consumirlas, sino meramente para ostentacion, el usufructuario no tiene derecho á consumirlas, y debe volver las mismas cosas que recibió. En este caso no hay cuasi usufructo sino usufructo perfecto.

2872—El usufructuario tiene derecho á servirse de las cosas que se gastan y deterioran lentamente en los usos á que están destinadas, y solo está obligado á devolverlas al extinguirse el usufructo, en el estado en que se hallen, salvo si se deterioran ó consumen por su culpa. (Concuerda con los arts. 1568 á 1571—1615—2270—2846 y sus concordantes—2855—2879—2881 y sigtes.)

CONCORDANCIAS

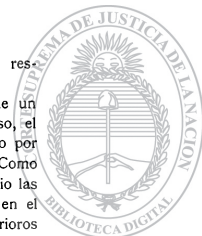
(Cód. frances, 589—Italiano, 484—Napolitano, 514—Demolombe, tom. 10, nº 302—Leclerq, tom. 2, p. 373)—Cód. de California, 985—Goyena, comentario á su art. 444.

Salvo si se deterioran ó consumen por su culpa: El usufructuario debe usar las cosas dadas en usufructo como lo podria hacer el mismo dueño (art. 2878 y nota del codificador al mismo), es decir, como un buen padre de familia. El Juez, segun los casos de que se trate y segun el uso á que aquéllas están destinadas, debe apreciar el grado de culpabilidad por parte del usufructuario.

1º En primer lugar, si éste usó la cosa para otro destino del que tenía señalado, es claro que el deterioro sufrido por esta causa será por su cuenta (Laurent, tom. 6, nº 403).

2º Si las cosas han sido entregadas como accesorios de un inmueble, tales como los útiles de labranza, etc., etc., y el usufructuario las emplea en otro inmueble que el á que pertenecian, aunque éste sea de su propiedad, es un abuso que comete, y en consecuencia, es responsable de los deterioros.

3º No será así en el caso en que hubiese arrendado á otro el inmueble á que esos útiles correspondian, pues estando autori-



zado para hacer este arrendamiento (art. 2870), solo será responsable por el abuso del arrendatario.

4º Si las cosas muebles no dependen como accesorios de un inmueble, es indudable que puede arrendarlas. En tal caso, el usufructuario no puede responder por el deterioro causado por el uso regular que de ellas ha hecho el usufructuario. Como algunos han creído que el hecho de arrendar el usufructuario las cosas que se deterioran por el uso constituía un abuso en el ejercicio de su derecho, que lo hacía responsable por deterioros (Demolombe, tom. 10, nº 298), es necesario probar que los principios generales no contienen tal restricción.

Nuestro art. 2870 no hace distinción alguna al acordar al usufructuario la facultad de arrendar su derecho.

“No veo, dice Toullier, tom. 2, p. 17, por qué el usufructuario no pueda, en todos los casos, arrendar su derecho sobre los muebles que se deterioran por el uso. ¿Qué importa que sea él u otro el que sirva de ellos? ¿No se reduce todo á apreciar la diferencia en el uso y el abuso?”

5º ¿A quién corresponde la prueba de la causa del deterioro? Desde el momento en que se entrega una cosa susceptible de deteriorarse por el uso, el nudo propietario sabe que ésta no le va á ser devuelta en el mismo estado en que se la entrega; sabe que el destino de la cosa es deteriorarse.

La ley, de antemano no puede fijar el límite del deterioro que puede sufrir una cosa; ha supuesto, sí, que se entregará deteriorada, porque esto sucederá generalmente.

Si el nudo propietario ve que su cosa está mas deteriorada de lo que debiera estar, parece racional que él sea quien pruebe que así es; probado esto, es claro que la causa del deterioro poco importa desde que se constate que no es el deterioro que la cosa habría sufrido si el usufructuario hubiera usado de ella como buen padre de familia.

2873—El usufructuario de un monte disfruta de todos los provechos que pueda producir según su naturaleza. Siendo monte talar ó de madera de construcción puede hacer los cortes ordinarios que haría el propietario, acomodándose en el modo, porción y épocas á las costumbres del país. Pero no podrá cortar árboles frutales ó de adorno, ó los que guardan los caminos, ó dan sombra á las casas. Los árboles frutales que se secan ó que caen por cualquiera causa, le pertenecen, pero debe reemplazarlos con otros. (Véase art. 2913.)

CONCORDANCIAS

(Goyena, 446—Ley 22, Tit. 81, Part. 3.—Cód. frances, 500 á 504—Molitor, *Servidumbres personales*, n.º 64—LL. 11, 12, 18 y 19, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Demolombe, desde el n.º 387)—Freytas, 4633, incs. 2 á 5—Cód. de Chile, 783—Laurent, tom. 6, núms. 428 y sigtes.—Cód. de California, arts. 989 á 988

A las costumbres del país: La mayor parte de las provincias argentinas han dictado sus Códigos Rurales; en ellos se determina la época de los cortes. En falta de esas disposiciones, se estará á las costumbres locales.

Respecto á los árboles que se caen, aunque no sean frutales, puede el usufructuario recogerlos en cualquier tiempo, sin necesidad de esperar la época del corte de los verdes.

1.º ¿Qué derecho tendrá el nudo propietario si el usufructuario hace cortes indebidos? Solo podrá impedir que lo haga, ó demandar la indemnización de daños y perjuicios, pero no la resolución del contrato (art. 2938.)

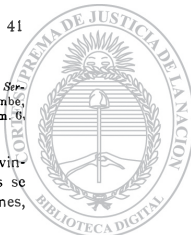
2871—El usufructuario puede hacer mejoras en las cosas que sean objeto del usufructo, con tal que no alteren su sustancia, ni su forma principal. Podrá tambien reconstruir cualquier edificio arruinado por vejez ú otras causas; pero no tiene derecho á reclamar el pago de las mejoras; sin embargo, podrá llevarse las mejoras útiles y voluntarias siempre que sea posible extraerlas sin detrimento de la cosa sujeta al usufructo, y podrá tambien compensarlas con el valor de los deterioros que esté obligado á pagar. (Concuerda con los arts. 1535—1537—1621—2888—2892.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 599—Italiano, 495—Napolitano, 524—Holandes, 827—De Chile, 801—L. 15, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Demante, n.º 439)—Goyena, 447—Freytas, 4634, inc. 5, 6 y 7—Cód. de California, 990—Demolombe, tom. 10, núms. 452 y siguientes.

Puede hacer mejoras en las cosas: Tales como renovar las pinturas, pisos, ó hacer construcciones que no afecten en nada la forma anterior, ó prohibidas por el art. 2892.

Con tal que no alteren su sustancia: Porque esto seria contrario á la obligacion impuesta por el art. 2307. (Véase comentario á dicho artículo, respecto á lo que se entiende por sustancia de la cosa.) Si el usufructuario hace trabajos que alteren la sustancia de la cosa, el nudo propietario podrá pedir el restablecimiento de la forma primitiva; pero no por esto se extinguirá el usufructo (comentario al art. 2934 y nota del codificador al mismo)





En su forma principal: Esto está comprendido en la frase anterior.

Podrá tambien reconstruir cualquier edificio arruinado: Pero estos gastos no está el propietario obligado á reembolsárselos (art. 2885 con la nota del codificador al 2888). Bajo la condicion de no alterar la forma primitiva de las construcciones existentes á tiempo de comenzar el usufructo, pensamos, como Demolombe, tom. 10, nº 455, que el usufructuario puede ejecutar además de su cuenta las construcciones que le sean necesarias para su comodidad ó para cumplir el destino del inmueble dado en usufructo. Así, por ejemplo, en un fundo de labranza nada impediría que el usufructuario hiciese galpones para guardar los productos, máquinas, etc., etc.

Desde que el nudo propietario no está obligado á pagar estas mejoras, sino que puede voluntariamente hacerlas dejar pagándolas, ó que el usufructuario las lleve, y desde que el inmueble va á poder quedar al fin del usufructo en su primitivo estado, si se le obliga al usufructuario, y sin haber sufrido perjuicio alguno; y por último, desde que la ley no lo prohíbe, nada mas racional que se le permita al usufructuario hacer todo aquello que resulta en su provecho y sin ningun perjuicio ó inconveniente para el nudo propietario (Proudhon, tom. 3, núms. 1432 á 1435).

“Construir un edificio, dice este autor, en un suelo vacío, es cambiar la forma del terreno; pero esto es generalmente hacer una mejora; como hay casos en que el usufructuario puede hacer mejoras (el artículo que estudiamos autoriza á hacer mejoras en el sentido que habla Proudhon) y otros en que no puede hacer mejora alguna, es necesario, dentro de esta distincion buscar el principio de solucion en la cuestion propuesta (se refiere á la de si el usufructuario puede edificar).

“El usufructuario está autorizado para hacer mejoras sin el consentimiento del propietario cuando la construccion es provocada en razon del ejercicio de su derecho; en el presente caso el propietario no puede poner obstáculo, puesto que con ello se opondría al goce del derecho del usufructuario, lo cual no es admisible.”

“Así, el usufructuario puede, sin el consentimiento del propietario, trabajar en un fundo de cultivo un ga pon para el depósito de cosechas, etc., etc.”

Del mismo modo piensa Demolombe, tom. 10, citado. Desde



que nuestro artículo autoriza al usufructuario para hacer las mejoras que crea necesarias para el ejercicio de su derecho sin alterar la sustancia de la cosa, es claro que él no tiene obligación de consultar sobre el particular la voluntad del nudo propietario; mucho menos cuando éste no va á pagar esas mejoras.

Lo contrario sería, como dice Proudhon, impedir arbitrariamente al usufructuario el ejercicio cómodo é inocente de su derecho de tal. Piensa del mismo modo el Dr. Segovia, nota 136.

¿Podrá continuar el edificio principiado y abandonado por el propietario?

Pensamos, con Demolombe, tom. 10, nº 445, y con Proudhon, tom. 2, nº 1125, que en este caso se debe hacer distincion entre la construccion comenzada por el propietario y dejado voluntariamente por serle perjudicial ó por cualquier otra causa, y la que es dejada independientemente de la voluntad de éste, por su muerte, por ejemplo.

En el primer caso, contrariaría los designios del propietario que no ha querido concluir el edificio empezado; y como esto importaría cambiar la forma contra la voluntad de aquél, el testo de la ley debe tener completa aplicacion. En el segundo caso, por el contrario, el usufructuario no hace mas que mejorar la cosa en el sentido que el propietario lo hubiera hecho si viviera. Pothier, *Traité du domaine*, nº 218, está tambien de acuerdo en esto.

Podrá llevar las mejoras útiles y voluntarias: Pero si el propietario quiere pagarlas, el usufructuario está obligado á dejárselas como en el caso de locacion (art. 1620). Si no las puede llevar, el propietario no está obligado á pagárselas.

El propietario no está obligado, como lo declara este artículo en la nota al 2885, y el 2888, á pagar reparacion de ningun género aunque se trate de la reconstruccion de edificios arruinados por vejez, ni ménos á pagar mejoras, aunque éstas redunden realmente en su provecho, porque el usufructuario no puede exigir al propietario que haga mejoras ni reparaciones (art. 2880).

Podrá tambien compensarlas: ¿Quiere esto decir que solo en caso de que el propietario acepta las mejoras comprometiéndose á pagarlas para que el usufructuario no las saque, podrá éste compensar con ellas los deterioros que tenga que pagar?

Aunque la redaccion de esta última parte del artículo no es bastante clara, pues habla de compensar las mejoras con los



deterioros, y no los deterioros con las mejoras, parece indudable que siempre que hayan mejoras útiles ó voluntarias, el usufructuario puede librarse de la obligacion de pagar deterioros de que es responsable obligando al propietario á aceptar en compensacion de lo que debe recibir, el valor de las mejoras hasta donde éstas cubran el importe de aquéllos. De lo contrario, es decir, si aun en el caso propuesto, el propietario no estuviera obligado por la compensacion que le oponga el usufructuario, la ley no tendria para qué hablar de compensacion, pues no la hay cuando los dos créditos no son exigibles; en esta condicion se encontraria el crédito del usufructuario si fuera facultativo en el nudo propietario hacer dejar ó no las mejoras.

El art. 801 del Código de Chile, citado por el codificador, y de donde tomó su artículo, se espresa con toda claridad en el sentido que nosotros interpretamos el nuestro. "El usufructuario, dice dicho artículo, no tiene derecho á pedir cosa alguna por las mejoras que voluntariamente haya hecho en la cosa fructuaria; *pero le será lícito alegarlas en compensacion* por al valor de los deterioros que se le puedan imputar, ó llevarse los materiales si puede separarlos sin detrimento de la cosa fructuaria, y el propietario no le abona lo que despues de separados valdrian".

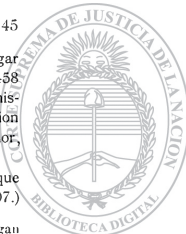
Lo dicho en el artículo, como lo establece tambien el Código de Chile, es sin perjuicio de las modificaciones que sobre esto hayan convenido las partes, ó que se hubieren puesto por el constituyente del usufructo.

Por lo que hace al modo de avaluar las mejoras cuando se alegue la compensacion y las partes no estén de acuerdo en el precio, debe regularse por el valor de los materiales, como lo establece el Código citado y nuestro art. 2427.

2475—Cuando el usufructo está establecido sobre créditos ó rentas, los títulos deben ser entregados, notificándose á los deudores; pero el usufructuario no puede cobrarlos judicialmente sin el concurso del nudo propietario. (Concuerda con los arts. 1457—1458 á 1469—2877—2904 á 2907—2911.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 230. n° 3 —Proudhon, tom. 3, n° 1033 —Demolombe, tom. 10, n° 319) —Freytas, 4605 y 4606—Cód. de California, 381 —Laurent, tom. 6, n° 369.



Notificándose á los deudores: Para que éste pueda pagar la renta al usufructuario, y tambien para los efectos del art. 1458 y siguientes, citados. La falta de notificacion producirá los mismos efectos allí enumerados. Es entendido que esta notificacion no es necesaria en los casos de rentas sobre títulos al portador, como las cédulas hipotecarias, acciones de Banco, etc., etc.

No puede cobrarlos judicialmente: La razon es porque el usufructuario no es dueño de ellos. (Véase art. 2904 á 2907.)

2876—El usufructuario puede ejercer todas las acciones que tengan por objeto la realizacion de los derechos que corresponden al usufructuario; y puede tambien, para asegurar el ejercicio pacifico de su derecho, intentar las diversas acciones posesorias que el nudo propietario estaria autorizado á intentar. (Concuérta con los arts. 2487—2490—2495—2795—2796—2801—2877—2880.)

CONCORDANCIAS

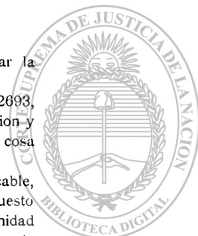
(Zachariæ, § 308, al fin—Proudhon, n° 1294—Demolombe, tom. 10, n° 337)—Notas del codificador á los arts. 2480 y 2880—Nuestro comentario al art. 2835, tom. 4, p. 477—Laurent, tom. 6, núms. 364 y sigtes.

Todas las acciones: Entre estos está tambien la de reivindicacion (nuestro comentario á los arts. 2758, 2835, p. 477, art. 2772 y argumento del 2877—Demolombe, lugar citado, Laurent, tom. 6, n° 364, etc., etc.) la accion confesoria (art. 2796), la negatoria (art. 2801) y la de deslinde (2749).

1º El ejercicio de estas acciones es voluntario en el usufructuario, y por lo mismo, puede ó no ejercerlas (nota del codificador al art. 2880). Pero, sea que ejerza él mismo las acciones necesarias ó no, está en el deber de poner en conocimiento del nudo propietario cualquier turbacion (art. 2880).

2º La accion de particion con otros usufructuarios, es claro que pertenece al usufructuario. Pero en caso de ser indivisible el goce de la cosa, Demolombe dice, que el usufructuario no podria pedir la licitacion del inmueble sobre que está constituido el usufructo (tom. 10, n° 337 *bis*—Laurent, tom. 6, n° 368).

Pero, supóngase que el usufructo fuese constituido sobre la mitad de un fundo indiviso que pertenece por mitad al instituyente y á un tercero, como en el caso del art. 2843, ó que un testador deje la propiedad de un fundo á dos herederos, gravando la parte de uno de ellos con un usufructo á favor de



un tercero, ¿podrá, en este caso, el usufructuario entablar la accion *commun dividundo*?

Es un principio de derecho aceptado por nuestro art. 2693, que á nadie se le puede obligar á permanecer en la indivision y soportar los inconvenientes de un goce comun cuando la cosa no está sometida á una indivision forzosa.

“Este principio, dice Proudhon, tom. 3, nº 1245, es aplicable, tanto en favor del usufructuario como de todo propietario, puesto que para uno y otro existen los inconvenientes de la comunidad de goce cuando la cosa sometida á su derecho de usufructuario está indivisa con otro; de aquí es necesario concluir que no se le podrá rehusar al usufructuario el derecho de ejercer la accion de division del goce, sea contra el heredero si el usufructo no ha sido constituido sino sobre una parte de los bienes de la sucesion, sea contra todo tercero poseedor pro indiviso; pero como el usufructuario no puede tratar ni comprometerse sobre el derecho de propiedad sin la intervencion del dueño, es indudable que la particion que haga él solo con el poseedor, no será sino provisional y miéntras dura el usufructo. Solo sería definitiva si hubiera sido hecha con el concurso del propietario.” Sobre la hipótesis contraria, véase nº 6 de este comentario.

3º Para que el usufructuario pueda entablar contra terceros acciones reales, es necesario que se le haya hecho tradicion de la cosa; sin esa tradicion solo puede obrar como representante del nudo propietario. (Véase al respecto lo que hemos dicho hablando en general sobre la accion de reivindicacion en el comentario al art. 2758—Proudhon, tom. 3, nº 1237.)

4º Supóngase que los bienes han salido de poder del propietario, y que para recuperarlos hay que entablar una accion de nulidad, de rescision, etc., etc. ¿Podrá el usufructuario entablar esta accion?

Creemos que no. Desde que la cosa ha salido de poder del propietario en virtud de un contrato, que ha creado un vínculo jurídico entre el enajenante y el adquirente, la nulidad de ese vínculo solo puede pedirla el primitivo dueño ó los sucesores de éste en la propiedad; y desde que el usufructuario no es un sucesor del propietario, difícilmente se encontraría una razon especial para acordarle esta accion. Por otra parte, la accion de nulidad entablada por el usufructuario tendria por objeto anular



en el todo la enajenacion; la sentencia favorable al usufructuario tendria necesariamente que producir el efecto designado en el art. 1050, que era volver las cosas al estado en que ántes se encontraban. Para perseguir una accion que tiene que influir sobre la propiedad misma de la cosa, es necesario que el que la inicie obre como propietario, y como el usufructuario no lo es tal respecto á la propiedad de la cosa misma, es claro que no puede entablarla. La sentencia, por otra parte, no podría producir efecto solo respecto al derecho de usufructo, y no sobre la propiedad de la cosa, pues sería contrario al principio sentado en el art. 2818, de que los Jueces no pueden constituir usufructo, y contrario tambien al art. 1050 que determina el efecto de la nulidad.

En esto están conformes Laurent, tom. 6, nº 370—Proudhon, tom. 3, nº 1414—Aubry y Rau, § 231, nota 65. Pero cuando se trata de una nulidad absoluta, el art. 1047 es terminante, pues autoriza á ejercer la accion á todo el que tenga interes.

5º Sobre la accion que tendria el usufructuario contra el heredero en caso en que se le hubiera legado el usufructo de una propiedad enajenada por el testador con pacto de retroventa ú otro así, véase comentario al art. 3754.

6º Cuando un fundo comun á dos propietarios se ha gravado con derecho de usufructo sobre la mitad de ese inmueble, determinándose cuál de los dos comuneros es el que debe soportar el gravámen ¿podría el usufructuario intervenir en la particion que hagan los comuneros? Nuestro artículo establece en términos generales que el usufructuario puede ejercer todas las acciones que tengan por objeto la realizacion de los derechos que le corresponden en su carácter de tal. Para el usufructuario no puede serle indiferente que su derecho de usufructo se establezca sobre tal ó cual mitad del fundo gravado, puesto que una mitad puede ser mas productiva que la otra. De suponerse es que los comuneros hagan una division igual; pero como puede suceder que uno quiera tomar una parte de mayor valor pero que por el momento produzca ménos que la otra, el usufructuario se veria obligado á sufrir un perjuicio positivo que la ley le da derecho á prevenir interviniendo en la particion.

Esta particion produciria indudablemente todos sus efectos entre los comuneros aun cuando se hubiese hecho sin el conoci-



miento del usufructuario, pero respecto al goce de la cosa y mientras durase el usufructo, parece natural que ningún efecto produzca en el sentido de estar obligado á usufructuar la parte que los contratantes le hubiesen designado.

Su derecho de usufructo era constituido sobre la mitad del producto del inmueble común, y si por la division de los copropietarios se le daba mucho ménos de lo que le correspondia, no podria negársele la accion que diera por resultado la realizacion de su derecho de usufructo, como dice el artículo que estudiamos.

"Se debe llamar, dice Proudhon, tom. 3, nº 1252, á la operacion de particion á todos aquellos á quienes la posesion de la cosa á dividirse es común, pues que la particion es destinada á concluir con el estado de indivision.

"Es necesario ser asociado ó comunero en la cosa misma para tener necesariamente la calidad de copartícipe, y deber, en consecuencia, ser llamados á la operacion de particion; es evidente que el usufructuario no está en las mismas condiciones que el acreedor, y que tiene derechos de una naturaleza distinta que hacer valer.

"1253---El acreedor de un concurso no tiene sino un interes indirecto en la particion, puesto que no es su propia cosa lo que se va á dividir. No tiene ni el derecho de la nuda propiedad ni el del goce sobre la parte que va á corresponder á su deudor; no tiene ninguna reivindicacion directa que hacer sobre esta porcion, puesto que no le pertenece." (En otra parte hemos demostrado los derechos que por nuestro Código Argentino se acuerdan al acreedor por los actos hechos en perjuicio de sus derechos.)

"1254—El usufructuario, por el contrario, tiene verdaderamente la calidad de comunero, puesto que el usufructo que le pertenece es una desmembracion de la propiedad (véase la nota de nuestro codificador argentino al art. 2807); tiene una reivindicacion directa que puede ejercer respecto al inmueble indiviso, puesto que una porcion del dominio de ese fundo le pertenece; es comunero en la posesion, puesto que él goza proindiviso del fundo que está sometido al usufructo; tiene necesariamente por esto la calidad de copartícipe que le viene de la calidad de comunero en el dominio y posesion de la cosa á dividir; de aquí se sigue



que el usufructuario debe ser llamado á la particion como cualquiera otro comunero que se encuentra directamente interesado.”

“Resulta tambien, que la particion hecha en ausencia del usufructuario es para él, *res inter alios acto*; que si esta particion lesiona su derecho no puede ser obligado á respetarla, porque el propietario no ha podido, por su hecho, ni de ningun otro modo, perjudicar los derechos del usufructuario.” (Véase nuestro art. 2914 argentino.)

De modo que la division hecha entre los copropietarios, que no es aceptada por el usufructuario, debe entenderse que es solo para tener efecto despues de la extincion del usufructo (Proudhon, tom. 3, nº 1255).

7º Para que el usufructuario pueda intervenir en las cuestiones que se susciten al propietario, es necesario que aquél tenga interes en ello. Por ejemplo, dice Proudhon, tom. 3, nº 1239, si el fundo usufructuario es puesto en litigio entre dos coherederos, sin que el derecho de usufructo sea contestado, el usufructuario no debe intervenir en ello, puesto que no tiene interes directo en que el dueño sea uno ú otro.

Las diversas acciones posesorias: Esta parte del artículo que parece estar en contradiccion con el principio sentado en el art. 2480, de que la posesion para dar acciones posesorias no debe ser precaria sino á título de propietario, está explicado por el codificador en la nota al art. 2480, citado, al establecer que, si bien el usufructuario es un poseedor precario en el sentido que tiene que devolver la cosa, que no puede prescribir, no lo es en cuanto á su derecho de usufructo. Tiene un derecho real en la cosa que posee, y á este título el usufructuario posee como dueño. El usufructuario es á la vez, dice Laurent, tom. 6, nº 365, poseedor precario y poseedor á título de dueño.

8º Entre las acciones posesorias que el usufructuario puede entablar debe contarse tambien la denuncia de obra nueva, pues es uno de los medios posesorios que el poseedor tiene para defenderse en el goce íntegro de su derecho. (Proudhon, tom. 3, nº 1234—Laurent, citado.)

9º Sobre el efecto que produce el resultado del ejercicio de las diversas acciones que hemos enunciado, se estará á lo dispuesto en el art. 2877 y siguiente.

2877—La sentencia que el usufructuario hubiese obtenido, tanto en el juicio petitorio como en el posesorio, aprovecha al nudo propietario para la conservación de los derechos sobre los cuales debe velar; mas las sentencias dadas contra el usufructuario no pueden ser opuestas al nudo propietario. (Concuerda con los arts. 2023—2297—2782—2783—2875—2876—2880—2909).

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 1, núms. 37 á 39, y tom. 3, n° 1234—Marcadé, sobre el art. 614, n° 2—Zachariae, § 308, nota 27—Demolombe, tam. 10, n° 344) - Aubry y Rau, § 230, notas 67 y 68—Cód. de California. 1025.

Aprovecha al nudo propietario: Las turbaciones al derecho del usufructuario pueden tener por objeto ó basarse en el desconocimiento del derecho de tal, ó tener por causa el desconocimiento del derecho de propiedad en la cosa objeto del usufructo, ó también la pretension de un derecho real en la misma.

En el primer caso, el usufructuario puede obrar por su cuenta sin necesidad de dar aviso al propietario; éste nada tiene que ver con que otro le niegue su calidad de usufructuario; la decisión será, por lo mismo, en todos los casos *res inter alios acto* respecto al propietario. En los otros dos casos, el usufructuario no puede obrar por sí solo, pero si la parte contraria tiene la poca prevision de no exigir que se le dé particion al propietario, la sentencia favorable puede aprovecharle, pero la sentencia contraria no le perjudica. La sentencia favorable aprovecha al no citado, dice el Código de California, y la adversa no perjudica.

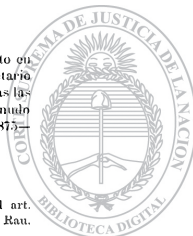
1º Si la cuestion sobre la propiedad ó el derecho de establecer el usufructo, es tenida solo con el nudo propietario, la sentencia tendrá los efectos designados en el art. 2918, y nota del codificador al mismo.

2º Sobre pago de costas en los distintos casos, véase art. 2909. Puede verse á Proudhon, tom. 3, desde el núm. 1267 adelante.

CAPITULO IV

De las obligaciones del usufructuario

2878—El usufructuario debe usar de la cosa como lo haria el dueño de ella, y usarla en el destino al cual se encontraba afectada ántes del



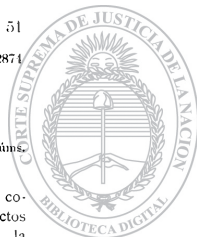
usufructo. (Concuerda con los arts. 1551—1555—2808—2863—2872—2874—2879—2892—2893.)

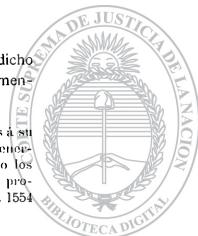
CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 449—Aubry y Rau, § 231)—Laurent, tom. 6, núms. 225 y sigtes.—Freytas, 4613 y 4633—Las del art. 2879.

Como lo haria el dueño de ella: En la imposibilidad, como hemos dicho en otra parte, de fijar especialmente los actos que el usufructuario puede hacer y los que no puede hacer, la ley ha fijado en las palabras que estudiamos un principio general que viene en cierto modo á reasumir y determinar el límite entre el uso y el abuso. El usufructuario debe gozar de la cosa como buen padre de familia para devolverla á su dueño sin deterioros que provengan de su culpa ó negligencia. El solo hecho de emplear la cosa en otro uso que el convenido, ó, en falta de convenio, en otro que en el á que estaba destinada al tiempo del usufructo, ó á que se destinan cosas semejantes segun los usos del lugar, es una falta contra lo dispuesto por la ley. La regla de los arts. 1454 y 1555 debe recibir aplicacion aquí. (Véase lo dicho en nuestro comentario al art. 2504.)

1° Del principio de que el usufructuario debe cuidar y gozar de la cosa como buen padre de familia, se desprende que será responsable de su mala administracion. Así, faltaría á este precepto, si no hace las reparaciones necesarias para la conservacion, como si, tratándose de una casa, no cuidase de reparar las goteras, ó la dejase inundar pudiéndolo evitar (art. 2881)—2° Si deja secar las plantas por falta de riego pudiéndolo hacer, ó si las deja arruinar por los animales cuando por el destino de la cosa no están espuestas á ser arruinadas—3° Si deja destruir los cercos existentes á tiempo de comenzar el usufructo—4° Si por falta de cultivo deja perder los pastos artificiales—5° Si deja arruinar una viña por mala direccion en la poda ó si deja que se destruyan los respalderos, etc., etc.—6° Si el corte de los montes no lo hace en el tiempo prefijado con arreglo al art. 2873—7° Dejando destruir los jardines por falta del cuidado especial que éstos requieren. Sobre todo esto, puede verse á Laurent, tom. 6, n° 532, y los autores allí citados. (Véase comentario á nuestro art. 2879.)





Respecto al destino de la cosa, se estará á lo que hemos dicho en el comentario al art. 1504. (Véase tambien nuestro comentario al art. 2800.)

2879—El usufructuario no puede emplear los objetos sometidos á su derecho sino en los usos propios á la naturaleza de ellos. Debe abstenerse de todo acto de explotacion que tienda á aumentar por el momento los emolumentos de su derecho, disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva de las cosas sometidas al usufructo. (Concuerda con los arts. 1554—1555—1559—2872—2878—2892.)

CONCORDANCIAS

(Zacharie, § 300)—Freytas, 464, inc. 1º—Cód. de Chile, 787—Aubry y Rau, § 231, nota 5.

Disminuyendo para el porvenir la fuerza productiva:

Así, por ejemplo, el usufructuario de un monte destinado á estrarse la leña, no puede dedicarlo exclusivamente al corte de las maderas de construccion destruyendo los bosques, para dejar únicamente lo de ménos valor. Salvo convenio en contrario se supone que en este caso la explotacion va á hacerse en una forma regular, y sin extraer puramente lo de mas valor.

2880—De cualquier modo que se perturben por un tercero los derechos del propietario, el usufructuario está obligado á ponerlo en conocimiento de éste. Si no lo hiciere así, responde de todos los daños que al propietario le resulten, como si hubiesen sido ocasionados por su culpa. (Concuerda con los arts. 1530—2464—2782—2785—2876—2877—2893.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 614—Italiano, 511—Holandes, 849—Napolitano, 539—De Luisiana, arts. 584 y 585—L. 2, Dig. *Usufruct quemat.*—Proudhon, n° 1672—Demolombe, tom. 10, n° 338—Demante, n° 457)—Goyena, 462—Freytas, 4619, inc. 3—Cód. de Chile, 802, última parte.

Los derechos del propietario: Cuando la turbacion solo afecta al goce de la cosa, ó son hechos ejecutados por hacer mal al usufructuario sin pretender ningun derecho de propiedad en la cosa, el aviso no es necesario, pues debe defenderse él mismo y á su costa (art. 2909, § 2). Es por esto, que el art. solo impone la obligacion de dar aviso cuando los hechos de tercero perturban los derechos del propietario (Demolombe, tom. 10, n° 342—Marcadé, tom. 2, n° 537).



Sin embargo, puede suceder que la perturbacion ó el pleito que se inicie tenga por fundamento el derecho mismo de constituir el usufructo; en tal caso, el usufructuario debe dar aviso, porque con esto vienen á herirse los derechos del propietario.

Avisado el propietario de la turbacion llevada á cabo, debe salir á la defensa de su derecho y no puede abandonar la cosa por no seguir el pleito; si así lo hiciere, faltaria á la obligacion impuesta por el art. 2915.

Las disposiciones relativas al arrendamiento (arts. 1517, 1527 á 1530) en lo que respecta á la denuncia de que habla este artículo, deben tambien aplicarse al usufructo, salvo las disposiciones especiales contenidas en este título.

Está obligado á ponerlo en conocimiento de éste: ¿En qué tiempo debe ponerlo en conocimiento? El art. 1530 dice que el locatario debe dar este aviso en el mas breve tiempo posible; es como debe entenderse tambien la obligacion impuesta en las palabras que estudiamos. No quiere esto decir que si el usufructuario demora el cumplimiento de esta obligacion esté sujeto á pena aunque el propietario no sufra perjuicio; al decir que debe dar aviso tan pronto como le sea posible, queremos significar únicamente que éste no debe ser tardío (Marcadé, tom. 2, nº 538). Lo que en el comentario al art. 1530 hemos dicho sobre esto, es perfectamente aplicable al caso que estudiamos. (Véase dicho comentario.)

Responde de todos los daños: Por ejemplo, si dejare prescribir las servidumbres activas, ó dejare adquirir servidumbres pasivas sobre el inmueble (art. 2893). En este caso, el perjuicio sería regulado por el valor de la servidumbre adquirida ó de la perdida.

Si dejare prescribir parte del inmueble, el daño consistiria en el valor de lo prescrito. Sobre otros casos, véase Pothier, *Donaire*, nº 281.

1º Para que el usufructuario sea responsable por falta de aviso, es necesario que se le pueda imputar negligencia, es decir, que ha conocido la turbacion y, sin embargo, no la ha denunciado; ignorando el hecho, nada se le puede imputar. Pero no siempre la ignorancia disculpará la falta de aviso. El usu-



fructuario es el representante, en cierto modo, de los intereses del nudo propietario, debe vigilar por la conservación de sus derechos; si así no lo hace, si abandona la cosa usufructuaria y deja que otro entre en posesión de ella, la circunstancia de ignorar el hecho no puede disculparlo. De modo que la pena del usufructuario es responder de los daños y perjuicios ocasionados al propietario por falta de aviso de las perturbaciones *que ha conocido ó debido conocer*; esta es la fórmula de la responsabilidad que adoptan todos (Proudhon, tom. 3, n° 1543).

Otra cosa será, cuando el usufructuario ni ha conocido ni ha podido conocer la usurpación. Así, por ejemplo, no es lo mismo una prescripción comenzada antes de constituirse el usufructo y la que principia después que el usufructuario ha entrado en posesión de la cosa. En el primer caso, es racional suponer que éste no ha conocido ni podido conocer la usurpación, pues, que, como dice Proudhon, n° 1545, bien ha podido el usufructuario ignorar que el inmueble que ve en poder de un tercero pertenecía al fundo usufructuario, mucho más cuando no se le entregan los títulos ni el constituyente le advierte que parte del inmueble que le da en usufructo está poseído por otro, para que pueda en tiempo interrumpir la prescripción. Todo lo contrario sucede en el segundo caso: el usufructuario sabe ó ha debido saber, que parte de lo que ha tomado posesión ha sido usurpado por otro; y si él mismo no hace gestiones para recuperarlo debe dar aviso al propietario para que tome las medidas del caso.

2881—El usufructuario debe hacer ejecutar á su costa las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa. Aun está obligado á las reparaciones extraordinarias, cuando se hacen necesarias por la falta de reparaciones de conservación, desde que se recibió de las cosas pertenecientes al usufructo, ó cuando ellas son causadas por su culpa. (Concuerda con los arts. 1572—1573—2810—2872—2882—2883—2884 y siguientes.)

CONCORDANCIAS

(L. 22, Tit. 31, Part. 3ª sobre diversas clases de reparaciones á cargo del usufructuario, véase Zachariæ, § 300, y las notas desde la 6—Demolombe, tom. 10, desde el 550)—Freytas, 4221, inc. 1. 4619 y 4620—Cód. francés, 605—Rogron, comentario al mismo artículo—Aubry y Rau, § 231.

Las reparaciones necesarias para la conservación de la cosa: Es decir, para la conservación en el estado en que la



recibió, dice Zachariæ, nota 6, pero no las reparaciones necesarias para ponerla en buen estado si estas reparaciones ya eran necesarias á tiempo de entrar en el goce del usufructo. Consecuencia de esto son los arts. 2883 y 2886, que declaran no estar obligado el usufructuario á ejecutar otras reparaciones que las que se han hecho necesarias despues de haber entrado en el goce de la cosa. La obligacion del usufructuario no es de mejorar la cosa sino de conservarla en el estado en que la recibe.

Aun está obligado á las reparaciones extraordinarias:

El usufructuario tiene la obligacion de hacer las reparaciones que están á su cargo tan pronto como se hagan necesarias; tan es así, que el propietario puede obligarlo á que las haga ántes de concluir el usufructo (art. 2887). Una refaccion á tiempo, evita casi siempre mayores descomposturas, y si lo que hoy es una descompostura ordinaria se deja sin reparar, los deterioros extraordinarios que despues vengan, no son un caso fortuito sino el resultado de una indolencia. De aquí nace la obligacion del usufructuario de hacer las reparaciones extraordinarias causadas por su negligencia.

1º ¿Estará el usufructuario obligado á las reparaciones extraordinarias cuando no habiendo hecho las reparaciones ordinarias demuestra que la ruina no ha venido por esa falta? Es indudable que no; el artículo dice que está obligado á las reparaciones extraordinarias cuando se hacen necesarias por la falta de reparaciones de conservacion. Constando que la ruina no ha venido por esta causa, es claro que el usufructuario queda fuera de los términos del artículo.

Causadas por su culpa: Por ejemplo, si la cosa se arruina á causa de haberla dedicado á otro género de explotacion que el á que estaba destinada.

2882—El usufructuario no puede exonerarse de hacer las reparaciones necesarias á la conservacion de la cosa, por renunciar á su derecho de usufructo, sino devolviendo los frutos percibidos despues de la necesidad de hacer las reparaciones, ó el valor de ellos. (Concuerda con los arts. 1854—2727—2881—3023—3169.)

CONCORDANCIAS

(Demante, Cours analytique, n° 449 bis, § 3—Proudhon, n° 2191—Freytas, 4626, segunda parte.



Casi todos los autores franceses están de acuerdo en dar al usufructuario el derecho consagrado por el presente artículo. Únicamente discienten en los frutos que deben volverse, si los percibidos desde que comenzó el goce, ó si los percibidos después que se hicieron necesarias las reparaciones. Proudhon, tom. 4, n° 2191, por ejemplo, dice: "Como lo enseña Pothier (*Traité du dovaire*, n° 237), cuando á la época del abandono del derecho de usufructo existen degradaciones en el fundo, el usufructuario no puede eximirse de hacer las reparaciones sino restituyendo el valor de los frutos que ha percibido desde *su entrada en el goce*, puesto que no teniendo el derecho de aprovecharlos sino bajo las condiciones de hacer esas reparaciones, no puede tener el de conservarlos desde que quiere sustraerse á esa carga; y como no se le puede forzar á enriquecer al propietario obligándosele á hacer reparaciones mas considerables que el valor de los frutos que ha percibido, los derechos de ambos se concilian permitiendo el abandono".

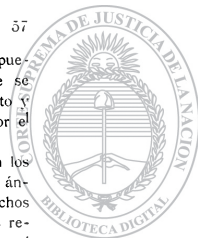
De la misma opinion es Toullier, tom. 2, p. 326. (Véase Zachariæ, § 309, nota 15.)

Por la restitution de los frutos percibidos después de haberse hecho necesarias las reparaciones, están Domat, citado, Duranton, tom. 4, n° 623.

1º Es necesario tener presente que nuestro artículo, al hablar de renuncia del usufructuario para no pagar las mejoras *necesarias á la conservacion de la cosa*, excluye implícitamente el caso en que las reparaciones no sean las ordinarias de conservacion, sino causadas por culpa ó negligencia del usufructuario; éstas tienen el nombre de *reparaciones estraordinarias*, como puede verse por el art. 2881, y como lo enseñan todos los autores. Desde que sólo se habla de mejoras de conservacion, es claro que no puede librarse, por la renuncia del derecho de usufructo, de pagar las estraordinarias causadas por su culpa.

El pago de éstas está regido por principios muy distintos; no es ya el resultado de una falta cuyas consecuencias debe necesariamente reparar el usufructuario. La obligacion no nace ya, como dice Proudhon, tom. 4, n° 2192, por razon del goce que tiene de la cosa usufructuaria, sino en virtud de una obligacion personal que ha contraido por su falta.

Zachariæ, en el § 309, nota 16, dice tambien que todos los



autores están de acuerdo en admitir que el usufructuario no puede librarse de pagar las reparaciones extraordinarias que se han hecho necesarias por su falta por renunciar al usufructo y á los frutos percibidos. Lo mismo opina Demante, citado por el codificador.

Por lo demas, el artículo guarda perfecta reciprocidad con los arts. 2883 y 2886 en lo que respecta á los frutos percibidos ántes de hacerse necesarias las reparaciones, pues que por dichos artículos tampoco está obligado el usufructuario á pagar las reparaciones que se han hecho necesarias ántes de constituirse el usufructo. De este modo, en los dos casos los gastos de las reparaciones se sacan del producto obtenido despues del deterioro, pues que las hace el que carga con esos frutos.

2883—La obligacion de proveer á las reparaciones de conservacion no concierne sino á aquellas que se han hecho necesarias despues de entrar en el goce de la cosa. El usufructuario no está obligado respecto de lo que se hubiese arruinado por vejez ó á causa de un estado de cosas anterior á su entrada en el goce. (Concuerda con los arts. 2881—2885—2886.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 231, nota 17—Demolombe, tom. 10. n° 555)

Despues de entrar en el goce de la cosa: Como ántes de entrar en posesion el usufructuario debe especificar el estado de los inmuebles sujetos al usufructo (art. 2846), ese documento servirá en caso de cuestion para saber si las reparaciones se han hecho necesarias ántes ó despues de haber entrado en el goce de la cosa. Si no se ha determinado el estado, la culpa será del usufructuario; en la duda se supondrá que el inmueble fué recibido en buen estado, como lo establece el art. 2848.

Por lo demas, el presente artículo bien ha podido suprimirse por estar legislados los mismos puntos en los arts. 2885, 2886 y 2891. (Véase comentario al art. 2886.)

2884—Las reparaciones de conservacion á cargo del usufructuario son solo las ordinarias para la conservacion de los bienes que no escedan de la cuarta parte de la renta líquida anual, si el usufructo fuere oneroso, ó las tres cuartas partes si el usufructo fuere gratuito. (Concuerda con los arts. 2862—2881 á 2883.)

CONCORDANCIAS

(Demante, n° 449 *bis*)—Freytas, 4641

No esceda de la cuarta parte de la renta anual: Debe tenerse presente que esto es así cuando las reparaciones no han subido á causa de descuidos en el usufructuario para hacer las pequeñas refacciones con que se habria evitado mayores gastos (argumento del art. 2881).

En este caso, la obligacion es ya personal, como hemos dicho ántes, ó independiente de la calidad de usufructuario. Es por esto que no se libra de ella ni por la renuncia del derecho de usufructo, como lo hemos dicho en el comentario al art. 2882.

2885—Son reparaciones y gastos estraordinarios los que fueren necesarios para re-stablecer ó reintegrar los bienes que se hayan arruinado ó deteriorado por vejez ó por caso fortuito. (Concuerda con los arts. 1516—2874—2881—2883—2889—2941.)

CONCORDANCIAS

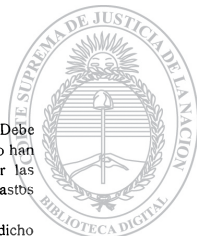
Freytas, 4622—Cód. frances, 607—Laurent, tom. 6, n° 539 y 540—Demolombe, tom. 10, n° 552—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1371 y sigtes.

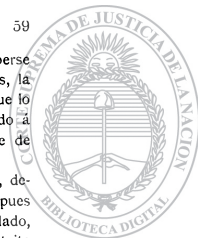
Con nuestro art. 2881 y siguientes hasta el presente, se ha resuelto del mejor modo posible las cuestiones á que los arts. 605 á 607 del Código frances han dado lugar.

Una enumeracion detallada de las reparaciones ordinarias ó de las estraordinarias nunca podria ser completa, y era preferible establecer una regla que, aun cuando pudiera no comprender todos los casos, por lo ménos daba una base para decidir por analogía los casos no comprendidos especialmente en ella.

Segun esta regla, todas aquellas reparaciones que no sean las de que habla el artículo que estudiamos son ordinarias, y en consecuencia, á cargo del usufructuario; esto, sin perjuicio de que tambien lo sean las estraordinarias en el caso del art. 2881, y sin perjuicio tambien de lo dispuesto en el art. 2884. Entran tambien en la categoría de reparaciones estraordinarias las que provienen como consecuencia de los vicios ó defectos propios de la cosa ó de la mala calidad de los materiales de que se compone.

Por vejez: Por ejemplo, la caída de un techo por haberse





podrido los tirantes, la inutilización de una máquina por haberse gastado con el uso regular sus engranajes ó ruedas dentadas, la destrucción de alambrados por haberse podrido los postes que lo sostenían, etc., etc., son destrucciones que no está obligado á pagar el usufructuario porque no es personalmente culpable de ello.

Todas estas cuestiones, como dicen Laurent y Demolombe, deben resolverse por el Juez en vista de informes periciales, pues son los peritos los únicos que pueden decidir en un caso dado, si las reparaciones son el resultado de la vejez, de caso fortuito ó de un descuido del usufructuario, ó si ellas no son sino reparaciones de conservación exigidas por el propio uso de la cosa y que por lo mismo, son de las que están á cargo del propietario. Sobre la materia de este artículo, puede verse á Aubry y Rau, § 231, nota 11 á 20—Proudhon, tom. 3, n° 1666 y sigtes.

1° Téngase presente que el nudo propietario no está obligado á hacer reparación alguna (art. 2889).

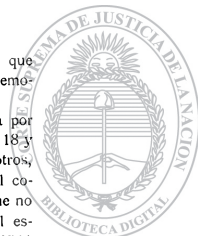
2886—El usufructuario no está obligado á hacer ninguna reparación de conservación cuya causa sea anterior á la apertura de su derecho. (Concuerda con los arts. 2881 á 2883—2891.)

CONCORDANCIAS

(Touiller, tom. 3, n° 431—Demolombe, tom. 10, n° 572—Véase comentario al art. 2883.

A la apertura de su derecho: El art. 2881 habla de reparaciones que deben hacerse después de *recibidas las cosas pertenecientes al usufructo*; el art. 2883 habla de reparaciones *después de entrar en el goce de las cosas*. Por último, el art. 2891 tiene por objeto fijar el sentido de estos dos, diciendo que la obligación del usufructuario respecto á los gastos á su cargo solo principia desde que *entra en posesión material de los bienes del usufructo*.

Es en este sentido en que deben tomarse las palabras que estudiamos para no chocar con lo que disponen esos mismos artículos, haciendo cargar al usufructuario con la obligación de hacer reparaciones antes de entrar las cosas en su poder, aunque se hayan hecho necesarias después de concluido el contrato de usufructo, ó después de la muerte del testador instituyente de éste, pero antes de que se le entreguen. Esto no contradice lo



que hemos sentado en el comentario al art. 2853, pues que formado el contrato, deben entregarse los bienes, y si hay demora se estará á lo dicho en el art. 2891.

La distinta redaccion de los artículos citados, se explica por la variedad de su origen (véase Aubry y Rau, § 231, nota 18 y citas allí hechas); y como los unos son la repetición de los otros, especialmente el presente, como lo hemos hecho notar en el comentario al art. 2883, el que debe prevalecer es el 2891 que no deja lugar á dudas, y tiene precisamente por objeto especial explicar el alcance de los demas. (Véase Proudhon, tom. 3, n° 1654.)

1° Aunque la cosa esté deteriorada á tiempo de recibirla el usufructuario, el nudo propietario no está obligado á hacer las reparaciones necesarias (art. 2889), por mas que por los desperfectos que tenga no esté en estado de servir para su destino (art. 2910). (Véase comentario al art. 2889.)

2887—El propietario puede obligar al usufructuario durante el usufructo, á hacer las reparaciones que están á su cargo, si i esperar que el usufructo concluya. (Concuerda con los arts. 1767 y sus concordantes—2938—2939.)

CONCORDANCIAS

(Ley 7, §§ 2 y 3, y Ley 64, Dig. *De usufruct*—Demolombe, tom. 10, n° 572)—Freytas, 4690—Proudhon, tom. 3, núms 1648 y 1649.

Sin esperar que el usufructo concluya: La razon de esto es que teniendo el usufructuario obligacion *de conservar la cosa*, cuando se hace necesaria una reparacion, hay, como dice Proudhon, obligacion actual por una parte, é interes actual tambien por la otra parte. Muchas veces la ruina de un edificio depende de no haberse hecho en tiempo una reparacion, y no sería posible privar al propietario del derecho de prevenir un mal mayor.

Quando el usufructuario no ejecuta la reparacion, el nudo propietario puede accionar lo mismo contra el fiador.

Si ni así consigue las reparaciones, podrá hacer uso de los espedientes acordados por los art. 2938 y 2939.

2888—Si el usufructuario hiciere reparaciones que no están á su cargo, no tendrá derecho á ninguna indemnizacion. (Concuerda con los arts. 2874—2889—2910.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4624—Rogron, comentario al art. 605 frances—Proudhon, tom. 3, n.º 1195—Nuestro comentario al art. 2881.

No tendrá derecho á ninguna indemnización: Esto es una consecuencia de lo dispuesto en los arts. 2889, sus concordantes y nota del codificador al art. 2885, cuando dice que el usufructuario no está obligado á hacer reparacion alguna, debiendo entregar la cosa en el estado en que se halle (art. 910).

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo que hemos dicho al estudiar el 2874 respecto de las mejoras que voluntariamente ha hecho el usufructuario, y que el nudo propietario quiere que queden en la cosa, cuando el usufructuario puede sacarlas sin alterar ésta. (Véanse las palabras: *Podrá llevar*, etc., etc., de dicho comentario.)

Este artículo bien ha podido suprimirse, pues los concordantes citados lo hacen innecesario.

2889—El usufructuario no tiene derecho para exigir que el nudo propietario haga ningunas mejoras en los bienes del usufructo, ni reparaciones ó gastos de ninguna clase. (Concuerda con los arts. 2881—2885—2888.)

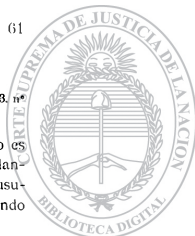
CONCORDANCIAS

(Proudhon, *Usufruit*, n.º 1652—Toullier, tom. 3, núms. 443 y sigtes.—Marcadé, sobre el art. 605—Demolombe, tom. 10, n.º 584—Zachariae, § 309)—Freytas, 4625—Goyena, comentario á su art. 457.

Ni reparacion ó gastos de ninguna clase: El principio aceptado por el artículo es aplicable al usufructo constituido por título gratuito, como al que lo es por título oneroso; la ley no distingue. El propietario, dice Proudhon, citado, es libre de dejar arruinar su cosa, pues este es uno de los atributos de la propiedad (es el principio consagrado por nuestro art. 2513, argentino).

Lo dicho es sin perjuicio de ciertos gastos que la ley misma impone al propietario, tales, por ejemplo, como los de que hablan los arts. 2895, 2896 ú otros así.

2890—Si el nudo propietario hiciere reparaciones ó gastos que estén á cargo del usufructuario, tendrá derecho á cobrarlos de éste. Véanse arts 2881—2891—2938.



CONCORDANCIAS

(L. 48, Dig. *De Usufruct*—Proudhon. tom. 4, n° 1641—Demolombe. tom. 10, n° 580)—Freytas. 4626.

Tendrá derecho á cobrarlos de éste: Teniendo presente que el art. 2887 acuerda al propietario el derecho para exigir al usufructuario que haga las reparaciones tan pronto como sea necesario, sin esperar la terminación del usufructo, debe considerarse que el derecho acordado por el que estudiamos es para el caso en que el usufructuario no las ejecute, ó en caso de urgencia en que tampoco le sea posible hacerlo. De este modo se concilia la libertad que debe tener el usufructuario para que el propietario no se introduzca de su propia cuenta en el inmueble usufructuario, y el derecho que tiene el último para prevenir la pérdida de la cosa. (Véase último § del art. 2891.)

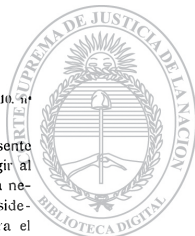
“La prudencia exige, dice Proudhon, lugar citado por el codificador, que esto no sea ejecutado sino después de haber hecho constatar contradictoriamente con el usufructuario ó sus herederos el mal estado del fundo, y haberles exigido que ejecuten las reparaciones á su cargo.”

Esto no quiere decir que si el nudo propietario no ha llenado tales requisitos, no tenga derecho á cobrarlas; únicamente que si el usufructuario rehusa pagarlas, el propietario tendrá que probar que eran necesarias y que eran de las reparaciones á cargo del usufructuario. El usufructuario, á su vez, puede probar que los gastos son escesivos, ó que han sido hechos sin necesidad.

2891—La obligación del usufructuario de hacer reparaciones y gastos á su cargo, solo principia desde el día en que entrare en posesion material de los bienes del usufructo. Antes de ese día el constituyente del usufructo ó el nudo propietario, no está obligado á hacer reparación alguna, aunque los bienes se deterioren. Mas, si la tardanza en recibir los bienes fuere porque el usufructuario no llenare las obligaciones que deben preceder, y el nudo propietario hiciere las reparaciones que están á cargo del usufructuario después de la entrega de los bienes, tendrá derecho para exigir de éste lo que hubiese gastado, y para retener los bienes hasta que sea pagado. (Concuerda con los arts. 2856—2881 á 2888—2890.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, n° 554)—Freytas. 4620 —Proudhon. tom. 3, núms. 1655 á 1657 —Nuestro comentario al art. 2886



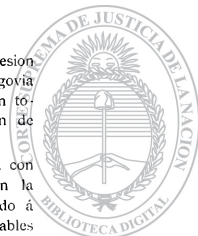


Desde el día en que entrare en posesion material: Hemos dicho en el comentario al art. 2853, y lo hemos repetido despues, que el derecho á los frutos principia para el usufructuario desde el momento en que se perfecciona el contrato, ó desde el momento de la muerte del testador cuando el usufructo es constituido por testamento. Pero como siempre media un plazo entre la perfeccion del contrato y la entrega de la cosa, tenemos que, en la mayoría de los casos, la obligacion de hacer gastos de conservacion no es correlativa del derecho á percibir los frutos. La obligacion del usufructuario, segun este articulo, nace solo desde que entra en posesion material, ó desde que pudo entrar y no entra por su culpa, la cual puede consistir en no presentarse á recibir los bienes, ó no llenar las obligaciones previas á su posesion que la ley le impone, tales como la de dar fianza, etc.

Así, por ejemplo, en el usufructo constituido por testamento, es indudable que el usufructuario tiene derecho á los frutos desde el momento de la muerte del testador (art. 2820, última parte, 3766, su nota y sus concordantes); pero el legatario no puede pedir la entrega de la cosa sino despues de pasar ciertos plazos (art. 3367 y sus concordantes). Pasando este tiempo recien puede pedir la entrega, y entonces la recibe, como hemos dicho ántes, con todos los frutos que haya producido, pero hasta esa época no es, ni puede ser, responsable por los deterioros de la cosa que no ha estado en su poder, porque no ha estado en su mano recibirla. En este sentido, no son correlativos el derecho y la obligacion del usufructuario, como lo afirma el doctor Segovia en la nota 159.

Los autores franceses parten de principios muy distintos á los aceptados por nuestro Código en materia de legados de usufructo, como puede verse por la nota del codificador al art. 3766, pues el art. 1014 frances, en que se apoyan aquéllos, consagra una disposicion contraria á la de la última parte de los arts. 2820 y 3766 nuestros. (Véase Proudhon, citado.)

Aunque los bienes se deterioren: Todo este inciso es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 2889 que libra al nudo propietario de hacer reparacion alguna en la cosa si no lo quiere hacer voluntariamente, y de lo dispuesto en la primera parte del que estudiamos, que solo obliga al usufructuario por las repara-



ciones que se hagan necesarias despues que entra en posesion de la cosa. Esto no impide, como dice bien el doctor Segovia en la nota 170, que el nudo propietario sea responsable en todos los casos para con el usufructuario por la destruccion de la cosa causada por su culpa ó la de sus empleados.

Así, un heredero no podria dejar de ser responsable para con el legatario de usufructo, si destruye la cosa que está en la obligacion de entregar. Una cosa es que no esté obligado á gastar en reparaciones por deterioros que no le son imputables (art. 2910), y otra la responsabilidad de su delito.

Porque no llenare las obligaciones que deben prece-
der: Ó por cualquier otra causa imputable al usufructuario, por negligencia, por ejemplo. En estos casos, el nudo propietario puede, segun el art. 2890, hacer las reparaciones de que hemos hablado en el comentario á dicho artículo, y puede cobrarlas.

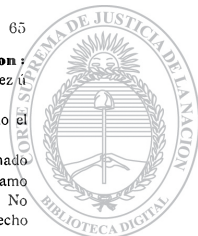
Tendrá derecho para exigir de éste lo que hubiese
gastado: Por el art. 2856, se le acuerda tambien al nudo propietario el espediente de dar la cosa en arriendo ó en administracion á un tercero; pero como puede suceder, que mientras esto no se haga, sea necesario proceder á ciertas reparaciones, la ley acuerda al nudo propietario la facultad de hacerlas él mismo.

Y para retener los bienes: Si el valor de los frutos es suficiente á cubrir esos gastos, ó si deposita su valor, es indudable que el usufructuario podrá pedir la entrega de la cosa mientras se discute si está ó no obligado á pagar lo que se le cobra.

2892—El usufructuario no puede demoler en todo ó en parte ninguna construccion aunque sea para sustituirla por otra mejor, ó para usar y gozar de otro modo el terreno, ó los materiales de un edificio. Si en el usufructo hubiere casas, no puede cambiar la forma exterior de ellas, ni sus dependencias accesorias, ni la distribucion interior de las habitaciones. Tampoco puede cambiar el destino de la casa, aun cuando aumentase mucho la utilidad que ella pudiese producir. Concuerda con los arts. 1534 — 1537 — 1555 — 2807 — 2874 — 2878 — 2879.

CONCORDANCIAS

(L. 13, § 7 Dig. *De usufruct* — Demolombe, tom. 10, num. 442 y 443—Molitor, *Servidumbres personales*, n.º 55) — Freytag, 4033, incs. 1. 8 y 9—Proudhon, n.º 1111 —Nuestro comentario al art. 2874.



Demoler en todo ó en parte ninguna construccion:

Pero puede, á su costa, demoler un edificio arruinado por vejez u otra causa, para reconstruirlo (art. 2874).

Tampoco puede cambiar el destino de la casa: Como el ejemplo puesto por el codificador en la nota 2878.

Esto no quiere decir que, por ejemplo, en un fundo destinado á la agricultura, el usufructuario no pueda dedicarlo á otro ramo de la misma que no sea el á que ántes estaba destinado. No hay aquí cambio en el destino de la cosa, como lo hemos hecho notar al hablar del arrendamiento.

2893—El usufructuario es responsable, si por su negligencia dejare prescribir las servidumbres activas, ó dejare, por su tolerancia, adquirir sobre los inmuebles servidumbres pasivas, ó dejare de pagar deudas inherentes á los bienes en usufructo. (Concuerda con los arts. 1530—2876—2877—2880—2980—2982—2984—3260.)

CONCORDANCIAS

Frssytas, 4639--Nuestro comentario al art. 2885, n° 10—Véase las concordancias de los art. 2876 y 2880.

Es responsable, si por su negligencia, etc.: Desde que él tiene derecho á usar de las servidumbres activas, y á entablar todas las acciones tendentes á la realizacion de sus derechos de tal (art. 2876), está en la obligacion de dar aviso para que el propietario evite el perjuicio (art. 2880) en caso de no entablar él mismo la accion correspondiente, si ninguna de estas dos cosas hace, debe responder de los perjuicios ocasionados.

Dejare adquirir, etc.: Las que se adquieran con su consentimiento espreso, terminan al fin del usufructo (arts. 2980—2984, etc.)

Deudas inherentes á los bienes en usufructo: Tales como las de que habla el art. 2894.

2891—El usufructuario debe satisfacer los impuestos públicos, considerados como gravámenes á los frutos, ó como una deuda del goce de la cosa, y tambien las contribuciones directas impuestas sobre los bienes del usufructo. (Concuerda con los arts. 1553—2894—2895—2897—2899—3259.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 608—Italiano, 506—Napolitano, 533—De Luisiana, 572—Ley 52, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Ley 27, § 3, id.—Domolombe, tom. 10, núms. 599, 609 y r. v

sigtes.--La L. 22, Tit. 31, Part. 3ª, solo dice: *si diezmo á otro tributo ó pecho alguno oviese á salir de la cosa en que le otorgaron el usufructo, él lo debe pagar del fruto que llevarle ende*—Goyena, 457—Freytas, 4689 y 4640—Laurent, tom. 7. núms. 1 á 5—Cód. de Chile, 796, §§ 2 y 3.

Los impuestos públicos: Tales como las aguas corrientes, alumbrado, impuestos de puertas, de ganados, de marcas, etc., etc., segun sea la cosa usufructuaria.

También las contribuciones directas: Tales como la contribucion territorial, etc. (Véase lo dicho en el artículo siguiente.)

Es entendido que las cargas á que está obligado el usufructuario son las que se deban despues de entrar en el goce de los bienes. Las anteriores y no pagadas son á cargo del propietario, y aunque las pague el usufructuario, podrá reembolsarlas (argumento del art. 2899).

2895.—El usufructuario está obligado á contribuir con el nudo propietario, al pago de las cargas que durante el usufructo hubiesen sido impuestas á la propiedad. (Concuerda con el art. 2894 y sus concordantes.)

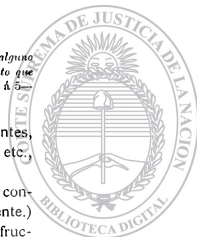
CONCORDANCIAS

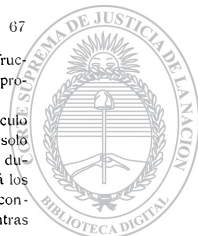
(Cód. frances, 609—Italiano, 507)—Demolombe, tom. 10, núms. 609 y 610—Laurent, tom. 7, núms. 6 y sigtes. —En contra, Goyena, 455.

De las cargas que durante el usufructo hubiesen sido impuestas á la propiedad: El artículo anterior se refiere á las cargas ordinarias, que se pagan periódicamente, como los ejemplos que hemos puesto en su comentario; el presente, por el contrario, se refiere á las cargas estraordinarias, que se pagan por una sola vez; tal sería, por ejemplo, el pago de empedrado de la calle; pagos de nivelaciones hechas por el Gobierno, impuestos á las herencias, ú otros así.

Demolombe, lugar citado, refiriéndose al art. 609 del Código Frances, igual al nuestro, dice: "En el art. 609 se trata de cargas escepcionales, ó estraordinarias que, por las circunstancias en que son impuestas, por el objeto que ellas se proponen y por su importancia, por lo ménos relativa, interesan á la propiedad toda entera, su existencia ó su porvenir, su conservacion ó su mejoramiento perpetuo, y que constituyen un sacrificio exigido no solamente á los frutos, sino al fundo y al capital".

En el mismo sentido se espresan Aubry y Rau, § 231, nota 27. Estas cargas estraordinarias, á diferencia de las ordinarias





de que habla el art. 2894, no son á cargo esclusivo del usufructuario, sino de éste y del nudo propietario, con arreglo á la proporcion establecida en el art. 2897.

1º Del principio que hemos establecido el comentario al artículo anterior, y que es aceptado por todos, de que el usufructuario solo debe pagar los impuestos que correspondan al tiempo que ha durado el derecho de usufructo, se sigue tambien que respecto á los impuestos estraordinarios el usufructuario no está obligado á contribuir al pago sino de aquellos que se hacen exigibles mientras dura el usufructo.

Proudhon, nº 1861, estudiando las mismas palabras que nosotros, de que se vale tambien el art. 609 del Código Frances, dice: "Supongamos que por un acto de autoridad pública, la propiedad de un inmueble ha sido gravada con cuatrocientos francos, pagaderos la mitad en el primer año y la otra mitad en el segundo año, que el propietario de este fundo lega el usufructo del mismo á un tercero, y que muere despues de haberse cumplido el primer año sin haber pagado el impuesto correspondiente á ese año. Los doscientos francos ya vencidos y no pagados en vida del testador, serán una deuda de la sucesion, á cargo del heredero, y él únicamente estará obligado á pagarlos, sin derecho á repetir contra el usufructuario, puesto que ésta, despues de su vencimiento, es una deuda personal del nudo propietario, desde que ya estaba en mora en el momento de su muerte; pero los doscientos francos que no deben ser pagados sino despues del segundo año, ó que no se hacen exigibles sino despues de abierto el derecho del usufructuario, no deben ser pagados por el heredero sino á condicion de que, el legatario del usufructo del fundo, le pague los intereses del capital desembolsado".

En el caso propuesto aquí, nos parece que el pago del impuesto del segundo año debe ser pagado con arreglo al artículo que estudiamos, entre el propietario y el usufructuario. (Véase nuestro comentario al art. 2897.)

2º Si el usufructuario paga solo esos impuestos, tendrá accion contra el propietario por la parte que á éste correspondia pagar.

3º Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo convenido entre las partes al constituirse el usufructo.

2896—El usufructuario está obligado á contribuir con el nudo propietario al pago de los gastos de cerramiento forzado de la propiedad, y

al deslinde de ella, siempre que sea ejecutado á solicitud de algun vecino y tambien á la apertura de las calles y otros gastos semejantes. (Concuerda con los arts. 2726—2746—2752—2874—2895.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 231, nota 29 --Demolombe, tom. 10, núms. 609 y sigtes.

A contribuir con el nudo propietario: Véase comentario al art. 2897.

Siempre que sea ejecutado á solicitud de algun vecino: Si el usufructuario lo hace por su propia conveniencia, será únicamente de su cuenta el gasto. De acuerdo, doctor Segovia, notas 180 y 182.

2897—En todos los casos en que el usufructuario esté obligado á contribuir con el nudo propietario para satisfacer las cargas de la propiedad, será en proporcion del valor de los bienes sujetos al usufructo, y de los que queden al heredero del propietario. (Concuerda con los arts. 2895 y su comentario—2896—2899—2900—2901.

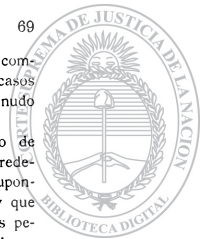
CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 581. Aubry y Rau, § 231, nota 6.)

Esté obligado á contribuir: ¿Se refiere aquí á contribuir con los intereses como en el caso de deudas de la sucesion de que hablan los arts. 2900 y 2901, ó quiere decir que debe pagar el capital sin repeticion? Aubry y Rau, citado, siguiendo al Código Frances, lo mismo que el Código de Luisiana, Goyena, 438 y su comentario, hacen contribuir en los casos de que habla el artículo (que son los de los arts. 2895 y 2896) con solo los intereses. Por injusto que nos parezca, creemos como indudable que se refiere á una contribucion para satisfacer el capital, sin repeticion contra el heredero propietario. Por el lugar en que está colocado, y por las palabras de que se valen los artículos citados, no puede darse otra interpretacion. Pensamos que en esto el codificador hubiera hecho mejor en seguir la legislacion francesa, que solo hace cargar al usufructuario en los casos de nuestros arts. 2895 y 2896, lo mismo que los de los arts. 2900 y 2901 con los intereses solamente. (Véase Aubry y Rau, citado por el codificador.)

Será en proporcion al valor de los bienes sujetos al





usufructo y de los que quedan al heredero: Como se comprende á primera vista, este artículo no resuelve todos los casos en que el usufructuario está obligado á contribuir con el nudo propietario para satisfacer las cargas de la sucesion.

Las palabras que estudiamos, solo se ponen en el caso de ser el usufructo constituido por testamento, y en que el heredero quede con otros bienes que los dados en usufructo. Supongamos, que el fundo dejado en usufructo vale mil pesos, y que los otros bienes que le queden al heredero valen quinientos pesos, y que lo que hay que pagar proporcionalmente son mil pesos. Á estar á las palabras que estudiamos, el usufructuario deberá pagar el doble de lo que corresponda al heredero propietario, por ser doble el valor de los bienes que usufructúa; este último pagaria trescientos y tantos pesos, mientras que al usufructuario le tocara pagar seiscientos y tantos.

¿Y si al heredero no le quedaban otros bienes? Siguiendo la misma proporcion, el pago en este caso, seria solo á cargo del usufructuario. Esto vendria á ser contrario á lo dispuesto en los arts. 2895 y 2896, que obligan á las dos partes, usufructuario y propietario, á *contribuir* al pago de las cargas á que aqui se hace referencia.

El hecho de que los bienes dados en usufructo sean los únicos que posean los herederos propietarios, no podria nunca ser una razon para que el propietario no contribuyera con el usufructuario; mucho mas cuando en el presente artículo no se habla de deudas de la sucesion, sino de cargas especiales impuestas á los bienes usufructuarios, como se ve por los arts. 2895 y 2896. Aquí contribuye á pagar el capital, mientras que por las cargas de la sucesion contribuye solo con los intereses, diferencia que no nos parece justa. El artículo tampoco resuelve la hipótesis en que el usufructo no sea constituido por testamento, es decir, que no queden, como dice el artículo, otros herederos propietarios.

Sin embargo, las palabras *en todos los casos*, de que se vale el artículo que estudiamos, autorizan para aplicarlo por analogia al en que el usufructo sea constituido por contrato, y decir que la proporcion debe establecerse en proporcion al valor de los bienes dados en usufructo y de los demas bienes que le queden al nudo propietario.



En uno y otro caso, nos parece que nuestro Código ha debido limitarse, como el francés, á hacer cargar al usufructuario con el interes del dinero empleado en pagar esas contribuciones de que hablan los arts. 2895 y 2896.

La circunstancia de que al nudo propietario le queden bienes como cien ó como diez, nunca podrá ser una razon para que aquellos gastos que no son impuestos como gravámen á los frutos, si no mas bien, como hemos dicho en el comentario al art. 2895, un beneficio directo para el propietario, sean menores en el primero y mayores en el segundo. La proporcionalidad de las cargas no puede establecerse con relacion á la mayor ó menor fortuna de quienes deben soportarlas.

Por derecho frances, la proporcion se establece únicamente haciendo cargar al usufructuario con los intereses de lo que importen esas cargas (art. 609, frances). Es lo que establece el Código de Luisiana, y Aubry y Rau, lugar citado.

Es indudable que nuestro Código, como hemos dicho, no ha seguido en esto al frances, pues ninguno de los testos, ni aun el art. 2895 en que se cita el 609 frances, autorizan á pensar lo contrario.

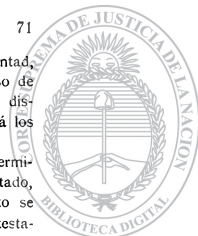
1º Pensamos, aunque no encontramos del todo justo, que respecto á los gastos de que hablan los arts. 2895 y 2896, y tratándose de usufructo establecido por testamento, se debe seguir el presente artículo. Que tratándose de usufructo establecido por contrato se deberán pagar tales cargas en la misma proporcion salvo convenio contrario, lo dispuesto en el art. 2884, y salvo tambien el derecho á renunciar al usufructo (argumento del art. 2882).

2895—El que adquiere á título gratuito un usufructo sobre una parte alieuta de los bienes, está obligado á pagar en proporcion de su goce y sin ninguna repeticion, las pensiones alimenticias, las rentas, sueldos y réditos devengados que graven el patrimonio. (Concuerda con lo: arts. 291—1839--1840—2827—2899 á 2901—3499)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, n° 455)—Las concordancias del art. 2890—Goyena, 459—Cód. de Chile, 796, § 1—Freytas, 4610, 4611 y 4640—Aubry y Rau, § 232—Laurent, tom. 7, n° 17 y sigtes.—Cód. frances, 610.

El que adquiere á título gratuito: Se refiere aqui al caso



en que el usufructo es establecido por acto de última voluntad, y no cuando es establecido por contrato, como en el caso de donación de que habla el art. 2814, pues entonces rige lo dispuesto en los arts. 1839 y 1840, y notas del codificador á los mismos.

Esto es lo mismo por la legislación francesa. "Para determinar la posición del usufructuario, dicen Aubry y Rau, lugar citado, es necesario distinguir dos hipótesis: la en que el usufructo se establece por actos entre vivos y la que se establece por testamento".

"En la primera hipótesis, de la cual la ley no se ocupa especialmente, el usufructuario no está, en regla general, sometido á ninguna obligación respecto á las deudas de la sucesión. Esto es así, sea que se trate de usufructo á título oneroso, ó que se trate de usufructo á título gratuito. Lo contrario no debe establecerse sino por convenio expreso de las partes, ó por interpretación de su voluntad." Lo contrario sucede en la segunda hipótesis.

Esto por lo que hace al usufructo sobre bienes particularmente designados; tratándose de una parte de la herencia, se estará á lo dispuesto en el art. 1840 y en el presente.

Sobre una parte alienota de los bienes: En principio general, solo el sucesor á título universal está obligado al pago de las deudas de la herencia; no así el sucesor á título singular (arts. 3499, 3796 y 3797). Este principio se ha seguido para el legado de usufructo (art. 2899) en lo que respecta á las deudas privilegiadas de que habla el presente artículo, si no quiere que su legado se disminuya en la forma establecida en el título de los legados.

Pero es necesario tener presente que la naturaleza especial del legado de usufructo, que solo concede un derecho temporario, solo hace contraer al legatario obligaciones temporarias tambien, que concluyen con su derecho de usufructo. Que por lo mismo no está obligado al pago de otras deudas que no sean las enumeradas espresamente por la ley, como las enumera en el artículo que estudiamos.

Es al que recibe el derecho á perpetuidad, al que recibe la cosa, á quien corresponde pagar esas otras deudas. Respecto á ellas el usufructuario no está obligado sino á contribuir con

los intereses en el caso de ser usufructuario universal, como lo establece el art. 2900. Si lo es de una parte alícuota, se estará á lo dispuesto en el art. 2901.

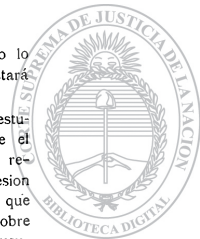
1º De manera que de la combinacion del artículo que estudiamos con los siguientes hasta el 2901, resulta: 1º Que el usufructuario á título universal estará obligado á pagar sin reembolso de ningun género todas las deudas de la sucesion que provengan de pensiones alimenticias, rentas y demas de que se habla en el presente artículo, si el usufructo ha recaído sobre todos los bienes que componen la sucesion—2º Que si el usufructo es solo de una parte alícuota, como la mitad, el quinto, etc., etc., solo deberá pagar la mitad, el quinto, etc., de esas deudas, debiendo pagar el resto el nudo propietario—3º Respecto de las otras deudas que no son enumeradas aquí, el usufructuario solo deberá pagar el valor de los intereses (arts. 2900 y 2901).

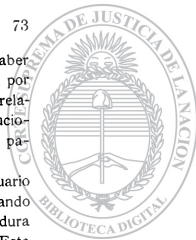
Estos mismos principios debió adoptar el codificador en el art. 2897 con respecto á las deudas de que hablan los arts. 2895 y 2896, que es el principio adoptado por el art. 609 frances.

En proporcion á su goce: Así, si el usufructo es de la mitad de los bienes, la obligacion del usufructuario será de pagar la mitad de las deudas, si es del quinto, pagará la quinta parte, etc., etc.

Sueldos y réditos devengados: La palabra *devengados* debe tomarse aquí en sentido de que el usufructuario está obligado á pagar las pensiones y rentas que venzan despues de la constitucion del usufructo, y no las que se deban desde ántes que el usufructuario entrase en el ejercicio de su derecho. La obligacion del usufructuario de pagar esas rentas es en razon del derecho que tiene á percibir los frutos con que se ha de atender á esos pagos. "Esas rentas, como dice bien Marcadé, tom. 2, nº 525, no son una mezcla de productos y de fraccion de capital, sino de productos puros, de simples frutos, en que el capital, el principio productivo, está en el bien incorporal llamado renta; y es por esto que se hace cargar con su pago al que percibe esa renta".

Lo que se deba por razon de pensiones alimenticias, sueldos, etc., etc., hasta el momento de entrar en posesion de los bienes, afectan al capital mismo, pues que el dueño de ese capital, que





era quien debió pagarlos, no lo ha hecho, no obstante de haber aprovechado la renta; en consecuencia, aunque no pierdan por esto su carácter de deudas privilegiadas, se consideran con relación al usufructuario y al heredero propietario como disminuciones del capital, es decir, como deudas ordinarias que deben pagarse en la forma establecida en los arts. 2900 y 2901.

No sería justo, por otra parte, hacer cargar al usufructuario con las deudas anteriores á la creación de su derecho, gravando á éste no solo con las pensiones que se devenguen mientras dura el usufructo, sino con las devengadas antes de empezar. Esto chocaría también con los principios generales aceptados por los arts. 2891 y sus concordantes—2895—2896, etc., etc.

2º Por lo que hace á los réditos, se refiere á los intereses de toda clase de deudas, de conformidad con lo establecido en los art. 2900 y 2901; de aquí se sigue que el usufructuario debe pagar los intereses de todas las deudas que gravan el patrimonio, y el nudo propietario pagar el capital. “Á mas de las pensiones alimenticias, etc., etc., dice Marcadé, tom. 2, nº 529, de donde se toma nuestro artículo, el usufructuario debe pagar el interes de todas las deudas, de cualquier naturaleza que sean, que graven el patrimonio”.

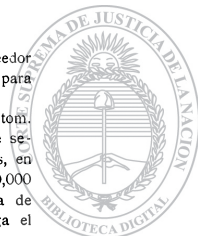
2899—El usufructuario de un bien particular no está obligado á pagar los intereses de las deudas, ni aun de aquellas por las cuales se encuentra la cosa hipotecada. Si se encontrase forzado, para conservar su goce, á pagar esas deudas, puede repetir lo que pagare contra el deudor por el capital é intereses, ó contra el propietario no deudor por el capital solamente. El testador puede ordenar que el bien sea entregado al usufructuario libre de las hipotecas que lo gravan. (Concuerda con los arts. 768, inc. 4—2898—2900—2901—3121—3152—3501—3885.)

CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 610—Demante, desde el nº 451)—Cód. frances, 611—Laurent, tom. 7, nº 18—Cód. de California, 1017 y 1018.

De un bien particular: Ó de varios objetos ciertos y determinados, pues en uno y otro caso el usufructo es particular, art. 2827. (Véase comentario al art. 2901.)

No está obligado á pagar los intereses de las deudas: Como lo está el usufructuario á título universal (arts. 2900 y 2901).

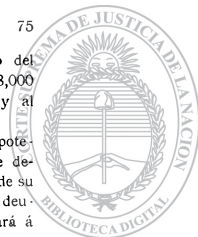


Si se encuentra forzado. Por ejemplo, cuando el acreedor demanda su rédito, y amenaza hacer vender el inmueble para pagarse.

Puede repetir lo que pagare, etc., Marcadé, nº 331, tom. 2, de donde ha sido tomado nuestro artículo, explica este segundo inciso, diciendo: "Pongamos una hipótesis: Titius, en cuyos bienes se encuentra una casa de un valor de 50,000 francos, y cuyo pasivo comprende, entre otras deudas, una de 8,000 francos, por la cual está hipotecada la propiedad, lega el usufructo de la misma á Primus y la nuda propiedad á Secundus; despues muere, dejando á Paulo por único heredero".

"Paulo, no concurriendo con ningun otro heredero ni legatario á título universal, es el único obligado por la deuda de 8,000 francos, como por las otras deudas de la sucesion; es él solo que debe el *capital y los intereses*. Ni Primus que es usufructuario de la cosa, ni Secundus que es propietario, deben nada de esta deuda. Sin embargo, el acreedor de los 8,000 francos, si el heredero no le paga á su vencimiento, puede embargar la cosa y hacerla vender, pero el usufructuario que prefiere desembolsar los 8,000 francos, y perder tambien hasta nueva orden, los 400 francos de interes, que perder el goce de una cosa que puede darle 2,000 francos, paga al acreedor. En esta circunstancia, el art. 611 (equivalente al que estudiamos, argentino) nos dice que tendrá recurso contra el propietario. La razon es obvia: impidiendo la venta ha conservado á éste su propiedad, ha administrado útilmente sus negocios, y por consiguiente tiene derecho para hacerse reembolsar por él los 8,000 francos que ha empleado. Pero tambien tiene evidentemente un recurso, y en primera linea, contra el heredero deudor como contra el propietario; pero su recurso es mas estenso que contra el propietario."

"En efecto, en pagando la deuda, ha administrado un negocio de este deudor por el todo, y tiene derecho á exigir de él, no solamente el capital de los 8,000 francos, *sino tambien los intereses* por todo el tiempo que haya pasado desde el dia del pago hasta el dia del reembolso. Tratándose del propietario, si bien ha administrado los negocios en cuanto ha sustraído de la espropiacion la nuda propiedad, tambien ha administrado al mismo tiempo los suyos propios sustituyendo á esa espropiacion el goce que pertenece á él mismo; si él hubiera dejado vender, se ha-



bría vendido su propio derecho de goce como el derecho del nudo propietario: el gasto que ha necesitado hacer de los 8,000 francos es á cargo del propietario en cuanto al capital, y al suyo propio respecto á los intereses."

"Así, el usufructuario que, á consecuencia de la accion hipotecaria, que pesaba sobre el inmueble, tiene la *eleccion*, ó de demandar inmediatamente al deudor *el capital y los intereses* de su desembolso, ó bien no demandarle mas que *los intereses* al deudor, y demandar el capital al propietario, quien lo demandará á su vez contra el heredero."

"Si el deudor del rédito hipotecario es al mismo tiempo propietario del inmueble, es claro que el usufructuario no tendrá sino un recurso contra el propietario deudor por el capital é intereses. Lo que acabamos de decir respecto al usufructuario particular, se aplicará al usufructuario universal, salvo las modificaciones resultantes de que este último debe sufrir de su propia cuenta la totalidad ó una fraccion de los intereses."

Esto es lo establecido tambien por el presente artículo y por los dos siguientes.

Tenemos entónces, que el usufructuario de un bien particular en ningun caso está obligado á pagar los intereses, pues cuando nuestro artículo dice que el usufructuario que ha pagado la deuda hipotecaria *tiene accion contra el propietario no deudor por el capital solamente*, no quiere decir que no tenga accion para cobrar los intereses del tercero deudor, ó del heredero deudor.

No es, como lo afirma el doctor Segovia en la nota 195, que los intereses se compensen con los frutos, puesto que, como lo dice claramente el artículo, el usufructuario de un bien particular en ningun caso está obligado á pagar intereses por las deudas que gravan el inmueble usufructuario.

Precisamente la circunstancia de decir el artículo que estudiamos que del propietario *no deudor* solo se puede cobrar el capital, indica claramente *que siendo deudor* el mismo propietario, deberá poder cobrar los intereses.

El doctor Segovia dice que no sería justo que el usufructuario cobrara intereses del propietario no deudor; esto es cierto, pero es doblemente injusto que tampoco los pueda cobrar del tercero deudor. ¿Qué tiene que ver ese tercero deudor con los frutos que reciba el usufructuario de un fundo que no es de aquél? Nada,



absolutamente. Pero el doctor Segovia, al decir que los intereses se compensan con los frutos, viene á negar indirectamente toda accion contra ese tercero.

Si el mismo propietario, cuando es deudor, está obligado á pagar intereses, con doble razon lo podrá hacer el tercero deudor, que no es dueño de la cosa que produce los frutos.

La proposicion que combatimos, está en contra, no solo del testo espreso que estudiamos, sino tambien en contra de todos los autores que se ocupan de lo mismo (Laurent, tom. 7, nº 18—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1385—Proudhon, tom. 4, nº 1831) y especialmente de Marcadé, como lo hemos visto, cuyas opiniones declara el codificador seguir.

La posicion del usufructuario de un bien particular es muy distinta á la del usufructuario á título universal, de que hablan los art. 2900 y 2901. El primero, en ningun caso está obligado á pagar ni capital ni intereses de las deudas, como lo dice bien claro este artículo. (Véase, sin embargo, para el caso en que no hayan mas bienes en la sucesion que los dejados en usufructo, lo que decimos en el comentario al art. 2901.)

O contra el propietario no deudor: Con las palabras *no deudor*, de que se vale nuestro artículo, se evita entre nosotros la cuestion debatida entre los juriconsultos franceses sobre si cuando se lega el usufructo de un fundo á una persona, la propiedad á otra, y el heredero universal es otro, tendrá el usufructuario que ha pagado la deuda hipotecaria recurso contra el legatario particular propietario del inmueble hipotecado, ó contra el heredero, ó si solo la tendrá contra este último.

El art. 611 del Código frances, solo habla de *propietario*, sin agregar las palabras *no deudor*, que trae el nuestro.

Proudhon, tom. 4, nº 1832, comentando las palabras *tendrá recurso contra el propietario*, de que se vale el artículo frances, dice: "La accion de reembolso, no pudiendo tener lugar sino contra el deudor, no será permitido intentarla contra el legatario á título particular de la propiedad del fundo, puesto que éste no está obligado por las deudas de la sucesion; no es á éste, sino al heredero ó al legatario por título universal á los que se indican en la palabra *propietario*; si los autores del Código se han servido de esta espresion, es porque ordinariamente cuando

se lega el usufructo de un fundo, la propiedad queda en la sucesion".

Marcadé, como se ve por lo que de él hemos copiado anteriormente, opina en contra de Proudhon, pues concede la accion no solo contra el heredero sino contra el legatario propietario que no es deudor; y esta es la opinion que ha adoptado nuestro Código, declarando mejor el sentido del artículo, dando recurso por el capital y los intereses contra el heredero, que es el verdadero deudor, y contra el legatario á título singular que solo es *propietario* pero *no* deudor, únicamente por el capital.

2º ¿En qué tiempo debe el usufructuario demandar las repeticiones?

El doctor Segovia dice que solo puede demandarla al fin del usufructo (nota 195). Esta proposicion, por lo absoluta, es contraria al espíritu de nuestro artículo, y á lo aceptado unánimemente por todos los jurisconsultos.

Para contestar la cuestion propuesta, hay que distinguir tres casos: 1º El en que, no siendo deudor el propietario, la accion se dirige contra él; 2º El que siendo deudor, se dirige tambien contra el mismo, y 3º El caso en que la accion se dirige contra el tercero deudor.

En el primer caso, por lo mismo que el usufructuario no obra como subrogado en los derechos del acreedor, puesto que el propietario no es deudor, la accion por el reembolso solo puede entablarse despues de la conclusion del usufructo (Laurent, tom. 7, nº 18—Aubry y Rau, § 232, nota 4—Demante, tom. 2, nº 454 *bis*, etc., etc.)

En los otros dos casos, por lo mismo que obra en virtud de una subrogacion legal, (arts. 726 y 768, inc. 2—Proudhon, tom. 4, nº 1907) puede entablar su demanda inmediatamente, dicen los autores citados, puesto que ejerce los derechos del acreedor que podia demandar su rédito desde el vencimiento (art. 771).

No habria razon alguna para que demandándose el reembolso contra el verdadero deudor, y despues de estar vencido el plazo de la deuda, el usufructuario se viese obligado á esperar al fin del usufructo para demandar lo que desde ya se le debe.

Que no pueda entablar la accion inmediatamente contra el propietario no deudor, es muy racional por la situacion especial de éste, que en realidad no es deudor, sino tan solo interesa-





do, como el mismo usufructuario, en que no se venda la cosa hipotecada, como lo espresa Marcadé en la transcripcion hecha; pero esta razon no existe tratándose del verdadero deudor que está obligado directamente á pagar al vencimiento de la deuda. Poco importa que en este caso sea el mismo propietario el deudor ó un tercero. Es su carácter de deudor directo lo que le hace responsable, y ningun testo autoriza la opinion contraria.

3º Se argumenta con el art. 2900 que solo obliga al heredero á devolver el capital pagado por el usufructuario para cancelar las deudas de la sucesion despues de concluido el usufructo. Este argumento se hace sin tomar en cuenta que el usufructuario á título universal, de que habla el art. 2900, está obligado á pagar los intereses de las deudas de la sucesion; y que siendo así, no es extraño que no pueda entablar la accion de reembolso sino al fin del usufructo, pues que de otro modo tendria que pagar intereses al heredero; y sobre todo, la ley así lo manda. Pero tratándose del usufructuario á título particular, que no tiene que pagar intereses, es imposible aplicar racionalmente el mismo principio; mucho ménos cuando el testo de la ley no lo dice, y los principios generales sancionan lo que sostenemos.

El testador puede ordenar, etc.: Si no lo ordena, no hay derecho á exigir al heredero que libre el inmueble hipotecado de tal gravámen (art. 3756). Si á su vencimiento el heredero no paga, regirá lo que hemos dicho en la primera parte del presente articulo para el caso en que el usufructuario quiera pagar. (Véase lo dicho anteriormente.)

4º Si ninguno de los dos paga, y los bienes se rematan, el usufructo continuará solamente en el dinero que sobre despues de pagado el acreedor. Esto, por lo que hace al usufructo gratuito. Respecto al establecido por contrato á título oneroso, procede la indemnizacion con arreglo á los principios generales.

5º Cuando se ha ordenado por el testador el pago de la deuda hipotecaria al heredero, debe considerarse á éste como deudor aunque no lo sea, para el efecto de poder repetir contra él todo lo pagado por el usufructuario, incluso los intereses. Esto, siempre que la imposicion no perjudique la legitimidad de los herederos forzosos.

2900—Si el legado de usufructo comprende todos los bienes del testador, y el usufructuario universal quisiera anticipar las sumas neces-

rias para el pago de las deudas de la sucesión, el capital debe serle restituido sin interés alguno al fin del usufructo. Pero si el usufructuario no quiere hacer la anticipación, el heredero puede elegir, ó pagar la deuda, y en este caso el usufructuario debe los intereses durante el usufructo, ó hacer vender una porción de los bienes sujetos al usufructo. (Concuerda con los arts. 291—2807—2898—2901—3343—3475—2499.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 232—Marcadé, sobre el art. 612—Proudhon, desde el n° 1890)—Freytas, 4611, inc. 2—Laurent, tom. 7, núms. 19 y sigtes.—Demolombe, tom. 10, núms. 532 y sigtes.—Goyena, 461—Cód. frances, 612—Cód. de California, arts. 1019 á 1021.

Quisiera anticipar las sumas, etc.: De aquí se sigue que es completamente voluntario en el heredero anticipar ó no estas sumas. El usufructuario universal solo está obligado por los intereses y nunca por el capital; de suerte que solo voluntariamente puede pagar ese capital (Demolombe, tom. 10, n° 532).

Al fin del usufructo: Véase comentario al artículo anterior.

Si la deuda pagada por el usufructuario era exigible contra el heredero ántes de terminar el usufructo ¿podría el que ha pagado exigir el reembolso al tercero, prometiendo pagar los intereses correspondientes al fin del usufructo?

Es indudable que no; el usufructuario debe los intereses por todo el tiempo del usufructo, y es precisamente fundado en esto que la ley, sin distinción de casos, solo le acuerda acción contra el heredero al *fin del usufructo*. Desde que la ley no hace diferencia, la jurisprudencia tampoco debe hacerla, mucho ménos cuando no hay razón especial para ello. Piensa lo mismo Proudhon, tom. 4, n° 1905.

1° La acción que compete al usufructuario contra el heredero es la misma del acreedor, porque se subroga en sus derechos. Decimos que hay subrogación y que, en consecuencia, el usufructuario tiene los mismos derechos que el acreedor, porque según el art. 768, inciso 2, la subrogación tiene lugar de pleno derecho cuando se paga una deuda á que se estaba obligado con otro, y á más porque al hacer el pago, el usufructuario lo hace con un interés directo, cual es el de impedir la venta de parte de los bienes que está usufructuando. Proudhon sostiene esto mismo con razones muy fundadas (tom. 4, n° 1907.—Véase nuestro comentario al artículo anterior, n° 1).





El usufructuario debe los intereses durante el usufructo. ¿Deberá estos intereses aunque la deuda pagada no los devengue? Pensamos que sí; aunque el heredero no haya pagado intereses al deudor porque la deuda no los devengaba, el heredero siempre sería acreedor de ellos, puesto que para hacer el pago ha tenido que desembolsar una suma que necesariamente le produciría un interés si la hubiera tenido en su poder.

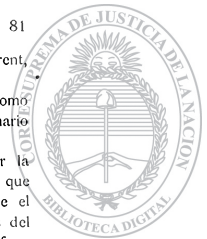
Es cierto que el heredero es deudor y estaba obligado á pagar ese capital, y que no habiendo hecho desembolso de intereses, no tendría por qué cobrarlos; pero como la ley impone al usufructuario la obligacion de contribuir al pago de las deudas de la sucesion con los intereses que esas deudas ocasionen, la carencia del capital desembolsado representa para el heredero un interés perdido, que no lo hubiera perdido si no estuviera el usufructuario de por medio, puesto que los frutos de los bienes le hubieran compensado esos intereses perdidos.

Que los intereses se hayan pagado al deudor, ó que hayan dejado de entrar á poder del heredero, no puede variar las obligaciones del usufructuario; el hecho á averiguar es si hay pérdida de intereses ocasionada por la deuda de la sucesion; desde que la haya, la ley hace cargar espresamente con ellos al usufructuario.

2º Pero supóngase que el usufructo ha durado ocho años; que una deuda de la sucesion no devengaba interés, y que venia recién á los cuatro años de principiarse el usufructo; que despues de estos cuatro años el heredero los paga ¿deberá en este caso el usufructuario los intereses por los ocho años que ha durado el usufructo, ó únicamente los deberá por cuatro años, es decir, desde la fecha en que la deuda fué pagada? Pensamos, por un argumento á contrario de las razones indicadas anteriormente, que solo deberá pagar el interés de cuatro años.

Lo contrario sería enriquecer al heredero á costa del usufructuario pagándole intereses que no ha desembolsado ni dejado de percibir. Desde que solo durante cuatro años ha carecido de su capital, de nada puede quejarse si no recibe mas intereses que los correspondientes á este tiempo.

3º ¿Tienen los acreedores accion directa contra el usufruc-



tuario por los intereses devengados? Pensamos, con Laurent, tom. 7, nº 23, que sí.

En el caso propuesto, la ley considera al usufructuario como legatario universal; consecuente con esto, lo llama usufructuario universal.

Laurent, hablando de este mismo carácter, para sostener la doctrina que nosotros sostenemos, dice: "Vanamente se dirá que el lenguaje de la ley es inexacto: nosotros decimos que el lenguaje está en armonía, si no con los principios rigurosos del derecho, por lo ménos con la realidad de las cosas; el usufructuario universal gana todos los frutos; durante todo el tiempo de su goce ocupa el lugar del propietario, percibe todos los frutos y debe ser obligado por todos los intereses".

No se comprende que estando el usufructuario obligado, como lo está por nuestro derecho, al pago de los intereses, no pueda estar sujeto á la accion que todo acreedor tiene contra su deudor. De suponerse es que la ley quiere mas bien disminuir los pleitos que aumentarlos; esto último sucederia si solo pudiera entablarse accion contra el heredero, para que éste á su vez, la entablase contra el usufructuario.

Esta accion contra el usufructuario no es, por otra parte, rara, pues el art. 2898 la acuerda al acreedor cuando dice que el usufructuario *está obligado á pagar* las pensiones alimenticias, sueldos y réditos devengados, etc , etc.

Demolombe, tom. 10, nº 523, dice tambien que el usufructuario está obligado *directamente* para con los acreedores al pago de los intereses. Lo mismo opinan Aubry y Rau, § 232, nota 10.

0 hacer vender una porcion de los bienes sujetos al usufructo:

Si con esa venta se paga toda la deuda, el usufructuario continúa en el goce del resto de los bienes sin obligacion de pagar interes alguno al propietario, puesto que perdiendo el usufructuario el goce de los bienes vendidos, esa pérdida representa el valor de los intereses (Laurent, tom. 7, nº 32).

1º El nudo propietario puede hipotecar el fundo usufructuario para pagar esas deudas (art. 2916).

2º Si despues de hecha la venta, quedase algun sobrante en dinero procedente de la misma, debe ingresar á la masa de bienes para que el usufructuario siga gozando de él en el todo, ó

en parte, según sea usufructuario del todo ó de una parte de la sucesion. No sería justo privar al usufructuario de una parte del activo hereditario (Proudhon, tom. 4, nº 1914 véase art. 3936.)

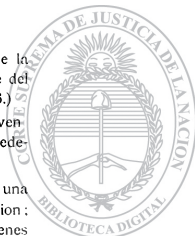
3º ¿Quién debe hacer la eleccion de las cosas que deben venderse para pagar las deudas de la sucesion, cuando el heredero ha optado por este espediente?

La ley acuerda: al heredero el derecho de hacer vender una parte de los bienes, sin decir á quién corresponde la eleccion: éste, como dueño de ellos, sabrá mejor que nadie qué bienes le conviene vender; pero tambien está de por medio el interes del usufructuario que indudablemente querrá vender aquellos bienes que ménos producen. En el conflicto de estos dos derechos, Proudhon, nº 1915, aconseja que sea el Juez quien decida, oyendo á ambas partes, para adoptar lo mas racional. Para esto, el Juez debe tomar en cuenta que los muebles deben ser primeramente vendidos, á ménos que se trate de muebles de afeccion que el heredero quiera conservar, y proceder en lo demas con arreglo á la equidad, teniendo en cuenta que el propietario y al usufructuario deben considerárseles como comuneros (Proudhon, 911).

3º Si el usufructo era concedido á varios, y éstos habian hecho una division provisoria de uso, y en la venta unos han quedado con ménos bienes que otros, de modo que despues de ella los unos tengan ménos frutos que los otros, el perjudicado tendrá derecho á provocar nueva division, ó que se le integren los frutos en la proporcion que le corresponde segun el título constitutivo.

5º La venta de los bienes es puramente facultativa del heredero; si no quiere vender puede pagar la deuda y cobrar los intereses al usufructuario; pero éste no podrá obligarle que venda, ni vender él por su cuenta las cosas que está obligado á devolver, sin consentimiento del heredero (Dallos, 1855, nº 385.)

2901—Si el legado del usufructo no comprende sino una parte alícuota de los bienes del testador, ó la universalidad de una determinada especie de bienes, el usufructuario está obligado solamente á contribuir con el heredero al pago de las deudas de la sucesion en la proporcion ántes establecida. (Conuerda con los arts. 2897-2900 y sus concordantes -3490.)



CONCORDANCIAS

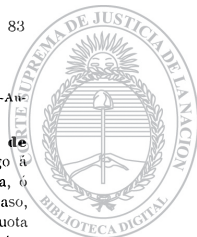
(Proudhon, *Usufructo*, núm. 1890 y sigtes.)—Demolombe, tom. 10, n° 531—Aubry y Rau, § 232, nota 6.

O la universalidad de una determinada especie de bienes. Como, por ejemplo, cuando el testador dice: "Lego á tulano el usufructo de la totalidad de mis haciendas de cria, ó el de la totalidad de los inmuebles que poseo". En este caso, lo mismo que cuando se lega el usufructo de una parte alicuota de la herencia, el usufructo es universal, y como tal recae sobre el usufructuario la obligacion de pagar los intereses de la deuda con arreglo al principio establecido en el art. 2900. (Véase otro caso en el n° 1 de este comentario). Pero no sería universal el usufructo cuando se lega el derecho á los frutos de varios inmuebles determinados, aunque éstos sean todos los que el testador poseía (arts. 2827, 3263, nota del codificador al arts. 2312, 3501—Proudhon, núms. 1829 y 1830). De manera que el usufructuario de todos los bienes inmuebles, por ejemplo, que entran en una sucesion, si están especialmente determinados, no está obligado al pago de los intereses de las deudas de la sucesion.

Esta proposicion parecerá injusta á primera vista, por cuanto la obligacion del usufructuario viene á depender de las palabras empleadas por el testador, segun que lega el usufructo de una *universalidad de hecho*, ó una universalidad jurídica. No estamos léjos de pensar lo mismo nosotros; pero los textos citados no pueden dar otro alcance á las palabras que estudiamos.

De lo contrario, en muchos casos el usufructuario de un objeto particular vendria á ser deudor de los intereses de lo que deba la sucesion, como sería el caso en que el bien particular dado en usufructo fuera lo único de que constare el patrimonio. En este caso, el usufructuario es universal de hecho pero no de derecho, como dice Proudhon, n° 1844; y por lo mismo, no se aplica lo dispuesto en el art. 2890.

En tal hipótesis, las cosas se arreglan de otro modo: como el testador no puede dar sus bienes en perjuicio de sus acreedores, la cosa dada en usufructo, que es lo único que el testador poseía, servirá para responder de la deuda hasta donde alcance su valor (arts. 3501 y sus concordantes). Los acreedores en ningun caso pueden ser perjudicados, pero tampoco los legatarios.





rios ó los herederos con beneficio de inventario, pueden estar obligados por mas de lo que reciben.

"Aunque el usufructuario á título singular, dice Proudhon, cuyas doctrinas en esto son aplicables á nuestro derecho, no está obligado á sufrir ninguna disminucion en su goce para servir al pago de las deudas de la sucesion; aunque en ningun caso la ley le impone obligacion, sin embargo, si el legatario de usufructo se encuentra en el hecho y accidentalmente, universal; si, por ejemplo, el testador que ha legado el usufructo de su cosa, ó de los inmuebles que posee *en tal ó cual* comuna, ha dispuesto del resto de sus bienes y muere sin dejar mas en la sucesion, el usufructuario que en el hecho se encuentra llamado á gozar de todo el activo de la herencia, estará obligado á contribuir al pago de la deuda con toda la rebaja que sea necesario hacer, aun cuando el testador haya dejado algunas otras cosas en su patrimonio, si éstas no son suficientes para el pago de toda la deuda, sea pagando el interes al heredero que la ha pagado, sea sufriendo la venta que se haga para pagar; de lo contrario, resultaria que aprovechando de todo el activo de la herencia sin soportar ninguna rebaja en razon del pasivo, el usufructuario gozaria de una masa mayor de bienes que la que ha dejado el difunto, lo cual no puede ser."

"De este modo ha sido juzgada esta cuestion por la Corte de Aix, y despues por la Corte de Casacion."

1º Otro caso de usufructo universal, aunque no se comprenda en el legado todos los bienes del testador, es el usufructo de mercaderías, de que habla el art. 2809.

En efecto, la cosa, diremos así, que se da en el usufructo de mercaderías, comprende un conjunto compuesto de activo y pasivo, es decir, de deudas, créditos y existencia, viene á ser una universalidad de determinada especie de bienes, que comprende todos los que existen en la casa de comercio—es esa universalidad de bienes la que el usufructuario va á explotar aprovechándose de los plazos de las deudas de la casa. En virtud de esto, debe aplicarse lo dispuesto en el presente artículo, pero modificado por la naturaleza especial de este usufructo.

De modo que el usufructuario está obligado á cargar con todos los intereses del pasivo comercial, porque se hace propietario irrevocable de todo el activo, como se hace deudor de todo el pasivo.



Únicamente que al fin del usufructo devolverá las mercaderías recibidas ó el valor de ellas, como queda establecido en el art. 2800, disminuyendo el valor del pasivo, si es que lo ha pagado; entregará, pues, solo el activo calculado á la época en que entro en posesion del usufructo. Su contribucion en el pago de la deuda es únicamente con los intereses como todo usufructuario universal, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2900.

La resolucíon contraria, es decir, si no se considerase el usufructo de mercaderías como universal, chocaría con los principios generales de la materia.

Cuando un testador lega el usufructo de una casa de comercio, su intencion es que el usufructuario no tenga participacion en los frutos de sus otros bienes no comprendidos en la misma. Si esa casa tiene 10,000 pesos de activo y 5,000 de pasivo, y se obliga al heredero á pagar con los otros bienes que recibe del difunto los 5,000 del pasivo, resultará que durante el tiempo del usufructo el usufructuario ha percibido los frutos, no solo de los bienes comprendidos en el legado, sino tambien de 5,000 pesos que no entran en él, pues que el usufructuario habrá seguido explotando los 10,000 pesos en mercaderías existentes sin consideracion á que la mitad de esas mercaderías representaban un capital que no era del testador.

Proudhon, tom. 4, n° 1851, adopta la misma resolucíon.

Al pago de las deudas: Quiere decir al pago de los intereses como se entabrece en el art. 2900, pues el usufructuario no está obligado por las cargas de la sucesion, sino por los intereses de las deudas de la misma.

En la proporcion ántes establecida: Es decir, en proporcion al valor de los bienes dados en usufructo. Así, el usufructuario de un quinto de los bienes del testador, deberá contribuir á pagar la quinta parte de los intereses de las deudas de la sucesion. Para establecer la proporcion cuando se lega la universalidad de una especie de bienes, habrá que tasar el valor de esta universalidad y los demas bienes dejados, y hacer entónces la proporcion entre el valor de los unos y de los otros.

2902—Si el usufructo consiste en ganados, el usufructuario está obligado á reemplazar con las crías que nacieren, los animales que mueren ordinariamente, ó que falden por cualquier causa. Si el rebato ó pira de animales perece del todo sin culpa del usufructuario, éste cumple con

entregar al dueño los de-pojos que se hayan salvado. Si el rebaño ó pía-
ra perece en parte sin culpa del usufructuario, tendrá ós'e opcion á con-
tinuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, ó cesar en
él, entregando los que no hayan perecido. (Concuérta con los arts. 1617
—2807—2903—2961—2962.)

CONCORDANCIAS

(L. 22, Tit. 31, Part. 3.—Cód. frances. art. 616 —Italiano, 513 —Napolitano, 541
—Holandes, 851—De Luisiana, 587—Instit. Lib. 2, Tit. 1, § 38.—La Ley citada,
de Partida, solo dice: *Si fuesen ganados é si muriesen algunos, que de los fijos pon-
ga y críe otros en lugar de aquellos que así pereciesen.* Acabado el usufructo por
muerte de los animales, la ley romana no cuenta los cueros de ellos como fru-
tos. *Corium mortui, pecoris in fructu non est*—L. 30, Tit. 4, Lib. 7, Dig.—Prou-
dhon y otros escritores enseñan que el usufructuario debe reponer los anima-
les que muriesen aun con el valor de los que ántes hubiese vendido—Marcadé,
sobre el art. 615, combate con buenas razones esta opinión—Laurent, tom. 6,
nº 536 — Freytas, 4645 —Cód. de Chile, 788 —Goyena, 454.

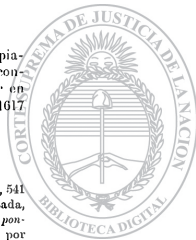
Consiste en ganados: Las disposiciones de este artículo se
refieren á cuando el ganado no es determinado individualmente,
sino á cuando se determina como universalidad de cosas; sucede
esto último cuando se dice, por ejemplo, el ganado de tal ó cual
estancia, mil cabezas de ganado de tal otra, etc., etc.

O que falten por cualquier otra causa: Como los que
se pierden, por ejemplo. Nuestro artículo no habla, como Frey-
tas, lugar citado, de reemplazar los que se envejezcan, y no
debe considerarse implícitamente comprendida esta obligacion. El
usufructuario devuelve la cosa en el estado en que se encuentre
por el uso ordinario ó por su edad; á esto se reduce su obli-
gacion en principio general (art. 2883 y sus concordantes), y
esta es la doctrina seguida para el usufructo de ganado.

Sin culpa del usufructuario: Éste será culpable cuando,
pudiendo, no provee á su alimentacion (Freytas, 4647). Cuando
han perecido por su culpa, claro está que debe reemplazarlos
á su costa.

1º El usufructo de ganado constituye tambien lo que el art.
2901 llama usufructo de una universalidad de bienes de una
especie determinada, y deberán aplicarse al usufructuario las obli-
gaciones allí impuestas.

2903—Si el usufructo fuese de animales individualmente considera-
dos, el usufructuario tien'e derecho para servirse de ellos y obtener los
productos que dieren. No puede alquilarlos, á no ser que éste sea el des-



tino de los animales. Si se perdieren ó murieren, no tiene obligacion de sustituirlos con las crías, y respecto de ellos quedará terminado el usufructo. (Concuerda con los arts. 2902 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, desde el 1.º 379) —Laurent, tom. 6, núms. 411 y 412 — Freytas, 4648 — Aubry y Rau, § 236, n.º 3.

No tiene obligacion de sustituirlos con las crías: Pero si se han perdido ó se han muerto por culpa del usufructuario, responderá de ellos. (Véase nota del codificador al art. 2934). Si lo que se ha constituido es un cuasi usufructo, la pérdida será siempre de cuenta del usufructuario como propietario que se hace de esos animales (arts. 2811 y sus concordantes, y argumento del art. 2871).

Quedará terminado: Habla siempre en la hipótesis de que la muerte ó pérdida hayan tenido lugar sin culpa del usufructuario. (Véase art. 2834.)

2901—Cuando el usufructo sea de créditos, el usufructuario, después de cobrarlos, estén ó no representados por instrumentos, queda obligado, como en el usufructo de cosas semejantes, á los que fuesen cobrados. (Concuerda con los arts. 2838—2875—2876—2905 á 2907.)

CONCORDANCIAS

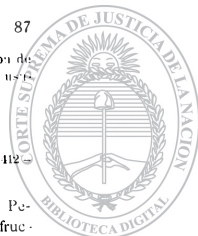
(Demolombe, tom. 10, núms. 320 y sigtes.) —Freytas, 4656 —Laurent, tom. 6, núms. 413 y sigtes. —Proudhon, tom. 2 núms. 1029 y sigtes.

A los que fuesen cobrados: En tal caso, el usufructo será de cosas fungibles, segun sea lo que el usufructuario haya cobrado. Como complemento á este artículo, véase lo dicho en el comentario al art. 2905; véanse tambien los concordantes de dicho artículo,

2905—El usufructuario de créditos no puede cobrarlos por entrega voluntaria que se haga de bienes, ni hacer novacion de ellos, ni cobrarlos ántes del vencimiento, ni dar plazo para el pago, ni compensarlos, ni transar sobre ellos, ni hacer remision voluntaria. (Concuerda con los arts. 297—782—806—839—2838—2875—2876—2904—2911.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 2901 —Freytas, 4657.





Por entrega voluntaria que se haga de bienes: Debe recibir precisamente lo que espresa el título; y si quiere cobrarlos judicialmente necesita el consentimiento del propietario (art. 2875).

Si no obstante esta prohibición, el usufructuario recibiese otra cosa que la espresada en el título, quedará obligado para con el nudo propietario por aquello que era de su deber recibir.

1º Supóngase que el usufructo fuese sobre títulos de renta, como cédulas hipotecarias ú otros títulos semejantes, y que estas cédulas le son pagadas al usufructuario, ¿qué deberá volver éste al fin del usufructo, igual cantidad de cédulas ó el dinero recibido?

Para el nudo propietario no puede ser indiferente recibir los títulos ó recibir el dinero que se ha pagado por ellos. En nuestro país esos títulos rara vez tienen en plaza su valor nominal, ó tienen premio ó tienen depreciación. Creemos que estando el usufructuario autorizado á cobrarlos, el usufructuario estará obligado á entregar el dinero cobrado por dichos títulos, con arreglo á la última parte del art. 2904.

2º El usufructuario de un crédito procedente de una venta con pacto comisorio ¿puede demandar la entrega de la cosa en defecto de pago en el caso de los arts. 1430?

Pensamos que no, puesto que, según el art. 2875, el cobro judicial debe hacerse con el concurso del nudo propietario; en tal caso, es éste quien deberá exigir el pago ó la devolución de la cosa vendida. De acuerdo, doctor Segovia, nota 140 al art. 2878. (Véase comentario al artículo siguiente.)

2906—El usufructuario de créditos responde de ellos, si por su negligencia dejare de cobrarlos, y de ejercer todos los actos judiciales á ese objeto. (Concuerda con los arts. 2905 y sus concordantes—2907)

CONCORDANCIAS

Las del art. 2904.

Si por su negligencia dejare de cobrarlos: Por ejemplo, si siendo una deuda hipotecaria que no estaba registrada, deja pasar el tiempo legal sin hacerlo (véase Proudhon, núms. 1039 y sigtes.), ó si no siendo pagado no lo protestase en tiempo, ó no diere aviso al propietario para cobrarlo judicialmente en tiem-



po, en la forma dispuesta en el art. 1875, ó si, dejando pasar el tiempo del vencimiento sin dar aviso al nudo propietario de que no habia sido pagado, quiebra el deudor. Con solo dar aviso oportuno que el crédito no ha sido pagado en tiempo, el usufructuario queda desobligado de tomar otras medidas judiciales, tales como pedir la separacion del patrimonio ú otras así. La razon es que, en principio general, no está autorizado á cobrar judicialmente el crédito (art. 2875), por lo cual su obligacion consiste en dar aviso para que el propietario tome esas medidas judiciales necesarias al cobro. Aun cuando estuviera autorizado el usufructuario para hacer esas diligencias judiciales, la ley lo faculta para limitarse á ponerlo en conocimiento del propietario (argumento del art. 2880 y su comentario).

2907—Si el usufructuario no cobrare los créditos del usufructo, solo queda obligado á restituir los instrumentos que los representaban. (Concuerda con los arts. 1319—1476 y sigtes.—2906.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 2904—Freytas, 4660.

A restituir los documentos que los representaban: Esto es así cuando el usufructuario no ha tenido culpa alguna en la falta de pago. Si por su culpa se dejó de pagar el crédito, será responsable por lo que representaban y dejó de cobrarse.

Si no se ha cobrado por culpa del nudo propietario, ó porque el documento era incobrable, ó por cualquiera otra cosa, el propietario responderá de su valor al usufructuario en la forma establecida respecto á la responsabilidad del cedente, pues el usufructuario no es sino un cesionario del nudo propietario (artículo 2911), salvo las modificaciones especiales del presente título. Pero la responsabilidad del propietario solo tiene lugar cuando el usufructo es establecido á título oneroso, como lo establece el art. 2915.

2908—Los acreedores del usufructuario pueden pedir que se le embargue el usufructo y se los pague con él, prestando la fianza suficiente de conservacion y restitution de la cosa tenida en usufructo. (Concuerda con los arts. 292—2677 y su comentario—2870.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 2004 —Cód. de California, 971—Cód. de Chile, 803.

Y se les pague con él: Es decir, con los frutos que el usufructuario tiene derecho á percibir. Fundados en este derecho, los acreedores podrán impedir cualquier cesion ó traspaso que el usufructuario quiera hacer con perjuicio de sus derechos (art. 2033, y comentario al art. 2837).

1º Cuando se trata del usufructo legal, se estará á lo dispuesto en el art. 202.

Prestando la fianza suficiente: Ésta será lo mismo que la que el nudo propietario tiene derecho á exigir del usufructuario. Si los acreedores no prestan fianza suficiente, regirá respecto de ellos lo que está dispuesto en el art. 2856 para el usufructuario que se encuentra en las mismas condiciones.

2009 —Si el usufructo ha sido constituido á título gratuito, el usufructuario debe soportar todo ó parte de los gastos de los pleitos relativos, sea al goce sólo, ó sea á la plena propiedad, según las distinciones siguientes:

Si el pleito no ha tenido otro objeto que el goce de la cosa, los gastos de toda clase, como las condenaciones que se hagan al usufructuario, están exclusivamente á su cargo.

Si el pleito es sobre la plena propiedad é interesa tanto al usufructuario como al nudo propietario, y si se ha ganado, los gastos que no sean reembolsables deben ser soportados por el nudo propietario, y por el usufructuario en la proporción ántes establecida. Igual regla debe seguirse si el pleito se ha perdido, cuando el propietario y el usufructuario han sido partes en el juicio. Cuando uno solo de ellos ha sido parte, los gastos á los cuales uno u otro ha sido condenado, quedan á su cargo exclusivo.

Cuando han tenido solo por objeto la nuda propiedad, están á cargo exclusivo del propietario. (Concuerda con los arts. 2108—2145—2876—2877—2015.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau. § 231—Proudhon, tom. 4. n° 1702—Demolombe, tom. 10, núms. 622 y 624—Duranton, tom. 4. n° 627—Demante, desde el n° 456, § 1)—Cód. frances, 613—Freytas, 4591 y 5592—Cód. de California, 1023 á 1025.

Ha sido constituido á título gratuito: Cuando lo ha sido á título oneroso, los gastos son de cuenta del propietario, en virtud de la obligación que el art. 2915 le impone de garantizar el goce pacífico del usufructo. En tal caso, regirá lo que está dis-





puesto sobre el arrendamiento cuando se trata de turbaciones al ejercicio de los derechos del arrendatario. Pero esto es solo en el supuesto de que, habiéndose perdido el pleito, haya intervenido en el mismo el nudo propietario, con ó sin intervencion del usufructuario; pero si solo ha intervenido el segundo, éste únicamente responderá de los gastos, pues que, segun la última parte del art. 2877, la sentencia dada en juicio tenido solo con el usufructuario, no perjudica al nudo propietario.

Mas si el pleito se ha ganado, los gastos en uno y otro caso son á cargo del propietario.

Si el pleito no ha tenido otro objeto mas que el goce de la cosa: Por ejemplo, si alguno pretende un derecho igual de usufructo sobre la misma propiedad, ó si uno de los herederos ó comuneros en la nuda propiedad de lo dado en usufructo pretende anular la constitucion del usufructo.

Si el pleito es sobre la plena propiedad: Por ejemplo, si uno se dice dueño exclusivo del inmueble, y con tal motivo alega que el constituyente no ha tenido derecho á imponer gravámen á la propiedad en cuestion, ó si por cualquier otra causa se entabla accion reivindicatoria.

Adviértase que cuando se entabla la accion de reivindicacion, el poseedor usufructuario de la cosa que se quiere reivindicar, está obligado á declarar á nombre de quién posee, como lo establecen los arts. 2783 y 2784, bajo pena de pagar los daños y perjuicios que se le ocasionen al reivindicante. Así, aunque el usufructo sea á título gratuito, si el usufructuario pierde el pleito sobre la plena propiedad sostenido por él solo, el nudo propietario no tiene que pagar condenacion alguna, porque ese pleito en nada le perjudica. Pero de aquí no se sigue que perjudicando al usufructuario el fallo adverso dado contra el nudo propietario que ha sostenido solo el pleito, esté aquél obligado á contribuir al pago de esa condenacion, pues la última parte del párrafo 3 del artículo que estudiamos, dice que las condenaciones están á cargo exclusivo del que ha sido parte en el juicio.

Mas si el usufructuario solo ha ganado el pleito, por lo mismo que segun el art. 2877, le aprovecha la sentencia favorable, debe soportar los gastos en la proporcion establecida en el presente artículo (Proudhon, nº 1763).

En la proporcion ántes establecida: Es decir, en propor-



cion al valor de los bienes dados en usufructo, comparados con los otros bienes que le quedan al heredero, como lo establece el art. 2897. Este gasto viene á quedar en la misma categoría que los de que hablan los arts. 2895 y 2896. Lo dispuesto aquí, es aplicable tanto al usufructuario á título singular como al á título universal. Como estas no son deudas de la sucesion, no se aplican los arts. 2900 y 2901, respecto á la proporcion ó modo allí establecido para contribuir el usufructuario á pagar esas deudas.

Cuando ha tenido solo por objeto la nuda propiedad:

Como cuando sin negar al usufructuario su derecho, se sostiene, por ejemplo, que el nudo propietario no es heredero del constituyente del usufructo.

CAPITULO V

De las obligaciones y derechos del nudo propietario

2910—El nudo propietario está obligado á entregar al usufructuario el objeto gravado con el usufructo, con todos sus accesorios en el estado que se hallare, aun cuando no pueda servir para el uso ó goce propio de su destino.

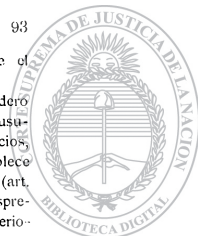
No son accesorios para ser entregados al usufructuario, las crías ya nacidas de animales dados en usufructo, aun cuando sigan á las madres, ni tampoco los títulos de la propiedad. (Concuerda con los arts. 575—2889—2911.)

CONCORDANCIAS

(Ley 1, Tit 6, Lib. 7, Dig.—Aubry y Rau, § 33—Demolombe, tom. 10, n° 584) Freytas, 4596, 4590, 4596 y 4600—Cód. de Chile, 774—Nuestro comentario al art. 2835, n° 7.

Con todos sus accesorios: Véase sobre esto nuestro comentario al art. 2835.

Aunque no pueda servir para el uso ó goce de su destino: Salvo cuando la inutilizacion viene por culpa del usufructuario despues de constituido el usufructo, aunque sea ántes de entregar la cosa. Aunque en principio general, el nudo propietario es dueño de dejar destruir su propia cosa por falta de reparaciones (art. 2889), su obligacion para con el usufructuario es de dejarlo gozar de la cosa (*Servitus nunquam in faciendo consis-*



tit) no es dueño de inutilizarla destruyéndola después que el usufructuario adquirió su derecho de usufructo.

Así, en el usufructo establecido por testamento, el heredero propietario de la cosa usufructuaria que debe entregarla al usufructuario no puede, sin responder de los daños y perjuicios, inutilizar la cosa antes de entregarla á éste, según lo establece el art. 3779, como no puede destruirla después de recibida (art. 2914). El Código de Chile, art. 774, trae una disposición expresa al respecto, responsabilizando al propietario por los deterioros que le son imputables.

Desde la apertura de la sucesión, el usufructuario tiene el derecho de gozar de la cosa en el estado en que se encuentra á la muerte del testador (última parte del art. 2820), y sería injusto que el heredero pudiera venir á cambiar el estado de la cosa con perjuicio del usufructuario, á quien *non debet impedire fructuarium*, como dice la Ley 15, § 6, Dig. de usufructus, principio confirmado por nuestro art. 2914.

Ni tampoco los títulos de propiedad: Cuando el usufructo es de créditos deben entregarse al usufructuario los títulos representativos de esos créditos (arts. 2875 y 2911).

2911.—Si el usufructo fuese de créditos representa los por instrumentos, la entrega de éstos debe ser hecha al usufructuario como si fuese cesionario para poderlos cobrar. (Concuerda con los arts. 1454 y sigtes.—2390—2391—2875—2904—2910.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 2, desde el n° 456, § 1)—Freytas, 4605.

Como si fuese cesionario: Es decir, deberá hacerse la tradición en la forma establecida en los concordantes citados, especialmente los arts. 1454 y sigtes.

2912.—El nudo propietario no puede, contra la voluntad del usufructuario, cambiar la forma de la cosa gravada de usufructo, ni levantar nuevas construcciones, ni extraer del fundo piedras, arenas, etc., sino para hacer reparaciones en él; ni destruir cosa alguna; ni remir servidumbres activas; ni imponer servidumbres pasivas, sino con la cláusula de ponerse en ejercicio después de la extinción del usufructo. Pero puede adquirir servidumbres activas. (Concuerda con los arts. 1523—1524—2910 y su comentario—2913—2914—2916—2917—2981—2983.)

CONCORDANCIAS

(Toniller, tom. 3, núms. 411 y 412—Duranton, tom. 4, n° 641—Prondhon, núms. 880 y 1466—Demolombe, tom. 10, núms. 418 (63)—Freitas, 4598 y 4599—Cód. de Chile, 779.

Ni levantar nuevas construcciones: Pero podrá reedificar las que se hayan caído, ó hacer las reparaciones necesarias (art. 2917). Aun tratándose de estas mismas obras, el art. 779 del Código de Chile autoriza al usufructuario para exigir que se hagan en un tiempo razonable y con el menor perjuicio posible. En este mismo sentido debe tomarse también la autorización acordada por nuestro art. 2917.

1° La prohibición al usufructuario de hacer cambios en la cosa usufructuaria debe estenderse como en el caso de arrendamiento, hasta aquellos que no perjudican por el momento al usufructuario (art. 1523).

Ni destruir cosa alguna: Si lo hace contra la voluntad del usufructuario, tendrá éste derecho para exigir al propietario que las haga de nuevo. (Véase nota del codificador al art. 2934.) Respecto á las construcciones que haga contrariando también su voluntad, tendrá derecho á pedir que se destruyan ó hacerlas destruir él mismo á costa del nudo propietario, como tiene derecho el locatario, según el art. 1524, pues no puede el usufructuario ser de peor condición que éste.

2° El derecho acordado en los distintos casos de que habla el presente artículo, puede ejercerlo el usufructuario aun cuando con lo que se trata de impedir que se haga no cause perjuicio á éste, como se ha establecido respecto al locatario.

2913—Tampoco puede cortar los árboles grandes de un fundo, aun que no produzcan fruto alguno. (Concuerda con los arts. 2973—2912.)

CONCORDANCIAS

(Ley 11. Dig. *De usufruct*)—Demolombe, tom. 10, n° 418—Nota del codificador al art. 2873.

Los árboles grandes: Ni tampoco los chicos, pues el principio general es que el nudo propietario no puede tomar disposición alguna para lo cual tenga que ejercer actos materiales en la cosa, que no sean las reparaciones de que habla el art. 2917.



En este caso, puede extraer las piedras y cortar las maderas necesarias para hacer esas reparaciones que tiene derecho á ejecutar durante el usufructo.

2911—El nudo propietario nada puede hacer que dañe al goce del usufructuario, ó restrinja su derecho. (Concuerda con los arts. 1515—2912 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Demolombe, tom. 10, n° 652—Aubry y Rau, § 233—Cód. franc., 569, primera parte—Nuestro comentario al art. 2910.

Que dañe el goce del usufructuario: Este es el principio general que determina los derechos del usufructuario y las obligaciones del nudo propietario; las disposiciones contenidas en los artículos concordantes son meros ejemplos de aplicación del mismo. De aquí se sigue que en todos los casos no previstos espresamente por la ley, debe resolverse en contra del nudo propietario, que solo puede hacer lo que le está permitido.

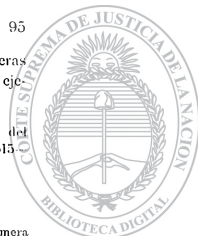
Siempre que el acto material ejecutado por el nudo propietario sobre la cosa sea de los no permitidos espresamente, se debe presumir dañoso á los derechos del usufructuario en caso de duda, pues no es posible, y sería contrario al espíritu de nuestra legislación en esta materia, exigirle al nudo propietario que pruebe el perjuicio que le ocasiona el acto ejecutado ó á ejecutar por el nudo propietario.

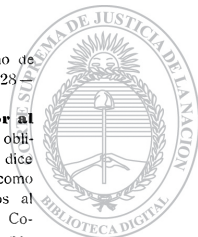
2915—Cuando el usufructo es constituido por título oneroso, el nudo propietario debe garantizar al usufructuario el goce pacífico de su derecho. Esta garantía es de la misma clase que la que debe el vendedor al comprador. Si el usufructo fuese á título gratuito y de cosas fungibles, el usufructuario no tiene acción alguna contra el nudo propietario. (Concuerda con los arts. 1515—1526—2116—2118 y sigtes.—2145 y sigtes.—2907—2909.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 618—Aubry y Rau, § 231, al fin)—Freytas, 4603—Laurent, tom. 7, n° 43.

El goce pacífico de su derecho: En consecuencia, está obligado á salir á la defensa contra todo el que pretenda un derecho de propiedad sobre la cosa (art. 2903, argumento del





art. 1527), pero no estará obligado por las vías de hecho de terceros que no pretendan un derecho de propiedad (art. 1528—Demolombe, lugar citado).

De la misma clase que la que debe el vendedor al comprador: En consecuencia, el nudo propietario estará obligado á devolver al usufructuario sin interes alguno (art. 2118, dice que se compensan con los frutos) lo que hubiera recibido como precio del usufructo; y si éste tiene que devolver los frutos al reivindicante deberá abonárselos el propietario (art. 2119). Como indemnizacion está tambien obligado el constituyente á pagar la diferencia entre lo desembolsado por el usufructuario y el mayor valor que al tiempo de la eviccion pudiera tener el derecho de usufructo (art. 2121); pero si éste es menor que al tiempo de constituirse, el usufructuario no está obligado á sufrir esa diferencia.

El usufructuario no tiene accion alguna contra el propietario: No se sigue de aquí que en los demas casos, es decir, cuando no se trata de cosas fungibles, el propietario está obligado por la eviccion. Lo que nuestro legislador se ha propuesto por las palabras que estudiamos es únicamente establecer una excepcion á los arts. 2153 y 3780, los cuales á su vez son una excepcion al principio general admitido en materia de donacion (art. 2814) y de legado, de que el donante ó testador no responde de la eviccion de la cosa donada ó legada, como lo establecen los arts. 1484, 2145, 2153 y 3780. Por esos arts. 2153 y 3780 el donatario y el legatario de cosas determinadas solo por su especie, tienen derecho, en caso de eviccion, á que se les dé otras cosas de la especie indicada. Ahora bien, por el artículo que estudiamos, ha querido el legislador adoptar en materia de usufructo un principio contrario á éste, estableciendo que el usufructo de cosas fungibles (que equivale á decir cosas determinadas solo por su especie, art. 2324, y nota del codificador al art. 2241) no tiene accion alguna contra el nudo propietario, como la tiene el donatario y el legatario á quienes se les ha dado en propiedad las cosas fungibles.

Sin esta disposicion espresa, la jurisprudencia habria seguido el principio general establecido en materia de donacion y de legado, en los artículos citados.

De modo que, tratándose de un propietario de buena fe, en ningun caso (salvo los espresamente determinados por la ley,



como los del art. 2145 y sus concordantes) el usufructuario a título gratuito tiene acción contra el nudo propietario por la evicción, sea que se trate de cosas muebles fungibles ó de inmuebles (advértase que respecto á las de la primera especie no puede haber reivindicación, art. 2762, última parte), porque el legado ó la donación del usufructo de una cosa ajena, serían nulos, como la donación y el legado de la propiedad (nota del codificador al art. 3780—Proudhon, tom. 3, n° 1461).

La crítica que de este artículo hace el Dr. Segovia en los núms. 241 y 242, sin explicar el alcance que él cree que tiene, es completamente injusta, y hace más difícil su comprensión.

2916—El nudo propietario conserva el ejercicio de todos los derechos de propiedad compatibles con sus obligaciones. Puede vender el objeto sometido al usufructo, donarlo, gravarlo con hipotecas ó servidumbres que tengan efecto después de terminado el usufructo y ejercer todas las acciones que pertenezcan al propietario en su calidad de tal. (Concuerda con los arts. 2603—2876—2880 y su comentario—3039—3270.)

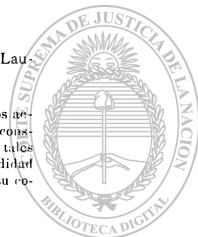
CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 4, n° 641—Demolombe, tom. 10, núms. 658 bis, 659)—Laurent, tom. 7, n° 36—Freytas, 4509.

Puede vender el objeto sometido al usufructo: Pero esta venta, como lo dice la última parte del artículo, en nada afecta los derechos del usufructuario. Lo que se vende es la nuda propiedad bajo la condición de que, concluido el usufructo, se convierta en propiedad plena á favor del adquirente. Fuera del caso del art. 2931, el usufructuario puede consentir en la venta de la propiedad plena de la cosa usufructuaria con la reserva de que el usufructo continúe en el valor pagado por el adquirente de la cosa.

Pero cuando se vende solo la nuda propiedad, por lo mismo que el usufructuario sigue gozando de la cosa vendida, ningún derecho tiene para usufructuar el precio pagado por ella.

Puede ejercer todas las acciones, etc. Así, podrá entablar la acción de partición contra los comuneros ó coherederos.



Únicamente que esta division solo tendrá efecto, como dice Laurent, tom. 7, nº 37, respecto á la nuda propiedad.

2917—El nudo propietario tiene derecho para ejecutar todos los actos necesarios para la conservacion de la cosa. Puede tambien reconstruir los edificios destruidos por cualquier accidente, aunque por tales trabajos y durante ellos, le resulte al usufructuario alguna incomodidad ó disminucion de su goce. (Concuerda con los arts. 1519—2912 y su comentario.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 2, nº 874.—Demolombe, tom. 10, núms. 654 y 655)—Laurent, tom. 7, nº 39.—Freytas, 4628.

Le resulte al usufructuario alguna incomodidad: El Dr. Segovia, refiriéndose á esta parte del artículo, dice que si el *perjuicio es grave y de alguna consideracion podrá acordársele alguna indemnizacion.*

Nada autoriza á imponer semejante obligacion al propietario; los arts. 2627, 3077, etc., etc., puestos como argumentos para sostener esta indemnizacion, nada tiene que ver con lo dispuesto en el artículo que estudiamos; legislan casos muy distintos al presente.

Los autores citados tampoco hablan de indemnizacion. (Véase Proudhon, citado.)

No habria razon alguna para dar derecho al propietario á conservar y reconstruir su propia cosa, é imponerle al mismo tiempo la obligacion de pagar al usufructuario las incomodidades que le ocasione por el ejercicio de este derecho.

Sobre todo, ¿á qué llama el Dr. Segovia perjuicio grave ó de mucha consideracion? ¿Dónde está el límite que divide el perjuicio que debe soportar el usufructuario y el que debe pagar el propietario? ¿Qué disposicion autoriza para hacer esta diferencia? Adoptar el temperamento aconsejado por el Dr. Segovia, seria, no solo autorizar pleitos de muy difícil solucion, sino que seria ir contra el testo espreso de la disposicion que estudiamos que faculta al propietario para reconstruir los edificios destruidos por cualquier accidente, *aunque por tales trabajos y durante ellos* le resulte al usufructuario alguna incomodidad ó disminucion en su goce.



1º Otra cosa sería si los perjuicios ocasionados al usufructuario fuesen por culpa del propietario; porque demorase, por ejemplo, sin necesidad, mas tiempo del necesario para hacer estas construcciones; en este caso podría exigir el usufructuario una indemnización, no en razón de la incomodidad consiguiente á la ejecución regular de los trabajos, sino porque el propietario sería responsable de su falta.

2º Es indudable también que el usufructuario tendría derecho, como dice Freytas en el artículo citado, á exigir que se hicieran en una época y en un término razonable, y en la forma ménos perjudicial á sus derechos. Pero entre estos casos y el en que el Dr. Segovia opina que debe indemnizarse al usufructuario, hay una inmensa diferencia. En los que hemos citado paga el perjuicio ocasionado por su culpa; en el legislado en el artículo, no hay perjuicio porque el propietario solo hace uso de un derecho acordado espresamente por la ley.

CAPITULO VI

De la extincion del usufructo y de sus efectos

2918—El usufructo se estingue: por revocacion directa de su constitucion, por revocacion del acto demandado por acreedores del dueño del fundo, por la resolucion de los derechos del constituyente del usufructo, y por las causas generales de estincion de los derechos reales. (Concuerda con los arts. 961—1200—1847—2505—2664 y sigtes.—2678—los concor. antes del 2916—2919 y sigtes.—2933—2947.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, desde el n° 740)—Nota del codificador al art. 2919.—Laurent, tom. 7, núms. 87 y 88—Freytas, 4663—Proudhon, tom. 4, núms. 1933 y siguientes.

Por la revocacion directa de su constitucion: El art. 2919 trae un ejemplo de esto. Cuando el usufructo es constituido por donacion, puede tambien ser revocada directamente por el constituyente en los casos que pueden serlo la donacion; por inejecucion de las cargas impuestas, por ejemplo. Puede serlo tambien por los herederos del donante, en los casos enumerados en el título *De las donaciones*.

1º Es entendido que la revocacion ó la resolucion del dero-



cho del usufructuario se causará ó no de pleno derecho segun sea la causa de la revocacion ó de la resolucion.

2º Tratándose de la constitucion de un derecho de usufructo sobre un inmueble adquirido por donacion, la revocacion del derecho del constituyente no produce efecto respecto al usufructuario cuando la revocacion de la donacion es por causa de ingratitud (art 1866) ni cuando es por inejecucion de las cargas (art. 1851), cuando éstas no estaban espresadas en el instrumento de donacion (art. 1853).

Demandado por los acreedores del dueño del fundo:

Esto tiene lugar cuando la enajenacion del usufructo se ha hecho en fraude de los intereses de los acreedores, lo cual habrá que probarlo, ménos los casos en que la mala fe se presume ó el acto es directamente perjudicial. (Véase nota del codificador al art. 2933.)

3º Téngase presente que el usufructo constituido por el heredero excluido de la sucesion por indigno, es válido, y no se anula por su exclusion (art. 3309).

2919—Hay lugar á la revocacion directa, cuando el usufructuario del fundo ha dado el usufructo en pago de una deuda, que en verdad no existia. (Concuerda con los arts. 784—2664—2947.)

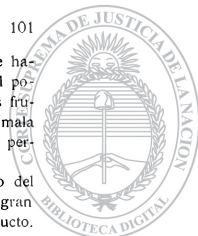
CONCORDANCIAS

(Ley 12, Tit. 6, Lib. 2, Dig.—Ley 7, Tit. 51, Lib. 4, Cód.—Proudhon, tom. 4, núms. 1925 á 1958)—Las del artículo anterior.

¿Qué efecto producirá en este caso la revocacion respecto á los frutos percibidos por el usufructuario? Proudhon, lugar citado, pone el ejemplo en que un heredero en vista de un testamento en que el testador legaba el usufructo de un fundo á un tercero, lo entrega, y despues descubre que ese testamento estaba revocado por otro posterior que era nulo.

“En este caso, dice, si el legatario comprendió que recibia un legado que no le era debido, está obligado como poseedor de mala fe, á la restitution de los emolumentos que ha percibido ó podido percibir. Pero si era poseedor de buena fe, solo está obligado á la restitution de los frutos percibidos despues que ha descubierto el vicio de su título.”

Igual solucion debe tener entre nosotros este punto; primero porque los principios generales así lo resuelven (arts. 2423 y



sus concordantes) y segundo porque en el caso especial de haberse recibido una cosa en pago de lo que no se debe, el poseedor de buena fe no está obligado á la restitution de los frutos percibidos, como lo establece el art. 786. Si es de mala fe, el art. 788 le obliga á restituir los frutos que hubiese percibido ó podido percibir.

2º El mismo Proudhon, en el n° 1926, estudiando el caso del artículo, dice: "Es necesario tener en cuenta que hay una gran diferencia entre el legado de frutos y el legado de usufructo. Si la cuestion versa sobre un legado de frutos, el legatario que los ha recibido por error, deberá restituirlos, puesto que debe la restitution de su legado: pero el legado de usufructo de un fundo es el legado de un derecho inmobiliario, es el legado de un inmueble civilmente separado de la propiedad del suelo, no es un legado de frutos. De consiguiente, se debe proceder con el legatario de usufructo como se procede con el legatario del fundo mismo, exigiendo solamente la devolucion de los frutos percibidos despues de descubrir el error, ó despues de la demanda de restitution". (Véase nuestros artículos argentinos 786—2433—3793—3794.)

3º Respecto á la revocacion del legado constituido por donacion, se observará lo dispuesto en el título correspondiente en lo que se refiere á la restitution de los frutos, segun sea la causa de la revocacion (arts. 1848 y sigtes.).

2920—El usufructo se estingue por la muerte del usufructuario de cualquier manera que suceda; y el que es establecido á favor de una persona juridica, por la cosacion de la existencia legal de esa persona y por haber durado ya veinte años. (Concuerda con los arts. 498—2083—2822—2825—2828—2829—2929—2972.)

CONCORDANCIAS

(L. 24, Tit. 31, Part. 3º—Instit., Lib. 2, Tit. 4, § 3—L. 3, Tit. 4, Lib. 7, Dig.—Cód. frances, art. 617—Italiano, 515—Napolitano, 542—Holandes, 854—De Luisiana, 601—Demolombe, tom. 10, n° 667)—Nota del codificador á los arts. 2824 y 2825—Freytas, 4674, 4675 á 4677—Proudhon, tom. 4, núms. 1959 y sigtes.—Véase nuestro comentario al art. 2821, n° 3—Goyena, art. 464, inc. 1.

De cualquier manera que suceda: Termina por la muerte natural aun cuando haya sido contratado para terminar mucho despues (art. 2921, 2ª parte).

2021—Se extingue también por espirar el término por el cual fue constituido. Cualquiera que fuese el término asignado á la duracion del usufructo, no deja de extinguirse por la muerte del usufructuario, ~~acae~~cida antes de ese término. En la duracion legal del usufructo, se cuenta aun el tiempo en que el usufructuario no ha usado de él por ignorancia, despojo, ó cualquiera otra causa. (Concuerda con los arts. 566—2921 y sus concordantes—3046.)

CONCORDANCIAS

(Ley 24, Tit. 31, Part. 3ª.—Toullier, tom. 3. n° 449—Proudhon, tom. 4, n° 1965—Demolombe, tom. 10, n° 680)—Las citas del art. anterior.

Cualquiera que fuese el término asignado á la duracion: Este inciso ha podido suprimirse con solo agregar al inciso primero, del artículo anterior, las palabras copiadas.

O cualquiera otra causa: De manera que aun cuando el usufructuario no haya gozado de la cosa porque el heredero, por ejemplo, no se la haya entregado en tiempo oportuno, aquél no tendrá derecho á pedir se le permita gozar de ella despues de la época fijada para su terminacion hasta completar el término á que tenía derecho. Pero en este caso el usufructuario tendrá una accion por indemnizacion contra el heredero que de mala fe no le ha entregado la cosa; indemnizacion que será proporcionada al valor de los frutos que se calcule habria obtenido el usufructuario si el nudo propietario hubiera cumplido con el deber de entregar la cosa á su debido tiempo (Proudhon, tom. 4, n° 2037—Véase sobre esto el comentario al art. 2928, n° 5).

1º De este artículo se desprende necesariamente lo dispuesto en el 2929. Así, cuando se lega el usufructo de una cosa por un tiempo determinado, y á otro se lega la propiedad de la cosa usufructuaria, y el usufructuario muere ántes de terminar dicho plazo, la cosa legada no pasa al heredero del testador por el tiempo que faltare para la fecha designada como término del usufructo, sino que desde luego va al legatario. La razon es porque desde la muerte del usufructuario el dominio de la cosa dada en usufructo se consolida, como dice el art. 2929, en la persona del nudo propietario, que lo es, en el caso propuesto, el legatario y no el heredero.

“La razon de esto es evidente, dice Proudhon, n° 2041, el testador, legando la propiedad al uno y el usufructo al otro, ha





puesto por esta doble disposicion, completamente fuera de la sucesion el dominio de la cosa; de aquí resulta que el heredero se encuentra sin interes en todo aquello que pueda tener lugar por un acontecimiento posterior y extraño á la disposicion."

2º Lo mismo será en caso de que el legatario de usufructo muera ántes que el testador, ó que el usufructuario haya muerto ántes de que se le entregue la cosa objeto del usufructo. Frey-tas, en el art. 2675, es espreso al respecto.

3º Cuando nuestro Código habla de la terminacion del usufructo por la muerte del usufructuario, se refiere al caso de muerte del titular del derecho, y no á la muerte de la persona á quien el usufructuario, haciendo uso del derecho acordado por el art. 2870, hubiera transmitido su derecho. Es como se entiende en todos los Códigos (Freytas, 4677).

4º Consecuente con este principio, Freytas, en su art. 4679, dispone tambien que cuando muere el cesionario de los derechos usufructuarios, el usufructo no continúa á favor del primitivo usufructuario, sino que continúa en favor de los herederos del cesionario.

El contrato entre el cedente y el cesionario se rige, como es consiguiente, por reglas muy distintas á las que rigen los derechos entre el nudo propietario y el usufructuario. Lo que el cesionario adquiere del usufructuario es el derecho de este último, y lo adquiere para él y sus herederos, aunque así no se espresé (art. 1195 y sus concordantes). Éstos tendrán derecho á seguir gozando del derecho usufructuario que su antecesor ha comprado hasta que termine el derecho del cedente; y éste no puede terminar sino en los casos espresados por la ley.

La renuncia que hace el usufructuario de su derecho en favor del cesionario, salvo modificaciones espresas en contrario, se entiende que es absoluta é irrevocable, como lo es toda cesion mientras la ley no haga desaparecer el derecho. Este contrato no es un segundo usufructo, sino una simple cesion de derechos, y como tal regido por las disposiciones del título respectivo, que no fueran modificados en el presente.

5º Freytas legisla tambien el caso en que el usufructo se hubiera establecido sobre un primer usufructo; pero como nuestro Código, en su art. 2842, prohíbe establecer usufructo sobre el propio usufructo, no tenemos para qué ocuparnos de este caso.

2922—Llegado el término del usufructo, si el usufructuario continúa gozando de la cosa, estará obligado á la restitution de los frutos percibidos, aunque ignore el término del vencimiento del usufructo. Si éste fuese de dinero debe los intereses desde que concluye el usufructo. (Concuerda con los arts. 509, inc. 2—2462, inc. 4—2864—2865—2926—2927—2944—2946.)

CONCORDANCIAS

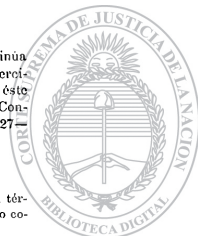
(Ley 5, Tit. 33, Lib. 3, Cód. Romano—Á nadie le es permitido ignorar el término puesto á su propio título—Véase Proudhon, tom. 4, n° 2039).--Nuestro comentario á los arts. 2864 y 2865—Freytas, 4865 á 4867.

Aunque ignore el término del vencimiento: Esto solo es así cuando el usufructo termina por la muerte del usufructuario, ó por el vencimiento del término puesto á su derecho; pero no cuando el usufructo concluye por el cumplimiento de la condicion resolutoria impuesta en el título de constitucion (art. 2926). En este caso, la estincion no se causa *ipso jure* por el cumplimiento de la condicion, como se causa en los dos primeros; es necesario la sentencia del Juez en la demanda de resolucion que entable el nudo propietario para que el usufructuario deje de hacer suyos los frutos que perciba (art. 2927, y nota del codificador al mismo).

1º Respecto á los herederos del usufructuario que continúan en posesion de la cosa despues de muerto éste creyendo que era propia de su causante, deben aplicarse las reglas relativas á la posesion de buena fe (art. 2356 y sus concordantes).

No podria aplicarse á éstos el principio establecido en la nota del codificador respecto al usufructuario, de que no le es permitido ignorar el término puesto á su propio título, desde que el heredero que ignora que la cosa que recibe del causante habia sido poseida á título de usufructuario. Este heredero no ignora el término puesto á su título, desde que por un error de hecho cree que es irrevocable por ser á título de heredero.

Él sabe que á este título su derecho no está sujeto á resolucion; no es como el causante que sabe que poseyendo á título de usufructuario, su derecho es temporario; el heredero cree por un error de hecho, que posee á título de dueño, y es por esto que su error es excusable (art. 2356). La disposicion del art. 2946 es para el caso en que los herederos sabian que su autor poseia á título de usufructuario.



2923—El usufructo concedido hasta que una persona haya llegado á una edad determinada, dura hasta esa época, aunque esta tercera persona haya muerto ántes de la edad fijada, á no ser que del título constitutivo resultare claramente que la vida de la tercera persona se ha tomado como término incierto para la duracion del usufructo, en cuyo caso el usufructo se estingue por la muerte en cualquier época que suceda. (Concuerda con los arts. 569—2921.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 620—Italiano, 517—Duranton, tom. 4, n° 650—Demolombe, tom. 10. núms. 678 y 679—Aubry y Rau, § 234, n° 2)—Proudhon, tom. 4. n° 2048 Goyena, 466 y su comentario—Freytas, 4678.

Resulte claramente: Es decir, que se diga espresamente que el usufructo concluirá si la persona designada muere ántes de tener la edad determinada. Fuera de este caso, no se entenderá que hay condicion, sino plazo (art. 569).

1° Supóngase que se constituye un usufructo diciendo que durará hasta que tal persona llegue á su mayor edad; que á la época de la constitucion la mayor edad llegaba á los 25 años, y que por un cambio de legislacion como el que se ha operado entre nosotros, la mayor edad se fija á los 22 años. ¿Concluirá en este caso el usufructo cuando la persona designada llegue á los 22 años, ó se prolongará hasta que tenga 25?

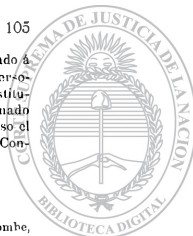
Es indudable que aquí deberá resolverse lo mismo que en el caso de muerte de la persona designada, si espresamente no se ha puesto la vida de esa persona como término incierto para la duracion del usufructo. No hay aquí una condicion sino un plazo, el cual no puede alterarse por un cambio de legislacion.

Al fijar la época de la mayor edad de una persona para la terminacion del usufructo, se ha querido solo fijar un plazo para esa duracion, y no subordinarla á la vida de esa persona.

Hay para esto las mismas razones que respecto á la muerte de la persona designada, cuando ésta muere ántes de la edad determinada.

“Se debe decidir esta cuestion, dice Prudhon, n° 2048, refiriéndose á la que estudiamos, contando el tiempo de la mayor edad fijado por la ley en vigor á la época de la confeccion del testamento, porque el testador no ha querido realmente marcar otra época.”

Para el usufructuario era un derecho adquirido el gozar de





la cosa hasta que la persona designada llegase á la edad determinada; derecho que con arreglo al principio de la no retroactividad de las leyes, aceptado por nuestro Código, no podría alterarse por un cambio de legislacion.

2º Muchas veces las condiciones ó cargas impuestas al usufructuario pueden servir para juzgar la intencion del constituyente respecto á si el usufructo debe terminar con la muerte del usufructuario, ó si solo termina con el plazo implícitamente puesto.

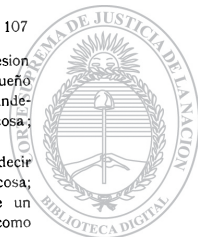
Así, por ejemplo, si un testador dice: Lego el usufructo de tal propiedad á Pedro bajo condicion de que le prestará tal servicio á mi hijo durante su menor edad, terminando en esa época su obligacion y su derecho de usufructo, es indudable que deberá entenderse que el usufructo termina si el hijo del testador muere ántes de su mayor edad. En este caso se ve claramente que al constituir el usufructo solo se ha tenido en vista la existencia de ese hijo; desaparecido aquél, desaparecerá tambien el derecho creado contando con su existencia hasta una época dada; el motivo determinante de la fijacion del plazo incierto y aun de la constitucion misma del usufructo ha desaparecido, por lo cual debe tambien desaparecer el derecho cuya causa ya no existe. (Véase Demolombe, tom. 10, núms. 677 á 679.)

2921—El usufructo se pierde por el no uso, durante el término de diez años entre presentes, y de veinte entre ausentes. (Concuerda con los arts. 2510—2606—2817—2942—3059—3946—3999—4017—4015—4026.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, núms. 689 á 691—Zacharie, § 311, nota 16—Duranton, tom. 4, n° 671)—Aubry y Rau, § 231, n° 3—Nota del codificador al art. 2942—(royena, 464, inc. 5—Cód. frances, 617—Laurent, tom. 7, núms. 60 á 64—Cód. de California, 1026, inc. 5.

Por el no uso: No es necesario, como lo espresa el codificador en la nota á este artículo, siguiendo á todos los autores citados, que otro haya hecho uso del derecho que el usufructuario ha dejado de ejercer; la simple inaccion le hace perder su derecho, lo cual es una excepcion, cuyo fundamento discuten largamente los jurisconsultos, al principio sentado en el art. 2510, de que el dominio es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que de él se haga. Á diferencia de la prescripcion



adquisitiva de que habla el art. 2942, que supone la posesion por parte del que adquiere aquello que el antiguo poseedor ó dueño tenía, la prescripcion liberatoria de que habla este art. es independiente, como dice Laurent, del goce que otro haga de la cosa; se causa solo por el no uso.

1º Cuando nuestro artículo habla del *no uso*, no quiere decir que el usufructuario no haya gozado personalmente de la cosa; él puede ejercitar su derecho por sí mismo ó por medio de un tercero, ya sea que este tercero obre como cesionario ó como mandatario.

De aquí se sigue, dice Laurent, que importando la gestion de negocios un mandato, la administracion que una persona haga como gestor de negocios, equivale al goce del mismo usufructuario.

2º Cuando el usufructuario vende su derecho ó lo da en arrendamiento, y el comprador ó el arrendatario no hace uso de su derecho, ¿se pierde el usufructo por prescripcion si las cosas han permanecido en este estado durante diez ó veinte años?

“En derecho romano, dice Laurent, tom. 7, nº 62, refiriéndose á esta misma cuestion, se ha decidido que el usufructo se conserva por el solo hecho de que el usufructuario goce del precio ó del arrendamiento, aun cuando el comprador, ó el arrendatario no gocen de la cosa. Pothier enseña la misma doctrina y la ha reproducido Proudhon bajo el imperio del Código Civil. La mayor parte de los autores la rechazan. Somos de la opinion de Pothier y de la jurisprudencia romana. El art. 595 (igual en el fondo á nuestro art. 2870 argentino) nos parece que decide la cuestion; admite que el usufructuario pueda gozar de dos maneras: por sí mismo, ó dándola en arrendamiento á otro, ó vendiendo ó donando su derecho. Dar en arrendamiento es gozar de la cosa como cuando lo hace por sí mismo, ¿qué importa despues de esto que el arrendatario aproveche ó no la cosa? Los arrendamientos que paga son para el usufructuario frutos civiles de que goza. Hay la misma razon de decidir en caso de venta.”

Los autores citados por el codificador están en contra de la opinion de Pothier. Así, Demolombe, nº 695, dice: “Segun los términos del art. 617, el usufructo se estingue por el no uso del derecho durante treinta años”.



“Ahora bien: ¿en qué consiste el uso del derecho de usufructo? Consiste en gozar de la cosa, cuya propiedad pertenece a otro. Luego, el derecho se extingue cuando ni el usufructuario ni persona alguna en su nombre, ha usado de la cosa.

“Ademas, en el caso de venta, ¿quién podrá quejarse? ¿El usufructuario? No, porque él conservaría el precio. ¿El comprador? No, porque él mismo debe imputarse la culpa por no haber usado de su derecho.”

En el mismo sentido que Demolombe, se espresan Marcadé sobre el art. 617, Aubry y Rau, § 234, nota nº 11.

¿Qué solución debe darse por nuestro derecho á esta cuestión? El art. 2893 se pone en el caso de que tenga lugar una prescripción liberatoria, análogo al que tratamos. Según ese artículo, el usufructuario es responsable si deja por su negligencia prescribir las *servidumbres activas*.

El art. 2050, del cual el 2893 es una consecuencia, valiéndose de los mismos términos que en el que estudiamos, declara que las servidumbres activas se extinguen por el no uso durante diez ó veinte años.

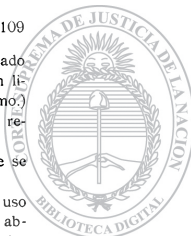
Según esto, la prescripción liberatoria tiene lugar aunque la cosa esté en poder de un tercero, á favor del cual se han constituido otros derechos reales y á quien se le ha transmitido la posesión temporaria.

En el mismo caso que el usufructuario respecto á las servidumbres activas, se encuentra un arrendatario de usufructo respecto al mismo derecho de usufructo.

La lógica enseña entonces, que cuando nuestro artículo habla del *no uso* se refiere á la falta de uso materialmente, como dicen Aubry y Rau, citado, llevado sobre la casa por el nudo propietario ó por sus representantes, arrendatarios, compradores, gestores de negocios, etc., etc.

Si así no fuera, las servidumbres activas tampoco podrían prescribirse por el no uso del usufructuario, puesto que podría decirse que el nudo propietario no había dejado de usar la cosa dada en usufructo y de sus servidumbres activas, desde que había estado recibiendo el precio pagado por el usufructuario en razón del goce de la cosa con todas sus servidumbres.

2º Pero en este caso, el arrendatario sería responsable para con el usufructuario por la pérdida de su derecho. Estaría obli-



gado á indemnizar en proporcion al tiempo que hubiera durado el usufructo si no se hubiera extinguido por la prescripcion liberatoria. (Véase el art, 2942, y nota del codificador al mismo.)

3º ¿Cuándo debe considerarse que el usufructuario ó sus representantes ó sucesores no hacen uso de la cosa?

¿Será necesario que se perciban todos los frutos para que se conserve el derecho?

Todos los autores están conformes en decidir que el no uso que hace perder el derecho de usufructo debe ser completo, absoluto. No porque saque ménos de lo que puede, se va á decir que el usufructuario no hace uso de su derecho; por insignificante que sea el goce, siempre importará un *ejercicio* de su derecho de usufructuario; siempre importará una manifestacion material de querer ejercitar su derecho. El art. 3065 suministra un ejemplo de esto, y la nota del codificador al mismo artículo apoya la doctrina que sostenemos.

Por lo demas, el no uso debe fundarse, dice Demolombe, en una presuncion de abandono completo del derecho, que al mismo tiempo importa abandono material de la cosa.

“Un goce, aunque sea incompleto, dicen Aubry y Rau, basta para hacer conservar el derecho (§ 234, nota 12).

Sobre el usufructo constituido sobre varias cosas véase el artículo siguiente.

Para la prescripcion liberatoria no se necesita ni justo título ni buena fe (art. 4017); pero las causas que suspenden ó interrumpen la prescripcion en general, son aplicables á esta clase de prescripcion. (Nota del codificador al art. 3059—Demolombe, tom. 10, nº 699—Proudhon, tom. 4, nº 2107.)

2925—Cuando son muchas las cosas sometidas al usufructo, el uso y goce que el usufructuario hubiere tenido de alguna de ellas, no le conservaria su derecho sobre las otras, á ménos que no fuesen todas comprendidas en una universalidad jurídica. (Concuerda con los arts. 2827—2869—2940—2941—3065.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, núms. 696 y 745—Aubry y Rau, § 234, nº 3)—Laurent, tom. 7, nº 63—Nota del codificador al art. 2312.

En una universalidad jurídica: Sobre lo que se entiende por universalidad jurídica, véase la nota del codificador al



art. 2312. En el comentario al art. 2827 hemos establecido la diferencia entre el usufructo universal y el usufructo particular.

El usufructuario universal no pierde, según este artículo, su derecho al usufructo de una ó varias cosas de que no haya gozado durante el tiempo requerido por el artículo anterior para la prescripción liberatoria, cuando ha ejercido su derecho sobre una ó varias de las cosas de que se compone el patrimonio de que es usufructuario.

Por el contrario, el usufructuario á título singular de varias cosas, con el uso de una de ellas no conserva el derecho á las otras que existen independientemente de la que ha usufructuado.

En el primer caso hay un solo usufructo, porque cada cosa se considera parte integrante de la universalidad jurídica dada en usufructo; en el segundo, hay tantos usufructos como cosas comprende el título constitutivo (Véase art. 2940.) En el primer caso, todo lo que proviene como aumento del patrimonio, queda comprendido en el usufructo (art. 2869).

2926—Se extingue igualmente el usufructo por cumplirse la condición resolutoria, impuesta en el título, para la cesación de su derecho. (Concuerda con los arts. 553—555—567—2662—2668—2921—2922—2927.)

CONCORDANCIAS

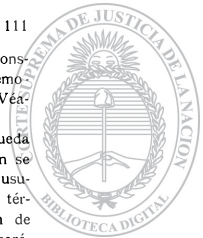
(Ley 15, Tit. 4, Lib. 7, Dig.)—Proudhon, tom. 4, n° 2057—Goyena, 464, inc. 3.

Por el cumplimiento de la condición: Pero el usufructo condicional ó sometido á un plazo resolutorio incierto, á diferencia del establecido por un término fijo, y que concluye *ipso jure* por su vencimiento, no concluye sino desde el día de la demanda del propietario (art. 2927, y nota del codificador al mismo).

2927—El usufructuario que goza de la cosa después de cumplida la condición, hace suyos los frutos hasta que se demande la resolución de su título y la entrega del fundo. (Véanse los concordantes del artículo anterior.

CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior—Demolombe, tom. 10, n° 739.



Hasta que se demande la resolución: El usufructo constituido bajo una condición resolutoria, no es mas, dice Demolombe, que un usufructo constituido bajo un plazo incierto. (Véase nuestro art. 568.)

Cuando el plazo es cierto, la terminación del usufructo queda fijada de antemano, y por lo mismo de ser tal, la extinción se causa *ipso jure* como lo establece el art. 2922, sin que el usufructuario pueda alegar ignorancia. Otra cosa es cuando el término es incierto, es decir, cuando depende de la realización de un hecho que aunque seguro, no se sabe cuándo se realizará. Hay en esto una cuestión de hecho, cual es si la condición se ha cumplido ó no, y que el Juez debe decidir.

Aquí no se le puede decir al usufructuario, como cuando hay un plazo fijo, que no puede ignorar el término puesto á su título, porque aquí bien ha podido realizarse el hecho, y sin embargo ignorarlo el usufructuario.

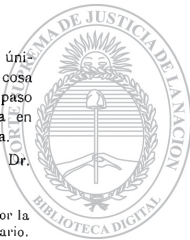
El sabe que su derecho tiene un término, pero no sabe qué día llegará. El nudo propietario, que es el verdadero interesado en averiguar la realización del hecho, es quien debe estar á la expectativa para demandar la entrega de la cosa tan pronto como la condición se cumpla; y como el usufructuario no está en la obligación de dar fe al dicho del nudo propietario de que ésta se ha realizado, viene entónces, como consecuencia necesaria, la intervención del Juez para que decida si ha terminado ó no el usufructo.

Este es el principio general que rige en materia de condición resolutoria, como dice muy bien Proudhon, nº 2057.

Supóngase, por ejemplo, que el usufructo se establece hasta que una persona demente restablezca su juicio, ó, en su defecto, hasta que se muera. Si la persona designada recobra su juicio, nada mas natural que se espere la resolución del Juez sobre el restablecimiento de las facultades intelectuales de esa persona, para dar por terminado el usufructo con efecto retroactivo el día de la demanda, como dice el artículo que estudiamos.

La crítica que el Dr. Segovia hace de esta disposición poniéndola en completa contradicción con otras del mismo Código, es injusta.

¿Qué tiene que ver este artículo con el 2943 para que el Dr. Se-



govia diga que están en contradicción? El 2943 dispone únicamente que el nudo propietario entra en posesión de la cosa *ipso jure* desde el momento de la extinción del usufructo, al paso que el que estudiamos tiene por objeto determinar la época en que concluye el usufructo sujeto á una condición resolutoria.

Otro tanto sucede con las demás contradicciones que el Dr. Segovia cree que existen.

2928—El usufructo se extingue por la consolidación, es decir, por la reunión de la propiedad y del usufructo en la persona del usufructuario. (Concuerda con los arts. 862—2929—2930—3181.)

CONCORDANCIAS

(Ley 24, Tit. 31, Part. 3^a—Lib. 2, Tit. 4, § 3, Inst.—Ley 3, Tit. 2, Lib. 7, Dig.—Véase Zachariæ, § 311, nota 16—Demolombe, núms. 689 y 690—Duranton, tom. 4, n^o 671)—Freytas, 463—Proudhon, tom. 4, n^o 2062—Comentario al art. 2990—Goyena, 464, inc. 4.

Se estingue por la consolidación: Aunque el codificador se vale aquí de estos términos absolutos, no debemos aplicarlos en todas sus consecuencias, por mas que el artículo esté puesto entre los medios de extinción absoluta. La consolidación, mas que la extinción del usufructo, produce una imposibilidad para que el usufructuario pueda seguir con el carácter de tal, puesto que siendo al mismo tiempo propietario no puede tener usufructo sobre su propia cosa. Si el usufructuario hereda la nuda propiedad, ó la compra, no pierde ciertamente su derecho de *usufructuario*; únicamente se encuentra en la imposibilidad de ejercerlo.

Esto por lo que hace al usufructuario; respecto de terceros adquirentes, ó arrendatarios del usufructo, la consolidación no produce extinción. Hé aquí por qué hemos dicho que las palabras que estudiamos no deben tomarse en un sentido absoluto. Respecto á esos terceros arrendatarios del usufructo, sus derechos de tal no se han extinguido; continúan como si se hubiese operado cambio alguno en los derechos del usufructuario.

Supóngase que el usufructuario hubiera arrendado su derecho á un tercero por un tiempo determinado, ¿quién podría pretender, dice Demolombe, tom. 10, n^o 747, que el usufructuario tendría derecho á dejar sin efecto este arriendo con solo adquirir



lo nuda propiedad? Nada sería mas contrario á la razon, á la equidad y al mismo tiempo á los principios generales de derecho". El codificador cita esta parte de Demolombe en su art. 2947. (Véanse los concordantes de dicho artículo.)

Proudhon, n° 2071, citado por el codificador en el art. 2930, dice: "Cuando se afirma que el usufructo se extingue por confusion si el usufructuario adquiere la nuda propiedad, no debe entenderse sino en el interes respectivo del propietario, que no tiene ya ningun derecho á inspeccionar el goce del fundo, y del usufructuario que desde entonces entra á poseer la cosa en pleno dominio; pero los derechos precedentemente adquiridos por terceros deben quedar en el mismo estado que ántes, porque nadie debe poder traerles perjuicio á sus derechos, sin que ellos hayan hecho nada por renunciarlos".

Del mismo modo opinan Laurent, citado, Aubry y Rau, § 234, número 5.

En nuestro propio derecho encontramos tambien disposiciones que apoyan nuestra tesis.

En la hipótesis propuesta, el usufructuario no ha hecho otra cosa que adquirir la nuda propiedad; no ha hecho mas que agregar á su derecho de usufructo el de la nuda propiedad.

El enajenante no ha podido transmitirle, ni el adquirente ha podido adquirir, segun el arl. 3270, mejor y mas estenso derecho que el que tenía el usufructuario. Con esta compra no ha podido adquirir el derecho á los frutos que él mismo habia transmitido á otro, puesto que su mismo enajenante no lo tenia. Esta adquisicion nada tiene que ver con su obligacion para con los arrendatarios de su derecho; léjos de extinguirse el derecho que habia arrendado, la compra ha venido mas bien á producir el efecto de aumentarlo, puesto que ya no tiene las trabas que ántes tenía.

Sostenemos, pues, que con arreglo á nuestro derecho, el arrendamiento hecho por el usufructuario de su derecho de tal no sufre alteracion por la consolidacion de que trata este artículo, y que termina cuando termina el plazo estipulado, si es que ántes no se realiza alguna de las causas que habrian estinguido absolutamente el usufructo, como sería la muerte del usufructuario, ú otra así. En este caso, aunque en el arrendamiento del usufructo se haya estipulado un plazo, queda como no puesto si el usufructo termina ántes (art. 2870, al fin).



Por la reunion de la propiedad y del usufructo: No habrá consolidacion si el usufructuario solo llega á ser condómino en el inmueble usufructuario (argumento del art. 3058). Seguirá gozando de la cosa en una parte como condómino y en el resto como usufructuario (Proudhon, tom. 4, n° 2062).

1° Tampoco habrá consolidacion aunque el usufructuario venga á ser heredero único del nudo propietario, si éste acepta la herencia bajo beneficio de inventario. Cuando la herencia se acepta en esta forma, los patrimonios del difunto y del heredero no se confunden, como lo establece la segunda parte del art. 3371. El heredero, en este caso, puede seguir gozando de su derecho de usufructuario independientemente de la calidad de heredero beneficiario; y aunque los acreedores del difunto hagan vender el inmueble afectado con el usufructo, en la venta solo se comprende la nuda propiedad.

2° Si el usufructuario no llega á ser heredero único del nudo propietario, solo habrá confusion y estincion de la parte que él viene á ser heredero.

De aquí se sigue: 1° Que el usufructuario puede exigir que la division solo se haga de la propiedad, pero sin dividirla materialmente; y 2° Que la fianza se disminuya en proporcion de la parte de que es heredero.

3° No habrá consolidacion cuando la nuda propiedad es comprada por una sociedad de la cual el usufructuario forma parte, pues la sociedad es distinta á la persona de los asociados, como es distinto el capital de uno y otro.

No siendo la misma persona no puede haber consolidacion, dice Proudhon, tom. 4, n° 2065. (Véase art. 3058, cuya parte dispositiva es aplicable al usufructo, como lo demuestra Proudhon, citado.)

2929—El dominio de la cosa dada en usufructo, será consolidado en la persona del nudo propietario por el fallecimiento del usufructuario, aunque no esté cumplida la condicion ó vencido el plazo á que fué subordinada la duracion del usufructo; y por la estincion de la persona jurídica que adquirió el usufructo, ó por el vencimiento del plazo legal de veinte años fijado al usufructo de las personas jurídicas. (Concuerda con los arts. 48 á 50—2828—2920—2921 y su comentario—2922—2923—2928.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4674—Las del artículo anterior.



Será consolidado en la persona del nudo propietario

Estas palabras están en contra de lo dicho por el codificador en el último párrafo de la nota del artículo anterior, cuando dice que, según Zachariæ, el Código francés ha querido crear un modo particular de estincion del usufructo, de la reunion del usufructo en la persona del propietario, siendo así que esta reunion es la consecuencia necesaria de todos los modos de estincion del usufructo.

Precisamente, si la reunion del usufructo y la propiedad en la persona del nudo propietario no es sino la consecuencia de la estincion causada en los casos enumerados en el artículo que estudiamos y otros análogos, la lógica exigia que en este artículo no se hablara de *consolidacion* sino de estincion. Pero como los casos de estincion enumerados en este artículo ya están legislados, tenemos que bien ha podido suprimirse agregando al art. 2920 ó al 2921 en el lugar correspondiente, las palabras “aunque no esté cumplida la condicion” por no estar legislado expresamente este caso en el 2921, aunque sí implícitamente en las palabras “cualquiera que fuese el término” de que se vale dicho artículo. Piensa lo mismo, respecto á la supresion, el Dr. Segovia, nota 266.

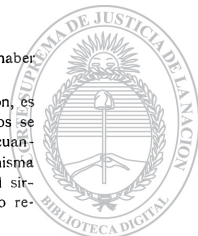
Freytas trae el mismo artículo que estudiamos; pero en este autor se comprende, porque no establece, como lo da á entender el codificador al decir que sigue al derecho romano rechazando la teoría del Código francés, que solo en la reunion de la nuda propiedad y el usufructo en la persona del usufructuario hay consolidacion.

2930—Cuando el usufructuario fuere vencido en la nuda propiedad que hubiese adquirido, ó cuando el nudo propietario lo fuere del usufructo por eviccion, ó resolucion del titulo de adquisicion, el usufructo renace como ántes estaba constituido. (Concuerda con los arts. 867—2664—2670—2928—2929—3056—3057—3181—3308.)

CONCORDANCIAS

L. 57, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Toullier, tom. 3, n° 456—Proudhon, tom. 4, n° 2071—Denolombe, tom. 10, núms. 747 y 748—Aubry y Rau, § 234, n° 5—Marcadé, sobre el art. 617, n° 6)—Nuestro comentario al art. 2947—Nota del codificador al art. 3198.

Quando el usufructuario fuere vencido en la nuda propiedad: En estas palabras deben comprenderse todos los



casos en que el usufructuario deja de ser propietario sin haber enajenado la cosa voluntaria ó forzosamente.

Cuando la enajena, sea voluntariamente, ó por expropiación, es claro que no renace el usufructo, puesto que en ambos casos se habrá trasmitido el dominio pleno. Sucede lo mismo que cuando, habiéndose extinguido una servidumbre por haber una misma persona reunido la propiedad del predio dominante y del sirviente, uno de esos predios sale del poder de su dueño; no renace la servidumbre, como lo declara el art. 3057.

El caso de que hablamos en el nº 6 de este comentario, es muy distinto, véase allí.

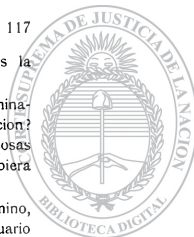
Fuera de estos casos, siempre renacerá el usufructo, á ménos de una disposición contraria de la ley. Desde que desaparece la consolidación, sus efectos tienen que cesar (Proudhon, nº 2075).

Este autor, en el nº 2076, pone el ejemplo de un nudo propietario que ha legado al usufructuario la nuda propiedad de la cosa; si el título se anula, por anularse el testamento, ó por cualquiera otra causa, el legatario deja de ser propietario para volver á ser usufructuario.

Esto sucederá aun cuando hubiese vendido la cosa legada á un tercero; siempre vendría la separación del usufructo y de la nuda propiedad, pues que sería el derecho á esto último únicamente lo que se anularía. Quedaría con el usufructo, ó el mismo comprador ó el usufructuario primitivo, según que éste hubiera vendido el pleno dominio de la cosa legada, ó que hubiera vendido sus derechos de legatario, ó de heredero, en caso de no ser lo primero sino lo segundo (Proudhon, tom. 4, nº 2095).

1º Lo mismo será cuando, habiendo el usufructuario adquirido la nuda propiedad con pacto de retroventa (art. 1366), el vendedor haciendo uso de su derecho, recupera la cosa vendida.

2º Pensamos, con Proudhon, que lo dispuesto en nuestro art. 3181 respecto de las servidumbres, debe aplicarse también respecto del usufructo. "El principio, dice este autor, refiriéndose á los efectos de la expropiación del inmueble hipotecado después del usufructo, y adquirido por el usufructuario después de la constitución de la hipoteca, que expresamente se aplica á las servidumbres (es el sentado en nuestro art. 3181 argentino) debe aplicarse al usufructo como á todo derecho real, en razón



de que nada justificaria semejante diferencia, y que tal es la doctrina de los mejores autores".

3º Supóngase que el usufructo ha sido por tiempo determinado, ¿correrá este término durante la confusion ó consolidacion? Hemos dicho que desapareciendo la consolidacion, las cosas vuelven al estado que ántes tenían como si ésta no hubiera existido.

En consecuencia, no debe considerarse suspendido el término, mucho ménos cuando durante él no ha dejado el usufructuario de percibir los frutos. De manera que si despues de quedar sin efecto el título de adquisicion de la nuda propiedad por parte del usufructuario, se ve que el término del usufructo está vencido ya, el nudo propietario recuperará el dominio pleno del inmueble que ántes estaba afectado al usufructo, sin que el usufructuario tenga derecho á descontar el tiempo que ha durado la consolidacion. Los términos absolutos de la última parte del art. 2921 apoyan nuestra tesis.

El usufructo renace como ántes estaba constituido:

Este principio tiene innumerables consecuencias, de las cuales nos hemos ocupado en parte en el presente título, y al estudiar sus concordantes.

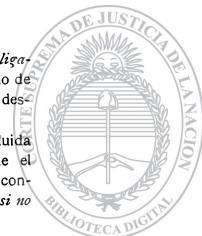
Para no salirnos del método que nos hemos trazado, no nos ocuparemos aquí de examinar las consecuencias que la nulidad del título de propiedad adquirido por el usufructuario puede tener respecto de los terceros á quienes éste hubiese transmitido derechos sobre el mismo. Esas hipótesis están regidas por los arts. 2670, y sus concordantes—3270 y sus concordantes.

Examinaremos únicamente el efecto retroactivo que la separacion de las calidades de propietario y de usufructuario tiene respecto á los derechos estinguidos temporalmente por la consolidacion.

4º ¿Renace la fianza estinguida por la confusion cuando ésta es anulada en el caso del artículo?

Nuestro Código contiene dos disposiciones que parecen resolver la cuestion en sentido afirmativo.

Una de ellas es el art. 867; cuando las calidades de deudor y acreedor, dice, unidas por la confusion, vienen á separarse, las partes interesadas serán restituidas á los derechos



temporalmente extinguidos y á todos los *accesorios de la obligacion*. Despues, en la nota al mismo artículo, pone el ejemplo de un testamento que hubiese hecho operar la confusion, y que despues hubiera sido anulado.

El art. 2308, que es una consecuencia de éste, dice que escluida por indigna una persona de una sucesion, los créditos que el indigno tenia contra la sucesion, como los que ésta tenia contra aquél, *renacen con las garantías que los aseguraban como si no hubiesen sido extinguidos por confusion*.

Proudhon, estudiando esta cuestion, trae muchos casos que no resuelve en principio general, sino en concreto.

Así, en el n° 2087, pone el ejemplo de un testador que ha legado la nuda propiedad al usufructuario; con posterioridad un heredero universal hace anular el testamento, y recobra la nuda propiedad de poder del usufructuario. "En este caso, dice, la confusion putativa que ha tenido lugar por la entrega del legado al usufructuario ha desaparecido completamente, y entonces el fiador usufructuario no podrá decir que está descargado de su obligacion, puesto que al heredero universal hácia el cual estaba obligado el fiador, no se le puede decir que habia renunciado á la garantía".

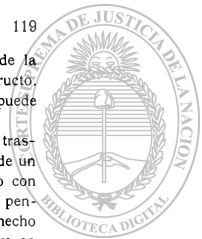
En el mismo sentido se espresan Aubry y Rau, citado.

Nosotros pensamos, que en todas las hipótesis en que la confusion desaparece por nulidad del testamento que la estableció, ó porque el usufructuario heredero de la nuda propiedad es excluido de la sucesion como indigno, el fiador queda nuevamente obligado como lo estaba ántes de la consolidacion que le libró temporalmente de sus obligaciones como fiador.

En estos casos, que los artículos citados resuelven espresamente, no se puede decir que los herederos del nudo propietario han renunciado á las seguridades que en su carácter de tales herederos tendrían hácia el fiador si no hubiese existido el testamento nulo.

5° Lo mismo se puede decir cuando habiendo el usufructuario adquirido la nuda propiedad de un incapaz, su título es anulado por la misma causa.

No habiendo podido el incapaz enajenar la nuda propiedad, tampoco ha podido consentir tácitamente en desobligar definitivamente al fiador; esa enajenacion, por lo mismo que no pro-



duce efecto alguno, no ha podido producir la extinción de la fianza. Declarada la nulidad, la fianza renace con el usufructo. Piensa lo mismo Proudhon, n° 2088. El acto anulado no puede producir efecto porque se considera que no ha existido.

6° Pero si el nudo propietario, capaz de contratar, ha trasmitido al usufructuario el dominio de la cosa, y después de un tiempo se deja sin efecto la venta porque se había hecho con pacto de retroventa, ó por otra causa de esta naturaleza, pensamos que la fianza no revivirá, pues que por el solo hecho de la venta, el usufructo se ha extinguido completamente, y en consecuencia se ha extinguido la obligación accesoria del fiador; lo que sigue es un mero traspaso que el comprador hace.

Aquí el nudo propietario ha consentido en desligar al fiador, y ese consentimiento no puede quedar después sin efecto. Aunque el usufructo renace, si las partes no han convenido expresamente otra cosa, éste debe considerarse respecto á la fianza, como un nuevo usufructo.

7° Nosotros aceptamos el principio general sentado por Laurent, tom. 7, n° 59, que consiste en decir que si la causa de la separación de las calidades de usufructuario y nudo propietario tiene efecto retroactivo, por lo mismo que la confusión se considera como no existente, debe decirse que la fianza tampoco se ha extinguido; mas si la causa de la separación no afecta el pasado, por lo mismo que la confusión produce el efecto de extinguir el usufructo, la obligación accesoria quedó también definitivamente extinguida. Esta es la opinión de Marcadé, en el lugar citado por el codificador, y es como se ha decidido por Papiniano en la ley citada por el mismo codificador; por esto parece indudable que tal ha sido también la mente de nuestro codificador.

En los casos en que se anula la consolidación, se considera como que no ha existido extinción, dice Marcadé, y no habiéndose jamás extinguido el usufructo, mal puede extinguirse la fianza.

8° Lo dicho no impide que, en el caso en que el antiguo fiador queda completamente libre, el nudo propietario pueda exigir una nueva fianza al usufructuario, so pena de hacer uso del derecho que le acuerda el art. 2856.

No sería justo que se le privase del derecho á exigir fianza



cuando las cosas vienen á quedar como estaban al principio, sin haber introducido modificacion alguna á su derecho. Piensa lo mismo Proudhon, nº 2089. “La estincion, dice, solo ha sido en el interes del fiador, y la restitution produce nuevamente el usufructo con todos sus efectos legales, entre ellos el de dar fianza, etc.

9º Cuando la fianza renace con el usufructo, el fiador no responde por los deterioros que haya sufrido la cosa en el tiempo que ha durado la consolidacion. La razon es que durante este tiempo, el fiador no ha podido entablar ninguna accion contra el usufructuario en resguardo de sus obligaciones futuras, mucho menos cuando no se sabia si cesaria la confusion.

Mientras ésta ha durado, el usufructuario podia destruir libremente lo cosa, y nadie tenía derecho á impedirlo. Á los ojos de la ley, el fiador estaba desligado de sus obligaciones, lo cual impedía que pudiera tomar medida alguna contra el propietario. El único responsable sería el mismo usufructuario.

Si el mismo dueño no habia podido ejercer vigilancia en el uso de la cosa que habia pasado á manos del usufructuario, mal podia responsabilizarse al fiador que tenía derecho á vivir despreocupado de una obligacion de la cual se creía completamente desligado (Proudhon, nº 2084—Aubry y Rau, citado.)

10. Respecto á las obligaciones del usufructuario por lo que hace á los deterioros y sus derechos á los aumentos, se estará, no á las reglas establecidas para el caso de la devolucion de la cosa usufructuaria, sino á lo que está dispuesto para los poseedores de buena ó de mala fe, segun haya sido su posesion.

Durante el tiempo que ha durado la consolidacion, el usufructuario no ha poseído á título de tal, sino á título de dueño, y es por esto que deben aplicarse las disposiciones del título “De la posesion” y sus concordantes, y no las del título “Del Usufructo”.

2931—Se estingue el usufructo por la enajenacion que el usufructuario hiciere de su derecho, cuando el nudo propietario lo hiciere del suyo á la misma persona. (Concuerda con los arts. 2861—2932—3055—3198—3237.)

CONCORDANCIAS

(Ley 24, Tit. 31. Part. 3º—Instit. Lib. 2, Tit. 4, § 3—Marcadé, sobre el art. 622)—Laurent, tom. 7, n° 35—Nuestro comentario al art. 2815, n° 5 Aubry y Rau, § 234, notas 40 y sigtes.

Cuando el usufructuario lo hiciere del suyo: No quiere esto decir que la venta de la nuda propiedad sin protesta del usufructuario, importe una renuncia tácita de su derecho.

El derecho de usufructo y el de la nuda propiedad son independientes entre sí; de modo que, tanto el nudo propietario como el usufructuario, pueden enajenar sus respectivos derechos sin necesidad de que ambos consientan (nota del codificador á este artículo).

Aun suponiendo que por cualquiera causa el usufructuario haya tenido necesidad de consentir espresamente en la venta del inmueble, no deberá considerarse por esto que ha renunciado á su derecho (Aubry y Rau, § 234, n° 42). El art. 621 del Código francés exige una renuncia formal (Marcadé, sobre el mismo artículo).

Por manera que su renuncia ó enajenacion, debe ser espresa y en la forma determinada en el art. 2932.

A la misma persona: Si es á distintas, el usufructo continuará como ántes.

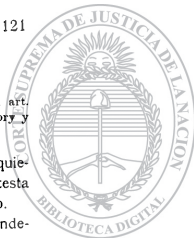
2932—La forma de la enajenacion del derecho del usufructo sobre cosa inmueble, ó si el usufructo continiase algun inmueble, será la escritura pública. Bajo otra forma no tendrá efecto alguno. (Concuerda con los arts. 1148, inc. 1—1149—2830.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 481, inc. 4—Véase nuestro comentario al art. 2830—Arts. 3345-3346.

No tendrá efecto alguno: Con respecto á terceros; por lo que hace á las partes, siempre habrá una obligacion de hacer, como lo dejamos establecido en el comentario al art. 2830.

2933—Los acreedores del usufructuario pueden pedir la revocacion de la enajenacion ó renuncia del derecho del usufructuario, sin estar obligados á probar que ha habido un interes fraudulento al hacerse. (Concuerda con los arts. 961 y sigtes.—967—968—969—2837—2908—2918.)



CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 622—Aubry y Rau, § 234, letra C—Demolombe, tom. 10, n° 795—Marcadé, sobre el art. 622, n° 2)—Nuestro comentario al art. 961—Cód. de Chile, 803, última parte—Laurent, tom. 7, n° 78.

Sin estar obligados á probar que ha habido un interés fraudulento al hacerse: El principio general sentado en este artículo debe considerarse limitado á lo dispuesto en los concordantes citados, especialmente en los arts. 961 á 972, lo cual es conforme á las doctrinas sostenidas por Demolombe, citado por el Dr. Velez, y con la nota del mismo.

Así, las palabras que estudiamos solo tienen aplicacion cuando el usufructuario ha hecho renuncia gratuita de su derecho: pero no cuando ha enajenado á título oneroso, como lo establece el art. 968.

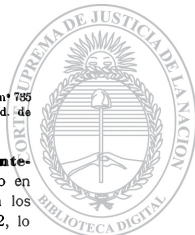
Es por esto que el codificador en la nota, dice: "La última parte del artículo (se refiere á las palabras que estudiamos) es solo referente á la *renuncia* del derecho del usufructuario, conforme con lo que se ha *dispuesto sobre los hechos en fraude de los acreedores*".

Así lo dispone en el art. 967, donde cita el 622 del Código frances, que aquí se cita, y el derecho romano, casi con las mismas palabras que en la nota del presente artículo.

Demolombe, lugar citado, se espresa tambien en el mismo sentido, diciendo que no hay necesidad de que los acreedores prueben que el acto ha sido hecho en fraude de sus intereses, cuando es una renuncia gratuita y el deudor sabía que empeoraba su situacion con esto. Demolombe cita á Marcadé, el cual á su vez, es citado tambien por nuestro codificador como de acuerdo con sus doctrinas. (Véase nuestro comentario á los arts. 961 y 967.)

Cuando el acto de enajenacion es á título oneroso, el art. 968 dispone espresamente que para que los acreedores puedan pedir su revocacion es necesario que el deudor haya querido por ese medio defraudar á sus acreedores, y que el tercero con el cual ha contratado haya sido cómplice del fraude.

Estas dos condiciones, *consilium fraudis* y *eventus damni*, son indispensables, y la prueba de su existencia se determina en la



forma que hemos dicho en el comentario al título "Del fraude en los actos jurídicos", tom. 2, p. 86 y sigtes. de esta obra.

Podemos decir, entonces, que el presente artículo está en esto sujeto á lo dispuesto especialmente en los arts. 961 á 972, cuyos comentarios pueden verse para la aplicacion práctica del presente.

2931—Se estingue tambien el usufructo por la pérdida total de la cosa, sucedida por caso fortuito, cuando ella no fuese fungible. (Concuerda con los arts. 578—891—892—1521—1522—2604—2605—2903, última parte—2935 á 2942—3051.)

CONCORDANCIAS

(Inst. Lib. 2, Tit. 4, § 3—Aubry y Rau, § 294, n.º 4—Proudhon, n.º 2527—Demolombe, tom. 10, núms. 700 y sigtes.)—Freytas, 4664—Comentario al art. 2808—Laurent, tom. 7, núms. 65 y sigtes.—Cód. frances, art. 617, inc. último.

Per la pérdida total de la cosa. Entiéndese por tal no solo la desaparicion física de la cosa y sus componentes, sino de la desaparicion de la *sustancia* de la cosa, tomada esta palabra en el sentido que la hemos dado en el comentario al art. 2807. Por esto, el codificador en la nota á este artículo, dice: "Cuando hablamos de la pérdida de la cosa, no debe entenderse solamente de la pérdida física, *que nada deja despues de ella*, sino tambien de la pérdida que consiste en el aniquilamiento de las funciones á que la cosa estaba destinada en la época de la constitucion del usufructo". El art. 2935, explicado por el ejemplo puesto por el codificador en la nota al mismo, forma el complemento de las palabras que estudiamos. Demolombe, lugar citado, se espresa el mismo sentido.

Con esto, nuestro codificador ha evitado la debatida cuestion suscitada entre los juriscultos franceses acerca de saber cuándo tiene lugar la pérdida que opera la estincion del usufructo. Nuestro Código, como lo acabamos de ver, ha seguido las teorías de Demant, quien, á su vez, sigue el derecho romano, por el cual se resuelve, como lo hemos dicho en el comentario al art. 2807, que la forma, en materia de usufructo, constituye la sustancia de la cosa, y que destruyéndose la *sustancia* se considera que se estingue la cosa, cesando en consecuencia, el usufructo. (Véase nuestro art. 578.)





Cuando la pérdida es parcial, rige lo dispuesto en los arts. 2937 y 2938.

Sucedida por caso fortuito: Salvo el caso del art. 2936. No se dice que el usufructo se extingue cuando la pérdida de la cosa ha sido ocasionada por culpa del usufructuario, ó del nudo propietario ó de un tercero, porque, en el primer caso, la obligacion del usufructuario de volver la cosa ó su equivalente, no desaparece. Tendrá para pagar su valor el plazo que debia durar el usufructo; concluido éste, pagará su valor como está determinado en el art. 2945, y como sucede en el cuasi usufructo (véase este comentario mas adelante); en el segundo caso, el nudo propietario, estaria obligado á hacer lo que hubiera deseado, para que el usufructo pudiera continuar; en caso de no poderlo verificar, el usufructuario tendria derecho á una renta igual á la que le proporcionaba su derecho; y en el tercero el usufructo continuaria en el precio pagado por el autor de la destruccion.

Es por esto que el codificador, en la nota á este artículo, dice: "Si la pérdida de la cosa hubiera sido causada por culpa del nudo propietario, el usufructo continúa, y las consecuencias de esa pérdida serán juzgadas por las reglas relativas á las obligaciones de las partes". Las reglas á que aquí se refiere el artículo son las establecidas en los arts. 578 á 587 y sus concordantes.

Cuando ella no fuese fungible: Si es fungible, habrá un cuasi usufructo, como lo hemos establecido en el comentario al art. 2808. En este caso, la cosa perece para el usufructuario, (art. 2811) y por lo mismo estará obligado á devolver otro tanto ó su equivalente, al terminar el usufructo.

1º ¿Producirán extincion del usufructo los cambios sobrevenidos en la cosa por caso fortuito? Pensamos que no. Este cambio no puede mirarse como destruccion de la cosa para considerarlo comprendido en el artículo que estudiamos. Tampoco encontramos en ninguna otra disposicion que el cambio, sufrido en la cosa sea una causa de extincion. Supóngase, por ejemplo, que un terreno se inunda, al extremo de no poderlo ya cultivar el usufructuario, pero despues de algunos años (dentro del término de la duracion del usufructo), se seca y vuelve á quedar propio para su anterior destino. En este caso, decimos, el nudo propietario no podria alegar que el usufructo se habia extinguido



por efecto de la inundacion. Léjos de estar comprendido en el artículo que estudiamos, nuestro codificador, en la nota al art. 2940, rechaza la doctrina de que el cambio sufrido en la cosa traiga la estincion del usufructo. "No es posible, dice allí, fijar una regla para poder decidir cuál sea el cambio en la cosa que estinga el usufructo".

Laurent, tom. 7, n° 71, rechaza tambien esta causa de estincion.

Marcadé, tom. 2, n° 552, de quien el Dr. Velez tomó la nota puesta al art. 2940, rechaza terminantemente la estincion del usufructo por cambio en la cosa fructuaria. Sus teorías son perfectamente aplicables á nuestro derecho desde que el codificador argentino se muestra conforme en este punto con el citado autor, y desde que ninguna disposicion positiva existe en contra.

"Ante todo, dice Marcadé, es necesario saber si el Código admite en principio la estincion por el cambio de forma, *rei mutatione*, *mutà formà rei*. Si se contesta afirmativamente, los tribunales tendrán que examinar en cada caso si el cambio de forma es ó no grave para extinguir ó no el usufructo. Este principio nos parece inadmisibile, arbitrario, y la vaguedad en que nos pondría su aplicacion bastaria desde luego para creer que el Código no ha pensado en adoptarlo." Piensa del mismo modo Demolombe, n° 712 *bis*.

2935—Cuando la pérdida de la cosa por caso fortuito, hubiese sido total, el usufructuario no conservará ningun derecho sobre los accesorios que dependen de la cosa, ni de lo que de ella re-tare bajo una nueva y diferente forma. (Concuerda con los arts. 2878—2879—2912—2934—2937—2941)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 624 --Aubry y Rau, § 234, n° 4)—Demolombe, núms. 701 á 712 *bis*—Proudhon, tom. 4, núms. 2540 á 2544.

Hubiese sido total: Cuando es parcial rige lo dispuesto en el art. 2937. La ley entiende aquí por destruccion total un cambio completo que hace que la cosa quede inútil para el objeto á que estaba destinada. Por esto nuestro codificador, siguiendo á Demolombe, pone el ejemplo de una casa destruida totalmente, y decide que el usufructuario no podría seguir aprovechando del suelo ni de los materiales, pues ya no sería el



usufructo de una cosa, puesto que no existia, sino sobre el fundo. (Véase nota del codificador al art. 2934.)

Pero el usufructo constituido sobre un fundo de labranza no se extinguiría por la destruccion del edificio construido en él; desde que exista el objeto principal que es el fundo, cuyos productos constituyen el derecho usufructuario, la ruina de la casa no puede afectar el derecho del usufructuario. Lo mismo será cuando se destruyan los plantíos de un fundo (nota del codificador al art. 2940).

2936—Si el usufructuario hubiese hecho asegurar un edificio consumido en un incendio, el usufructo continúa sobre la indemnización que se le hubiese pagado. (Concuerda con los arts. 2861—2934—2935.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 231, nota 9 y § 234, nota 21—Laurent, tom. 7, n° 85—Nota del codificador al art. 2861.

Si el usufructuario hubiese hecho asegurar, etc.: Si lo ha hecho asegurar el nudo propietario, y el incendio ha sido por caso fortuito, el usufructo no continuará sobre el precio dado como indemnización. La razon es que la destruccion por caso fortuito estingue el usufructo (art. 2934, y nota del codificador al mismo). Mas si la destruccion es por culpa de un tercero, por lo mismo que lo que paga la Compañía aseguradora es la indemnización por el tercero culpable, la nota del codificador al art. 2934 enseña que el usufructo continúa sobre ese precio.

Pero en este caso, el usufructuario debe dar fianza (art. 2861) porque en el usufructo de dinero el propietario está ménos garantido que en el de un inmueble. La fianza deberá darse tambien por igual razon, en el caso legislado por el presente artículo.

2937—El usufructo se acaba por la destruccion total de la cosa. Cuando ha sido parcial la pérdida de la cosa, el usufructo continúa no solo en lo que de ella queda en su forma primitiva, sino tambien de los restos y accesorios. (Concuerda con los arts. 2934—2938.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 623—Italiano, 519—Napolitano, 548—Holandes, 858—De Luisiana, 609—Inst. *De usufruct*, § 3—Aubry y Rau, § 234, n° 4)—Goyena, 464, inc. 7—Freytas, 4672.



Este artículo ha podido suprimirse por estar comprendido en el 2938, ó cuando mas, formar tan solo un inciso del 2934.

La repetición con el art. 2938 se explica por la variedad de fuentes de que han sido tomados. Uno es tomado de Freytag y el otro de Aubry y Rau, los cuales adoptan la misma doctrina, aunque con distinta redacción.

2938—La extinción parcial de la cosa fructuaria, ó el deterioro de ella, aunque sea por culpa del usufructuario, no da derecho al nudo propietario para demandar la extinción del usufructo. Continuará el usufructo en la cosa deteriorada, ó en la parte restante de ella; y no queriendo el nudo propietario hacer las reparaciones necesarias y obtener del usufructuario lo que gastare en ella, podrá demandarlo por la indemnización del daño. (Concuerda con los arts. 587—2887—2890—2891—2934.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 2937.

Aunque sea por culpa del usufructuario: En este caso, si bien la ley no le acuerda al propietario el derecho de pedir la extinción del usufructo, le da derecho á exigir fianza para evitar los perjuicios de la destrucción consiguiente (art. 2939).

2939—En el caso del artículo anterior, podrá también el nudo propietario, para evitar destrucciones ó deterioros futuros, exigir fianzas á ese fin, y no dándolas el usufructuario, se procederá como está dispuesto para el caso que el usufructuario no pueda recibir la cosa sometida al usufructo por falta de fianza suficiente. (Concuerda con los arts. 2856—2860.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4673—Proudhon, núms° 2537 y sigtes.

Exigir fianza á ese fin: Esta fianza es de la misma naturaleza de la que habla el art. 2855. No puede reemplazarla con hipoteca (art. 2854).

No hay razón alguna para hacer diferencia, como la hace el Dr. Segovia, entre la fianza que por este artículo se da derecho al propietario para exigir del usufructuario, y la que tiene derecho á exigir antes de que aquél entre en posesión de la cosa usufructuaria.

Si el propietario ha consentido en el usufructo sin exigir fianza



za, es porque tenía confianza en que el usufructuario gozaría de la cosa como buen padre de familia; pero en vista de los deterioros causados por culpa de este último, el primero queda con el mismo derecho que ántes tenía (Proudhon, n° 864), el de exigir fianza que responda en los términos del art. 2855. El usufructuario se encuentra por efecto de la destruccion culpable, en el mismo caso de la última parte del art. 2860.

Todos los autores allí citados están de acuerdo en que el propietario tiene derecho á exigir una fianza igual á la que en principio general está obligado á dar el usufructuario ántes de entrar en el goce de la cosa.

No vemos, pues, la razon para decir, como dice el Dr. Segovia, nota 287, que la fianza de que habla el artículo que estudiamos, es distinta á la de que habla el 2851, y que el fiador debe tener en este caso ménos responsabilidad que la impuesta por el art. 2855.

2910—El usufructo que tiene por objeto una universalidad de derecho, no se estingue por la pérdida de una ó de otra de las cosas comprendidas en esa universalidad. (Concuerna con los arts. 2827—2903—2925 y su comentario.)

CONCORDANCIAS

(Ley 37, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Proudhon, n° 2534 —Demolombe, tom. 10, n° 704—Freytas, 4667, inc. 2.

No se estingue por la pérdida de una ó de otra de las cosas comprendidas en la universalidad: Se trata aquí del usufructo constituido sobre el todo ó una parte alicuota del patrimonio de un individuo.

Es necesario partir de este principio para comprender su alcance, y no decir, como el Dr. Segovia, que la estincion de una cosa produce necesariamente la estincion del derecho sobre ella, lo que equivale á decir que lo dispuesto en el presente artículo es un contrasentido.

Por *pérdida* de una cosa no debe entenderse, como dice el codificador en la nota al art. 2934, tan solo la pérdida física, sino tambien el aniquilamiento de las funciones á que la cosa estaba destinada en la época de la constitucion del usufructo, y tambien de la destruccion de su forma primitiva. De manera,



que una cosa puede perderse, y sin embargo quedar existentes las materias de que se componia.

Si se destruye una cosa dada en usufructo, segun el art. 2935, el usufructuario no puede seguir ejercitando su derecho sobre los materiales ó sobre el suelo, porque con la pérdida de la cosa el usufructo concluye. Pero tratándose de un usufructo constituido sobre una universalidad jurídica, el artículo que estudiamos, adoptando una escepcion al principio del art. 2935, dice que la pérdida de esa cosa no estingue el usufructo; y dice bien, porque en este caso el usufructo continuará sobre los materiales y el suelo en que estaba la cosa

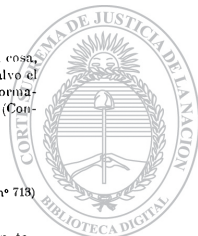
Todas las cosas comprendidas en la universalidad se consideran como una sola; siendo así, la destruccion de una de ellas se considera como una destruccion parcial, y se aplica el principio del art. 2938.

"El usufructuario universal de todos los bienes, dice Proudhon, citado por el codificador, ó á título universal de todos los muebles del constituyente, tendrá derecho sobre los cueros de los animales que se mueren, porque forman parte de la masa general afectada á su derecho".

Demolombe, en el lugar citado tambien por el codificador, explicando la ley 34, del Dig., dice: "Cuando el usufructo está establecido sobre una universalidad de bienes *universorum bonorum*, cualquiera que sea el cambio que sobrevenga en la forma característica de una de las cosas comprendidas en la universalidad, el derecho del usufructuario no se estingue; se ejercerá sobre las ruinas, ó sobre los accesorios de la cosa destruida".

Tal es el sentido de nuestro artículo. (Véase tambien la última parte del 2941.)

1º Cuando se trata del usufructo de varias cosas individualmente determinadas, por lo mismo que se consideran tantos usufructos cuantas cosas entran en él (art. 2922), y por un argumento contrario de lo dispuesto en el presente artículo, se debe decidir que la pérdida de una de ellas estingue totalmente el usufructo sobre la misma. El usufructuario no podrá, en consecuencia, seguir gozando de los accesorios ó ruinas de la cosa destruida; pues debe aplicarse en este caso lo dispuesto en el art. 2935. (Demolombe, tom. 10, nº 705.—Proudhon, nº 2534.)



2911—El usufructo extinguido por la destrucción física de la cosa, no renace cuando ella fuese restablecida á su estado primitivo, salvo el usufructo de los padres, ó cuando la construcción y reedificación forme parte de un usufructo sobre bienes colectivamente considerados. (Concuerda con los arts. 2874—2885—2925—2935—2937—2940.)

CONCORDANCIAS

Ley 25, Tít. 31, Part. 3ª—Marcadé, art. 617, n° 8—Demolombe, tom. 10, n° 713—Freytas, 4671—Aubry y Rau, § 234, nota 23.

Por la destrucción física: Se refiere á una destrucción total. Cuando solo se arruina, el usufructuario puede reconstruirla (art. 2874), y continuar con el usufructo. En este mismo caso, aun cuando sea el propietario quien la reconstruya, el usufructo continúa sobre lo reconstruido (art. 2917). Aquí no hay extinción de usufructo porque la cosa no desaparece del todo.

1º Cuando ha sido destruida totalmente, en el sentido del art. 2934 (véase nota de dicho artículo), y el usufructuario la hace de nuevo, regirá lo dispuesto en los arts. 2589 y 2590 (nota del codificador al artículo que estudiamos).

2º Como la destrucción hecha por un tercero no causa extinción del usufructo (argumento del art. 2934, y nota del codificador al mismo), es entendido que si el tercero, en vez de pagar una indemnización, reconstruye lo destruido, el usufructo continúa sobre la nueva cosa.

2912—El usufructo se extingue también por la prescripción. (Concuerda con los arts. 2812, inc. 4—2819 y sus concordantes—2924.)

CONCORDANCIAS

(Marcadé, apéndice al comentario del art. 624).

El artículo supone el caso en que otro adquiere el usufructo, que es distinto al de que habla el art. 2924. En el caso de ese artículo no lo adquiere nadie, la propiedad queda libre. (Véase nota del codificador á dicho artículo.)

2913—La cesación del usufructo por cualquiera otra causa que no sea la pérdida de la cosa fructuaria, ó la consolidación en la persona del usufructuario, tiene por efecto directo é inmediato hacer entrar al nudo propietario en el derecho de goce, del cual habia sido temporalmente privado. (Concuerda con los arts. 2465—2562, inc. 4—2922—2927—2946.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon. n.º 2570) — Demolombe, tom 10, n.º 635 — Aubry y Rau, § 235, nota 1.

Hacer entrar al nudo propietario en el derecho de goce: Consecuencia de esto es que si el usufructuario continúa gozando de la cosa debe los frutos como poseedor de mala fe (art. 2922 y sus concordantes). Pero esto no tiene lugar cuando el usufructo concluye por el cumplimiento de la condicion resolutoria á que estaba sujeta su duracion (art 2927).

Fuera de este caso, no es necesario la interpelacion judicial para que el usufructuario caiga en mora y pague el arrendamiento por la cosa usufructuaria ó entegue los frutos que desde esa época perciba.

Para nada se necesita tradicion por parte del usufructuario (autores citados).

2941—Si el usufructo consiste en dinero ó hay dinero en el usufructo, el usufructuario debe entregarlo inmediatamente despues de la cesacion del usufructo, y si no lo hiciere debe los intereses desde el dia en que terminó su derecho.

El presente artículo es una repeticion de lo dispuesto en la última parte del 2922, por lo cual ha debido suprimirse.

2945—El usufructuario que se encuentrare en la imposibilidad de restituir en especie los objetos que toma en usufructo, ó de justificar que no han perecido por su culpa, debe pagar el valor de ellos en el dia que los recibió (Concuerda con los arts. 585—2810—2811—2871.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 235, n.º 1)

O de justificar que no han perecido por su culpa: Al usufructuario incumbe probar que la pérdida ha sido por caso fortuito; si establece esta prueba, regirá lo dispuesto en el art. 2934, es decir, no estará obligado á indemnizacion alguna (art. 584 y sus concordantes—1568).

Si la pérdida es por su culpa, responderá de los daños y perjuicios á mas del valor (art. 585 y sus concordantes—Nota del codificador al art. 2934).

En el cuasi usufructo, por lo mismo que el usufructuario se



hace dueño de lo que recibe (art. 2811), siempre responderá por su valor, cualquiera que sea la causa de la pérdida.

El valor de ellos el día que los recibió: Pero si se ha hecho estimación, esa será la que se debe pagar (arts. 2809 y 2871).

2916—La obligación de restituir, impuesta al usufructuario ó á sus herederos, comprende no solo los objetos que desde el principio se encontraban sometidos al usufructo, sino también los accesorios que ellos han podido recibir, y las mejoras hechas por el fructuario, salvo lo dispuesto sobre el derecho de éste para llevar lo que puede estrarse, sin detrimento de las cosas que hubiesen estado en usufructo (Concuerda con los arts. 1620—2321—2465—2810—2867—2874—2888.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 235)—Demolombe, tom. 10, n° 312—Nuestro comentario al art. 2922, n° 1

En la restitución debe comprenderse también los despojos de las cosas destruidas por caso fortuito.

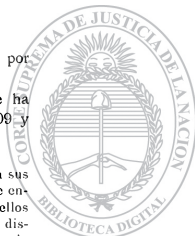
2917—Resuelto el derecho del usufructuario sobre los bienes del usufructo, el nudo propietario no queda obligado á ninguna indemnización respecto de los terceros, cuyos derechos quedan también resueltos, ni tampoco el usufructuario, á menos que se obligare espresamente ó hubiese procedido de mala fe, aunque esos derechos fuesen de arrendadores ó locatarios. (Concuerda con los arts. 1606—2870—2918 y sigtes.—2930 y su comentario.)

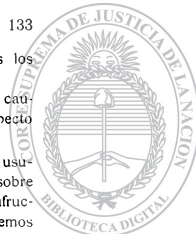
CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 746 á 749)—Proudhon, núms. 2069 y sigtes.

Resuelto el derecho del usufructuario, etc.: La resolución de los derechos del usufructuario no es sino una de las causas de la extinción del usufructo, y esta causa está señalada espresamente por el art. 2918. La extinción del usufructo, cualquiera que sea su causa, produce, en regla general, los mismos efectos. El principal de ellos es la resolución de los derechos transmitidos por el usufructuario.

Fundados en estas consideraciones, creemos que en vez de la palabra *resuelto*, ha debido ponerse *extinguido*, para generalizar así el principio del mismo artículo.





Con todo, es indudable que el artículo comprende todos los casos de extinción.

1º Hemos dicho que en principio general, por cualquiera causa que se extinga el usufructo, los efectos que produce respecto al tercero son los mismos.

Hay, sin embargo, muchos casos en que la extinción del usufructo respecto de terceros, si bien extingue sus derechos sobre la cosa, deja subsistente obligaciones entre el primitivo usufructuario y los terceros. En el comentario al art. 2030 hemos puesto algunos casos.

En regla general, casi todos los juristas deciden que la extinción del usufructo causada voluntariamente por el usufructuario, no perjudica los derechos de los terceros (Domolombe, tom. 10, nº 748).

En estos casos, cuando la extinción del usufructo se opera porque el usufructuario adquiere la nuda propiedad, los derechos constituidos por éste permanecen lo mismo. (Véase nuestro comentario al art. 2928.) Cuando es porque ha cesado el derecho del usufructuario, el derecho de los terceros se convierte en un derecho personal contra el usufructuario; otras veces, aunque la extinción sea por una causa ajena á su voluntad, el usufructuario queda en la obligación de pagar daños y perjuicios. Tal sería, por ejemplo, el caso en que el usufructuario, dándose el título de propietario, hubiese transmitido el usufructo á otro por mas tiempo del que debía durar su propio derecho. Este es el caso de que habla nuestro artículo.

A menos que se obligare espresamente: Es decir, cuando transmitió derechos por mas tiempo que el de la duración del usufructo, ó se obligó á mantener al tercero en el goce del derecho no obstante la conclusión. En este caso deberá indemnizar el perjuicio recibido por la cesación del derecho concedido.

Pero si el usufructuario no se obligó *espresamente* á garantizar la estabilidad de los derechos concedidos no obstante la extinción de sus derechos usufructuarios por cualquiera causa, no estará obligado á ninguna indemnización si los terceros con quienes trató conocían ó debieron conocer los derechos del usufructuario.

La garantía tácita no podría ser alegada por esos terceros

aun en el caso de que se hubiese tratado por mas tiempo que el que debia durar el derecho del usufructuario.

Así, por ejemplo, si el usufructuario cuyo derecho debia terminar dentro de tres años, cedia ó arrendaba su derecho por cuatro años, no estaria obligado á indemnizar al arrendatario, si al concluir el término del usufructo el nudo propietario hacia cesar, con arreglo á lo dispuesto en este artículo, el arrendatario, si no se habia garantido *espresamente* que no obstante la cesacion del usufructo seria mantenido durante el cuarto año en el goce de sus derechos de arrendatario. Sin esa garantía *espresa*, el arrendatario debió suponer que su derecho terminaria con el de su locador, con arreglo al presente artículo y al 2870.

El locatario debió ver si su locador tenía ó no derecho á contratar por cuatro años.

Mas, si el usufructuario, obrando de mala fe, lo indujo en error respecto al tiempo que debia durar su derecho usufructuario, estará obligado por la indemnizacion, sin necesidad de garantía *espresa*.

Nuestro artículo impone la obligacion de indemnizar en los dos casos: en el de haberse garantido, ó en el de procederse de mala fe, aun cuando no haya habido lo primero.



TÍTULO XI

Del uso y de la habitacion

2918—El derecho de uso es un derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesion de heredad alguna, con el cargo de conservar la sustancia de ella; ó de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno, lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia.

Si se refiere á una casa, y á la utilidad de morar en ella, se llama en este Código, derecho de habitacion. (Concuerda con los arts. 2503, inc. 3—2807—2953—2965—2967—2972.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 5, n° 2739—Demolombe, tom. 10, n° 751)—Freytas, 4699, 4700—Ley 20, Tit. 31, Part. 3°—Cód. de California, 1037—Cód. de Chile, 811—Id. de Guatemala, 1381—Aubry y Rau, § 237.

Independiente de la posesion de heredad alguna: La razon está en el art. 2967.

Lo que sea preciso para las necesidades del usuario y su familia: Esta es la principal diferencia que existe entre el usufructo y el uso y la habitacion.

Proudhon, de donde nuestro codificador toma la definicion que compone este articulo, dice: “Aunque el usufructo y el uso se asemejan entre sí en muchos puntos, se ve, sin embargo, por la definicion dada, que existe una gran diferencia entre uno y otro, pues el usufructuario tiene derecho á la totalidad de los frutos, aun *ad compendium*; mientras que el uso está limitado á las necesidades del usuario, sin poder disponer del resto de los beneficios de la cosa.”

2919—El uso y la habitacion se constituyen del mismo modo que el



usufructo, con escepcion de no haber uso legal ó establecido por las leyes. (Concuerda con los arts. 2812.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 625—Italiano, 529—Demolombe, tom. 10, n° 759)—Freytas, 4701 y 4706—Cód. de Chile, 812—Id. de Guatemala, 1382—Aubry y Rau, § 237, notas 1 y 2.

Del mismo modo que el usufructo: Véase art. 2812. Los art. 2821 y siguientes serán aplicables al uso.

2950—El usuario para obtener el goce que le es debido, tiene una accion real en virtud de la cual puede obrar no solo contra el propietario que goza del fundo, sino tambien contra terceros poseedores, en cuyo poder se encuentre la heredad, y tiene tambien las acciones posesorias del usufructuario. (Concuerda con los arts. 2756—2758—2876—2877.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 5, núms. 274 y 2748)—Véase comentario á nuestro art. 2876.

2951—El derecho de uso puede ser establecido sobre toda especie de cosas no fungibles, cuyo goce pueda ser de alguna utilidad para el usuario. (Concuerda con los arts. 2324—Véase arts. 2844—2845.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 725)—Proudhon, 2756—Freytas, 4704.

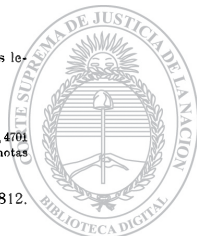
Cuyo goce pueda ser de alguna utilidad para el usuario: Pensamos, con el Dr. Segovia, que no se refiere aquí precisamente á una utilidad material; basta que le sirva de adorno para que la cosa se considere útil en el sentido de este artículo.

1° ¿Sería nulo el uso establecido sobre cosas fungibles? Parece indudable que no, únicamente que degeneraría en usufructo ó cuasi usufructo, como lo establece la nota del codificador al presente artículo.

2952—El uso y el derecho de habitacion son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto, por las disposiciones siguientes. Concuerda con los arts. 1197—1198—3019.

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 628 y 629)—Goyena, 479—Freytas, 4709.





Y en su defecto: Deben aplicarse con preferencia las convenciones de las partes; pero si por ellas se modifican los caracteres del contrato de uso, valdrá como usufructo, si es en este sentido la modificación. Es de advertir que las partes no pueden introducir modificaciones prohibidas por la ley en el usufructo, tales como la de que se transmitirá á los herederos del usufructuario, ú otras así, lo cual es aplicable al uso.

2953—El uso y la habitación se limitan á las necesidades personales del usuario, ó del habitador y su familia, según su condición social.

La familia comprende la mujer y los hijos legítimos y naturales, tanto los que existan al momento de la constitución, como los que nacieren después, el número de sirvientes necesarios, y además las personas que á la fecha de la constitución del uso ó de la habitación, vivían con el usuario ó habitador, y las personas á quienes éstos daban alimentos. (Véase arts. 367 y sigtes.—2948.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, art. 815—Cód. frances, 630 á 633—Italiano, 521 y 522—De Luisiana, 628, 634, 636 y 637—Napolitano, 556 y 557—Holandes, 873—Inst., §§ 2 y 5, Lib. 2—LL. 20, 21 y 27, Tit. 31, Part. 3—La Ley 20, citada, dice: *Non se puede aprovechar del tan lleneramente como del usufructo*—Demolombe, tom. 10, n° 776)—Goyena, 472—Freytas, 4712 y 4713.

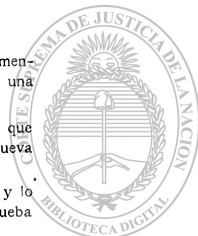
Segun su condicion social: El monto de lo que el usuario puede usar será regulado por el Juez, si de antemano no hubieran convenido las partes sobre esto. El Juez debe tambien tomar en cuenta la edad y el estado de salud del usuario (art. 2954).

Sirvientes necesarios: Esto quiere decir que el derecho no se debe limitar á los que el usuario tenía á la época de la constitucion del uso, sino á los que en adelante fueran necesarios.

Vivian con el usuario ó habitador: Aunque no sean parientes ni sirvientes.

A quienes éstos daban alimento: Es decir, á los parientes á quienes según los concordantes citados, se les debe prestar alimento, aun cuando á la fecha del contrato los parientes no los hubiesen demandado, siempre que con razon los demanden después.

Por manera que si esos parientes no están en las condicio-



nes exigidas por la ley para demandar la prestación de alimentos, no habrá por qué gravar al dueño de los bienes con una carga á que el mismo usuario no está obligado.

1º Si el uso era establecido sobre una persona soltera que despues se casa ¿comprenderá el uso las necesidades de la nueva familia?

Demolombe, lugar citado por el codificador, dice que sí, y lo dice tambien el Código frances art. 632, citado. Esto prueba que nuestro legislador ha aceptado el mismo principio.

Se dirá que esto es injusto, por cuanto el constituyente solo ha tenido en vista las necesidades de una persona soltera; pero el mismo argumento se podría hacer respecto al uso establecido á favor de una persona que no tenía hijos, y que despues los tiene. Miéntas tanto, el codificador establece espresamente la obligacion respecto á esos hijos en el presente artículo.

El art. 2954 es tambien un argumento en favor de lo que decimos, pues dispone que las "necesidades personales del usuario serán juzgadas en relacion á las circunstancias que puedan *aumentarlas* ó disminuirlas". Una de estas circunstancias que aumenta las necesidades, será la formacion de la familia.

¿Será lo mismo respecto al uso dejado por el marido á la esposa viuda?

Creemos que no, y que el uso dejado por el esposo muerto concluirá con el segundo casamiento de la viuda. Piensan lo mismo Demolombe, tom. 10, nº 777, y Pothier, "Derecho de habitacion" nº 28. "La decencia, dice este último, no le permite que ella introduzca su segundo marido en la casa cuyo uso no le habia sido acordado sino en consideracion á la memoria del primero".

La intencion, por otra parte, del constituyente no puede haber sido que su beneficio vaya hasta aprovechar al que pasa á ocupar su lugar.

2954—Las necesidades personales del usuario serán juzgadas en relacion á las diversas circunstancias que puedan aumentarlas ó disminuirlas, como á sus hábitos, estado de salud y lugar donde viva, sin que se le pueda oponer que no es persona necesitada. (Véanse arts. 2953 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Domolombe, tom. 10, n° 783 —Proudhon, núms. 2774 y 2811—Freytas, 4712)

En relacion á las diversas circunstancias: Estando el usufructo limitado á las necesidades de la familia, aunque en una época dada baste para llenar esas necesidades lo que el usuario recibe, ó el uso que él haga de la cosa, nada impide que pueda pedir aumento probando que por circunstancias especiales las necesidades han aumentado tambien. Vice-versa, cuando las necesidades disminuyen, el dueño de los bienes gravados con el derecho de uso de habitacion, puede pedir, probando que las necesidades han disminuido, una disminucion proporcional de lo que ántes estaba obligado á entregar.

2955—No se comprenden en las necesidades del usuario las que solo fuesen relativas á la industria que ejerciere, ó al comercio de que se ocupare. (Véase arts. 2961—2963.)

CONCORDANCIAS

Freytas. 4717—Cód. de Chile, 816.

La limitacion puesta por este artículo al derecho del usuario, es solo cuando el uso se ha establecido para satisfacer las *necesidades de su familia*. Pero como las partes pueden establecer el uso con la estension que quieran, nada impide que éste se establezca en razon de las necesidades de la industria ó comercio que el usuario ejerza á la época de la constitucion. El derecho de habitacion es mas amplio, como se ve por el art. 2963.

La razon está en la diferencia misma entre el derecho de uso y el de habitacion; el primero se refiere mas al derecho de percibir los frutos de una cosa, mientras que lo segundo es al derecho de vivir en una casa (art. 2948, inciso 2—Véase nota del codificador al art. 2956).

2956—Si el derecho de uso se ha establecido sobre un fundo, se entiende tanto á lo que es inmueble por su naturaleza, cuanto á todos los accesorios que están en él para su explotacion. Si hay edificios construidos para el servicio y explotacion del fundo, el usuario tiene el goce de ellos, sea para habitar mientras lo explote, ó sea para guardar las cosechas. (Concuerda con los arts. 2314 á 2316—2957 á 2959—2963.)



CONCORDANCIAS

(Ley 10, § 4, Tit. 8, Lib. 7, Dig.—Proudhon, n° 2761—Demolombe, tom. 10, n° 775—Véase Proudhon, n° 2806—Demolombe, tom. n° 753—Aubry y Rau, § 287, nota 18)—Laurent, tom. 7, n° 108.

Que están en él para su explotación: El título constitutivo del derecho será la base para fijar la estension del derecho del usuario, dice Demolombe, lugar citado; si éste es sobre todo el fundo ninguna duda puede presentarse; pero si es sobre una parte, el derecho á esos accesorios no puede ser exclusivo.

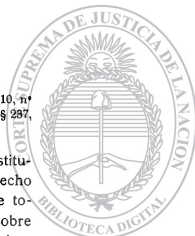
Si el uso no es de los productos que la cosa produce, ó si el mismo usuario no es el que lo explota, ó si se recibe una cantidad, es claro que no tendrá derecho á usar las construcciones destinadas únicamente á la explotación.

2957—Si se reconoce que el fundo sobre el cual un derecho de uso está establecido, no debe producir en un año comun mas que una cantidad de frutos suficientes para satisfacer las necesidades del usuario, ó si la casa bastase solo para él y su familia, la posesion entera del fundo ó de la casa, debe entregársele, como si fuera usufructuario. Quedará sujeto á las reparaciones de conservacion y al pago de las contribuciones, como el usufructuario. Si no toma mas que una parte de los frutos, ó si solo ocupa una parte de la casa, contribuirá en proporcion de lo que goce. (Concuerda con los art. 2881—2891 á 2899.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 635—Italiano, 527—Proudhon, n° 2762)—Demolombe, tom. 10, núms. 798 y sigtes.—Laurent, tom. 7 n° 120.

Debe entregársele como si fuera usufructuario: Cuando el derecho concedido es de habitacion, el habitador indispensablemente tendrá que entrar en posesion de la cosa. Mas cuando el derecho es de uso, el propietario gravado con él puede cumplir su obligacion entregando una parte de los frutos que basten para sufragar las necesidades del usuario, pues que ese es el límite del derecho en los bienes (art. 2953). No sería justo que si el dueño del fundo gravado queria administrarlo para sacar mayor provecho, y aprovechar así de lo que sobrase, se viera obligado á ceder su administracion al usuario, quien no tendria mas empeño que sacar lo que le fuera indispensable para sus gastos. Ningun interes pondria el usuario en sacar mas,





desde que, teniendo derecho solo á una cantidad determinada, estaria obligado á devolver al propietario lo que sacare de mas.

Es por esta razón que se debe preferir al propietario en la posesion de la cosa, siempre que el derecho del usuario pueda ser satisfecho sin la posesion de la cosa, ó sea imposible la posesion comun. El Juez decidirá en tal caso el medio de satisfacer el derecho del usuario. Es el temperamento aconsejado por Proudhon, nº 2764.

Pero si los frutos de la cosa no alcanzaren á satisfacer las necesidades del usuario, el propietario no puede pretender la posesion esclusiva de la cosa comprometiéndose á dar todo lo que saque. El usuario seria en tal caso preferido en la posesion para que él sacase todo lo que pudiera. (Véase comentario al art. 2959, nº 2.)

1º Esta entrega como si fuese usufructuario, no opera una donacion que haga cambiar el derecho de uso en el de usufructo. En cualquier tiempo puede el propietario reclamar de esa posesion esclusiva, comprometiéndose á hacer que la cosa produzca lo suficiente para satisfacer la deuda de uso con que se encuentra gravada (Proudhon, lugar citado).

2º Vice-versa, la administracion esclusiva de la cosa por parte del propietario, y su entrega periódica de una cantidad fija, no hace perder al usuario el carácter de real que tiene su derecho. Tambien éste podria exigir la posesion comun de la cosa si era compatible con la que ántes tenía solo el propietario. Para este caso interviene el Juez, como hemos dicho ántes, aplicando el principio romano *inque co fundo hactemis ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit, neque his per quos opera rustica funt, impedimento sit* (Ley 11, *De usu et habitat*, Cód. Romano).

Como el usufructuario: Es decir, se sacará del producto de los bienes lo necesario para los pagos de contribucion y conservacion, y recién despues de esto sacaria lo necesario para satisfacer su derecho. Aunque el producto de los bienes solo baste para pagar esas contribuciones, el usuario no podrá exigir que éstas sean pagadas por el propietario, pues en tal caso se considera que los bienes no producen nada.

Contribuirá en proporcion á lo que goce: ¿Se quiebra en este caso la regla establecida en el párrafo anterior á este, respecto de que los gastos deben satisfacerse con el producto



de los bienes? Es indudable que no; sea que el usuario esté en posesión del todo ó de una parte, ó que solo perciba una parte de los frutos, la contribución no debe sacarse de la parte precisa para las necesidades del usuario si hay otros productos con que pagarlas.

Así, por ejemplo, si la cosa produce cien pesos, y las necesidades del usuario son de cincuenta, y las contribuciones de 20, no deberá recibir solo cuarenta y pagar los otros diez por contribución, sino que del producto líquido (ochenta) deberá sacarse los cincuenta que necesita el usuario.

El caso de pagar en proporción, de que habla este artículo, es cuando se ha hecho una división de goce de la cosa, ó cuando se ha convenido en que el usuario reciba el producto de tal ó cual parte de la cosa sin derecho á mas. En este caso es que la ley dice que del producto que el usuario saque deberá pagar su parte en la contribución, aun cuando después de pagarla lo que le reste sea insuficiente para satisfacer sus necesidades. Es el mismo de que habla el art. 2968. Véase última parte del comentario al art. 2958.

Este es el único modo de conciliar el art. 2948, que da derecho al usuario para tomar de los productos de una cosa lo necesario para sus necesidades y de su familia, con la disposición que estudiamos. Si al usuario se le obliga á contribuir con una parte de lo que le es indispensable para sus necesidades al pago de las contribuciones cuando sobran productos, se violará dicho art. 2948, puesto que no se le entregará todo lo preciso para satisfacer sus necesidades. Es como entiende Proudhon, nº 2791. La segunda parte del art. 635 del Código francés, igual al nuestro, y la doctrina de Proudhon, combatida por Demolombe, tom. 10, núms. 800 y 801, es la que indudablemente ha seguido nuestro codificador, pues es el único autor que cita este artículo, no obstante que la mayoría de los juristas consultados siguen la opinión contraria.

El derecho del usuario consiste en satisfacer sus necesidades con el producto de la cosa; no puede exigir mas; alcancen ó no esos productos, su derecho solo se satisface con ellos; pero así como no puede exigir mas, tampoco puede obligársele á que se conforme con menos cuando sobran productos. El derecho del propietario está también limitado á lo que sobre después de satisfacer esas necesidades.



Es por esto que cuando el derecho de habitacion está limitado á una parte de la casa, por lo mismo que su derecho no tiene por límite sus necesidades, sino la parte destinada á su uso, debe satisfacer las contribuciones de dicha parte, por mas que con esto se disminuya su derecho. Se encuentra en el mismo caso que cuando goza del todo de una cosa cuyos productos no alcanzan á cubrir sus necesidades. Así como su derecho no pasa del producto líquido de ese todo, así en el caso del art. 2968 no pasa de esa parte determinada.

2958—El que tiene el uso de los frutos de un fundo, tiene derecho á usar de todos los frutos naturales que produzca. Pero si los frutos provienen del trabajo del propietario ó usufructuario, solo tiene derecho á usar de los frutos, pagados que sean todos los costos para producirlos. (Concuérda con los arts. 2424—2960.)

CONCORDANCIAS

(Demante, n° 476 *bis*, § 3.—Demolombe, tom. 10, n° 772—Freytas, 4711—Proudhon, n° 2770.

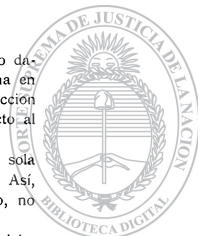
De todos los frutos naturales que produzca: Así, si un fundo produce trigo, maiz, frutas, etc., de cada una de estas producciones podrá tomar las que fuesen suficientes para llenar sus necesidades y las de su familia (art. 2953). Es estendido, como lo declara el codificador en la nota á este artículo, siguiendo á Demolombe, que en el caso del artículo, el usuario solo podrá tomar los frutos para satisfacer las necesidades del consumo de ese mismo fruto, y no de las otras necesidades.

Así, el que tiene el uso del fruto de una viña, podrá tomar la uva y el vino necesario para el consumo de su familia, pero no tendrá derecho á una cantidad de frutos que, vendidos, le alcance su precio para satisfacer las demas necesidades de la vida.

1° Tampoco el usuario puede exigir que al fundo se le hagan producir otros frutos que no producía á tiempo de la constitucion de su derecho.

“Á este respecto, es necesario hacer notar, dice Demolombe, que la explotacion á que estaba sometido el fundo en el momento de la apertura del derecho del usuario debe servir de regla entre las partes.”

2° Del mismo modo, si el propietario del fundo cultiva una



parte de él, que á tiempo de la constitucion del derecho no daba producto alguno, el usuario no podrá exigir parte alguna en esos productos, siempre que lo restante siga dando la produccion suficiente para satisfacer las necesidades del usuario respecto al fruto que producía la cosa al comenzar el derecho.

3º Tampoco podrá ninguna de las partes reducir á una sola clase de productos al fundo que ántes producía dos ó mas. Así, si un fundo estaba destinado á viña y al cultivo del trigo, no podrá dedicársele esclusivamente á la viña ó al trigo.

4º Por manera que la regla deberá ser que el fundo debe continuar mientras dure el derecho de uso, dedicado al mismo cultivo, ó la misma clase de producto á que estaba destinado al principio del derecho.

Pero si los frutos proviniesen del trabajo del propietario, etc.: Si el usuario percibe todos los frutos, los gastos serán todos de su cuenta. Si solo percibe una parte, en esa proporcion será el pago. En uno y otro caso se hará en la forma que hemos indicado en el comentario al artículo anterior.

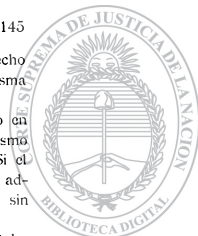
2959—El que tiene el uso de los frutos de una cosa por un título gratuito no puede dar á otro por cesion ó locacion, el derecho de percibirlos; pero puede ceder el uso si fué obtenido á título oneroso. En uno y otro caso, el uso de los frutos no puede ser embargado por los acreedores del usuario cuando tienen la calidad de alimenticios. (Concuerda con los arts. 374—1149—1511—2870—2963 á 2965.)

CONCORDANCIAS

(Demante, Cód. de Napoleon, n° 477, *bis*—Demolombe, tom. 10, n° 790)—Freytas, 4722, inc. 1° - Proudhon, 2706 y 2707.

No puede dar á otro por cesion ó locacion: ¿Se extinguirá el derecho si se falta á esta prohibicion? Pensamos, con Demolombe, que no; únicamente la cesion ó la locacion serian nulas, pero no quedaria extinguido el derecho, puesto que ninguno de esos actos importaría una renuncia. Solo se estingue en los casos espresamente determinados por la ley.

Pero puede ceder el uso: Es decir, puede darlo á otro por cesion ó locacion, en los mismos términos y bajo las mismas condiciones de que habla el art. 2870 respecto al usufructuario.



1º Recuérdese que en el presente artículo se habla del derecho á los frutos, y en el 2963 y 2964 del uso de la cosa misma sometida al derecho.

2º Si el usuario percibe todos los frutos de la cosa, como en el caso del art. 2957, ¿deberá éste administrarlo por sí mismo ó podrá nombrar un administrador? Creemos que sí. Si el mismo usuario, por sus condiciones especiales, no pudiese administrar, sería hacerle un gravísimo mal obligarle á ello sin motivo especial alguno.

Cuando tienen la calidad de alimenticios: Son tales cuando se les ha dado espresamente este carácter, ó cuando por el origen de la creacion del derecho se ve que lo que se ha creado es una pension alimenticia, ó cuando son á titulo gratuito aunque no se les haya dado el nombre de tal.

Demolombe, citado, solo dice que son alimenticios, y como tal no embargables, cuando son á titulo gratuito. Nuestro Código habla espresamente de *uno y otro caso*, como se ve por las palabras con que principia este inciso.

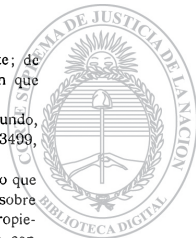
2960—Constituido el derecho de uso sobre un fundo, el usuario tiene preferencia sobre el propietario, ó usufructuario de la heredad, para usar de los frutos naturales que produzca, aunque por ese uso todos los frutos fuesen consumidos. (Concuerda con los arts. 2957—2959.)

CONCORDANCIAS

(Ley 14, Tit. 8, Lib. 7—Proudhon, n° 2742)—Demolombe, tom. 10, n° 784.

Sobre el propietario, ó usufructuario: Esto puede tener lugar cuando se lega á una persona el usufructo de una cosa y á otra el uso, ó cuando despues de haber trasmitido á uno el uso, se trasmite al otro el usufructo.

“En el primer caso, dice Proudhon, el usuario no debe sufrir reduccion de su legado para cumplir con las cargas que importan el otro legado de usufructo; su derecho de uso debe llenarse por completo, considerando al usufructuario como podria considerarse al propietario, es decir, sin otro derecho que al sobrante de los frutos despues de llenadas las necesidades del usuario. “La razon es que, siendo indivisible el legado de uso, no puede estar sujeto á particion; el legado de usufructo abarca en su generalidad todos los productos del fundo, mientras que el



legado de uso no puede distraer sino una pequeña parte; de aquí se sigue que entre uno y otro hay la misma relación que entre un legado universal y un legado particular”.

El primero sufre reducción para pagar íntegro al segundo, porque aquél es considerado como heredero. (Véase arts. 3499, 3978 y sus concordantes.)

En en el segundo caso, el derecho del usufructuario, por lo que hace á los frutos de la cosa, queda reducido á lo que sobre después de satisfechas las necesidades del usuario. El propietario, al establecer el usufructo, no ha podido hacerlo sino con la reserva de quedar íntegro el derecho real del usuario constituido ántes (art. 3275).

Si el usufructuario ignoraba la existencia del derecho de uso, los perjuicios que sufra por este error los reparará el nudo propietario y no el usuario.

2961—Si se ha establecido sobre animales, el usuario tiene derecho á emplearlos en los trabajos y servicios á los cuales son propios por su especie, y aun para las necesidades de su industria ó comercio. (Concuerda con los arts. 2902—2903—2955—2962.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 816—Proudhon, n° 2755)—Freytas, 4723, inc. 5.

A los cuales son propios por su especie: Así, un caballo destinado á paseo, podrá usarse con ese fin, pero no podrá dedicarse á cría ú otra clase de trabajos que lo inutilicen para su destino anterior.

Si los animales no tenían otro destino que la reproducción ó las carreras, se entenderá que hay usufructo y no uso, pues sería imposible determinar la medida de las necesidades del usuario. El objeto mismo de la concesión le da el carácter de usufructo.

2962—El que tiene el derecho de uso sobre un rebaño, ó piara de ganado, puede aprovecharse de las crías, leche y lana, en cuanto basta para su consumo y el de su familia. (Concuerda con los arts. 2961 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(L. 21, Tit. 31, Part. 3°. El derecho romano limitaba demasiado el derecho de uso de los animales. *Sed neque lana, neque lacte usum etiam modico lacte usum*

pulo. L. 12, Tit. 8, Lib. 7, Dig.—En cuanto á las crias, ciertamente que el usuario no puede, como el usufructuario, apropiárselas, pero puede usar de las que necesite para si y su familia)—Goyena, 474—Freytas, 4723, inc. G—Cód. de California, 1040.

En cuanto baste para su consumo: Si se le da derecho á todas las crias, el contrato será de usufructo (art. 2902).

2963—El que tiene el derecho de habitacion no puede servirse de la casa sino para habitar él y su familia, ó para el establecimiento de su industria ó comercio, si no fuere impropio de su destino; pero no puede ceder el uso de ella ni alquilarla. (Concuerda con los arts. 1449—1511—2842—2870—2955—2956—2959—2964—2965.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 633 y 634—Freytas, 4723, inc. 4—Laurent, tom. 7, núms. 114 y 117—Aubry y Rau, § 237, notas 10 y 17.

Pero no puede ceder el uso de ella: El derecho de habitacion es una especie de pension alimenticia, destinada á satisfacer las necesidades personales del usuario (Proudhon, tom. 5, p. 261). Es un derecho eminentemente personal, y es por esto que no puede cederse ni arrendar.

Esta es una de las diferencias principales que existen entre el derecho de uso en general y el derecho de habitacion propiamente dicho. El usuario con derecho á los frutos, y el usuario que no es habitador pueden ceder ese derecho (arts. 2950 y 2965).

Es entendido que la prohibicion impuesta por este artículo es aplicable no solo cuando el derecho ha sido adquirido por título gratuito, sino tambien á cuando lo ha sido por título oneroso. La ley no hace distincion, como la hace espresamente respecto al derecho de uso de los frutos en el art. 2959. Ese artículo crea una escepcion al principio general en favor del usuario por título oneroso. Y como las reglas de sana interpretacion aconsejan que las escepciones no deben aplicarse por interpretacion, es claro que en el caso que estudiamos es imposible, sin violar esa regla, aplicar una escepcion que la ley espresa no contiene.

Dice simplemente que el habitador no puede ceder ni arrendar su derecho. Dados estos términos generales, nada autoriza para aplicar aquí lo que por escepcion se aplica al usuario de frutos, que es muy distinto al usuario habitador. Tambien el





art. 2965 suministra un argumeto en favor de nuestra tésis. Al decir espresamente que el usuario que no es habitador puede ceder su derecho, implícitamente escluye de este derecho al usuario *que es habitador*. De este modo, el usuario que no es habitador queda equiparado al usuario de frutos. Siendo, pues, distintos los casos legislados en los arts. 2959 y 2965, al legislado en el presente, es indudable que las excepciones contenidas en aquéllos no deben aplicarse al que estudiamos.

Si el legislador hubiera creído que por interpretacion podia aplicarse lo establecido para el que tiene el uso de frutos al que tiene el uso de habitacion, no habria adoptado la disposicion espresa del art. 2965; al hacerlo es porque ha creído que sin esa disposicion espresa se habria seguido un principio opuesto, es decir, que el que tiene el derecho de habitacion en ningun caso podria cederlo, como está establecido en el art. 1449.

2961—Cuando el uso fuere establecido sobre muebles, el usuario no tiene facultad sino para emplearlos en su servicio personal, y en el de su familia, sin poder ceder á otros el uso, aunque se trate de objetos que el propietario tenia en su poder de alquilar. (Concuerda con los arts. 2872 --2948—2961—2963.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon 2755)—Laurent, tom. 7, núms. 161 y sigtes.

La prohibicion contenida en este artículo debe estenderse, en virtud de las razones espuestas en el comentario al artículo anterior, tanto al uso adquirido por título gratuito como al adquirido por título oneroso.

2965—El usuario que no fuese habitador, puede alquilar el fundo en el cual se le ha constituido el uso. (Concuerda con los arts. 1511—2842—2870—2959.)

CONCORDANCIAS

(Véase Proudhon, n° 2716 (*solo habla de esto en el n° 2805*) fundándose en excelentes razones—En contra, L. 11, Tit. 8, Lib. 7, Dig.—Cód. frances, art. 631—Freytas, 4725, inc. 7.

Que no fuese habitador: La ley permite que en este caso pueda arrendarse el derecho porque no tiene el carácter de alienicio. (Véase art. 2959.)

2966—Las obligaciones del usuario respecto al uso que debe hacer de la cosa, son las mismas que las del usufructuario en la cosa fructuaria respecto á su conservacion y reparaciones. (Concuerda con los arts. 2878 y sigtes.—2957—2968.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 616—Italiano, 525—Aubry y Rau, § 237, n° 1)—Proudhon, 2324.—Véase los concordantes citados.—Nuestro comentario al art. 2957—Laurent, tom. 7, n° 118 á 123—Cód. de Chile, 818.

Respecto á su conservacion y reparacion: Debe, pues, usarla como un buen padre de familia; y contribuirá en la forma establecida en el art. 2968 al pago de los gastos de conservacion.

Debe advertirse que el derecho á usar la cosa no tiene la misma estension que el derecho de usufructo. El usuario solo puede usar de la cosa hasta donde sea necesario para sus necesidades y las de su familia; el del usufructuario, por el contrario, se estiende á todo lo que la cosa produce.

Por lo demas, creemos que este artículo es completamente inútil existiendo el 2957, 2ª parte, y el 2968, en los cuales se determinan mas claramente las obligaciones del usuario. Ha podido suprimirse por inútil, como tambien el 2966.

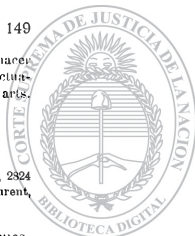
2967—El usuario que tiene la posesion de las cosas afectadas á su derecho, y el que goza del derecho de habitacion con la posesion de toda la casa, deben dar fianzas, y hacer inventario de la misma manera que el usufructuario; pero el usuario y el habitador no están obligados á dar fianza ni hacer inventario si la cosa fructuaria ó la casa queda en manos del propietario, y su derecho se limita á exigir de los productos de la cosa lo que sea necesario para sus necesidades personales y las de su familia, ó cuando reside solo en una parte de la casa que se le hubiese señalado para habitacion. (Concuerda con los arts. 2846—2857—2957.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, arts. 624 y 625—Aubry y Rau, § 237, n° 1—Marcadé, sobre el art. 626)—Laurent, citado en el artículo anterior.

Respecto al caso en que el usuario puede exigir la entrega de la cosa, véase art. 2957.

2968—El que tiene el derecho de habitacion de una casa, debe contribuir al pago de los cargos, de las contribuciones, y á las reparaciones



de conservación, á prorata de la parte de la casa que ocupa. (Véanse los concordantes del art. 2966.

CONCORDANCIAS

(Demolombe, n° 804) —Freytas, 4729 —Las del art. 2966—Cód. de Chüe, 818, segunda parte.

Con la segunda parte del art. 2957, el presente ha podido su-primirse.

2969—Lo dispuesto sobre la estincion del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitacion, con la modificacion que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos. (Concuerta con los arts. 2918 y sigtes.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 764 —Aubry y Rau, § 237, n° 1, al fin)—Freytas, 4730.

No pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos: Se refiere aquí á cuando el uso de los frutos ó de habitacion tienen la calidad de alimenticios (arg. del art. 2959, última parte). Como en este caso los acreedores no pueden embargar esos frutos, como lo dispone dicho artículo y sus concordantes, es claro que para ellos tiene que ser indiferente la renuncia que haga el usuario de esos frutos que ellos no pueden perseguir para pagarse sus créditos.

No sucede así con los que no tienen esta calidad. Desde que son susceptibles de ser embargados, es claro que la renuncia á ellos les privará de un derecho acordado por la ley; y perjudicándoles, es racional que se aplique el principio sentado en el art. 2933, y darles derecho á reclamar del acto que les es perjudicial con arreglo á los principios de derecho respecto á los actos ejecutados por un deudor en fraude ó perjuicio de los derechos de su acreedor.



TÍTULO XII

De las servidumbres

2970—Servidumbre es el derecho real, perpetuo ó temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, ó ejercer ciertos derechos de disposicion, ó bien impedir que el propietario ejerza alguno de sus derechos de propiedad. (Concuerda con los arts. 2503, inc. 4—2711—2971—2972.)

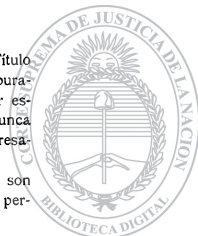
CONCORDANCIAS

(Molitor, *Servidumbres*, n° 1—Zacharie, § 302—Ley 13, Tit. 31, Part. 3°—LL. 47 y sigtes., Tit. 1, Lib. 18, Dig.)—Cód. frances. 637 y 638—Goyena. 476—Cód. de Guatemala. 1189—Id. de California, 1403—Freytas. 4731—Cód. de Chile. 820—Id. del Uruguay, 512—Italiano, 531—De Bolivia, 505—De Portugal, 2266—Laurent, tom. 7, núms. 1° y sigtes.—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1414—Demolombe, tom. 11, n° 1—Aubry y Rau, § 238, nota 1—Ferrarotti Teonesto. comentario al Cód. italiano, tom. 3, p. 6.

Servidumbre es el derecho real: La legislacion moderna desecha en general las llamadas servidumbres personales en las cuales se comprendia el derecho de uso y habitacion. Nuestro Código, aunque da la definicion de lo que debe entenderse por servidumbre personal, declara que, hablando con exactitud, no hay tal clase de servidumbres (art. 2972, y nota al mismo).

Consecuente con esto, ha dedicado un Título especial al derecho de uso y habitacion. Así no es extraño que en el presente título se encuentren algunas disposiciones que chocan con otras del Título consagrado al uso y habitacion, pues el legislador ha encontrado mas propio legislar en el presente Título con prescindencia de las servidumbres personales, reglamentadas en ese Título especial, salvo uno que otro caso, como el del art. 3003.





“Las servidumbres, dice Goyena en la introducción al Título respectivo, son respectivamente un derecho y una carga puramente real, sin mezcla alguna de obligación personal, y por esto han de constituir *in patiendo vel in non faciendo*, pero nunca en la obligación de hacer.” Esto último es consagrado expresamente por nuestro Código (art. 3010).

Perpetuo ó temporario: Las servidumbres personales son temporarias (arts. 2972 y 3004). Las reales se consideran perpetuas en caso de duda (art. 3009).

2971—Servidumbre real, es el derecho establecido al poseedor de una heredad sobre otra heredad ajena para utilidad de la primera. (Concuerda con los arts. 2421—2797—2970—3005.)

CONCORDANCIAS

(LL. 1 y 13, Tit. 31, Part. 3ª—Marcadé, tom. 2, n° 646)—Freytas, 4733—Véase las concordancias del artículo anterior.

La servidumbre real supone necesariamente dos inmuebles, uno sirviente y otro dominante, dice Ferrarotti, y este es el carácter distintivo de este contrato. (Véase nota del codificador á este artículo.)

2972—Servidumbre personal es la que se constituye en utilidad de alguna persona determinada, sin dependencia de la posesión de un inmueble, y que acaba con ella. (Concuerda con los arts. 498—2822—2825—2920—2948—2970—3003—3004—3031.)

CONCORDANCIAS

(Masse y Berge, § 332—Marcadé, sobre el art. 686—Duranton, tom. 5, n° 440) Freytas, 4732—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1419 á 1422—Laurent, tom. 7, núms. 170 y sigtes.

En utilidad de alguna persona determinada: Para la comodidad ó placer de esa persona. Si es el derecho de gozar de una parte de los frutos que produzca, será un usufructo, ó simplemente un derecho de uso ó habitación, según su objeto. (Nota del codificador á este artículo.—Véase Demolombe, tom. 11, n° 2.)

1º Las definiciones dadas en los tres artículos precedentes nos servirán para resolver muchas cuestiones que analizaremos en el estudio del presente Título.

2973—Heredad ó predio dominante es aquel á cuyo beneficio se han constituido derechos reales. (Concuerda con el art. 2974.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4734—Goyena, 476, 2ª parte—Las citas del art. 2970.

2974—Heredad ó predio sirviente es aquel sobre el cual se han constituido servidumbres personales ó reales.

CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior.

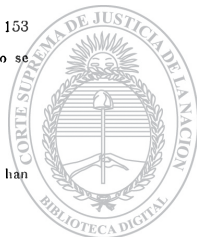
2975—Las servidumbres son continuas ó discontinuas. Las continuas son aquellas cuyo uso es ó puede ser continuo, sin un hecho actual del hombre, como la servidumbre de vista. Las servidumbres no dejan de ser continuas aunque el ejercicio de ellas se interrumpa por intervalos mas ó ménos largos á causa de obstáculos cuya remocion exija el hecho del hombre. Las discontinuas son aquellas que tienen necesidad del hecho actual del hombre para ser ejercidas, como la servidumbre de paso. (Concuerda con los arts. 2994—2997—3059—3078 3083—3093—3103—3104.)

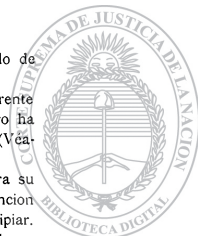
CONCORDANCIAS

(Ley 15, Tit. 31, Part. 3ª—Molitor, *Servidumbres*, n° 4—Pardessus, *Servidumbres*, n° 23)—Freytas, 4737 y 4739—Goyena, 478—Cód. de Portugal, 2279, §§ 1 y 2—Id. de Chile, 822—Id. de California, 1046 á 1048—Id. Oriental, 513—Cód. frances, 688—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1556, 1557—Demolombe, tom. 12, núms. 706 y sigtes.

Las servidumbres son continuas ó discontinuas: Esta distinción es de grande utilidad práctica, no solo respecto al modo de adquirirla sino en cuanto al modo de perderla.

Las diferencias principales que por nuestro derecho se establecen entre estas dos clases de servidumbres, son: 1ª Que las continuas pueden establecerse por destinacion del padre de familia (art. 2994), por título y por prescripcion trinitaria siempre que en este último caso sean aparentes (art. 3017)—2ª Que las discontinuas solo pueden adquirirse por título y no por destino del padre de familia (art. 2997), ni por prescripcion, sean ó no aparentes (art. 3017)—3ª Que las servidumbres continuas se pierden por el no uso durante diez años contados desde que se haya ejecutado un acto contrario á su ejercicio; y las discontinuas





por el mismo tiempo contado desde el día que se ha dejado de usar de ellas (art. 3059).

Cuyo uso es ó puede ser continuo: Es, pues, indiferente que el uso sea permanente ó intermitente. Nuestro Código ha suprimido la antigua division de *continuas* y *cuasi-continuas*. (Véase sobre esto á Demolombe, tom. 12, nº 709.)

Sin un hecho actual del hombre: Es decir, que para su ejecucion en todos los instantes no sea necesario la intervencion del hombre, aunque ésta haya sido necesaria para principiár. Así, por ejemplo, en la servidumbre de acueducto, aunque el hombre haya intervenido para hacer el canal y la toma ó dique de donde se ha levantado, no por esto va á dejar de ser continua, puesto que desde el momento en que se estableció la corriente ya no se ha necesitado mas su intervencion para que el agua siga corriendo.

Mas aun, cuando despues de establecida la corriente sea necesario hacer trabajos para impedir los *obstáculos* como dice el artículo, la servidumbre no cambia de carácter.

Lo que caracteriza la servidumbre discontinua es que pueda ejercerse sin que la presencia permanente del hombre sea necesaria. (Véase nota del codificador á este artículo.)

Pero, supóngase que el agua para cuyo paso se ha constituido la servidumbre, se hace correr por medio de bombas que la levantan permanentemente y la vacian en los canales ¿será esto una servidumbre continua?

En este caso, el uso continuo ó discontinuo solo se hace con un *hecho actual del hombre*; desde el momento que se desatenden las bombas, dejan éstas de funcionar, y por lo mismo el agua deja de correr. En este caso el agua no corre por sí misma, por la naturaleza de las cosas, sino por el hecho permanente del hombre, del hecho que se ejecuta en todos los momentos.

Es por esto que el codificador en la nota al artículo que estudiamos, dice: “Cuando despues de haber abierto el paso al agua la servidumbre funciona y se ejerce *sin ningun hecho actual*, el hecho del hombre que abrió la compuerta no constituye el ejercicio de la servidumbre; pues que el agua seguirá corriendo de un predio á otro, *aunque ningun hombre aparezca en su lugar*.”

En el caso propuesto, sin la intervencion actual del hombre



el agua no corre, y es por esto que la servidumbre deberá considerarse con arreglo á este artículo como discontinua.

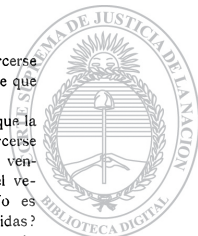
Sin embargo, no obstante estas consideraciones que parecen desprenderse lógicamente de los términos de la disposicion que estudiamos, el artículo 3083 parece dar una solucion contraria que bien puede considerarse como una escepcion al principio aqui sentado.

Segun ese artículo, toda servidumbre de acueducto es continua, aunque las aguas sean traídas *á la superficie del suelo por medios artificiales*. Uno de estos medios artificiales sería el de extraer el agua que se vacia en los canales por medio de bombas.

De suerte, que con arreglo al artículo citado, en el caso propuesto, la servidumbre sería continua, por mas que no reuna los caracteres de tal.

1º ¿La de arrojar aguas servidas será continua? El Dr. Segovia dice que no. Á primera vista, y teniendo en cuenta únicamente los términos del presente, esta es la solucion que se presenta. Pero otra cosa es si se tiene en cuenta que *toda servidumbre* de recibir agua de otro predio es *siempre continua*, segun el art. 3093, y como en esta clase de servidumbre están comprendidas las aguas servidas, incluso las de la cocina, la empleada por los establecimientos industriales, etc., etc. (art. 3095, inc. 2 º á 4), tenemos que en el caso propuesto, la servidumbre es *continua*, y no discontinua, como lo afirma el Dr. Segovia.

¿Por qué el legislador lo ha resuelto así? Pensamos que para ello hay fundamentos poderosos que lo han hecho desviarse de las consecuencias que se desprenden de los términos absolutos del artículo que estudiamos. Vamos á estudiar esos fundamentos para que no se diga que solo por un juego de palabras se pueda dar la solucion que damos á la cuestion propuesta. Uno de los autores mas modernos, Baudry-Lacantinerie, en el tom. 1, nº 1557, hablando de esta clase de servidumbres, dice: "Es indudable que el hecho del hombre es necesario para que la servidumbre de que se trata (se refiere á la de recibir las aguas servidas), pueda ejercerse; el agua no correrá por el fundo del vecino sino cuando se vacie en el conducto. Pero seguirá corriendo aun cierto tiempo despues que el hecho del hombre haya cesado de producirse, y no se puede dejar de notar la analogía que existe bajo este punto de vista entre la servidumbre de re-



cibir aguas servidas y la de acueducto que no puede ejercerse sino levantando una compuerta, circunstancia que no impide que sea continua."

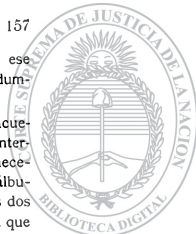
"La analogía es mayor aun con la servidumbre de vista que la ley declara continua, aun cuando parece que no puede ejercerse sino con un hecho actual del hombre, sin duda porque la ventana en la cual se ejerce es una amenaza continua para el vecino que puede siempre temer á miradas indiscretas. ¿No es acaso lo mismo la servidumbre de recibir las aguas servidas? El agua no corre siempre, sea; pero allí está el tubo de conducto, la traza indeleble de la servidumbre. Bajo este doble punto de vista, es rigurosamente exacto decir que el ejercicio de la servidumbre dura mas que el hecho del hombre."

Demolombe, tom. 12, nº 712, estudiando el art. 688 del Código frances, declara continuas todas las servidumbres de conducir agua; sostiene que las servidumbres de que nos ocupamos son tambien continuas. Nuestro Código es mas espreso que el frances, pues, como hemos visto, segun el art. 3083, es *siempre continua*, sin hacer distincion alguna; y no porque el agua que pasa por un fundo sea servida va á dejar de constituir una servidumbre de *acueducto*, ni por el hecho de que el agua que pasa sea estraída á la superficie de la tierra puramente por medios artificiales, como el caso de ser estraída por bombas. Respecto á las de *recibir las aguas de los predios ajenos*, en la cual están comprendidas, segun el art. 3093, las de arrojar las aguas servidas, el art. 3093 declara que es siempre *continua* y aparente.

"¿En qué consiste el ejercicio de la servidumbre? dice Demolombe, lugar citado. ¿En el hecho del hombre que arroja el agua? no. El hombre tira el agua para desembarazarse de ella; hasta ese momento no hay ningun acto de servidumbre sobre el fundo vecino; la servidumbre no comienza sino cuando corre el agua, y esa corriente se opera sin el hecho del hombre."

"El ejercicio de la servidumbre consiste, en efecto, en el paso del agua que, una vez vaciada al conducto, corre y se introduce ella sola en el fundo sirviente. El hecho del hombre es, sin duda; necesario para que el agua corra, es decir, para que se ejercite el derecho de servidumbre; pero este hecho no constituye, por sí mismo, su verdadero ejercicio."

El hecho del hombre cesó desde el momento en que vació el



agua, y sin embargo, el agua seguirá corriendo despues de ese hecho, es decir, el predio sirviente seguirá sufriendo la servidumbre mientras corra toda el agua vaciada.

"Se acepta, continúa Demolombe, que la servidumbre de acueducto será continúa, aun cuando solo pueda ejercerse por intervalos, de hora en hora, por ejemplo, á causa de que sea necesario que en cada intervalo de esos el hombre abra una válvula ó una esclusa, ¿no son iguales estas dos hipótesis? En los dos casos indudablemente es necesario el hecho del hombre para que la servidumbre se ejerza; es necesario en un caso, que el hombre abra una esclusa, en el otro, que vacie las aguas servidas; pero en uno como en otro caso, una vez levantada la esclusa, y una vez derramadas las aguas, la servidumbre se ejerce independientemente de estos hechos del hombre. Esto es muy diferente de las servidumbres discontinuas, tal como la de tránsito, por ejemplo, en que es imposible conseguir un solo instante el ejercicio distinto y separado del hecho del hombre."

En este caso se ejerce mientras el hombre pisa el suelo, y este ejercicio cesa instantáneamente con la cesacion de este hecho; lo cual no sucede en la servidumbre de que venimos hablando, en que el hecho pasa y el ejercicio del derecho continúa.

El tiempo que esto dura poco importa. (Véase los argumentos que sigue esponiendo Demolombe, en el número citado.)

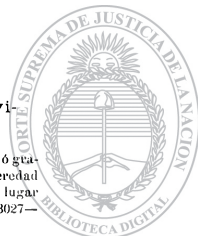
2976—Las servidumbres son visibles ó aparentes, ó no aparentes. Las aparentes son aquellas que se anuncian por signos exteriores, como una puerta, una ventana. Las no aparentes son las que no se manifiestan por ningún signo, como la prohibición de elevar un edificio á una altura determinada. (Concuerda con los arts. 3017—3078—3083—3093—3104.)

CONCORDANCIAS

(Ley, 16, Tit. 31, Part. 3º)—Freytas. 4739 y 4840—Goyena. 479—Cód. frances, 689—Marcadé, tom. 2, n° 651.

En los concordantes citados, están enumeradas muchas de las servidumbres aparentes.

La servidumbre de tránsito puede algunas veces no ser aparente. El art. 3078 es un ejemplo.



CAPITULO I

Como se establecen y se adquieren las servidumbres

2977—Las servidumbres se establecen por contratos onerosos ó gratuitos, traslativos de propiedad. El uso que el propietario de la heredad á quien la servidumbre es concedida haga de ese derecho, tiene lugar de tradicion. (Concuerda con los arts. 2978—2993—2994—2997—3027—3048—3265.)

CONCORDANCIAS

(Ley 1, al fin, Tit. 30, Part. 3; Ley 20, Dig.)—Notas del codificador á los arts. 1327—2351 y 2978—Freytas, 4741—Cód. de California, 1054—Cód. frances, 690 y 691—Marcadé, sobre estos dos artículos.

Tiene lugar de tradicion: Es decir, hace las veces de tradicion. La ley de Partida, citada, dice á este respecto: “Ca las cosas que non son corporales, asi como las servidumbres que han las eredades en otras... e las otras cosas que non son corporales; semejantes destas, propriamente non se pueden poseer, nin tener corporalmente; mas usando dellas aquel á quien pertenesce el vso, e consintiéndolo aquel en cuya eredad lo ha, *es como manera de possession.*”

2978—Se establece tambien por disposicion de última voluntad y por el destino del padre de familia. Se llama destino del padre de familia la disposicion que el propietario de dos ó mas heredades ha hecho para su uso respectivo. (Concuerda con los arts. 2812—2949—2977—2994 á 2997—3017.)

CONCORDANCIAS

(Sobre la materia, Toullier, tom. 3, n° 630—Pardessus, n° 268—Marcadé, sobre el art. 690, n° 2—Demolombe, tom. 12, n° 781—Aubry y Rau, § 251, nota 1) Las del artículo anterior—Fallo de la Cámara de Apelaciones de la Capital, tom. 3, p. 171—Nuestro comentario al art. 3017—Demolombe, tom. 12, núms. 724 á 727.

Debe tenerse presente que no todas las servidumbres pueden ser establecidas indistintamente por cualquiera de los tres medios enumerados en este artículo y en el anterior. Sin duda que el *título* escrito es un medio de establecer cualquiera clase de servidumbre; pero por destino del padre de familia solo cierta

clase de servidumbres pueden establecerse, como lo declara el art. 2997. (Véase sus concordantes y su comentario.)

Respecto á la forma en que deben establecerse las servidumbres, véase el art. 2992 y su comentario.

También se pueden adquirir las servidumbres continuas y aparentes por prescripción trinitaria (art. 3017).

2979—La capacidad para establecer ó adquirir servidumbres es regida por las disposiciones para establecer ó adquirir el derecho de usufructo. (Concuerda con los arts. 1253 y sus concordantes—2831 y sigtes.—2983—3012 á 3016—3390.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, n° 216) —Freytas, 4752 á 4756—Demolombe, tom. 12, n° 794 y sigtes.

Para establecer y adquirir el derecho de usufructo :

La servidumbre es un derecho real, que tiene por objeto atribuir á quien ella pertenece un derecho sobre el fundo gravado como lo establece nuestro codificador en la nota al art. 2970.

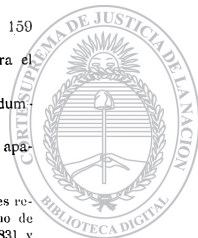
De aquí se sigue que el que haya de establecerla debe tener la capacidad necesaria y el derecho para constituir derechos reales.

No basta ser propietario del fundo sobre el cual va á pesar la servidumbre para que pueda establecerse válidamente; es necesario á mas que tenga la capacidad para enajenar por título oneroso ó gratuito segun sea la forma en que la servidumbre se establezca.

Entre los que siendo propietarios, no tienen capacidad para ello, están todos los menores, los dementes, etc., etc. (art. 2831 y sus concordantes) y las mujeres casadas (art. 2841).

1° En principio general, la servidumbre no puede ser establecida sino por el propietario de la heredad que debe ser gravada (art. 2989). Sin embargo, los arts. 2980—2984—2985 y 3013, constituyen una escepcion á este principio.

2980—El usufructuario puede consentir una servidumbre sobre el inmueble que tenga en usufructo, pero solo por el tiempo que durare el usufructo, y sin perjuicio de los derechos del propietario. (Concuerda con los arts. 2970 al fin—2893—2981—2982 á 2984—3125.



CONCORDANCIAS

(Zachariae, § 335, nota, 2—Duranton, tom. 5, n° 541—Pardessus, n° 247—Demolombe, tom. 12, n° 736—Aubry y Rau, § 250, nota 4.

Y sin perjuicio de los derechos del propietario: ¿Quiere esto decir que el usufructuario solo puede establecer servidumbres compatibles con las que establezca el nudo propietario? Parece indudable que no. El nudo propietario solo puede constituir servidumbres para tener efecto despues de la cesacion del usufructo, pues el usufructuario tiene derecho, segun el art. 2981, á impedir mientras dure su derecho el ejercicio de esa servidumbre. Dependiendo de su voluntad el consentir ó no su ejercicio, es claro que la constitucion de una servidumbre por parte del usufructuario que impida al propietario constituir otra, nunca puede dar motivo á queja del nudo propietario, que no tiene derecho á quejarse, segun el art. 2981 del impedimento que se le ponga para conceder igual derecho. El art. 3912 arguye tambien en favor de lo que decimos.

El perjuicio á que se refieren las palabras que estudiamos, es al que recibe en la cosa misma sujeta al usufructo. Así, por ejemplo, el nudo propietario puede oponerse á que el usufructuario establezca sobre su fundo una servidumbre de recibir las aguas del predio vecino probando que el recibo de esas aguas daña el inmueble por la humedad que adquiere, ó por los perjuicios consiguientes cuando las aguas son servidas.

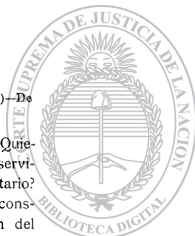
Probando el nudo propietario que su inmueble sufrirá alteracion para lo futuro con el ejercicio de la servidumbre, tendrá derecho á oponerse.

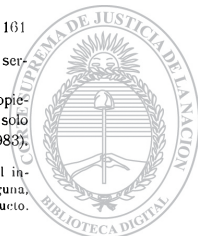
2981—La servidumbre consentida por el nudo propietario, no perjudica los derechos del usufructuario; y éste puede impedir el ejercicio de ella durante el usufructo. (Concuerda con los arts. 2912—2980.)

CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior—Demolombe, tom. 12, n° 739—Freytas, 4759, incisos 4 y 8.

Creemos que el presente artículo es inútil por ser una repeticion de lo dispuesto en la última parte del 2912 y del 2916. Por lo demas, parece indudable que siempre que el nudo propie-





tario y el usufructuario estén de acuerdo, pueden establecer servidumbres distintas en el mismo inmueble.

1º La constitucion de la servidumbre hecha por el nudo propietario sin consentimiento del usufructuario, no sería nula, pero solo produciría efecto despues de la cesacion del usufructo (art. 2983).

2982—La servidumbre consentida por el usufructuario sobre el inmueble sometido al usufructo, viene á ser válida sin restriccion alguna, si el usufructuario reúne en adelante la nula propiedad al usufructo. (Concuerda con los arts. 2504—2893—2983—2986—2987.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, n° 247—Zachariæ, § 335)—Aubry y Rau, § 250, nota 11.

Viene á ser válida sin restriccion alguna: Pero esto será así cuando la servidumbre se ha establecido *in perpetuum*. Si se ha estipulado una duracion limitada, no habria razon alguna para quebrar esa ley de las partes porque el usufructuario se haga propietario (art. 3009). Es la aplicacion del principio establecido en el art. 2504. (Véase comentario al art. 3016.)

2983—La servidumbre consentida por el nudo propietario á favor del inmueble tenido en usufructo, es válida, salvo el derecho del usufructuario para usar ó no de ella. (Concuerda con los arts. 2982—3016.)

CONCORDANCIAS

Zachariæ, lugar citado.

Para usar ó no de ella: Pero es responsable, con arreglo al art. 2893, si deja prescribir esas servidumbres activas.

2984—El usufructuario, el usuario y el acreedor anticresista, pueden crear servidumbres á favor de los inmuebles que estén en poder de ellos, anunciando que estipulan tanto para ellos, como para el nudo propietario, si éste aceptase la estipulacion. No habiendo aceptacion de la estipulacion por el nudo propietario, la servidumbre será meramente un derecho personal de los que la estipularon; y se extinguirá con el derecho de ellos sobre la cosa. (Concuerda con los arts. 3013 á 3016.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, n° 1452—Pardessus, n° 260—Zachariæ, § 335, nota 2)—Demolombe, tom. 12, n° 737 y sigtes.—Maynz, § 140.

Anunciando que estipulan tanto para ellos, como pa-



ra el nudo propietario: De manera que sin esta declaración expresa, solo se entenderá que el usufructuario, el usuario, etc., han estipulado un derecho personal que concluye con el derecho de usufructo, de uso, etc.

Para hacer esta estipulación expresa no se necesita un mandato por parte del propietario, porque al usufructuario en su calidad de *procurator in rem suam* se le considera revestido de un mandato tácito, y los terceros con quienes éste ha tratado no pueden alegar, cuando el propietario quiera aceptar la estipulación, que ella es *res inter alios acta* respecto á él. (Véase art. 3013.)

1º Con las palabras que estudiamos nuestro Código ha venido á cortar la controversia suscitada entre los juristas, sobre si es ó no necesario que el usufructuario declare espresamente que trata para sí y para el propietario, ó si basta que por los términos de la convencion ó por el objeto de la servidumbre se vea que tal ha sido la intencion de las partes, para que el nudo propietario pueda seguir con ella sin necesidad de una nueva estipulación.

Al aceptar la primera doctrina ha cortado to-la discusión respecto á nuestro derecho. Las palabras "*anunciando que estipulan, etc., etc.*", no dejan duda alguna; y mucho ménos el 3016, que es una repeticion de éste. Pensamos, sin embargo, que nuestro codificador habria hecho mejor en seguir el principio establecido en el art. 3013, por la misma razon indicada en la nota del codificador á dicho artículo, cual es la de que las servidumbres no se conceden á la persona sino al fundo.

Podia haberse dicho que la servidumbre establecida por el usuario, usufructuario, etc., etc., en que no se dijera espresamente que era personal, se consideraria como real en sentido de que aprovecharia al nudo propietario sin necesidad de cesion expresa. Esta es la doctrina de Proudhon, nº 1454.

Si es así respecto á la servidumbre establecida por el poseedor de buena ó mala fe, ó por el gestor de negocios, como lo establece el art. 3013, no vemos la razon para que se adopte un principio contrario respecto á la establecida por las personas de que habla el art. que estudiamos. (Aubry y Rau, § 250, nota 11.)

2985—Ninguna servidumbre puede ser establecida á cargo de un fundo comun á varios, sin que todos los condóminos concurren al acto de

su constitucion. (Concuerda con los arts. 684—2682—2683—2986—2987—3015.)

CONCORDANCIAS

(L. 10, Tit. 31, Part. 3.—L. 8, Tit. 1, Lib. 8, Dig.—Pardessus, n° 250, y véase el n° 266—Maynz, § 226.)

¿Se puede tener una servidumbre sobre un fundo de que la persona es copropietario proindiviso? ¿Se puede tener á favor de un fundo de que la persona es propietario proindiviso, una servidumbre sobre su propio fundo? Estas cuestiones se resuelven de distintos modos, segun la época en que la indivision ha comenzado. Es preciso ante todo, averiguar si la constitucion de la servidumbre es anterior ó posterior á la indivision, porque cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, la resolucion es diferente á cuando se trata de la conservacion de una servidumbre ya establecida.

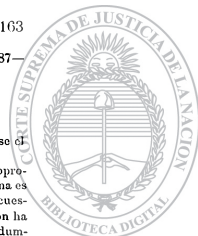
Cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, la regla de que no hay servidumbre en cosas propias, combinada con el carácter de individualidad de que son afectas todas las servidumbres, produce esta consecuencia, que no se puede adquirir ni para el fundo propio una servidumbre á cargo de un fundo del cual es copropietario proindiviso, ni para el fundo que se posee proindiviso, una servidumbre á cargo de su propio fundo.

La razon es, que cuando uno es copropietario del uno ó del otro fundo, no podria haber servidumbre sino sobre una porcion indivisa, lo que fundadamente es imposible, porque la servidumbre, siendo indivisible, no se adquiere por una porcion indivisible—L. 8, Tit. 1, Lib. 8, Dig.—Molitor, *Servidumbres*, n° 11—Pardessus, n° 17)—Freytas, 4764 y 4765—Notas del codificador á los arts. 3055 y 3058—Demolombe, tom. 12, n° 742—Aubry y Rau, § 250, nota 3.

Sin que todos los condóminos concurren al acto: Pero la servidumbre es válida respecto á ese condómino que la ha constituido. De aquí resulta, dice Demolombe, que aun ántes de toda adhesion por parte de los otros condóminos, el constituyente de la servidumbre no puede oponerse por sí solo á su ejecucion.

Si las partes han hecho una division provisoria de uso, la servidumbre podrá ejercerse sobre esa parte de que goza el comunero obligado (Demolombe, tom. 12, n° 744). La servidumbre constituida por uno de los condóminos, permanece en suspenso hasta que el constituyente venga á ser propietario esclusivo de la heredad (art. 3986—Freytas, 4764).

2986.—Sin embargo, la servidumbre establecida por el condómino de la heredad llega á ser eficaz, cuando por el resultado de la particion ó adjudicacion, la heredad gravada cae en todo ó en parte en el lote del comunero que constituyó la servidumbre, y no puede oponer la falta de consentimiento de los condóminos. (Concuerda con los arts. 2504—2683—2982—2985.)



CONCORDANCIAS

(Ley, 6, Tit. 4, Lib. 8, Dig.—Toullier, tom. 3, n° 573—Duranton, tom. 5, n° 544—Demolombe, tom. 12, n° 742—Cód. de Luisiana, art. 735)—Las del artículo anterior—Freytas, 4764 y 4765.

Cuando por el resultado de la particion ó adjudicacion: Por cualquier título que el condómino venga á ser propietario exclusivo de una parte ó de todo el inmueble, la servidumbre será eficaz, como lo es en el caso del usufructuario de que habla el art. 2982, y como lo establecen en principio general los arts. 2504 y sus concordantes. Así, por ejemplo, si él compra la parte de los demas, la servidumbre será válida, sin que pueda oponerse la falta de aceptacion de los otros condóminos.

Véase nuestro comentario, arts. 2683 y 2987.

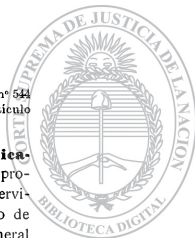
Cae en todo ó en parte: Si el constituyente se queda con todo el inmueble por licitacion ó por particion, la cuestion sobre si la servidumbre debe ejercerse en el todo del inmueble ó solamente en la parte que tenia en él, se resolverá con arreglo al título constitutivo del derecho, por la intencion de las partes, y en falta de ésto, por la naturaleza de la servidumbre. Ésta determinará sobre todo si ha sido posible que la intencion de las partes fuese que la servidumbre solo se ejerciera en una parte ó en el todo del inmueble gravado. Si ésta no puede ejercerse sino sobre el todo, es claro que debe entenderse que el derecho ha sido concedido para ejercerse de esa manera (Pardessus, tom. 2, n° 254).

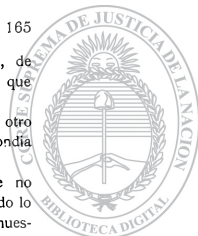
2987—Si el copropietario que ha establecido la servidumbre vende su porcion indivisa á un tercero que llega á ser propietario de las otras porciones por efecto de la licitacion, este tercero está obligado como su vendedor á sufrir el ejercicio de la servidumbre. (Concuerda con los arts. 2416—2683—3270.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 738)—Nuestro comentario al art. 2683—Pardessus, tom. 2, núms. 250 y sigtes.

Vende su parte indivisa á un tercero: Ei mismo efecto producirá cuando se la vende á uno de los comuneros, porque en este caso debe considerársele al comprador como tercero extraño (comentario al art. 2683). No porque sea comunero se va





á quebrar en su favor la regla establecida en el art. 3270, de que nadie puede adquirir un derecho mejor y mas estenso que el que tenía el enajenante.

Es comunero cargará con la servidumbre impuesta por el otro siempre que pueda ejercerse parcialmente en lo que correspondía al enajenante y constituyente del derecho real.

Pero si no se puede ejercer parcialmente, el adquirente no puede pretender ejercerla en el todo, puesto que no es el todo lo que ha correspondido á la persona con quien trató. (Véase nuestro comentario al art. 2696, pág. 329.)

1º Nuestro artículo resuelve la hipótesis en que, habiendo el copropietario que ha establecido la servidumbre, vendido su parte á un tercero extraño, ese tercero en representación de su enajenante, saca el todo de la cosa por licitacion. Pero, supóngase que el constituyente de la servidumbre no enajena su parte, y uno de los condóminos viene á ser propietario del todo por efecto de la licitacion, ¿cargará en este caso con la servidumbre como si fuera un tercero extraño?

Pensamos que no. La licitacion produce los mismos efectos que la particion, no es una enajenacion que hacen los comuneros, sino un medio de dividir la cosa comun, como lo hemos establecido en nuestro comentario al art. 2696, y como lo determina el mismo artículo y los autores allí citados; y desde que, segun esa *particion*, no le ha tocado la cosa al comunero que constituyó la servidumbre, por lo mismo que se considera como que nunca ha sido propietario de ella (art. 2695), no tiene por qué cargar el que por licitacion queda dueño de la cosa, con la carga impuesta por uno de los comuneros. El art. 2695 combinado con el 2696 y su comentario, no dejan lugar á duda sobre la solucion propuesta.

Otra cosa es cuando uno de los comuneros queda con el todo del inmueble por compra que hace á los otros. Aquí sus derechos pasan tal como los tenían sus enajenantes. En la *licitacion* hecha por uno de los comuneros, por el contrario, la cosa pasa sin gravámen porque se considera que los otros nunca han sido propietarios, como lo hemos demostrado en la página 327 del tom. 4 de esta obra. (Véase tambien el nº 1 del mismo comentario al art. 2696.)

2º Por lo demas, el presente artículo viene en apoyo de la

tésis que hemos sostenido en el citado n° 1, respecto al efecto que produce la licitacion que hace un tercero extraño como adquirente de los derechos de uno ó varios comuneros.

2988—Las servidumbres pueden establecerse bajo condicion ó plazo que suspenda el principio de su ejercicio, ó que limite su duracion. (Véase arts. 2829—2989—3001—3046.)

CONCORDANCIAS

(Ley 8, Tit. 81, Part. 3°)—Freytas, 4760, inc. 6 y 7—Aubry y Rau, § 250, nota 9—Maynz, § 140, notas 13 y 14.

Que suspenda el principio de su ejecucion: Como cuando se establece, por ejemplo, por uno de los comuneros con derecho á ejercerla recién cuando se haga la division.

O que limite su duracion: Puede tambien limitarla á solo poderse ejercer ciertos y determinados dias, ó á determinadas horas. El que solo tiene un derecho condicional sobre una cosa, puede establecer servidumbres bajo la misma condicion.

2989—Una servidumbre no puede ser establecida sino por el propietario de la heredad que debe ser gravada, pero el que no sea propietario de la heredad puede obligarse á establecer la servidumbre cuando lo sea. (Concuerda con los arts. 1168—2513—2683—2985—2986.)

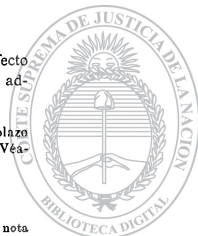
CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 3, n° 578.—Pardessus, tom. 2, n° 261—Aubry y Rau, § 250, n° 3)—Demolombe, tom. 12, núms. 731 y sigtes.—Maynz, § 140, nota 2.

Sino por el propietario de la heredad: Porque la constitucion de una servidumbre es una enajenacion que importa una desmembracion de los atributos de la propiedad. Así, la servidumbre establecida por el poseedor que no es propietario aunque sea de buena fe, no obliga al verdadero propietario cuando reivindica el inmueble.

Cuando lo sea: De suerte que aquí la constitucion de la servidumbre se hace bajo condicion de *si llega á ser propietario*.

El constituyente estará obligado á indemnizar los daños y perjuicios cuando al constituir la servidumbre sobre el inmueble ajeno ha procedido con malicia é inducido al adquirente en un error que le es perjudicial; lo mismo será cuando por su culpa no adquirió el inmueble sobre el cual constituyó la servidumbre.



2990—La hipoteca que un acreedor tenga sobre un inmueble, no impide al propietario gravarla con servidumbre, pero el acreedor pueda usar de los derechos acordados contra el deudor que disminuye la garantía de la deuda. (Concuerda con los arts. 2718—2719—2722—2796—2801—2999—3157 y sigtes.)

CONCORDANCIAS

(Ley 205, Dig. *De regulis juris*—Pardessus, n° 245)—Fréytag, 4750, inc. 7 y 10—Demolombe, tom. 12, núms. 748 á 751—Zachariae, tom. 2 p. 74—Aubry y Rau, § 250, n° 2.

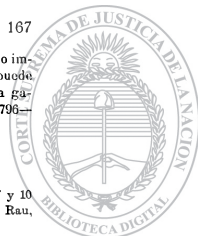
Puede usar de los derechos acordados contra el deudor, etc.: Creemos que para aplicar este artículo hay que hacer la distinción siguiente: Ó la servidumbre constituida con posterioridad al crédito perjudica al inmueble hipotecario y hace disminuir su valor, ó simplemente lo grava sin que se altere la garantía del acreedor. En el primer caso, el acreedor tendrá derecho, con arreglo al art. 3161, para privar al deudor del término que el contrato le daba, porque éste es uno de los derechos acordados al acreedor y á que se refiere el presente artículo, por lo ménos si no da fianza.

Demolombe, n° 750, piensa del mismo modo. "Es bien entendido, dice, que los acreedores hipotecarios podrán, según los casos, invocar los arts. 1188 y 2131 franceses, y sostener que ha desaparecido el plazo por haber disminuido las seguridades".

En el segundo caso, el acreedor podrá hacer uso del derecho acordado por el art. 2990, y pedir que en caso de venderse el inmueble hipotecado para cubrir su crédito, que lo sea libre de la servidumbre impuesta. Puede evitarse una y otra cosa si el deudor afianza suficientemente el pago íntegro. (Véase Aubry y Rau, citado.)

Aunque en el primer caso es indudable que el acreedor puede también hacer uso de este expediente, no parece racional que por la simple constitución de una servidumbre que en general no cause perjuicio al acreedor, pueda ir hasta privar del término acordado á su deudor (Aubry y Rau, texto y nota 8).

Se dirá que no trayendo ningún perjuicio la constitución de la servidumbre, es inútil que el acreedor haga uso del derecho acordado por el art. 2990; pero como bien puede suceder que por circunstancias especiales, sea perjudicial la servidumbre á





uno de los interesados en comprar el inmueble, y que solo este interesado ofrezca un valor suficiente á cubrir el crédito, estaría en los intereses del acreedor hacer uso del art. 2999.

1º Supóngase que sobre un fundo hipotecario se establece una servidumbre á título oneroso, y que el deudor á fin de evitar quejas del acreedor, ofrece entregarle á cuenta de su crédito el valor que reciba, ó da una fianza por la disminucion del valor recibido en razon de la servidumbre ¿estará en este caso obligado el acreedor á optar por una ú otra cosa?

Es indudable que á estar á lo dispuesto en el art. 3159, combinado con el 3161, el acreedor puede ó exigir un suplemento á la hipoteca ó hacer perder el beneficio del término; pero como puede suceder que, por circunstancias especiales, no le convenga esto último y si aceptar el suplemento á la hipoteca, vendrá la cuestion de saber si está obligado á aceptar el precio pagado por la servidumbre, como determinante del monto de la garantía supletoria.

Labbé, en un artículo publicado en la *Revista Critica de Legislacion*, tom. 8, año 1856, p. 232, dice: "En este caso, no se les puede obligar á los acreedores á aceptar una avaluacion hecha por su deudor; y será indispensable que el Tribunal fije el monto de la disminucion de valor que el inmueble sufre por el derecho de servidumbre concedido."

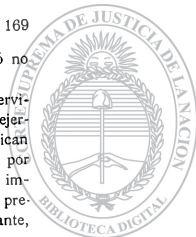
Esto parece ser lo mas racional, si el acreedor no quiere hacer uso del derecho acordado por el art. 2999, ó el 3161, segun el caso (arg. del art. 2159).

2991—La servidumbre impuesta á una heredad, no priva al propietario de establecer otras servidumbres en la misma heredad, siempre que ellas no perjudiquen á las antiguas. (Concuerda con los arts. 2796 y su comentario—2802—3039—3040—3103—3106.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 747—Aubry y Rau, § 350)—Freytas, 4759, inc. 9—Zachariæ, tom. 2, p. 73—Nota del codificador al art. 2802.

Siempre que ellas no perjudiquen á las antiguas:
Este perjuicio puede consistir en hacerlas mas incómodas, ó que con la nueva servidumbre se restrinja á la primera. El perjuicio en este caso es una cuestion de hecho, dice Demolombe,



nº 747, que el Juez debe apreciar para decidir si pueden ó no coexistir las dos.

1º Siempre que sea compatible el ejercicio de las dos servidumbres, el que ejerce la mas antigua no podrá impedir el ejercicio de la segunda alegando que sus intereses se perjudican con tal servidumbre, aunque la suya no se restrinja. Así, por ejemplo, el que tiene una servidumbre de tránsito, no puede impedir que á otro vecino se le conceda el mismo derecho, so pretexto de que con esto el propietario del nuevo fundo dominante, por haber acortado la distancia, le hace competencia en sus negocios; ó cuando un molino tiene una servidumbre de acueducto, y el dueño del predio sirviente concede otra servidumbre de acueducto por el mismo fundo en favor de otro molino que puede hacer competencia al primero.

No es de estos perjuicios que habla la ley, sino de los que resultan de un impedimento al ejercicio libre de la servidumbre, como sería, por ejemplo, la de sacar agua de un pozo que solo da abasto para satisfacer la primera carga, ó que el primero se encuentre reducido á solo hacer uso en determinados dias ú horas cuando ántes tenía libertad para usar de la servidumbre á cualquier hora.

2992—La constitucion de las servidumbres, en cuanto á su forma, es regida por las disposiciones relativas á la venta, cuando es hecha á título oneroso, y á las donaciones y testamentos, cuando tiene lugar á título gratuito. (Concuerda con los arts. 1184, inc. 1—1810 y sigtes—2830 y sus concordantes—2968 y su comentario—2993 á 2997—3606 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4771 á 4774—Cód. de Chile, 883 y 884—Demolombe, tom. 12, núms. 729 á 733—Ley Orgánica de los Tribunales de la Capital de la República, arts. 226 y 235—Nuestro comentario al art. 2978—Revista critica de legislacion, 1851, tom. 3, p. 247.

Por las disposiciones relativas á la venta: Es decir, en escritura pública, como toda constitucion de derechos reales sobre inmuebles (art. 1184, inc. 1). Esto no quita que la constitucion hecha por documento privado pueda ser obligatoria entre las partes; quedará como una obligacion de hacer, con arreglo á lo dispuesto en el art. 1185 y sus concordantes. (Véase art. 2993.)



Pero respecto á terceros, es claro que esa constitucion de derechos reales no produce efecto alguno si no está contenida en escritura pública.

Tambien debe hacerse inscribir en el registro respectivo en las Provincias en que exista ese registro. De este modo el adquirente del inmueble gravado no tiene reclamo alguno que hacer contra el enajenante. (Véase ley citada de la Capital.)

Y á las donaciones: Pero no es indispensable que sea aceptada por el adquirente en la forma que deben serlo las donaciones (arg. del art. 2993).

1º Debe advertirse que las servidumbres continuas y aparentes pueden adquirirse tambien por prescripcion (art. 4017).

2º Fuera de este caso, siempre se exige un título escrito para la constitucion de una servidumbre como derecho real; la que se constituyera verbalmente sería nula por la imposibilidad de la prueba sin existir principio de ésta por escrito, por lo menos en los casos de no haber signos aparentes. Por lo demás, este título puede no ser el objeto directo de la constitucion de la servidumbre, y estar contenido, por ejemplo, en una particion ó en otro acto escrito que no sea precisamente un contrato de venta, de donacion ó testamento. (Véase comentario al artículo siguiente.)

2993.—El establecimiento de una servidumbre constituida por un título, puede ser probada por el acto original que demuestre su constitucion, ó por un acto ejecutado por el propietario del fundo sirviente que lo fuese á ese tiempo, sin necesidad que el acto del reconocimiento hubiese sido aceptado por el propietario de la heredad dominante, ó por una sentencia ejecutoriada. (Concuerda con los arts. 946—2798—2994—2995—3047.)

CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 1356, n° 1—Demolombe, tom. 12, n° 757 bis; tambien 730 y 731—Aubry y Rau, § 259—Cód. frances, art. 695—Napolitano, 616—De Luisiana, 746)—Goyena, 539—Las citas del artículo anterior—Cód. italiano, art. 681—Ferrarotti, comentario al art. 635 italiano—Fallos del Dr. Belástegui, tom. 1, pág. 113.

O por un acto ejecutado por el propietario del predio sirviente: De aquí se desprenden consecuencias importantes que es necesario tener en cuenta en materia de prueba sobre la existencia de la servidumbre, y éstas son: 1º Que para probar la existencia de la servidumbre no es indispensable una escritu-



ra pública destinada especialmente á su constitucion; 2º Que basta el reconocimiento en un acto escrito cuyo objeto principal sea otro que la creacion de la servidumbre, y 3º Que ese título puede ser un acto unilateral en el sentido de que no es necesaria la intervencion del dueño del predio dominante.

En otra parte hemos dicho que el acto puede ser una escritura pública ó un documento privado (comentario al artículo anterior), y tambien un hecho material del dueño del fundo simiente.

Demolombe, citado por el codificador, n° 757, bis, de donde éste tomó la doctrina de su artículo, dice: "¿Es indispensable que el propietario del fundo dominante haya formado parte del acto por el cual el propietario del fundo sirviente ha reconocido la existencia de la servidumbre?"

En esta cuestion se pronuncia por la negativa, y pone el ejemplo de una particion en que el que los divide ha impuesto á uno de los lotes repartidos la obligacion de sufrir la servidumbre. En este caso, dice, el título que se opondria al dueño del fundo sirviente sería su propio título, en el cual la existencia de la servidumbre se reconoce.

Ninguna prueba puede ser mejor que la que emana del mismo que va á sufrir la servidumbre.

En el mismo sentido se espresa Marcadé, sobre el art. 1356.

Nuestro Código no ha dejado duda alguna al respecto, pues á las palabras copiadas, agrega: "sin necesidad que el acto del reconocimiento haya sido aceptado por el propietario de la heredad dominante".

Si no necesita aceptacion, es claro que su intervencion no es indispensable en el acto de la constitucion de la servidumbre.

2991—Cuando el propietario de dos heredades haya él mismo sujetado la una respecto á la otra con servidumbres continuas y aparentes, y haga despues una desmembracion de ellas, sin cambiar el estado de los lugares, y sin que el contrato tenga convencion alguna respecto á la servidumbre, se juzgará á ésta constituida como si fuese por título. (Concuerda con los arts. 1156 - 2975—2978—2993—2995 á 2997.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 692 y 693—Italiano, 632—Marcadé, sobre dichos artículos—Aubry y Rau, § 262—Pardessus, *Servidumbres*, n° 288—Ley 36, Tit. 3, Lib. 8. Dig. — Fallos del Dr. Beláustegui, tom. 1, p. 113— Freytas, 4772—Goyena, 540.



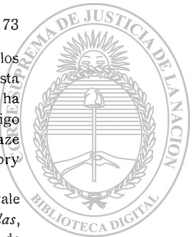
Continuas y aparentes. Debe tenerse presente que el caso legislado en el presente artículo, es para cuando el propietario de las dos heredades hace una desmembración de ellas entregándolas a distintas personas, y el caso legislado en el artículo siguiente, que solo exige un *signo aparente*, á cuando el propietario enajena una de las heredades y se queda con la otra.

El artículo que estudiamos, al exigir que la servidumbre sea *continua y aparente*, no hace mas que confirmar el art. 2997, en que se declara que solo las servidumbres continuas y aparentes pueden establecerse por destino del padre de familia. Pero con la exigencia de estos dos artículos parece contrariarse el 2995, que en su caso solo exige signos aparentes.

Estos tres artículos equivalen exactamente al 692, 693 y 694 del Código francés, los cuales han suscitado la misma duda que los tres nuestros.

Así, Aubry y Rau, § 252, nota 9, refiriéndose á esto, dice: "Diferentes sistemas se han propuesto para conciliar el art. 694 (equivalente al 2995 nuestro), que se contenta con un signo aparente de servidumbre, sin exigir el carácter de continuidad, con los arts. 692 (equivalente al 2997 nuestro) y el 693 (equivalente al 2994 nuestro), que no admiten la destinación del padre de familia sino para las servidumbres que son á la vez continuas y aparentes. Según otra opinión, el art. 694 no es sino el complemento de los arts. 692 y 693, y no se aplicará como estos últimos, sino á las servidumbres continuas y aparentes. Una segunda opinión, diametralmente opuesta á la primera, sostiene que el art. 692 debe explicarse por el 694, y que así, basta en todos los casos que la servidumbre sea aparente (Toullier, tom. 2, p. 450 y sigtes). Estas dos interpretaciones nos parecen igualmente inadmisibles; la una, quita al art. 694 toda significación y toda posibilidad de aplicación, y la otra suprime el art. 692. Una tercera opinión, distinguiendo entre el caso en que la separación de las dos heredades se opera por una partición, y el en que esta separación ha sido el resultado de un acto de enajenación ó de disposición, aplica de una manera distributiva los arts. 692 y 693 al primer caso, y el 694 al segundo".

Este último sistema inventado por Sacaze, lugar citado en el art. 2995, es indudablemente el que ha adoptado nuestro codificador. Decimos esto, porque al rechazarlo Aubry y Rau, se



funda en que no puede estar en los términos de los artículos franceses citados; y habiendo nuestro codificador conocido esta solución y el motivo por qué la rechazaban Aubry y Rau, ha redactado sus artículos de un modo distinto á los del Código francés, y de modo que se pudiera dar la solución de Sacaze sin que se tropezase con los términos de la ley que según Aubry y Rau, impedían aplicarla al Código francés.

Las palabras *haga una desmembración de ellas*, de que se vale nuestro art. 2994 comparadas con las de, *dispone de una de ellas*, de que se vale el art. 2995, no pueden dejar duda alguna de que ambos artículos se refieren á casos distintos; el uno á la distribución de las dos heredades, y el otro á la enajenación de una sola de ellas.

Este modo de constituir la servidumbre, indicado en el art. 2995, viene á ser una constitución, no por destino del padre de familia, que solo puede crear servidumbres continuas y aparentes, según el art. 2997, sino por título, como en el caso del art. 2993.

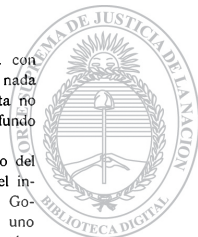
Por esto, Goyena, en su art. 540, dice: "La existencia de un signo *aparente* de servidumbre entre dos fincas, establecido por el propietario de ambas, se considera como un título para que la servidumbre continúe activa y pasivamente".

De manera, que estos dos artículos (2994 y 2995) están muy lejos de ser criticables en los términos que lo hace el Dr. Segovia al estudiarlos, puesto que no hacen mas que prever dos cosas completamente distintas y de frecuente aplicación.

El primero, determina en qué caso hay servidumbre constituida por destino del padre de familia, como lo explica en la nota puesta por el mismo codificador; al paso que el art. 2995 legisla el caso en que las dos heredades no salen del poder del propietario sino una sola de ellas.

Goyena, comentando su art. 540 para explicar el por qué de esto, dice: "Por ejemplo, el dueño de dos predios ha hecho un canal para conducir el agua á otro; si *vende uno de los dos* sin explicarse sobre la conducción del agua, se presume un *convenio tácito* de dejar las cosas como estaban. En este caso, el signo exterior habla por sí mismo: los contrayentes no pueden llamarse engañados".

Lo mismo sucede si el propietario de dos heredades ha hecho



un camino por entre las dos para comunicar una y otra con un camino público, si una de ellas se enajena sin hablar nada de la servidumbre de paso establecida se entiende, que ésta no se extingue, sino que por el contrario, continúa á favor del fundo para que estaba establecida.

El que alegase su existencia, no se fundaría en el destino del padre de familia, sino en su mismo título de adquisicion del inmueble dominante. La ley supone en este caso, como dice Goyena, que habiendo las partes conocido ese signo aparente, uno y otro han creído que las heredades quedarían tal como están. (Véase nuestro art. 2091, que es una consecuencia de esto.)

No sucede lo mismo tratándose de dos heredades que de un solo dueño pasan á dos distintos, sea por particion ó por enajenacion. En este caso, la ley exige que la servidumbre sea aparente y continua, y que la trasmision se haga al mismo tiempo, pues el artículo habla de un solo contrato.

2995.—Si el propietario de dos heredades entre las cuales existe un signo aparente de servidumbre de la una á la otra, dispone de una de ellas, sin que el contrato contenga ninguna convencion relativa á la servidumbre, ésta continúa existiendo activa ó pasivamente en favor del fundo enajenado, ó sobre el fundo enajenado. (Concuerda con los arts. 2091—2993—2996—3057.)

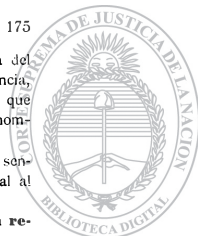
CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 694—Ley 17, Tit. 31, Part. 3.—Ley 30, Tit. 2, Lib. 8, Dig.—Sazaze, Revista de Legislacion, año 1851, tom. 3, p. 247)—Véase las concordancias y comentarios al artículo anterior.

Dispone de una de ellas: Cuando hace, como dice el artículo anterior, una desmembracion de ellas, disponiendo de las dos, se opera lo que se llama destino del padre de familia (véase comentario al artículo anterior). El caso de este artículo no es un destino del padre de familia, como hemos dicho en el artículo anterior (Laurent, tom. 8, p. 217).

Los arts. 2091, 2104 y 3057 son una consecuencia de lo dispuesto en el presente. •

Debe notarse que en el caso legislado en este artículo no se necesita que la servidumbre sea á la vez aparente y continua; basta que sea lo primero, es decir, que hayan signos aparentes de la servidumbre.



¿Será necesario que estos signos aparentes sean la obra del hombre? Parece indudable que no; la ley no hace diferencia, solo exige que hayan signos aparentes, importando poco que éstos sean formados por la naturaleza ó por la mano del hombre. Ninguno de los autores citados hace diferencia.

La jurisprudencia francesa se ha pronunciado en el mismo sentido respecto al art. 694 de aquel Código, exactamente igual al nuestro (Rogron, comentario á dicho artículo).

Sin que el contrato contenga ninguna convencion relativa á la servidumbre: Es decir, ninguna convencion especialmente relativa á esa servidumbre que por los signos aparentes se ve que existe entre las dos heredades. Una cláusula general en que se garantizase que lo vendido está libre de todo gravámen no sería un obstáculo para que la servidumbre continuara, pues esas cláusulas generales, completamente inútiles que los escribanos suelen poner en el contrato de enajenacion, no tendrían significado alguno respecto á esa servidumbre anteriormente constituida, porque los signos aparentes dicen mas que esas cláusulas generales.

"El art. 694, dice Laurent, tom. 8, p. 227, no prevé el caso de una cláusula general, sin determinacion especial alguna, lo que supone es que no hay convencion especial relativa á la servidumbre que se anuncia por los signos aparentes."

De modo, que esa cláusula general de no estar el fundo gravado con servidumbre, sin referirse especialmente á la creada por los signos aparentes, ó no significan nada, puesto que es sabido que las cosas deben venderse sin gravámen, sin necesidad de que esto se diga especialmente, ó cuando mas significará que fuera de las servidumbres aparentes no hay otras.

Para que la servidumbre desaparezca es indispensable que espresamente se diga que la servidumbre aparente que indica tal ó cual signo se entiende que deja de existir.

Esa escritura de traspaso es la que viene á servir de título de la servidumbre, como hemos dicho en el comentario al artículo anterior.

En caso de duda, tendrá que exhibirse ese título para saber si contiene ó no una cláusula librando á una de las heredades de la servidumbre que pesaba sobre ella.

2º Lo dispuesto en este artículo respecto de la convencion con-



tenida en la escritura de enajenacion, es aplicable tambien á la servidumbre establecida por destino del padre de familia de que habla el artículo anterior.

Sobre esto, véase Laurent, tom. 8, n° 184 y sigtes. Véase tambien nuestro comentario al art. 2997.

2996—El efecto del destino dado por el propietario á los dos inmuebles, es independiente de la causa que haya motivado la separacion, sea ésta el resultado de una particion ó de una enajenacion voluntaria ó forzosa, ó por haber perdido por la prescripcion la propiedad de uno de ellos. (Concuerda con los arts. 2994—2995.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 14, n° 814—827, Aubry y Rau, § 257)—Freytas, 4744, inc. 1 y 2.

Es independiente de la causa que haya motivado la separacion: Es decir, por cualquier causa que hayan venido á separarse las dos heredades, la servidumbre constituida por el propietario de las dos, pasa activa y pasivamente á uno y otro fundo. Es indiferente tambien, dice Demolombe, que la enajenacion se haya hecho por título gratuito ú oneroso; que se haga por uno ó varios y á uno ó á varios copropietarios.

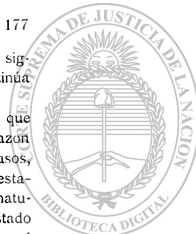
“Tambien es indiferente, dice el mismo autor, n° 827, que los servicios establecidos entre las dos heredades, y que vienen, por la separacion, á trasformarse en servidumbre, sean ó no recíprocos.

2997—Las servidumbres discontinuas aunque sean aparentes, no pueden establecerse por el solo destino que hubiere dado á los inmuebles el propietario de ellos. (Concuerda con los arts. 2975—2978—2994.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 692, Demolombe, tom. 12, núms. 726, 815, 816 y sigtes.—Aubry y Rau, § 252, notas 7 y 8—Laurent, tom. 8, n° 182—Véase comentario al art. 2994.

No pueden establecerse por el solo destino, etc.: Es decir, solo las servidumbres continuas y aparentes pueden establecerse por destino del padre de familia; las aparentes pero discontinuas solo pueden establecerse por título, salvo el caso de que habla el art. 2995 en que basta solo el signo aparente de la servidumbre establecida entre dos heredades por el propietario



que enajena una de ellas sin hablar en la escritura de ese signo aparente, para que se considere que la servidumbre continúa activa y pasivamente entre las dos heredades.

¿Cuál es la razón de esta diferencia? La exigencia de que en ambos casos el signo sea aparente, está justificada por una razón natural. Desde que las partes, ó una de ellas, según los casos, no han intervenido en la constitución de la servidumbre establecida por el propietario común de las dos heredades, es natural que para que se pueda presumir aceptación tácita del estado de las heredades respecto á las servidumbres creadas por el propietario, es necesario que ellos conozcan su existencia, que vean, ó por lo ménos que puedan ver los signos materiales que demuestran tal servidumbre.

“Si el servicio, dice Laurent, tom. 8, nº 182, que uno de los fundos presta al otro no es aparente, no se puede decir que las partes interesadas consienten en mantenerlo á título de servidumbre, pues que ningún signo exterior les revela la existencia de ese servicio, é ignorando que existe, las partes no pueden tener la intención de perpetuarlo.”

“Es mas difícil, continúa el mismo autor, dar razón de la segunda condición, la continuidad. Un pasaje se establece entre dos fundos pertenecientes al mismo propietario, y se muestra por una puerta y un camino. Los dos fundos se separan: las partes interesadas mantienen la puerta y el camino; no nace aquí servidumbre. ¿Por qué? Por que hay duda sobre la intención de las partes. Ellas conservan el pasaje; pero ¿por qué título? Éste puede ser por tolerancia, por deferencia de buenos vecinos. Puede también ser á título de servidumbre. Pero en la duda, no se puede admitir la voluntad de establecer una servidumbre por consentimiento tácito, sino cuando es imposible dar otra interpretación al hecho de donde se quiere inducir el consentimiento de las partes.”

Parécenos que la razón principal de la diferencia entre lo que aquí se exige, con lo establecido en el art. 2995, que solo exige signos aparentes, está en la distinta situación en que se encontrarían los herederos; por ejemplo, á quienes el propietario ha dejado las dos heredades, entre las cuales ha establecido una servidumbre. En este caso, los herederos no pueden ya interpellar á su causante sobre cual ha sido su intención al establecer el



servicio entre las dos heredades, si solo se trataba de su propia comodidad, ó si lo hacia en mira de perpetuidad. Aquí, por lo mismo que vendrán dudas de difícil solución, la ley exige no solo un signo aparente, sino que el servicio sea permanente, pues generalmente esta clase de servicios son á perpetuidad.

Así, por ejemplo, no es lo mismo que un propietario de dos fundos haya establecido un camino por dentro de sus dos heredades, que bien puede hacerlo para su propia comodidad, que el que haya establecido un acueducto para que el agua de uno pase por el otro. En el primer caso puede haber duda de si se ha querido establecer á perpetuidad una servidumbre entre las dos heredades, y en la duda debe interpretarse que no la hay, con arreglo á los principios de derecho. En el segundo caso, por el contrario, lo natural es suponer que es una verdadera servidumbre lo que se ha establecido, porque no es presumible que el propietario haya hecho el canal para variarlo al día siguiente; al establecerlo no puede haber tenido en vista una comodidad personal como en el caso anterior, sino una ventaja para el fundo dominante.

Pero cuando la division de las heredades no se hace en esta forma, cuando, como dice el art. 2995, el propietario de *las dos heredades dispone de una de ellas*, es creible que el adquirente ántes de hacerse dueño conozca ese signo aparente de servidumbre, é inquiera sobre el carácter que tiene, si importa ó no una servidumbre con que va á quedar gravado su fundo; y si es en favor del enajenado, es claro que el enajenante, si su intencion no es que su propiedad continúe gravada con la servidumbre, tendrá cuidado de aclarar esto en la escritura de enajenacion.

Si ninguno de los dos dice nada, si nada se estipula sobre el particular en la escritura de enajenacion, se supone lo que es racional, que ese signo aparente ha sido conocido por las partes; pero que nada han dicho porque su intencion ha sido, como dice Goyena en el comentario á su art. 540, que las cosas queden tal como se encuentran al formarse el contrato.

Por esto aquí no se exige, segun el art. 2995, que el signo sea de servidumbre continua, bastando solo que sea aparente. La sola apariencia disipa toda duda, porque ella basta para que se manifieste espresamente la voluntad de las partes cuan-



do no están conformes con que las cosas continúen como están.

Tal nos parece la razon que ha tenido en vista nuestro codificador al disponer que solo se pueden establecer por destino del padre de familia las servidumbres aparentes y continuas, mientras que en el art. 2995, que legisla un caso especial y distinto, solo exige que sean aparentes. (Véase otro caso en el art. 3073.)

2998—Las servidumbres pueden establecerse sobre la totalidad de un inmueble ó sobre una parte material de él, en su superficie, profundidad ó altura. (Concuerda con los arts. 2617—3008—3032—3033—3043.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, n° 49)—Freytas, 4759, inc. 1—Aubry y Rau, § 248, n° 21.

O sobre una parte material de él: Esta parte debe determinarse al constituir la servidumbre. (Véase art. 3008.)

2999—La existencia de hipotecas que graven una heredad, no es obstáculo á la constitucion de servidumbres sobre un inmueble; pero una servidumbre así constituida, no puede oponerse á los acreedores hipotecarios anteriores á su establecimiento, y ellos en caso necesario, pueden pedir que el inmueble se venda como libre de toda servidumbre. (Concuerda con los arts. 2990—3183.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, Hipoteca, n° 843, bis—Demolombe, tom. 12, núms. 748 á 750—Pardessus, n° 245—Ley 205, Dig. *De reg. juris*)—Aubry y Rau, § 250, nota 7—Laurent, tom. 8, n° 163.

Existiendo los arts. 2990 y 3183, el presente ha podido suprimirse, por estar allí comprendido el caso aquí legislado.

3000—Se pueden constituir servidumbres cualquiera que sea la restricción á la libertad de otros derechos reales sobre los inmuebles, aunque la utilidad sea de mero recreo; pero si ella no procura alguna ventaja á aquel á cuyo favor se establece, es de ningún valor. (Concuerda con los arts. 2844—2845—2971—2972—3005—3050—3082.)

CONCORDANCIAS

(Ley 15, Tit. 1, Lib. 8, Dig.—Pardessus, *Servidumbres*, n° 13—Molitor, *Servidumbres*, n° 10)—Freytas, 4760, inc. 1 y 3—Demolombe, tom. 12, n° 691.

Pero si no procura ventaja alguna, etc: La apreciacion de esto está librada al criterio del Juez. Su aplicacion debe ser



muy limitada, especialmente cuando la servidumbre aparece sin objeto desde su origen. No es creible que las partes constituyan una servidumbre sin objeto; y es por esto que es necesario para dejarla sin efecto, que la falta de ventaja sea manifiesta, como dice Demolombe.

Este mismo autor pone un ejemplo de una servidumbre que parece inútil, y sin embargo debe considerarse válida. "Yo podré, dice, aunque mi fundo tenga un acceso fácil, ó mas de un acceso á la via pública, adquirir sin embargo una servidumbre de paso sobre otro fundo".

Sobre esto, véase nuestro comentario al art. 3081.

3001—La servidumbre puede constituirse á beneficio de un inmueble futuro ó que se va á adquirir, ó consistente en una utilidad futura, como la de llevar el agua que aun no se ha descubierto, pero que pretende descubrirse. (Concuerda con los arts. 1168—2889—2988—3005.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, n° 14 y 50)—Maynz, § 140, nota 14—Freytas, 4761, inc. 1 y 2—Laurent, tom. 8, n° 171—Duranton, tom. 5, n° 443.

A beneficio de un inmueble futuro ó que solo se va á adquirir: Puede tambien establecerse sobre un inmueble que va á adquirir el que constituye la servidumbre (art. 2989—Véase Laurent, citado).

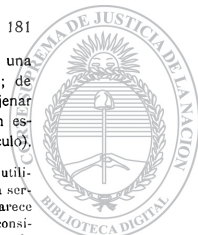
1° Cuando la servidumbre es establecida sobre un inmueble que se piensa adquirir, ¿qué efecto producirá el contrato si la adquisicion no se hace? ¿Podrá el que adquirió la servidumbre traspasar su derecho al actual propietario ó á otro que adquiera el inmueble que él pensó adquirir? Pensamos que no. Esta es una servidumbre condicional, que solo obliga al dueño del predio sirviente si la condicion se realiza. Desde que ésta no se realiza, la obligacion queda disuelta. (Véase Freytas, art. 3761, incs. 1 y 2.)

Mas si ésta no es condicional, es indudable que, no siendo personal, se considera que el adquirente obró á nombre del dueño, y produce el mismo efecto que en el caso del art. 3013.

3002—La servidumbre no puede establecerse sobre bienes que están fuera del comercio. (Concuerda con los arts. 2336—2337.)

CONCORDANCIAS

(Zachariae, § 334, nota 2—Toullier, tom. 3, n° 473—Proudhon, *Dominio público*, núms. 363 y sigtes)—Laurent, tom. 8, núms. 208 y sigtes.



Que están fuera del comercio: La constitucion de una servidumbre importa una enajenacion de parte del inmueble; de manera que en todos los casos en que no se pueden enajenar los inmuebles que están fuera del comercio, tampoco pueden establecerse servidumbres (nota del codificador al presente artículo).

3003—Si el acto constitutivo de la servidumbre procura una utilidad real á la heredad, se presume que el derecho concedido es una servidumbre real; pero al contrario, si la concesion del derecho no parece proporcionar sino un placer ó comodidad personal al individuo, se considera como establecido en favor de la persona, y solo será real cuando haya una enunciacion expresa de ser tal. (Concuerda con los arts. 2971—2972—3004—3005—3083—3093.—3104.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, arts. 750 á 754)—Notas del codificador á los arts. 2971 y 2972—Fallos de la Suprema Corte Nacional, tom. 2, serie 2, p. 271—Tom. 16, p. 315—Aubry y Rau, § 547, notas 2, 3, 4 y 9—Demolombe, tom. 12, núms. 684 y sigtes.

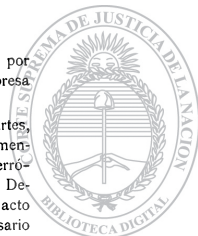
Procura una utilidad real á la heredad: Por ejemplo la de acueducto: en este caso es el fundo mismo es el sujeto activo, como dice Aubry y Rau, de la servidumbre.

1º Las distintas cuestiones que pueden suscitarse respecto al carácter que las partes atribuyan á la servidumbre, están libradas á la apreciacion del Juez. Éste debe, ante todo, examinar el testo del título, y las circunstancias del hecho; si éste no da luz, la naturaleza propia del derecho creado será la que especialmente sirva para hacer la clasificacion.

“Esta clasificacion, dice Demolombe, nº 659, dada al derecho por el acto mismo de su constitucion, debe tomarse muy especialmente en consideracion. Si por ese título se ve que la concesion no ha sido hecha sino en favor y en consideracion á una persona especialmente determinada, la servidumbre será personal, aun cuando por sus caracteres propios pudiera haber sido establecida como real: *si tamen testator demonstravit cui servitutem pecoris prætari voluit, emtori vel heredi non eadem prætatur servitus*. (Ley 4, *De servit præd. rust.*)

Este principio está aceptado espresamente por nuestro Código en el final del artículo que estudiamos, dando importancia primordial á la voluntad de las partes espresamente declarada.

Cuando haya una enunciacion expresa de ser real: O



vice-versa, como hemos dicho ántes, una servidumbre que por sus caracteres sea real, puede convertirse por voluntad expresa de las partes, en personal.

Pero debe tenerse presente, que esta voluntad de las partes, en cualquiera de los dos casos, debe ser especial y espresamente determinada. La clasificacion incidental, mas ó ménos errónea que las partes hagan de la servidumbre, no basta, dice Demolombe, siguiendo el derecho romano, para imprimir al acto un carácter contrario al que su naturaleza indica. Es necesario que la voluntad de no darle ese carácter indicado por la naturaleza sea indudable.

Así, si en una servidumbre real, el adquirente emplea las palabras *mi servidumbre*, la servidumbre *que se me concede*, no hay aquí la *enunciacion expresa* que exige nuestro artículo para decir que la voluntad de las partes al constituir la servidumbre ha sido clasificar de personal la que por su naturaleza es real, ó vice-versa.

Solo la voluntad expresa é indudable de las partes puede cambiar la naturaleza del acto.

3001—Cuando el derecho concedido no es mas que una facultad personal al individuo, se extingue por la muerte de ese individuo; y solo dura veinte años si el titular fuere persona jurídica. Es prohibida toda estipulacion en contrario. (Concuerda con los arts. 498—2822—2828—2920—2921—2929—2969—2971—2972—3003—3006—3045—3046—3268.)

CONCORDANCIAS

(Las del art. 2972.)

Por la muerte de ese individuo: Ó ántes si es constituida por un plazo determinado (art. 3046).

Es prohibida toda estipulacion en contrario: Es decir, que alargue este plazo para una persona y sus herederos, como lo establece Aubry y Rau, § 247, notas 1 á 7.

3005—La carga de las servidumbres reales debe, actual ó eventualmente, asegurar una ventaja real á la heredad dominante, y la situacion de los predios debe permitir el ejercicio de ella, sin ser indispensable que se toquen. (Concuerda con los arts. 2971—3000—3001—3003—3050—3081.)

CONCORDANCIAS

(Maynz, § 218—Aubry y Rau, § 247—La L. 6, tit. 4, lib. 8, Dig. dice: *Parvius relet vicina sint ambe, ados aut non*)—Demolombe, tom. 12, n° 691—Nuestro comentario al art. 3000.

O eventual: La circunstancia, como hemos dicho ántes, de que la heredad dominante tenga por el momento cómo recibir el mismo servicio de otra que se lo ha concedido también, no anulará la servidumbre (art. 3081). Para que pueda dejarse sin efecto es necesario que se vea claramente que la servidumbre en ningún caso pueda ser útil al predio dominante.

Véase Demolombe citado, y nuestro comentario al art. 3050.

3006—Las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y siguen con ellos á cualquier poder que pasen; y no pueden ser separadas del fundo, ni formar el objeto de una convencion, ni ser sometidas á gravámen alguno. (Concuerda con los arts. 2416—2419—2421—2842—3024—3120.)

CONCORDANCIAS

(LL. 8 y 12, tit. 81, part. 3—Ley 36, tit. 3, lib. 8, Dig.—Pardessus, n° 33)—Notas del codificador á los arts. 1377 y 2342—Aubry y Rau, § 246, notas 15 y 16.

A cualquier poder que pasen: Sin necesidad de una estipulacion especial.

Para evitar los perjuicios á terceros nuestro Código ha debido exigir la inscripcion de todo derecho real que se establezca sobre un fundo, como lo hace Freytas y muchos otros Códigos, evitándose así los perjuicios consiguientes en los casos como el del art. 2103.

Ni formar el objeto de una convencion: Separados de los fundos á que son inherentes, se entiende.

Las palabras que estudiamos no impiden que se reglamente el ejercicio de la servidumbre. (Sobre este art., Demolombe, tom. 12, n° 670.)

3007—Las servidumbres reales son indivisibles como cargas y como derechos, y no pueden adquirirse ó perderse por partes alicuotas ideales, y los propietarios de las diferentes partes pueden ejercerlas, pero sin agravar la condicion de la heredad sirviente. (Concuerda con los arts. 683—687—688—2689—2799—3028 á 3050—3061.)



CONCORDANCIAS

(Ley 8, tit. 1, lib. 8, Dig.—Aubry y Rau, § 217, letra C—Duranton, tom. 5, núms. 406 y sigtes.—Demolombe, núms. 701—775 y 775 bis—Pardessus núms. 23 y sigtes.—Molitor, desde el n° 13)—Comentario al art. 3025.

Son indivisibles como carga y como derecho: El principio sentado en este artículo ha sido materia de largas discusiones entre los jurisconsultos franceses; y aún cuando en la práctica no tiene importancia alguna desde que el ejercicio del derecho de cualquier modo que se considere, está reglamentado por el mismo Código francés, nuestro codificador ha hecho bien en aceptar el principio general, ya consagrado en el art. 683.

Pero esta indivisibilidad de la servidumbre es, como dice Laurent, tom. 7, n° 157, en el sentido de que no se puede adquirir una fracción matemática de la servidumbre; así, no se concibe que una persona adquiera la quinta parte del derecho de pasar por un fundo, ó que uno posea la quinta parte de un derecho devista sobre una heredad. Son también indivisibles en el sentido de que el derecho es debido á cada parte del fundo dominante, y que afectan á cada parte del fundo sirviente. (Véase art. 700, Cód. francés, y 3028 nuestro.)

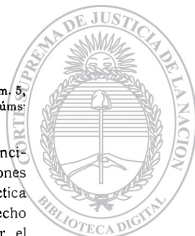
1° Por lo demás, dada la existencia del art. 683, el presente ha podido suprimirse: 1° porque el principio de la indivisibilidad está ya sentado de una manera indudable en dicho art. y demás concordantes citados en el presente; 2° porque el resto del artículo está comprendido también en los arts. 3028—3061 y 3062; 3° porque los arts. 3029 á 3050 lo amplían, y además legislan especialmente todos los casos de aplicación práctica que pudiera tener, con sus respectivas limitaciones, como la del art. 3030, por ejemplo. (Véase nota del codificador al mismo artículo.)

3008—La indivisibilidad de las servidumbres no impide que en su ejercicio puedan ser limitadas respecto al lugar, tiempo y modo de ejercerlas. (Concuerda con los arts. 2998—3009—3029—3063 á 3066.)

CONCORDANCIAS

(Deinolombe, tom. 12, n° 701—Aubry y Rau, § 447, letra C)—Laurent, tom. 7, n° 157.

Ser limitada respecto al lugar, tiempo y modo de ejercerla: Estas limitaciones que pueden hacerse, y se hacen en ge-





neral por convenio, pueden resultar tambien de la prescripcion en el primer caso, es decir, respecto á los lugares (arts. 3064 y 3067), lo mismo que respecto á la estension con que se ejerza (arts. 3064 y 3066). El modo de ejercerla no está sujeto á cambio por prescripcion cuando se ha usado conforme á uno de los modos autorizados por el título de la constitucion (art. 3065). Pero está sujeto á prescripcion en los casos de los arts. 3063 y 3067. Véase nota del codificador al art. 3065; allí se aplican las restricciones á que, por efecto de la prescripcion, pueden quedar sujetas las servidumbres.

3009—Júzganse establecidas como perpetuas las servidumbres reales, si no hay convencion que las limite á cierto tiempo. (Concuerda con los arts. 2510—2972—2: 81—3004—3008—3016.)

CONCORDANCIAS

Freytas 4761—Demolombe, tom. 12, n° 703—Laurent, tom. 7, núms. 154 y 155—Nuestro comentario al art. 2982.

Como perpetuas las servidumbres reales: Esto no impide que la servidumbre concedida por el que tiene el dominio revocable ó por el que solo tiene en la cosa un derecho real temporario, como el usufructuario, el anticresista, etc., etc., aunque tenga los caracteres de real no sea perpetua (arts. 2984 y 3016).

1° La estabilidad de la servidumbre depende tambien de que continúe prestando un beneficio real al fundo dominante (art. 3050). Concluyendo su objeto, concluye tambien el derecho.

3010—No pueden establecerse servidumbres que consistan en cualquiera obligacion de hacer, aunque sea temporaria, y para utilidad de un inmueble. La que así se constituya, valdrá como simple obligacion para el deudor y sus herederos, sin afectar á las heredades ni pasar con ellas á los poseedores de los inmuebles. (Concuerda con los arts. 2419—2502—3023—3042—3266.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, núms. 11 y sigtes.)—Freytas, 4766, inciso 2—4767—Nota del codificador al art. 2971—Demolombe, tom. 12, n° 674—Laurent, t. 7, núms. 149 y 243.

Que consista en cualquiera obligacion de hacer: Aunque esta obligacion se establezca en favor de una heredad. Faltaría uno de los caracteres principales de las servidumbres, tanto reales como personales. Estos caracteres consisten: en *permitir*



que se haga una cosa que sin la servidumbre tendria derecho á prohibir el propietario de la heredad sirviente, ó en *no hacer* una cosa que la propiedad daba derecho á ejecutar. Con arreglo á esto se determinan las obligaciones y los derechos del propietario de la heredad sirviente (art. 3036).

La carga no es á la persona, como dice el codificador en la nota al art. 3013, sino á la heredad.

3011—Toda duda sobre la existencia de una servidumbre, sea personal ó real, sobre su estension, sobre el modo de ejercerla, se interpreta á favor del propietario del fundo sirviente. (Concuerda con los arts. 2519—2523—2798—2805—2979—3044.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 749—Pardessus, n.º 62.)

Sobre la existencia de la servidumbre : La prueba incumben al que pretende el derecho de servidumbre. Esta prueba puede hacerse en la forma establecida en el art. 2992.

Puede tambien hacerse por medio de testigos cuando se trata de servidumbres adquiridas por prescripcion. (Véase nuestro comentario al art. 3017.)

Sobre su estension : Á falta de una determinacion clara, la servidumbre debe limitarse á las necesidades del predio dominante, porque lo racional es suponer que el que adquiere una servidumbre para su fundo, la adquiere en la estension necesaria para el servicio que lo indujo á establecerla. Si esta determinacion ofrece dificultad, debe estarse á los usos del lugar (arts. 3020—3025, etc.)

Por lo que hace á las limitaciones impuestas al fundo sirviente y que no son una consecuencia de la existencia de la servidumbre, ya el art. 3044 determina lo que debe resolverse en caso de duda.

Sobre el modo de ejercerla : Respecto á esto, los arts. 3021—3079, etc., disponen espresamente lo que debe hacerse en caso de duda.

En vista de las disposiciones citadas, creemos que el presente artículo ha podido suprimirse.

Aparte de esto, el lugar que ocupa no es propio, porque en este capítulo no se trata de los derechos del propietario del pre-

dio dominante, sino del modo de adquirir las servidumbres reales ó personales. Su colocacion sería en el capítulo II.

3012—Los que pueden establecer servidumbres en sus heredades, pueden adquirirlas; pero los que no gocen de sus derechos, como los menores, aunque no puedan establecer servidumbres, pueden adquirirlas. (Concuerda con los arts. 2392 á 2399—2979 y sus concordantes—2983.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 755—Ley 10. tit. 33, part. 7*)—Freytas, 4742, 4752—Laurent, tom. 8, núms. 164 y sigtes.—Nota del codificador al art. 2979.

Estamos conformes con el Dr. Segovia, en que este artículo ha podido suprimirse, por estar ya legislado esto mismo en el art. 2979, y en los principios generales establecidos sobre la adquisición de derechos reales.

Pero no estamos conformes en la crítica que este autor hace del artículo bajo el punto de vista jurídico, cuando dice que es “juridicamente falso que el menor tenga capacidad para recibir una servidumbre”.

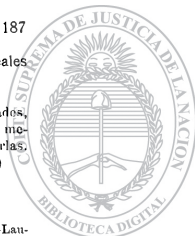
Lo que el codificador quiere decir en esto, es que el menor puede adquirir una servidumbre en el sentido de que no es nula esa adquisición, porque solo el mismo adquirente puede dejar sin efecto el contrato renunciando á ella, como lo establece el art. 3014, y como lo reconoce el mismo Dr. Segovia.

3013—El que toma la calidad de propietario, y goza como tal de la heredad, sea de buena ó mala fe, y el que obra á nombre del propietario de un inmueble, aunque no tenga mandato, pueden adquirir servidumbres reales, y la persona que las ha concedido, no puede revocar su consentimiento. (Concuerda con los arts. 2302—2984—3060.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 756, porque no es la persona sino al fundo, al que se le ha concedido la servidumbre)—Laurent, tom. 8, núms. 166 y sigtes.—Toullier, tom. 2, n° 576—Demolombe, tom. 12, n° 760.

El que toma la calidad de propietario: Una persona puede tener un inmueble en su poder á título de propietario, ó solo á título de poseedor precario. Cuando obra en el primer carácter, indudablemente que al adquirir la servidumbre lo hará en su nombre; esto poco importa segun nuestro testo, no siendo la





servidumbre adquirida un derecho personal, la adquisicion se hace para el fundo dominante. De aquí se sigue que si el dueño de este fundo lo reivindica, la servidumbre continúa sin necesidad de manifestacion espresa del reivindicante; y si quiere mantenerla, el dueño del predio sirviente no puede revocar su consentimiento. Pero el reivindicante puede, si quiere, renunciar á su ejercicio, con arreglo á lo dispuesto en el art. 3014.

“El propietario vecino, dice Demolombe, lugar citado, que ha consentido una servidumbre sobre su fundo, ha tratado mas con la cosa que con la persona; y cuando el verdadero propietario acepta los actos de administracion y gestion que han sido hechos por los poseedores, no vemos por qué motivo el dueño del fundo sirviente pueda desligarse de una estipulacion que ha consentido *in perpetuum* con el que era el representante de la propiedad del fundo, representante cuyos actos, lejos de rechazarlos el propietario los acepta espresamente.”

1º Otra cosa es cuando el adquirente de la servidumbre es un poseedor precario; en este caso, para que la servidumbre continúe despues de cesar el derecho del poseedor, es necesario, como dice nuestro artículo, *que obra á nombre del propietario*. Un ejemplo de esto lo tenemos en los arts. 2984 y 3016, en los cuales se exige que el poseedor declare espresamente que adquiere la servidumbre para él y para el propietario. Si así no se hace, la servidumbre se considera personal aunque reuna los caracteres de las servidumbres reales. (Véase comentario al art. 2984.)

2º Lo mismo sucede con el gestor de negocios que adquiere una servidumbre á nombre del propietario.

Es por esto que el artículo, generalizando el principio, habla de todo el *que obra á nombre del propietario*, distinguiéndolo del que obra como propietario sin serlo.

3º Si la servidumbre ha sido adquirida á título oneroso ¿podría exigir el reembolso de lo que ha pagado el poseedor que estipuló como propietario la servidumbre?

Á estar á los principios establecidos en materia de gastos útiles hechos por el poseedor, como sería la adquisicion de la servidumbre á título oneroso, parece que el poseedor debe tener derecho á pedir el reembolso de la suma pagada por la adquisicion de la servidumbre (arts. 2427 y sigtes.) sin perjuicio de

que si el reivindicante encuentra oneroso su establecimiento renuncie á ella (art. 3014).

3014—En todos los casos de los dos artículos anteriores, si los propietarios cuyos negocios se han hecho, encuentran oneroso el establecimiento de la servidumbre, pueden renunciar á ejercerla, renunciando á la servidumbre. (Concuerda con los arts. 872—2984—3015—3016—3047.)

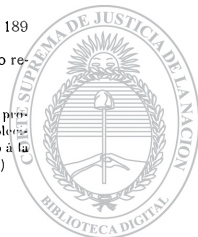
CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 757.)

Renunciando á la servidumbre: En este caso, ninguna obligación contrae con el que estableció la servidumbre. No es como afirma el Dr. Segovia, "que la utilidad del negocio ó lo oneroso de las condiciones en que la servidumbre fué establecida no deben juzgarse por el criterio individual y caprichoso del dueño del inmueble dominante". En ninguno de los dos casos de que habla el artículo, se le puede decir al dueño del predio dominante que la clasificación que hace de ser oneroso el establecimiento de la servidumbre, es sin razon y caprichosa, pues él es el único juez para decidir si le conviene ó no aceptarla. Cualquier distincion que se quiera hacer choca con la disposicion terminante del presente artículo, que se refiere especialmente á las servidumbres establecidas por terceros que no son dueños del fundo dominante, ó de incapaces que adquieren servidumbres sin la autorizacion necesaria de sus representantes. En uno ú otro caso, si el representante del incapaz, como el tutor respecto del menor, el marido respecto á la mujer, etc., etc., no aceptan la servidumbre, el dueño del fundo dominante queda desligado de toda obligacion.

Si el codificador se ha separado, con ó sin razon, al fijar los derechos del dueño del predio, de lo establecido en otra parte sobre la gestion de negocios en general, es una cuestion muy distinta á la interpretacion ó al alcance que el presente artículo tiene.

Debe advertirse, por otra parte, que aun sin este artículo expreso y resuelta la cuestion por los principios generales que rigen en materia de gestion de negocios, el art. 2302 confirma en parte lo dispuesto en el que estudiamos.



3015--Uno de los condóminos de un fundo indiviso, puede estipular una servidumbre á beneficio del predio comun; mas los otros condóminos pueden rehusar de aprovechar de ella. El que la ha concedido no puede sustraerse á la obligacion contraida. (Concuerda con los arts. 2680—2682—2683—2983—2984—2985—2986—3014.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Luisiana, 756—Laurent, tom. 8, n° 165—Merlin, tom. 31, p. 57—Demolombe, tom. 12, n° 761.

El que la ha concedido, etc.: Tampoco el que la ha adquirido puede excusarse de cumplir la obligacion impuesta por la adquisicion.

1° Si la servidumbre es divisible, el condómino que ha consentido en ella puede ejercerlas en proporcion á su parte en el inmueble.

2° Desde el momento en que los otros comuneros consienten en la estipulacion deben pagar proporcionalmente lo que hubiera costado su establecimiento.

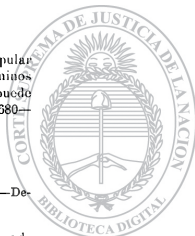
3° En el caso del artículo que estudiamos, el comunero que ha estipulado la servidumbre real no puede impedir que los otros la ejerzan, siempre que contribuyan á pagar las cargas impuestas para la adquisicion.

Esos comuneros que no han formado parte en el establecimiento de la servidumbre tienen un derecho indiscutible para aceptarla ó no.

Pero si esta ha sido estipulada espresamente en favor de uno de los comuneros, será éste un derecho personal, del cual los otros no pueden aprovecharse (Demolombe, tom. 12, n° 762, art. 3004).

4° Cuando el fundo comun viniese á quedar, por el resultado de la particion, en poder de otro de los comuneros que no han aceptado la servidumbre, puede ese comunero aceptarla sin que el dueño del predio sirviente pueda ni en este caso alegar falta de consentimiento de aquél al constituirse la servidumbre, porque no es á la persona sino al fundo al que se ha concedido la servidumbre (nota del codificador al art. 3013).

3016—El usufructuario puede adquirir una servidumbre en favor de la heredad que tiene en usufructo, declarando obrar por el propietario, ó estipulando que la servidumbre está establecida en favor de todos los



que despues de él posean el inmueble; mas si en el acto de la adquisicion solo toma la calidad de usufructuario sin espresar al mismo tiempo que estipula para todos sus sucesores en la posesion de la heredad, el derecho se estingue con el usufructo, y el propietario no podrá reclamar la acabado el usufructo. (Concuerda con los arts. 2980—2984—3004—3014—3979.)

CONCORDANCIAS

(Cod. de Luisiana, art. 760)—Laurent, tom. 8, n° 167—Proudhon, *Usufructo*, núms. 1452 y sigtes.

El presente artículo ha podido reasumirse en el 2984, agregándole á este último que cuando el usufructuario no trata para el nudo propietario, éste no puede reclamar derecho á la servidumbre. (Véase comentario al citado artículo.)

Se estingue con el usufructo: Méenos cuando se estingue porque el usufructuario se haga propietario, y no se ha estipulado espresamente una duracion limitada (art. 3009, y comentario al 2982).

3017—Las servidumbres continuas y aparentes, se adquieren por título ó por la posesion de treinta años. Las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas aparentes ó no aparentes, no pueden establecerse sino por títulos. La posesion aunque sea inmemorial no basta para establecerlas. (Concuerda con los arts. 2975—2976—2978—2997—4015—4019, inciso 4—4051.)

CONCORDANCIAS

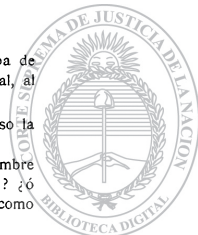
(Cód. frances, arts. 690 y 691—Italiano, 690—Napolitano, 612—De Luisiana, 761—Véase Marcadé, sobre los artículos citados del Código frances—Troplong, *Prescripcion*, desde el n° 856—Véase L. 10, tit. 5, lib. 8, Dig.—LL. 15 y 16, tit. 31, part. 3°—La L. 15 de Partida, dice: “que las servidumbres continuas no aparentes, y las servidumbres discontinuas se adquieren por una posesion de tiempo inmemorial”)—Notas del codificador á los arts. 2975 y 2978—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1563 y sigtes.—Nuestro comentario al 2978—Demolombe, tom. 12, núms. 779 y sigtes.

O por la posesion de treinta años: Esta posesion puede ser de buena ó de mala fe; poco importa esto, ella confiere la propiedad á toda clase de poseedor.

Se entiende por posesion de una servidumbre, el ejercicio de ella (art. 2977, última parte, Laurent, tom. 8, n° 202).

1° El tiempo de la prescripcion se debe contar desde que





principió el ejercicio (Cód. de Chile, 882, 2ª parte); y la prueba de la posesion de treinta años, corresponde, como es natural, al que alega el derecho.

Éste podrá valerse de todos los medios de prueba, incluso la testimonial, para probar su posesion trinitaria.

2º Los trabajos que anuncien la existencia de la servidumbre ¿deben ser hechos por el propietario del predio dominante? ¿ó bastará que sean hechos por el que posee á nombre suyo, como el poseedor precario?

La mayoría de los jurisconsultos sientan como principio general, que no es necesario que los trabajos sean hechos por el mismo propietario, y que en consecuencia la cuasi posesion de la servidumbre puede principiar en el poseedor precario.

Lo que la ley quiere es que el fundo dominante se haya servido, diremos así, de esa servidumbre, cualquiera que sea el que ha estado en posesion del inmueble, pues que la servidumbre real no se crea á favor de la persona sino del fundo.

Lo que crea la servidumbre es la tolerancia, durante treinta años, del dueño del fundo sirviente, en que los poseedores del dominante hagan uso del gravámen. Es por esto que la ley no debe tomar en cuenta quien hizo los trabajos para su ejercicio.

El poseedor precario, por otra parte, es un representante del propietario; aquél posee y conserva su posesion por medio de su arrendatario, usufructuario, etc., etc.

“Importa poco, dice Demolombe, tom. 12, nº 778, que los trabajos hayan sido hechos por el propietario del fundo dominante ó por uno de los copropietarios indivisos, por el usufructuario, por el locatario ó por un tercero poseedor de buena ó mala fe.”

“No se trata aquí de contratar, solo se trata de un hecho de posesion; y la posesion puede ejercerse útilmente por el propietario ó por cualquiera que ocupe el fundo aunque sea accidentalmente.”

3º Otra cosa será cuando la servidumbre ha principiado por adquisicion del usufructuario que no declara tratar á nombre del nudo propietario.

En efecto, el art. 3016 declara que cuando el usufructuario adquiere una servidumbre, se considera que solo ha adquirido un derecho personal, si no declara que lo adquiere tambien para el



propietario. Si así no lo hace, el derecho concluye con el usufructo, y el propietario no puede reclamar la continuacion de la servidumbre.

De aquí se sigue que si concluido el usufructo el propietario sigue gozando de la servidumbre creada por el usufructuario, nunca puede unir á su posesion la de éste para el efecto de completar los treinta años exigidos para adquirirla definitivamente. Él no puede aprovecharse de esa posesion porque solo ha sido un derecho personal concedido al usufructuario, y que concluyó con la cesacion del usufructo.

5º Para que la posesion trinitaria haga adquirir la servidumbre es indispensable que esa posesion no sea á título de tolerancia del dueño del predio sirviente. Así, cuando se entra á ejercer la servidumbre despues de un acto escrito en que el beneficiado declara que entra á poseerla á título de simple tolerancia, este escrito será un obstáculo permanente para la adquisicion por prescripcion de la servidumbre tolerada. Aun cuando el dueño del predio sirviente tenga la intencion, al ejercerla, de hacer acto de propiedad, el acto escrito dice otra cosa (Demolombe, tom. 12, nº 779, *ter.*

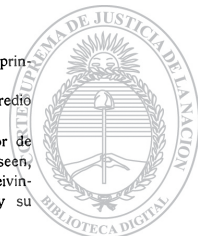
Debe tenerse presente que segun el art. 2993, un acto ejecutado por el dueño del predio sirviente constituye un título á la servidumbre sin necesidad de reconocimiento por parte del propietario del predio dominante. (Véase el nº 7 de nuestro comentario al art. 3017.)

5º Esto por lo que hace al propietario primitivo. ¿Qué deberá decirse de los sucesores de buena fe?

Hay que distinguir aquí dos casos: ó el nuevo poseedor es á título de heredero, ó lo es á título singular, como el comprador, por ejemplo.

En el primer caso, la posesion del heredero continuará siendo precaria, como lo hemos dicho en el comentario á los artículos 2353 y 2354; en consecuencia, no podrá adquirir la servidumbre por prescripcion. En el segundo, la posesion del comprador es propia, principia desde la tradicion que se le hace, y no participa de los caracteres que tenia la del tradente, como hemos dicho en el comentario al art. 2354 (Demolombe, tom. 12, p. 265).

6º La exigencia de treinta años para prescribir el derecho á



una servidumbre es absoluta. Es tambien una escepcion al principio general que rige en materia de prescripcion.

En ningun caso le es dado al dueño del que se dice predio dominante invocar otra clase de prescripcion.

Así, por ejemplo, si un poseedor precario, ó un poseedor de mala fe establecen una servidumbre sobre el fundo que poseen, el dueño del predio dominante no podrá invocar contra el reivindicante la posesion de diez ó veinte años, su justo título y su buena fe para prescribir el derecho creado.

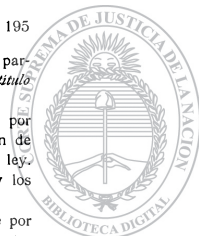
Nuestro artículo se ha separado completamente en este punto de los principios que rigen en materia de prescripcion. No dice que la servidumbre se adquiere por prescripcion, sino por *la posesion de treinta años*; fuera de esa posesion y de un título válido, dado por quien tenga derecho á darlo, no hay otro medio de adquirirlas (Laurent, tom. 8, nº 194—Marcadé, tom. 2, nº 653).

No pueden establecerse sino por título. Este título es necesario que emane del verdadero propietario del fundo sirviente; si emana de otro que no sea tal, el adquirente no podrá mantener la servidumbre alegando que con ese título ha prescripto el derecho.

Si no lo puede nacer, como lo hemos visto en el nº 6 de este comentario respecto de las servidumbres continuas y aparentes, ménos razon habria para admitirlo respecto de las servidumbres no aparentes, y las discontinuas, aunque tenga treinta años de posesion.

Laurent, tom. 8, nº 196, refiriéndose á esto mismo, al estudiar el art. 791, frances, igual á la segunda parte del nuestro, dice: "El art. 691 dice que las servidumbres continuas no aparentes y las servidumbres discontinuas no aparentes, *solo se pueden establecer por título*. Esta disposicion está contenida en términos restrictivos. Escluye para las servidumbres discontinuas ó no aparentes, todo otro modo de adquisicion que no sea un título, escluye por consiguiente la prescripcion, y si la servidumbre pudiera establecerse por una posesion de treinta años mediando título y buena fe, esta se fundaria en la prescripcion. Pero este modo de establecer las servidumbres discontinuas y las no aparentes, es rechazado terminantemente por el texto de la ley".

Esto mismo es aplicable entre nosotros: la ley exige un *título*



distinto, por cierto, al de la prescripcion, pues en la primera parte del artículo que estudiamos, se habla espresamente de *título* y de *prescripcion*.

En el caso propuesto, el fundamento del derecho alegado por el dueño del predio sirviente, no es el *título*, sino la posesion de treinta años, y este medio de adquirir es rechazado por la ley. De la misma manera piensan Aubry y Rau, § 251, nota 2, y los autores allí citados.

8º Respecto á las servidumbres que solo pueden adquirirse por título, debe tenerse presente que segun el art. 2993, su establecimiento puede ser probado por un acto ejecutado por el propietario del fundo sirviente que lo fuese á la época de la ejecucion del acto. (Véase Aubry y Rau, § 250, nota 18.)

La posesion aunque sea inmemorial no basta para establecerla: Esto no perjudica las servidumbres adquiridas por prescripcion ántes de la vigencia del actual Código Civil, y con arreglo á la ley de Partida citada por el codificador. Este sería un derecho adquirido contra el cual no puede tener efecto retroactivo el artículo que estudiamos, con arreglo á lo dispuesto en el art. 3 del Código.

El que hoy alegare derecho á una servidumbre establecida en esta forma, tendria que probar que á tiempo de ponerse en vigencia el actual Código Civil, ya estaba adquirida por la prescripcion inmemorial (Marcadé, citado, nº 652), ó por la de diez ó veinte años si era aparente y continua.

Segun la ley 15, tít. 31, part. 3ª, las servidumbres continuas y aparentes se prescribian por diez y veinte años, y las no aparentes ó discontinuas cuando la hubieran usado "tanto tiempo que non se puedan acordar los homes quanto ha que la comenzaron á usar".

8º *bis*—Si á la fecha de la promulgacion del actual Código Civil alguna de esas servidumbres estaba adquirida ya en alguna de estas formas, no puede perder su derecho porque el presente artículo haya modificado esa ley.

Respecto de aquellos cuya posesion ha principiado ántes de la vigencia del Código ¿se estará lo dispuesto en el art. 4031? Pensamos que no; que una servidumbre cuya posesion ha principiado ántes de la vigencia del Código, no puede quedar adquirida durante su vigencia á los diez ó veinte años.



En materia de servidumbres nuestro Código contiene disposiciones especiales, como lo declara el codificador en la nota al art. 2978, que no acepta la *prescripcion* en general como medio de adquirirlas; solo acepta para las continuas y aparentes el título *ó una posesion* de treinta años. Esa posesion la hace equivaler á un título, y es por esto que en los art. 2977 y 2978 que señalan los medios de adquirirlas, no enumera la *prescripcion*, por mas que en otros artículos se valga de esta palabra. (Véase sobre esto nuestro comentario al art. 4051.)

Solo bajo ciertos puntos indispensables, la adquisicion de la servidumbre por la posesion de treinta años está regida por los principios de la *prescripcion* de las cosas y de las acciones en general.

9º Las reglas establecidas para la *prescripcion* en general deben aplicarse tambien á las servidumbres, tanto respecto á la interrupcion como á la suspension de la *prescripcion*.

Así, si el inmueble sobre el que se pretende haber adquirido este derecho pertenece á varios, basta que uno de ellos haya interrumpido la posesion, para que esta interrupcion aproveche á los demas (arg. del art. 3061).

En cuanto á la suspension de la *prescripcion* acordada en términos generales á favor de los menores de edad, creemos, con Demolombe, tom. 12, nº 775 *bis*, que el menor á quien le ha tocado en lote el fundo sobre que se ejercia la servidumbre, llegado á la mayor edad puede invocar la suspension de la *prescripcion*, si con esto impide que se entere el término de treinta años de posesion exigido por la ley para adquirirlas continuas y aparentes.

La servidumbre es una enajenacion, y por lo mismo no pueden consentir en ella sino las personas capaces. Este es precisamente el fundamento del art. 3966 explicado por el codificador en la nota al mismo artículo; y no habria por qué hacer una escepcion en el caso que nos ocupa para hacer correr la *prescripcion* contra ese menor. (Véase art. 3062.) Cuando la ley establece que se adquieren las servidumbres aparentes y continuas por la posesion de treinta años, es porque presume que el propietario del fundo gravado ha consentido válidamente en el gravámen; pero si ese consentimiento no es válido por razon de

la incapacidad del que lo presta, es claro que la adquisicion es nula. (Véase Demolombe, tom. 12, n° 999.)

CAPITULO II

De los derechos del propietario del predio dominante

3018—Por el establecimiento de una servidumbre, se entiende concedida al propietario de la heredad dominante, la facultad de ejercer las servidumbres accesorias que son indispensables para el uso de la servidumbre principal; pero la concesion de una servidumbre no lleva virtualmente la concesion de otras servidumbres, para solo hacer mas cómodo el ejercicio del derecho, si no son indispensables para su uso. (Concuerda con los arts. 1198—3022—3025—3026—3036—3086—3089—3104—3105—3107.)

CONCORDANCIAS

(L. 6, tit. 31, part. 3°—L. 3, § 3, tit. 3, lib. 8, Dig.—L. 20, tit. 2, lib. 8, Dig.—Cód. frances art. 696—Napolitano, 617—De Luisiana, 770—Demolombe, tom. 12, n° 892—Toullier, tom. 3, n° 646—Pardessus, n° 54)—Freytas, 4776 y 4777—Cód. de California, 1144 y 1145—Goyena, 542—Cód. de Chile, 828.

Que son indispensables para el uso de la servidumbre principal: La determinacion de los derechos del propietario del fundo dominante, y que son una consecuencia del ejercicio de la servidumbre, cuando no está designada por el título de constitucion (art. 3019), es una cuestion de hecho que el Juez apreciará en cada caso particular, teniendo presente la regla establecida por este artículo, cual es de que solo pueden ejercerse aquellas servidumbres que son *indispensables* para el ejercicio del derecho, sin tomar en cuenta para nada la mayor ó menor comodidad del dueño del predio dominante, siempre que esto no llegue á restringir su derecho sobre lo principal.

Así, por ejemplo, el que tiene una servidumbre de acueducto, tiene la de hacer pasar á las personas que han de componerlo, (art. 3086); pero no tiene derecho para establecer habitaciones á la orilla del acueducto para que vivan allí los que se haya de ocupar en su conservacion; esta servidumbre no es *indispensable* para el ejercicio del acueducto.

Tampoco tendrá derecho para abrir puertas, aparte de las entradas que tenga el fundo sirviente, para que por allí entren los trabajadores. En los concordantes citados se puede ver la ma-





por parte de los derechos accesorios que tiene el dueño del predio dominante para el ejercicio de su derecho. Debe tenerse presente que en la duda sobre la estension de los derechos del dominante se estará por la restriccion (arts. 3011 y 3044).

1º Cuando se trata de una servidumbre constituida por la posesion, el derecho á las servidumbres accesorias queda limitado á las que hasta la fecha de la adquisicion habia ejercido (art. 3027), en virtud de la regla aceptada por todos, de que *tantum præsriptum, quantum possessum*.

3019—La estension de las servidumbres establecidas por voluntad del propietario, se arreglará por los términos del título de su origen, y en su defecto, por las disposiciones siguientes. (Concuerda con los arts. 1197—1198—2952—3011—3027—3044—3063 á 3065.)

CONCORDANCIAS

Cód. frances, 686—Cód. de Chile, 884—Freytas, 4804—Laurent, tom. 8, núms. 225 y sigtes.

Por los términos del título de su origen: Lo estipulado es la ley de los contratantes (art. 1197). Pero como esa misma ley puede dar lugar á dudas, es necesario interpretar la voluntad de las partes; para esto es necesario que el Juez examine la naturaleza misma de la servidumbre, y que con arreglo al principio establecido en el art. 1198, determine qué es lo que verosímilmente las partes han entendido contratar.

Si la intencion de las partes es clara, aunque no se haya manifestado espresamente, no debe aplicarse la regla establecida en los arts. 3011 y 3044, sino que debe hacerse cumplir esa voluntad presunta. Solo cuando esto ofrezca duda, se inclinará en favor del fundo sirviente, como lo establecen los artículos citados.

Muchos creen, que en materia de servidumbre, en falta de una determinacion espresa de las partes, debe estarse ante todo, por la mayor libertad del fundo sirviente. Esta regla no es justa, y tratándose de nuestro Código, sería ilegal. El adagio: *odia restringenda*, no es aplicable cuando está de por medio la voluntad de las partes; las limitaciones que el individuo pone á su derecho de propiedad no tiene nada de odioso; mas odioso es limitar como uno el derecho que ha concedido como dos.



Pero si la duda está en la existencia misma de la servidumbre, siempre deberá estarse por la libertad del predio, en contra del cual se quiere establecer. Ya hemos dicho ántes en la forma que éstas pueden establecerse, y que la ley no presume su establecimiento porque la servidumbre es una enajenación, y á nadie se le supone enajenador (Laurent, tom. 8, nº 228).

3020—El propietario de la heredad dominante puede ejercer su derecho en toda la estension que soporten, segun el uso local, las servidumbres de igual género de la que se encuentra establecida á beneficio de su heredad. (Concuerda con los arts. 3018—3025—3033.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4804, inc. 1—Demolombe, tom. 12, nº 844—Aubry y Rau, § 253, not. 1.

Segun el uso local: Méenos cuando se ha determinado en el contrato de constitucion la estension en que debe ejercerse (art. 3019 y 3079). Tampoco influyen las costumbres del lugar cuando la servidumbre se ha establecido por prescripcion (art. 3027). Véase Aubry y Rau, § 253, letra B—Laurent, tom. 8, núm. 231 á 234.

3021—Si la manera de usar la servidumbre es incierta, como si el lugar necesario para el ejercicio de un derecho de paso, no es reglado por el título; corresponde al deudor de la servidumbre designar el lugar por donde él quiera que se ejerza. (Concuerda con los arts. 601—3011—3037—3041—3074.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 775—Pardessus, nº 54)—Freytas, 4806—Demolombe, tom. 12, nº 843.

Designar el lugar por donde él quiera que se ejerza: Pero si este lugar designado es muy incómodo, sea por la distancia que hay que recorrer, porque esto no permita hacer reparaciones indispensables, ó porque sea de mucho costo, deberá designar otro que no sea tal (arts. 3037—3041 y 3074). Si las partes no pueden ponerse de acuerdo, el Juez designará el lugar mas propio.

Pero debe tenerse en cuenta que si el lugar mas cómodo no ha sido designado por el propietario del predio sirviente, porque



el ejercicio de la servidumbre por ese lugar le trajera perjuicio, el dueño del predio dominante tiene que conformarse con la designación hecha, aunque le sea de mas costo su ejercicio ó mas incómoda, con tal que no le sea imposible.

De manera que la queja del acreedor de la servidumbre sobre la designación que ha hecho el deudor, solo es atendible cuando no le trae perjuicio al primero la designación de otro lugar. Siempre se debe tratar de conciliar los intereses de uno y otro; y cuando esto no sea posible, se debe, sin menoscabar los derechos del predio dominante, hacer lo ménos perjudicial posible para el sirviente el ejercicio de la servidumbre (art. 3011).

1º Las costumbres del lugar, en falta de una designación precisa sobre el modo de ejercerla, se deben tomar especialmente en cuenta para dirimir las cuestiones que se susciten al respecto.

3022—El propietario de la heredad dominante tiene derecho de ejecutar en la heredad sirviente todos los trabajos necesarios para el ejercicio y conservación de las servidumbres; mas los gastos son de su cuenta aun en el caso de que la necesidad de reparación hubiese sido causada por un vicio inherente á la naturaleza del predio sirviente. Esta disposición comprende la servidumbre de sufrir la carga de un muro ó edificio, como todas las demas. (Concuerda con los arts. 3010—3018—3023—3086—3089—3096—3105.)

CONCORDANCIAS

(Molitor, *Servidumbres*, n° 9—Pardessus, núms. 54 y 57—Aubry y Rau, § 253 Cód. francés, arts. 697 y 698—Nota del codificador al art. 2971)—Freytas, 4777, inc. 1 y 2; 4811—Cód. de California, 1147—Véase 1148 del mismo Cód. de California—Demolombe, tom. 12, núms. 833 y sigtes.

Tiene derecho de ejecutar, etc.: No solo tiene derecho sino que algunas veces tiene obligacion de ejecutar los trabajos necesarios para que la servidumbre no perjudique al predio sirviente. Así, por ejemplo, en una servidumbre de acueducto, el dueño del predio dominante no puede dejar obstruir el canal de modo que el agua se derrame y aneguen los terrenos por donde pasa (Demolombe, tom. 12, n° 839). Esto no quiere decir que el que tiene derecho á la servidumbre esté obligado á ejecutar los trabajos necesarios para evitar los perjuicios consiguientes al ejercicio regular de ella, como lo establece el codificador en la

nota á este artículo al decir que el que tiene una servidumbre de tránsito no está obligado á cercar los costados del camino, para que los animales que tiene derecho á hacer pasar no salgan de él.

Estos perjuicios son consiguientes al ejercicio de la servidumbre, y es el dueño de la heredad sirviente el que debe evitarlos. En el ejemplo que hemos puesto al principio, ese derrame de las aguas no es una consecuencia necesaria del ejercicio de la servidumbre; es consecuencia de un ejercicio irregular de ella, que el acreedor está obligado á evitar.

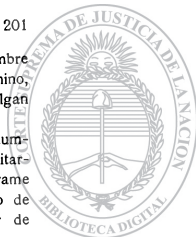
Aún esto mismo está limitado, como puede verse por el art. 3098 y sus concordantes.

"El propietario del fundo dominante, dice Demolombe, será *à fatori* responsable del daño que el propietario del fundo sirviente haya experimentado, en razon de que las obras ejecutadas para el ejercicio de la servidumbre hayan sido defectuosos ó insuficientes para evitar los daños consiguientes."

"Pero cuando están en debida forma, es decir, con arreglo á las reglas del arte, segun la situacion de los lugares y el objeto de la servidumbre, el propietario del fundo dominante no está obligado á reparacion alguna en razon de los perjuicios que estas obras ó el ejercicio mismo de la servidumbre puedan ocasionar, como consecuencia *naturaliter*, como dice Pomponius; esto sería así, por ejemplo, si la heredad sirviente se inunda á causa de una creciente extraordinaria á que el acueducto ha dado paso, si *imbri crescat aqua in vivo* (Ley 20, § 1, *De scrrit præd rust*). ó si una lluvia extraordinaria, cayendo de mi techo al vuestro, en virtud de la servidumbre de goteraje que me pertenece, arruina vuestros tejados."

1º Debe, pues, tenerse en cuenta que el principio general que rige en materia de servidumbre es que, el dueño del predio dominante solo está obligado á soportar los perjuicios que le vengan por causas extraordinarias ó por la naturaleza misma de la servidumbre; pero no los que provengan de un descuido ó negligencia de parte del dueño del predio dominante. El art. 1148 del Cód. de California, es terminante al respecto.

3023—Se puede, sin embargo, estipular que los gastos para la conservacion de la servidumbre sean á cargo de la heredad sirviente. En tal



caso, el propietario del muro sirviente puede libertarse de ellos abandonando el fundo al propietario del edificio dominante. (Concuerda con los arts. 2411—2419—2420—2723—2724—2727—2882—3010—3022—3042.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, tom. 1, n° 67—Demolombe, tom. 12, n° 883—Véase Aubry y Rau, § 258, nota. 9—Marcadé, comentario al art. 697) — Freytas, 4800 y 4801—Cód. frances, 699.

Abandonando el fundo al propietario del edificio dominante: Gravisimas cuestiones pueden resultar de la presente disposicion; á estas hay que agregar en nuestro derecho las que resultan de la disposicion del art. 3042 combinado con el presente.

Examinaremos separadamente cada una de ellas.

1° ¿Cuál es el carácter de la obligacion que por el presente articulo, y como una escepcion al anterior, se permite estipular? En principio general, casi todos los autores están de acuerdo en darle el carácter de real.

Así, Marcadé, n° 664, tom. 2, dice: “Esta obligacion de poner y mantener la cosa en el estado necesario al ejercicio de la servidumbre, siendo evidentemente el accesorio y como una parte de la servidumbre, debe participar de la naturaleza de ésta, y revestir sus caracteres en tanto que lo permita la naturaleza de las cosas.

Pero si la naturaleza de las cosas se opone á que esta obligacion sea como la misma servidumbre, una desmembracion de la propiedad, un *jure in re*, ella no se opone á que sea impuesta como obligacion al fundo mismo, y como constituyendo una *jus in rem*, un derecho en que el fundo sea, no el objeto, sino el sujeto pasivo, absolutamente como en la hipoteca”.

“Esto es lo que ha debido hacer, y lo que ha hecho el legislador; de manera que todo se reduce á decir que aquélla es una simple obligacion, y no una desmembracion de la propiedad, pero una obligacion impuesta á la cosa; con esto no se hace mas que reproducir aquí estas palabras aplicadas á la hipoteca por Neguzantius: *Per illam obligatur non persona, sed res; et sequitur fundum, et datur contra possessorem*. Precisamente porque la obligacion es impuesta al fundo y no á la persona; que éste no está absolutamente obligado á ejecutarla, y puede desligarse de ella abandonando al acreedor el fundo deudor.”



BIBLIOTECA DIGITAL



Laurent, tom. 8, n° 242, dice: "De que el fundo sirviente pueda ser abandonado al propietario del dominante, ¿se sigue que la carga impuesta sea necesariamente real? No, por cierto; es solo por derogacion del derecho comun que la obligacion es considerada como tal. El fundo solo puede ser obligado en materia de servidumbre; un fundo no puede ser obligado á hacer; pero la obligacion de hacer las obras, siendo un accesorio de la servidumbre, el legislador le atribuye el carácter de realidad".

1° ¿Ha seguido esta doctrina nuestro codificador y aplicado todas sus consecuencias?

Á estar á la opinion de los autores citados por el mismo codificador, pareceria que participaba de sus doctrinas; pero es indudable que solo las ha seguido en parte, que ha aceptado esas teorías solo para ciertos y determinados efectos, como el de hacer cesar la obligacion abandonando el fundo en razon del cual se obligó la persona, pero que se ha separado espresamente de las demas consecuencias que hacen desprender del carácter que le dan á la obligacion de que habla el artículo.

Ellos dicen que siendo la obligacion de hacer esas obras una carga real, es necesario aplicar los principios que rigen los derechos reales; que siendo esta una modalidad de la servidumbre que, como la servidumbre misma grava á perpetuidad el fundo sirviente, ella sigue á éste á cualquier mano que pase.

Tratándose del Código frances, nos parece racional esta consecuencia, desde que en dicho Código no hay ninguna disposicion que la modifique de un modo especial y escepcional. No sucede lo mismo tratándose de nuestro Código. Nosotros tenemos que resolver la cuestion no con arreglo á esos principios generales, sino con arreglo al mismo Código.

Tenemos el art. 4042, que dice: "Si el propietario de la heredad sirviente se hubiese obligado á hacer obras ó gastos para el ejercicio ó conservacion de la servidumbre, tal obligacion *solo afectará á él* y á sus herederos, y no al que sea poseedor de la heredad sirviente."

Se ve por este artículo, que la carga de que hablamos, cualquiera que sea el carácter que nuestro codificador haya querido atribuirle en las notas á los arts. 3022 y al presente, no produce entre nosotros todos los efectos que los jurisconsultos franceses atribuyen al art. 699 de aquel Código, y entre ellos la de



hacer pasar la obligacion á todos los poseedores del inmueble sirviente, sean éstos á título de heredero, ó á título particular.

Nuestro codificador se ha visto en la necesidad de hacer espresamente esta modificacion, es decir, la de que la obligacion impuesta por el presente artículo no pasa sino á los herederos del que la impuso y no á los demas poseedores por título singular del inmueble sirviente, para que nuestros intérpretes no siguieran la doctrina francesa, y la ha tomado de Zachariæ, tom. 2, p. 81, quien niega que esta obligacion constituya una carga real, una *jus in rem*.

Niega tambien que sea una obligacion *in rem scripta*, por lo cual no puede pasar á todos los poseedores del inmueble sirviente, como pasa la servidumbre misma. "Esta obligacion, dice este autor, no consiste en un servicio que una heredad preste á otra, ni en un uso al cual la cosa esté afectada".

Para los autores franceses el principal argumento de que ésta es una carga real lo sacan del derecho que el art. 696 frances da al dueño del predio sirviente para librarse de ella siempre que abandone el fundo sobre el cual pesa.

Nuestro Código, como se ve, tambien acuerda este derecho, pero en el artículo que hemos trascripto hace de esto una carga personal, declaracion que no se encuentra en el Código frances. Por esto no podemos aceptar en absoluto las conclusiones que los jurisconsultos franceses sacan del art. 699 del citado Código.

Nuestro art. 3010 confirma tambien lo dicho.

"No puede establecerse servidumbre, dice, que consista en obligacion de hacer, aunque sea temporaria y para *utilidad de un inmueble*."

La obligacion de hacer los gastos para la conservacion de la servidumbre, no es sino una obligacion *de hacer*, y como tal no puede pasar á todos los poseedores del fundo sirviente, sino que afectará únicamente al deudor y á sus herederos, como dispone la última parte del art. 3010, y lo repite el 3042.

Hay mas: en la nota puesta por el codificador al art. 2971, y que se cita por el mismo en la nota al 3022, pone el ejemplo de que un propietario de un fundo sirviente que se obliga á renovar las zanjas de su propiedad, y declara que esta sería una obligacion de hacer, una carga impuesta á la persona en favor de la heredad. (Véase dicha nota.)



2º El Dr. Segovia en la nota 128, dice que el artículo que estudiamos y el 3042 son distintos, que el primero es una aplicación del 4266 y el segundo del 3010, lo que equivale á decir que el caso legislado en el que estudiamos es una carga real, como los de que habla el 3266, y el legislado en el art. 3042, una obligación personal, como la de que habla el artículo 3010.

Pero esta precisamente es la cuestión, y lo que el Dr. Segovia ha debido demostrar para distribuirlo del modo que lo hace, es la diferencia que hay entre los casos legislados en el presente artículo y los legislados en el 3042.

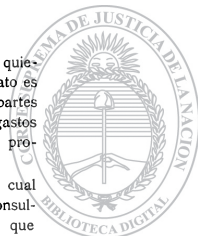
Tenemos por indudable que los dos artículos legislan el mismo caso. Así lo considera también Freytas, como puede verse por los arts. 4800 y 4801.

Basta comparar los textos de uno y otro de nuestros artículos para convencerse de esto. En efecto, después de sentar como principio general en el art. 3022, que los *gastos necesarios para el ejercicio y conservación de la servidumbre* son de cuenta del propietario del predio dominante, establece en el que estudiamos “que *sin embargo* se puede estipular que los *gastos* para la conservación de la servidumbre sean á cargo de la *heredad sirviente*”. Después, como determinando el alcance de esta disposición viene el art. 3042 (que debió figurar á continuación del presente), en el que establece que cuando el poseedor de la *heredad sirviente se obliga á hacer obras ó gastos* PARA EL EJERCICIO Ó CONSERVACION de la servidumbre, tal obligación solo afectará á él, etc.

¿Podría alguien decir que estos dos artículos hablan de dos obligaciones distintas, y demostrar en qué consiste la diferencia? Imposible.

Ambos hablan de una misma obligación, *la de hacer los gastos de conservación*, como dicen espresamente los dos; hablan de la misma persona obligada, *el dueño ó poseedor* del fundo sirviente, y del mismo acreedor, *el fundo dominante en favor del cual se establece*, como dice la nota del codificador al art. 2971. Luego, tratando los dos artículos de idéntica obligación, de idéntico deudor y de idéntico acreedor, la hipótesis legislativa en ambos tiene que ser idéntica también.

Debemos advertir que en estos dos artículos se habla, y nosotros también hablamos, con prescindencia de las estipulaciones



especiales de las partes sobre el carácter que espresamente quieren ellas dar á la convencion, pues en este caso el contrato es la ley; nos referimos, como esos artículos, á cuando las partes al establecer una servidumbre estipulan simplemente que los gastos del establecimiento y conservacion de ella son á cargo del propietario del fundo sirviente.

En este caso, rige lo dispuesto en el art. 3042, por el cual debe interpretarse el que estudiamos, y no como los jurisprudenciosos franceses interpretan el 699 respecto á la condicion en que queda el adquirente á título singular relativamente á la obligacion impuesta (Laurent, tom. 8, nº 244).

4º ¿Qué es lo que el propietario del fundo sirviente debe abandonar, es todo el fundo, ó solo la parte sujeta á la servidumbre?

Las palabras “el propietario del *muro* sirviente”, empleadas en la segunda parte del artículo, aunque podrian hacer creer que el derecho de abandono se referia únicamente á la servidumbre *oneris ferendi*, ó de sufrir la carga de un muro, de que habla la última parte del art. 3022, anterior, no tiene sin embargo ese significado; son mas bien como un ejemplo para significar la parte del fundo sirviente que se debe abandonar, que es la que está especialmente afectada á la servidumbre, la casa, por ejemplo sobre que se ejerce la servidumbre. Se ha tomado esto como ejemplo, únicamente.

De modo, que en la hipótesis del artículo, lo que el dueño del predio tendria que abandonar, no sería todo el fundo, sino el edificio sirviente.

Así, por ejemplo, sobre el fundo A, se establece una servidumbre de acueducto á favor del fundo B; el dueño del primero se compromete á mantener limpio el acueducto; pero encontrando gravoso esto, quiere librarse de la carga haciendo uso del derecho que le acuerda el presente artículo. En este caso, decimos, la ley no exige que se abandone todo entero el fundo A, sino únicamente la parte de terreno que comprende la servidumbre, y en la estension establecida en el art. 3085, pues ese terreno, aunque se haya pagado su valor al establecerse la servidumbre, sigue perteneciendo al predio sirviente, como lo establece la última parte del art. 3085.

Algunos autores franceses, como Laurent, Demolombe y otros,



sostienen que debe abandonarse el fundo entero, en virtud del art. 699, que dice, como el nuestro, que para librarse de la servidumbre debe abandonarse *el fundo sirviente*.

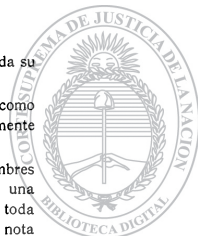
Pero Marcadé y Aubry y Rau, cuyas doctrinas declara espresamente nuestro codificador que sigue, combaten victoriosamente esta interpretación.

Marcadé, despues de poner el ejemplo de una servidumbre de tránsito, y de afirmar que lo que en este caso debe abandonarse es el terreno ocupado por el camino, agrega: "Cuando se dice que en el caso propuesto, mi bosque es gravado con una servidumbre, no lo es en todas sus partes, es solamente en la parte afectada al camino que podeis recorrer, mi fundo no es sirviente, no está sujeto á servidumbre, sino en la parte por que debeis pasar; el resto está completamente libre. El artículo 699 quiere que se abandone el fundo sirviente; pero como no hay mas fundo sirviente que el terreno por el cual vuestros carruajes tienen derecho á circular, y no pretendeis aparentemente mas que la servidumbre de paso, no puedo daros el derecho de cortar el bosque de todo mi terreno".

Una prueba de que cuando se dice fundo sirviente, se refiere únicamente á la parte afectada á la servidumbre, como lo afirma Marcadé, es que nuestro art. 3043 dispone que cuando el fundo dominante se divide entre dos propietarios, y la servidumbre solo se ejerce en una parte determinada, las otras partes separadas quedan completamente libres. Si quedan libres las otras partes no afectadas á la servidumbre, es claro que es en razon de no ser sirviente todo el fundo.

El mismo codificador, en la nota al art. 3007, establece esta deferencia. "Pero entiéndase, dice, esto en el caso en que la servidumbre gravara por igual á toda la finca antigua; porque si no fuera así, y estuviese circumscripita á una parte determinada de ella, entónces continuaria en la finca nueva, sobre cuyo terreno gravitaba, y en los términos á que ántes estaba limitada".

5º Aparte de esto, la equidad y la razon natural enseñan lo mismo. Supóngase, que en el caso indicado, en que el dueño de un fundo se compromete á mantener limpio el acueducto por donde se lleva el agua al fundo dominante, el predio sirviente vale cien mil pesos, y que el costo de la acequia es de mil pesos, ¿cómo puede suponerse que la idea de las partes ha sido que



para librarse el que debe hacer el gasto, tenga que dar toda su propiedad al dueño del predio sirviente?

Es indudable, pues, que el abandono que exige la ley, como hemos dicho ántes, es solo de la parte del fundo especialmente afectada á la servidumbre.

6º De manera que habrá que distinguir, entre las servidumbres que gravan al fundo en su totalidad y las que solo gravan una parte de él; en el primer caso, el abandono debe ser de toda la finca, porque la servidumbre es indivisible (art. 3007, y nota del codificador al mismo), en el segundo, solo debe hacerse de la parte afectada, porque el resto se considera libre (nota del codificador al art. 3007—Aubry y Rau, § 154, nota 10).

El Código de Chile es mas previsor que el nuestro y que el Código frances, en esta parte, pues en el final del art. 829, dice: “Que será lícito exonerarse de la obligacion abandonando la parte del predio en que deban hacerse ó conservarse las obras”.

7º ¿Se puede renunciar el derecho de abandonar el fundo para librarse de la carga?

Pensamos, con Laurent, tom. 8, nº 247, que sí. El art. 19 dice que se pueden renunciar los derechos conferidos por las leyes, con tal que solo miren el interes individual; y como ningun interes público puede estar de por medio en esta renuncia para que ella pueda considerarse prohibida, tenemos que es lícita semejante convencion.

Aubry y Rau, § 253, nota 8, sostienen que el dueño del predio sirviente puede hacer el abandono del inmueble con arreglo al 699 frances, igual al nuestro, aun cuando haya renunciado á este derecho, “porque tal renuncia, dicen, sería ilícita, en razon de transformar en un servicio impuesto á la persona, una obligacion que la ley *no admite sino á título de carga real*”. Esta observacion, que Laurent combate satisfactoriamente, es inaplicable á nuestro derecho, porque para nuestro Código, como lo hemos visto en este comentario (nº 1), esta obligacion no es propiamente una carga real, sino una obligacion, de hacer personal, que segun el art. 3042, solo obliga al que la estipula y á sus herederos, pero no á los demas poseedores de la heredad sirviente.

Luego, pues, desapareciendo la única causa porque, segun esos



autores, no se puede renunciar al derecho de abandono, nuestra tesis se encuentra confirmada por los mismos.

8º Debe tenerse presente que el abandono que el dueño del predio sirviente hace para librarse de la obligación de hacer los gastos de conservación, no le exime de pagar aquellos gastos que se han hecho necesarios por una falta que le es imputable, y, vice-versa, el propietario del predio dominante, no puede prevalerse de la obligación impuesta al dueño del predio sirviente de hacer los gastos de conservación, para obligarlo a reparar los deterioros causados por su culpa (art. 3038 y sus concordantes—Aubry y Rau, § 253, nota 12).

3024—La servidumbre existente no puede ser separada bajo ninguna forma de la heredad dominante, para ser trasportada sobre otro fundo de la propiedad del dueño de la heredad dominante ó de tercero. (Concuerda con los arts. 3006—3079—3094.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 847—Aubry y Rau, § 253, n° 4)—Freytas, 4805, inc. 1—Laurent, tom. 8, núms. 256 y sigtes.—Nota del codificador al art. 3006.

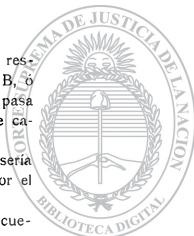
Para ser trasportada sobre otro fundo: Así, por ejemplo, si el que tiene una servidumbre de acueducto para conducir el agua al fundo A, vende ese fundo, sin derecho al agua, y el dueño de esa agua quiere aprovecharla en el fundo B, tendrá necesidad de constituir una nueva servidumbre, si por la ley no ha sido forzado á conceder esa servidumbre, para uno ú otro fundo.

En la práctica es muchas veces difícil la aplicación de las restricciones impuestas por el presente y por los artículos 3025 á 3027, y las mas veces será necesario prescindir, como dice Laurent, de los principios abstractos, y atenerse al derecho práctico, que es lo verdadero.

Así, el que tiene una servidumbre de paso para ir al fundo A, ¿cómo se le podría prohibir que se comunicase tambien con el fundo B, que está contiguo al primero?

Supongamos que ese fundo B tiene otra vía de comunicacion con un camino público.

Es seguro que si el propietario del fundo A adquiere el fundo B, cuando necesite ir á los dos, no va á recorrer un doble tra-



yecto para entrar á cada uno por los fundos dominantes respectivos. Pasará por el dominante A, y de allí pasará al B, ó vice-versa, y sería imposible estar averiguando si cuando pasa por uno de los caminos va solo al predio dominante de ese camino ó va á los dos.

Lo único que podría el propietario del predio sirviente, sería prohibir que los productos de un predio se trasportasen por el sirviente de otro.

1º Supóngase que un predio tiene una servidumbre de acueducto para llevar el agua necesaria para su cultivo y para el uso de los animales, para lo cual es necesario que esté siempre corriendo. En este caso, si cesa la primera necesidad, porque el propietario no quiera cultivar mas su campo, ó por cualquiera otra causa, como el propietario del predio dominante queda siempre con derecho de hacer pasar permanentemente esa misma agua por el fundo sirviente, es indudable que el dueño de éste no podría quejarse, si ese propietario, en vez de dejar anegar su campo, aprovecha el agua en cultivar otro campo que tiene mas abajo. Quedaría en el mismo caso puesto por el codificador en la nota al art. 3006 (Demolombe, tom. 12, nº 848—Laurent. tom 8, nº 256).

Esto no sería trasportar la servidumbre de un fundo al otro, pues que sería el ejercicio directo y pleno del fundo dominante lo que vendría indirectamente á beneficiar al fundo inferior; y como esto se hacia sin agravacion alguna para el fundo sirviente, en razon de que la cesacion del cultivo del primitivo fundo, no quitaba la carga, que debia seguir sufriendo en beneficio directo de aquel para el cual se habia constituido. (Véase comentario á los artículos siguientes.)

Véase el nº 2 de nuestro comentario al art. 3026.

3025—El ejercicio de la servidumbre no puede exceder las necesidades del predio dominante en la estension que tenia cuando fué constituida. (Concuerda con los arts. 3005—3011—3018—3020—3029—3079—3094—3971.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 253, nota 14—Demolombe, 846 y sigtes.—Freytas, 4805, inc. 4—Nuestro comentario al art. 3024.

No puede exceder las necesidades del predio dominante.
En primer lugar, el contrato determinará la estension en que

debe ejercerse; solo cuando éste no la determine, se aplicará la presente disposición (art. 3019), teniendo en cuenta los usos del lugar (art. 3020).

1º Si el predio dominante deja de tener necesidad de la servidumbre, el dueño no podrá pasarla á otro fundo que la necesite, como lo establece el artículo anterior, del cual el presente es una consecuencia.

En la estension que tenía cuando fué constituida: Si para las agregaciones que se hagan al predio sirviente, sea por compra ó por reivindicacion, hay que agravar mas la servidumbre, habrá que constituir otra nueva, como en el ejemplo puesto en el art. 3088. (Véase Demolombe, tom. 12, nº 850.)

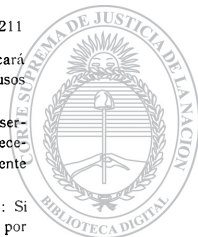
La regla establecida en las palabras que estudiamos, no quiere decir que el propietario del fundo sirviente tenga derecho á quejarse porque hayan aumentado las necesidades del fundo dominante en razon de su mayor poblacion ó cultivo.

La palabra *estension* se refiere al tamaño del fundo, y no á la estension que tenían sus necesidades, pues que entónces el verbo *tenia* se habria puesto en plural, como está la palabra *necesidades*.

De aquí se sigue que si se concede una servidumbre de acueducto para regar un fundo de cien cuadras, que en el momento de constituirse solo tiene cincuenta cuadras cultivadas, no se faltará á la regla establecida en este artículo porque el propietario del fundo dominante cultive y riegue las otras cincuenta cuadras, pues que siempre la servidumbre se ejercería con arreglo á las necesidades del predio dominante, y en la estension territorial que siempre ha tenido.

Lo mismo sucede si una servidumbre de tránsito se ha concedido para un fundo que solo tenía cien habitantes; si despues la poblacion del mismo aumenta, el fundo sirviente tendrá que sufrir esta agravacion.

Los tribunales franceses, han decidido con arreglo al mismo principio de nuestro artículo "que una servidumbre de pasaje establecida en favor de un fundo, puede ser ejercida por todos los arrendatarios de ese fundo, aun cuando sea mayor número de los que habian á la época de la constitucion de la servidumbre (Demolombe, tom. 12, núms. 852 y 858 — Véase nº 2 del



comentario al artículo siguiente, y primera parte del comentario al art. 3028.

3026—Cuando la servidumbre ha sido constituida para un uso determinado, no puede ejercerse para otros usos. (Concuerda con los arts. 3018—3020—3025.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 849—Aubry y Rau, § 236, n° 6)—Freytas, 4085—Laurent, tom. 8, n° 259.

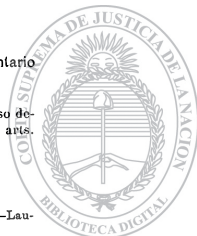
Para un uso determinado: ¿Qué se deberá resolver cuando no se haya determinado espresamente el uso? ¿Deberá aplicarse el art. 3011? Creemos que no. Así, por ejemplo, si la servidumbre de acueducto no determina el empleo que se va á dar al agua, parece indudable que las partes han convenido en que el uso será ilimitado, y que el propietario podrá emplearla en cualquiera uso.

Pero esto solo es así cuando la servidumbre ha sido adquirida por título, y no por prescripcion ó por destino del padre de familia (Véase comentario al art. 3027.)

“Cuando la servidumbre, dice Laurent, tom. 8, n° 261, es establecida por título, y hay un escrito, se debe consultar los términos de que se han servido las partes. La servidumbre, sea de acueducto ó de recibir agua, será *ilimitada* en su aplicacion por el solo hecho de no haber sido afectada á un destino especial, la agricultura ó la industria, mientras que será limitada si es establecido para la irrigacion ó para una industria determinada. Ha sido juzgado que una servidumbre de sacar agua para la irrigacion de una propiedad no puede ser empleada para el establecimiento de una usina.”

El fundamento de este fallo, citado por Laurent, que consiste en decir que este cambio importaba agravacion á la servidumbre, no es, en principio general, atendible; ¿en qué puede agravarse una servidumbre porque el propietario de la heredad dominante emplee la misma agua en la irrigacion ó en una usina? No por que se le dé otro empleo el agua corre de distinta manera por el fundo sirviente.

La verdadera razon está, como dice muy bien Laurent, en que, haciendo abstraccion de todo perjuicio, el dueño del pre-





dio dominante no puede hacer otro uso de la servidumbre que aquel para el cual fué destinada.

Esto por lo que hace á la servidumbre de extraer agua.

1º Supóngase que el agua es del propietario de la heredad sirviente, y que éste adquiere una servidumbre de acueducto determinándose que es para la irrigacion.

En este caso, no creemos que el dueño de la heredad sirviente pueda quejarse de que el propietario del agua, empleándola siempre en la irrigacion, la utilice como fuerza motriz despues de entrar á su terreno, y ántes de regar su campo.

En este caso, no hay un cambio en el destino del agua, pues que siempre se emplea en la irrigacion.

El agua pertenece al fundo dominante, y con arreglo á los principios de derecho, su dueño puede disponer de ella como mejor le plazca. Por otra parte, esta servidumbre, como la de paso y otras así, no son voluntarias, porque no está en la voluntad del dueño del predio dominante concederlas ó no. La servidumbre de acueducto es obligatoria en los términos del art. 3082, y la de tránsito está impuesta por el art. 3068.

De consiguiente, no está en la voluntad del dueño del predio sirviente conceder la servidumbre para tal ó cual uso; está obligado á concederla, cualquiera que sea el destino que el propietario quiera darle.

Desde que no agrave la carga, aumentando el volúmen del agua, ó arrepreándola en perjuicio suyo, la restriccion que sufre por la servidumbre misma está obligado á soportarla en todos los casos.

2º Las restricciones impuestas por los arts. 3024 y 3025, tienen mas aplicacion en las servidumbres voluntarias que en las que son impuestas por la ley. Estas últimas, que mas bien son restricciones legales impuestas al dominio, como lo declara el codificador en la nota al art. 3068, están sujetas á una reglamentacion especial, y solo cuando en esos testos ó en su espíritu no se encuentren los medios de resolver una duda, se ocurriria á los tres artículos que acabamos de estudiar, y sus concordantes.

Otra cosa son las servidumbres voluntarias: los tres artículos anteriores y sus concordantes, interpretando la voluntad presunta de las partes, restringen ó amplian sus derechos. Pero las reglas establecidas para las restricciones legales, no consultan la



voluntad de las partes sino las conveniencias generales para el desarrollo de la industria, la agricultura, etc., etc.; allí no hay mas voluntad que la del legislador. Una servidumbre voluntaria, en muchos casos dejará sin llenar todas las necesidades del predio dominante, y sin embargo el legislador respeta esa voluntad porque no hay un interes general de por medio para forzarla.

En las legales no; por lo mismo que al establecerse, el legislador ha puesto el interes general sobre el particular, los Jueces siempre deben suponer que la intencion de éste ha sido que se llenen todas las necesidades de aquel que le toca ser predio dominante.

La regla de que lo odioso debe restringirse, tratándose de servidumbres legales, solo tiene aplicacion cuando se trata de resolver la duda de si tal ó cual agravacion es indispensable para el ejercicio de la servidumbre; pero no cuando siendo indudable la necesidad, se trata de saber si tiene ó no derecho el fundo dominante para imponerla al sirviente, cuando por su situacion está legalmente sujeto á la carga.

Es de suma utilidad que los Jueces tengan presente que es indispensable distinguir ante todo si la servidumbre es ó no voluntaria, es decir, si es de las que solo pueden establecerse por voluntad de las partes, ó de las que la ley impone, y segun eso aplicar las reglas del presente articulo ó las de los siguientes.

3027—Si la servidumbre ha sido adquirida por posesion del tiempo fijado por la ley para la prescripcion, solo podrá ejercerse en los limites que hubiese tenido la posesion. (Concuerda con los arts. 3017—3063—3064—3065.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 867)—Laurent, tom. 8, n° 260—Aubry y Rau, § 259 notas 22 y 23.

Solo podrá ejercerse en los límites que hubiese tenido la posesion: No son las necesidades del predio dominante lo que determina la estension del derecho, sino el goce mismo de ella. Sucede en las servidumbres adquiridas en esta forma algo semejante á los derechos del predio dominante en las establecidas por destino del padre de familia, cuya estension se determina con arreglo al uso que de ella hacia el propietario comun de las dos heredades.



1º El derecho adquirido por la posesion tiene su naturaleza propia, que á veces lo hace mas estenso que el establecido por convencion. Así, en una servidumbre de acueducto adquirida por título sobre un terreno que legalmente no estaba, por su situacion, sujeto á ella, y para un uso determinado del agua, para mover un molino, por ejemplo, no podria ejercerse para otro uso, con arreglo á lo dispuesto en el art. 3026. Pero esta misma servidumbre adquirida por prescripcion, daria, por el contrario, derecho al dueño del predio dominante para emplear el agua en lo que se le antojara.

La razon está en que lo adquirido por el dueño del agua, es el derecho de hacerla pasar por su fundo, con prescindencia absoluta del destino que le da; la prescripcion no es del destino del agua, sino del derecho de hacerla pasar por tal ó cual lugar; y lo mismo lo habria adquirido haciendo un solo uso del agua que variándolo todos los dias (Dallos, 1849, I, nº 75).

El que concede voluntariamente una servidumbre de acueducto, puede concederla teniendo en mira el uso á que se destina el agua, y tal vez muchas veces ese destino especial sea la causa determinante de la concesion, sea por conveniencia particular ó por cualquiera otra causa. Pero esto no sucede en la adquirida por prescripcion; el dueño del fundo dominante pierde su derecho á oponerse que corra el agua por allí, por su silencio; y como la ley hace adquirir la servidumbre sin tener en cuenta el por qué del silencio, es claro que el gravado no puede decir que dejó prescribir el derecho porque el uso que se hacia del agua le convenia, y que su consentimiento tácito fué en el supuesto de que siempre se le daria el mismo destino; no, la ley no toma en cuenta para nada la intencion de las partes para conceder un derecho al que ha poseído una servidumbre por treinta años; se lo concede á perpetuidad sin mas limitacion que la de seguir ejerciéndola en la estension que ha poseído.

Por otra parte, el testo dice únicamente que "podrá ejercerse en los limites que hubiese *tenido la posesion*" y no en el uso que hubiera hecho en el tiempo necesario para adquirirla, como lo establece el art. 3026 para las servidumbres adquiridas por convenio de las partes.

2º Lo dicho es aplicable tambien á la servidumbre de tránsito. No porque el fundo tenga un determinado número de habi-



tantes durante el tiempo en que se ha adquirido, se va á decir que si despues aumenta la poblacion, los nuevos pobladores no tengan el mismo derecho. Aquí se puede decir tambien que lo que se ha adquirido es el derecho de salir del fundo dominante por el fundo sirviente, sin consideracion á la persona que lo ha adquirido, pues que no lo ha hecho para ella personalmente, sino para el fundo (Demolombe, tom. 12, nº 852, nuestro comentario al art. 3028).

3º ¿Será aplicable esto mismo respecto á la facultad de llevar el agua para otro fundo que aquel para que se ha adquirido?

Es indudable que no. Lo que se adquiere en todos los casos, sea por título, por posesion ó por destino del padre de familia, es una servidumbre sobre un fundo determinado, que se llama dominante, para otro fundo, determinado tambien, que se llama sirviente. Las servidumbres reales no se adquieren para la persona, sino para el fundo; son, activa y pasivamente consideradas, inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y como tal inseparables (arts. 3006 y 3024).

3028—Si la heredad dominante pasa de un propietario unico á muchos propietarios en comun ó separados, cada uno de éstos tiene derecho á ejercer la servidumbre, sea divisible ó indivisible, con el cargo de usar de ella de manera que no agrave la condicion del fundo sirviente. Así, si se trata del derecho de paso, todos los propietarios estarán obligados á ejercer su derecho por el mismo lugar. Recíprocamente, la division del fundo sirviente, no modificará los derechos y deberes de los dos inmuebles. (Concuerda con los arts. 3007—3032—3033—3043.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 700—Marcadé, sobre el mismo—Ley 23, tit. 8, lib. 8, Dig.) —Freytas, 4782—Cód. de California, 1063—Cód. de Chile, 826 y 827—Laurent, núms. 278 y sigtes.—Demolombe, tom. 12, núms. 856 y sigtes.

De manera que no agrave la condicion del fundo sirviente: Cuando el predio sirviente pasa á pertenecer á varios, prácticamente ciertas servidumbres, como las de paso, se agravan, pues no es lo mismo que pase un dueño y sus dependientes, ó que pasen varios dueños y sus dependientes; pero esto no es una agravacion en el sentido de la ley. Y no lo considera así porque, como dice Laurent, la servidumbre ha sido establecida para las necesidades del fundo, sin consideracion al número de personas que en él puedan habitar.

Esto viene á corroborar lo que dijimos en la última parte del comentario al art. 3025 respecto á la servidumbre de paso.

Con tal que la servidumbre se ejerza por el mismo lugar, como dice la segunda parte de este artículo, poco importa el número de personas que tengan que pasar.

1º Lo mismo sucede en la servidumbre de acueducto; los propietarios podrán hacer las divisiones que quieran del agua, con tal que al pasar por el fundo sirviente lo sea en la misma forma que ántes, por el mismo canal. La division material no podría hacerse ántes de llegar al fundo sirviente para que pasase por allí en varios canales.

2º Puede en algunos casos resultar una agravacion mas positiva al fundo sirviente, y que no obstante su dueño no pueda quejarse. Tal sería, por ejemplo, la servidumbre de sacar agua, cuando fuese constituida espresamente como real (art. 3104), y sin limitacion á determinada parte del inmueble.

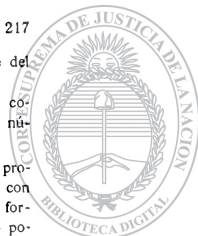
En este caso, dice Marcadé, lugar citado por el codificador, el dueño del fundo sirviente no puede quejarse, porque se supone que la servidumbre ha sido creada, tanto para las necesidades del presente, como para las necesidades futuras del inmueble dominante.

Pero si ha sido creada en favor de una parte determinada del fundo dominante, como si se establece, por ejemplo, para tal jardin de tal estension que existe en él, por mas que el inmueble sirviente se divida, soío podrá usar de la servidumbre el que quede con esa parte del fundo, como lo establece el artículo 3032.

3º Lo dicho en este artículo es en el supuesto de que en el acto constitutivo no hubiera sido éste limitado á una determinada estension, ó á un determinado número de personas.

Por el mismo lugar: De manera que aun cuando por la division que se haya hecho del fundo dominante, una ó varias de las nuevas heredades formadas quede en la imposibilidad de ejercer la servidumbre de paso por el mismo lugar, no podrá contra la voluntad del propietario ejercer su derecho por otra parte del fundo sirviente.

Tendrá que adquirir una nueva servidumbre si no quiere ó no puede hacer uso de la antigua, ó hacer uso del derecho que en estos casos establece el art. 3073; su establecimiento será





voluntario ó no por parte del deudor, ó dueño del fundo sirviente, segun que se encuentre ó no en las condiciones del art. 3068. (Véase nuestro comentario al art. 3073.)

Recíprocamente, etc.: Lo que la ley quiere es que los derechos y deberes de los dos inmuebles, no sufran modificación alguna, por lo ménos, por la voluntad de una de las partes, por efecto de que uno ú otro fundo venga á pertenecer á mas propietarios que á los que hasta entónces pertenecia, á ménos que se trate de ciertas modificaciones indispensables, como las que dejamos apuntadas.

4º Cuando nuestro artículo habla de aumento de propietarios, de uno ú otro fundo, se refiere á todos los casos, es decir, á cuando la comunidad, ó bien la separacion viene, por venta ó por division entre los herederos.

Como complemento al comentario de este artículo, véase nota del codificador al art. 2007.

3029—La servidumbre se considerará divisible cuando consistiere en hechos que sean susceptibles de division, como sacar piedras, tierra, etc., etc., y en tal caso, cada uno de los dueños del predio dominante, puede ejercerla en todo ó en parte, con tal que no escela la cantidad señalada á las necesidades del inmueble dominante. (Concuerda con los arts. 683—3007—3025.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4783 y 4784—Laurent, tom. 8, núms. 283 y 284—Demolombe, tom. 12, nº 860.

Se considerará divisible cuando consista en hechos que sean susceptibles de division: Esta divisibilidad, que se refiere puramente al ejercicio de la servidumbre, no viola el principio de la indivisibilidad de la servidumbre como carga y como derecho sentado en el art. 3007. El ejercicio del derecho puede ser divisible, pero el derecho mismo no lo es aunque el fundo sirviente se divida.

Sobre esto, el Dr. Segovia en la nota 143, despues de decir que su opinion al respecto difiere de la de los autores mas autorizados, la resume en los términos siguientes: "La servidumbre real es indivisa como derecho y como carga, mientras los fundos no se dividen, pero *se divide con ellos*".

Si el Dr. Segovia sentase este principio con prescindencia de



la doctrina aceptada por nuestro Código, y solo como su opinion jurídica, no haríamos observacion á ella, porque solo nos ocupamos de las cuestiones de principio cuando de su solucion depende la interpretacion de nuestro Código.

Pero en este caso, el Dr. Segovia dice que su doctrina es la que ha seguido el codificador, y que debe "servir para fijar el verdadero alcance de las disposiciones del Código sobre esta materia".

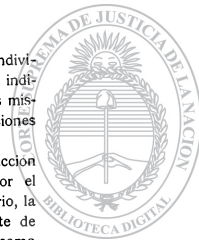
Puede ser muy buena su doctrina, en principio general y prescindiendo de lo que dispone la ley positiva, pero el verdadero alcance de las disposiciones lo da el mismo jurisconsulto que ha hecho nuestro Código, en un párrafo diametralmente opuesto al que hemos copiado del doctor Segovia. Nos referimos á la nota del codificador al art. 3007, que dice: La regla de la indivisibilidad de lo servidumbre es inflexible. *No importa que el predio dominante ó sirviente mude de dueño; y que se reparta en varias manos en lugar de estar en las de un solo dueño, porque cada uno de los que lo sean del predio dominante se aprovechará de toda la servidumbre, como cada uno de los del predio sirviente tendrá que tolerarla, aunque por la division que hubiesen hecho de la finca no haya condominio.*

Está tambien en contra del Dr. Segovia la última parte del art. 3028, y el 3007, que es terminante al respecto.

Se ve, pues, que la servidumbre por nuestro Código nunca es divisible como carga ó como derecho; puede suceder que la carga solo pese sobre una parte del fundo sirviente, y que dividido este fundo en cuatro partes, solo una de ellas quede gravada, por ser la que desde la constitucion del derecho ya lo estaba; pero en este caso, el derecho no pierde su carácter de indivisible, pues que siempre seguirá ejerciéndose como tal sobre esa parte del fundo sirviente, sin que á su propietario le sea dado alegar que habiéndose dividido la finca en cuatro partes, él solo queda obligado á soportar un cuarto de la servidumbre.

Esa division no influye en nada respecto á los derechos de las partes, como lo declara el art. 3028, última parte. El art. 3043 es terminante al respecto.

Tendria que soportarla en toda la estension en que fué constituida, porque la division de la heredad no ha podido traer la division de su derecho, segun la terminante disposicion del art. 3007.



Otra cosa es respecto á su ejecucion: será divisible ó indivisible, segun que el hecho en que consista sea divisible ó indivisible. Pero esta divisibilidad no será respecto á los fundos mismos, sino respecto á los propietarios de las distintas fracciones en que se haya dividido el predio sirviente.

Si la servidumbre está concretada á una determinada fracción del predio sirviente, esa fracción está siempre obligada por el todo á todas y cada parte del dominante; si por el contrario, la servidumbre afecta á todo el predio dominante, cada parte de ese predio está obligada por el todo de la servidumbre, como lo declara espresamente el codificador en la nota al art. 3007.

Supóngase, por ejemplo, que una propiedad está gravada con el derecho de sacar tierra, piedra ó leña, en una cantidad determinada, para llenar las necesidades de otro predio; que la primera se divide en cuatro partes, conviniendo los cuatro dueños en que cada uno cargará con un cuarto de la servidumbre que pesa sobre el inmueble que se dividen, ¿podrian en este caso esos propietarios obligar al dueño del predio sirviente á que dividiera tambien su servidumbre, y solo sacara de cada parte un cuarto de la tierra, piedra ó leña á que tenía derecho? Es indudable que no, segun nuestro Código, como se declara en la nota al art. 3007, y en el art. 3028 últimamente. Lo enseña tambien Demolombe, tom. 12, nº 907, de acuerdo con el art. 700 del Código frances.

Con tal que no esceda la cantidad señalada: Ó á las necesidades del fundo dominante, cuando no se ha señalado cantidad. “Si la cantidad, dice Demolombe, tom. 12, nº 864, no está determinada, ella debe medirse por las necesidades del fundo dominante; y la division deberá hacerse entre los diferentes lotes en consideracion á las necesidades particulares de cada uno, pero de manera que estos diversos contingentes no escedan la medida de las necesidades anteriores del fundo dominante considerado en su integridad”. (Véase nuestro comentario al artículo 3025 y 3075.)

1º Respecto al caso en que siendo divisible el uso de la servidumbre, se divide el fundo dominante, véase lo dispuesto en los arts. 3032 y 3033.

3030—Cuando la servidumbre sea indivisible, cada uno de los propietarios de la heredad dominante puede ejercerla sin ninguna restric-

cion, si los otros no se oponen, aunque aumente el gravámen de la heredad sirviente, si por la naturaleza de la servidumbre el mayor gravámen fuese inevitable. El poseedor del inmueble sirviente no tendrá derecho a indemnización por el aumento del gravámen. (Concuerda con los arts. 689—3028—3029—3032—3033.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4785—Demolombe, tom. 12, núms. 859 á 861—Aubry y Rau, § 253, n° 28—Laurent, tom. 8, núms. 281 y 282.

Cada uno de los propietarios de la heredad dominante puede ejercerla sin ninguna restriccion: Por ejemplo, en una servidumbre de paso, todos los copropietarios del fundo dominante pueden hacer uso de la servidumbre, cualquiera que sea el número de los propietarios, como lo hemos dicho ántes.

El presente artículo bien ha podido reasumirse en el 3028, con solo aclarar un poco la redaccion de dicho art. 3028.

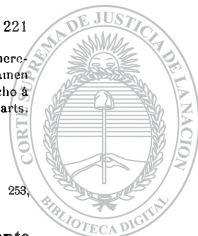
3031 — Si la servidumbre personal pasase á ser por separado de dos ó mas dominantes, y fuese divisible, cada uno de los dominantes solo tendrá derecho á ejercerla en la cantidad que le hubiese pertenecido. Si fuere indivisible, cada uno de ellos tendrá derecho á ejercerla sin que los otros puedan oponerse. (Concuerda con los arts. 686—2972—3030—3033, inc. 2.)

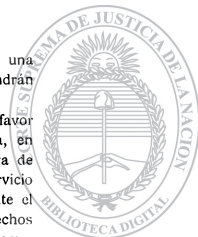
CONCORDANCIAS

Freytas, 4786.

En la cantidad que le hubiese pertenecido: Es decir, en la cantidad que le haya tocado en la division. Pero el cuidado de que cada uno de los propietarios no ejerza su derecho sino en esa proporcion, corresponde á los otros propietarios y no al dueño del predio sirviente, quien solo cuidará de que no se sobrepase el derecho concedido. Si uno solo de ellos ejerce el todo del derecho, los otros no pueden reclamar su parte del fundo sirviente alegando que uno de ellos ha ejercido su derecho mas allá de lo que le correspondia. Es por esto que en la última parte del segundo párrafo de este artículo, y en el 3030, solo se habla de oposicion de los otros dominantes. El predio sirviente es ageno á la division del derecho, llevada á cabo despues de constituirse á favor de una sola persona.

Es entendido que cuando uno solo hubiera ejercido la servi-





dumbre personal en el caso de haberse hecho entre ellos una division posterior á la constitucion del derecho, los otros tendrán derecho á reclamar contra ese dominante.

1º Si la servidumbre se constituye desde el principio á favor de varias personas, la obligacion del predio sirviente varia, en esta hipótesis, pues el uso que uno solo de los dominantes haga de todo el derecho, no le exonera de prestar á los otros el servicio que se ha comprometido, porque es el dueño del fundo sirviente el que debe vigilar que ninguno de los dominantes ejerza derechos mas estensos que los que le da el titulo concedido por él mismo.

La razon es que aquí, desde su constitucion hay tantas servidumbres distintas é independientes cuantas son las personas en favor de las cuales se ha constituido. Cuando la division es posterior, como en el caso del articulo que estudiamos, el convenio por el cual la servidumbre pasa á ser de dos ó mas dominantes, es completamente ageno al dueño del predio sirviente, por lo ménos hasta que él la haya aceptado espresamente, en cuyo caso queda en las mismas condiciones que se hubiese constituido en esta forma desde el principio.

3032—Si el inmueble dominante pasare á ser de dos ó mas dominantes por separado, y la servidumbre aprovecharse solo á una parte del predio, el derecho de ejercerla corresponderá esclusivamente al que fuese poseedor de esa parte, sin que los poseedores de las otras partes tengan en adelante ningun derecho. (Concuerda con los arts. 2998—3005—3028—3030—3033—3043—3050.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4786—Demolombe, tom. 12, n° 862—Cód. de California, art. 1156—Nuestro comentario al art. 3028, n° 2.

Aprovechará exclusivamente al que fuere poseedor de esa parte: Los dueños del predio dominante al hacer la division, no pueden pasarla de la parte que le aprovechaba á otra parte del mismo fundo (arg. del art. 3024). Así, por ejemplo, si una servidumbre de acueducto habia sido concedida para tal ó cual parte del fundo dominante, y al hacer la division de ésta, querian variar el acueducto para hacer pasar el agua á otra parte, el predio sirviente no tendria obligacion de soportar tal cambio.

1º La circunstancia de ser la servidumbre, divisible no hace



variar la regla del presente artículo, cuando por la division que se haga del uso, se grava mas al fundo sirviente, pues el art. 3030 y sus concordantes se refieren al caso de aprovechar la servidumbre indistintamente á todo ó á cualquiera parte del fundo dominante. Otra cosa es cuando la servidumbre ha sido concedida á favor de una parte determinada del predio dominante.

Sin que los otros poseedores, etc.: Lo dispuesto en este último párrafo tiene aplicacion aun cuando en adelante la servidumbre llegase á ser innecesaria á la parte que la aprovechaba; no pasa á las otras porque para sus poseedores queda en adelante sin ningun derecho, como dice el artículo.

3033—Si la servidumbre fuere divisible y aprovechase á todas las partes del inmueble dominante, ó á una region que haya llegado á ser de dos ó mas dominantes por separado, cada uno de ellos solo tendrá derecho á ejercerla en la cantidad que le hubiese correspondido, y en caso de duda, cada uno de los poseedores tendrá derecho á ejercerla en una cantidad proporcional á su parte en el inmueble dominante. Si fuere indivisible, se procederá como se ha dispuesto cuando el fundo dominante pertenece á varios, habiendo entónces tantas servidumbres distintas, cuantos sean los poseedores del inmueble dominante; pero no entre esos propietarios uno respecto de los otros, evitándose si fuere posible el mayor gravámen del predio sirviente. (Concuerda con los arts. 3028 á 3030—3032.)

CONCORDANCIAS

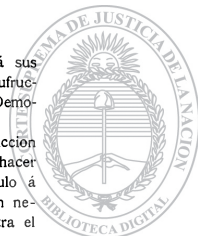
Freytas, 4778 y 4789—Demolombe, tom. 12, núms. 862 y 863—Laurent, tom. 8, núms. 283 y 284.

En la cantidad proporcional: Pero esto se hará, como queda establecido en el art. 3029, de modo que no esceda de la cantidad señalada á las necesidades del inmueble dominante.

3034—Corresponde á los dueños de las heredades dominantes, las acciones y excepciones reales, los remedios posesorios estrajudiciales, las acciones y excepciones posesorias. (Concuerda con los arts. 2469—2470—2490—2495—2799—3035.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4778 y 4779—Leligois, *Acciones posesorias*, núms. 49 y sigtes., p. 52—Bourcart, *Acciones posesorias*, núms. 43 y sigtes., p. 52—Aubry y Rau, § 253, notas 30 y 31—Vistas Fiscales del Dr. Cortés, tom. 1, p. 444 y sigtes.



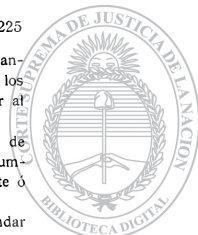
A los dueños de las heredades dominantes: Ó á sus representantes en la posesion (art. 2796), tales como el usufructuario, el usuario, etc., etc. (art. 2876 y su comentario—Demolombe, tom. 12, nº 958).

Las acciones y escepciones reales: Tales como la accion confesoria, que puede ejercerse como accion directa para hacer declarar la existencia de la servidumbre probando su título á ella, ó como escepcion cuando es para contestar la accion negatoria entablada por el poseedor del fundo sirviente contra el del fundo dominante (arts. 2796 y 2802).

El Dr. Segovia, en la nota 162 al artículo que estudiamos, dice que entre estas acciones debe contarse tambien la accion reivindicatoria, por cuanto la tiene tambien el usuario y el usufructuario; dice tambien que si Freytas en los artículos citados, de donde ha sido tomado el nuestro, la escluye, es equivocadamente.

Esto, que el Dr. Segovia llama error, y lo atribuye á Freytas, viene desde el derecho romano, y lo padecieron Pothier, nº 11, Aubry y Rau, § 253, nota 30, Laurent, tom. 8, nº 285, y todos los autores antiguos y modernos, citados por los mencionados, sin escepcion alguna, lo que hace sospechar que es el Dr. Segovia el que equivocadamente da la accion de reivindicatoria al que tiene una servidumbre.

Como la accion reivindicatoria tiene por objeto, segun nuestro art. 2758, recuperar la posesion de una cosa, se explica que le sea acordada al usuario, usufructuario, etc. (el uso y el usufructo no son servidumbres por nuestro derecho), puesto que para usar ó usufructuar la cosa sometida á ese derecho necesitan poseerla; pero no se explica que el que tiene una servidumbre sobre un inmueble necesite reivindicarlo; no solo no necesita reivindicarlo sino que ni puede legalmente hacerlo. Lo primero porque la accion confesoria es creada especialmente con el objeto de hacer reconocer las servidumbres activas, como lo declara el art. 2795, cualquiera que tenga la posesion del inmueble sirviente; lo segundo, porque una servidumbre no da nunca por sí sola derecho á poseer el predio sirviente, pues que aun las personales se ejercen sin dependencia de la posesion (art. 2972), y mal podria acordarse una accion que tiene por objeto recuperar la posesion á quien no tiene ningun derecho á ella.



Por otra parte, ¿cómo es posible reivindicar un *derecho* cuando, según los principios de derecho, no pueden reivindicarse los bienes que no son cosas? (art. 2762, y nota del codificador al art. 2764).

No hay, pues, tal acción reivindicatoria cuando se trata de demandar en justicia al que impide el ejercicio de la servidumbre, sea que se trate del propio dueño del fundo dominante o de un tercero que lo posee por él.

El dominante solo tiene la acción confesoria para demandar que se le reconozca la servidumbre o se le deje su libre ejercicio, como lo dispone el art. 2796, y aun cuando esta acción tiene alguna analogía con la reivindicatoria, por ser ambas reales, se diferencian sustancialmente en cuanto a su objeto. (Véase más adelante este comentario.)

Respecto a la prueba que debe producir el demandante, se estará a lo dispuesto en el art. 2798.

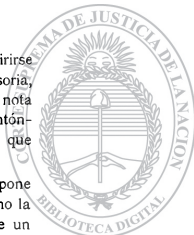
Los remedios posesorios estrajudiciales: Se refiere al caso del art. 2470.

Las acciones y excepciones posesorias: Estas acciones posesorias pueden establecerse, según nuestro derecho, para reclamar cualquiera clase de servidumbres, continuas o discontinuas, aparentes o no aparentes, por lo cual desaparecen las debatidas cuestiones de que se ocupa Bourcart, *Acciones posesorias*, desde el n° 43 a 47, sobre la clase de interdicto que corresponde en cada caso; pero la prueba de su existencia depende de la clase de servidumbre cuya existencia se alegue.

Ciertas reglas establecidas para el ejercicio de la acción reivindicatoria son aplicables a las acciones posesorias cuando tienen por objeto recuperar la posesión de las servidumbres.

Por ejemplo, la ley exige para la primera que la posesión no sea a título *precario*, aplicado esto a la servidumbre resulta que las continuas no aparentes, y las discontinuas aparentes o no aparentes, no pueden dar lugar a acciones posesorias con solo la prueba de la posesión; es indispensable que el derecho repose sobre un título; no basta la cuasi posesión de la servidumbre, como no basta para prescribir (art. 3017). La jurisprudencia francesa es uniforme al respecto (Dalloz, palabras *Acciones posesorias*, núms. 445 y sigtes.—Demolombe, tom. 12, n° 957).

Por el contrario, las servidumbres continuas y aparentes, por



lo mismo que según nuestra ley (art. 3017), pueden adquirirse por prescripción, pueden ser el objeto de una acción posesoria, como dice el codificador al final del párrafo primero de la nota al art. 2975, una vez adquirida por prescripción. Desde entonces, la acción posesoria se funda en la posesión trinitaria, que ya no se supone precaria.

En las otras servidumbres discontinuas, la posesión se supone siempre *precaria*, á título de tolerancia, y como tal, la ley no la considera suficiente para sostener ó recuperar la posesión de un derecho que se alega como propio del que entabla la acción contra el que está en posesión del inmueble sirviente.

1º Respecto á la prueba y las personas á quien ella incumbe, se estará á lo dispuesto en los arts. 2798 y 2805, que son una confirmación de lo dispuesto en el art. 2523.

Con esos artículos nuestro Código ha cortado las cuestiones suscitadas en derecho francés, sobre quién debe producir la prueba, de las cuales trata extensamente Demolombe en el tom. 12, nº 957.

3035—Sea la servidumbre divisible ó indivisible, cada uno de los dominantes, en común, puede ejercer las acciones del artículo anterior, y la sentencia aprovecha á los otros condóminos. (Concuerda con los arts. 2489—2796—2799—2801—2877—3034.)

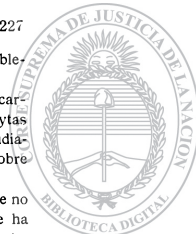
CONCORDANCIAS

Ferytas, 4790—Laurent, tom. 8, nº 287—Pardessus, tom. 2, nº 834.

Y la sentencia aprovecha á los otros condóminos: ¿Y si la sentencia es desfavorable, perjudicará también á los otros que no han intervenido en el juicio? El Dr. Segovia, en la nota 169 á este artículo, dice que la sentencia desfavorable solo daña al que litigó por ser *res inter alias acta*, para los otros.

No es esto, sin embargo, lo que dispone nuestro Código. Por el contrario, el art. 2799, declara espresamente que la sentencia dada en juicio sostenido con uno de los poseedores con derecho de poseer *aprovecha ó perjudica á todos* respecto á su efecto principal.

El mismo Dr. Segovia, en la nota 107 al citado art. 2799, declara que esa disposición es una consecuencia de la indivisi-



bilidad de la servidumbre como carga y como derecho, establecida por el art. 3007 que así lo declara.

Siendo la servidumbre indivisible como derecho y como carga, no puede perderse en parte. Así lo declara también Freytas (art. 4790), de donde el Dr. Velez sacó el artículo que estudiamos, y el 2799 que lo tomó del 4003 del mismo autor. Sobre todo, el art. 2799 no deja lugar á duda.

1º Lo dicho es sin perjuicio de que los otros propietarios que no han intervenido en el juicio, puedan probar que el derecho se ha perdido por una colusión entre el copropietario de la heredad dominante y el dueño del predio sirviente, como lo establece expresamente Freytas, lugar citado.

CAPITULO III

De las obligaciones y derechos del propietario de la heredad sirviente

3036—El propietario de la heredad sirviente debe, si la servidumbre es negativa, abstenerse de actos de disposición ó de goce, que puedan impedir el uso de ella; y si es afirmativa está obligado á sufrir de parte del propietario de la heredad dominante, todo lo que la servidumbre le autorice á hacer. (Concuerda con los arts. 632 á 631—2790—3018—3038—3039.)

CONCORDANCIAS

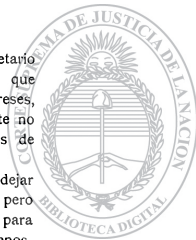
(Pardessus, n° 57)—Nota del codificador al art. 2971—Freytas, 4791—Aubry y Rau, § 254, n° 1.

3037—El dueño del predio sirviente no puede menoscabar en modo alguno el uso de la servidumbre constituida; sin embargo, si el lugar asignado primitivamente por el dueño de ella llegase á serle muy incómodo, ó le privase hacer en él reparaciones importantes, podrá ofrecer otro lugar cómodo al dueño del predio dominante, y éste no podrá rehusarlo. (Concuerda con los arts. 2631—2741—2914—3038—3041—3092.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 701—Italiano, 645—Holandes, 739—Napolitano, 622—De Luisiana, 773)—Goyena, 541—Freytas, 4793—Laurent. tom. 8, n° 267—Cód. de California, 1150 y 1151.

Menoscabar en modo alguno: Esta es una cuestion de hecho que el Juez resolverá según las circunstancias en cada ca-



so especial. Ante todo, debe tener en cuenta que el propietario de la heredad sirviente siempre tiene derecho á procurar que la servidumbre sea lo ménos perjudicial posible á sus intereses, únicamente con la reserva de que el derecho del dominante no sufra alteracion alguna ni en su estension ni en los medios de ejercerla (art. 3041).

En principio general, el dueño del predio sirviente, debe dejar las cosas tal como quedaron al constituirse la servidumbre, pero esto no importa dar derecho al dueño del predio dominante para que por capricho impida todo cambio aunque no importe menos-cabo en su derecho. La ley solo exige la integridad del derecho del dominante, y dentro de este limite deja que el sirviente saque todo el provecho posible de su posesion.

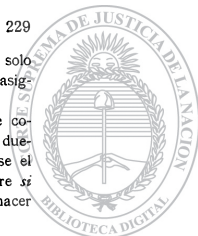
Si los cambios hechos en el fundo sirviente, dice Laurent, comentando el art. 701 frances, citado, no causan perjuicio alguno al predio dominante, su dueño no tiene derecho á quejarse.

Así, por ejemplo, en una servidumbre de acueducto, nada impide que se cambie de un lugar á otro á costa del sirviente, si donde ántes estaba causaba perjuicio ó incomodidad al fundo sirviente, ó el cambio no trae perjuicio alguno al dominante.

En este último caso, puede suceder que, sin causar perjuicio al sirviente, convenga mas á su dueño que el agua corra por otro lugar; podrá entónces cambiar el curso del agua si con esto no alarga la distancia á recorrer, ó no causa perjuicio al dominante, como lo establece el art. 3091.

Desde que no hay perjuicio para el que usa la servidumbre, sería injusto impedir que el gravado con ella saque todo el provecho que sea compatible con el derecho del primero. El objeto de la servidumbre, sea legal ó voluntaria, no es imponer una carga al predio que la sufre, sino proporcionar una ventaja ó llenar una necesidad del predio dominante, y desde que ésta se puede proporcionar sin ningun perjuicio para el último, sería contrario al espíritu de la ley, que siempre trata de evitar perjuicios y proporcionar ventajas á los que están bajo su amparo, impedir que el dueño del fundo sirviente busque su comodidad y aun ventaja real. Lo contrario, sería capricho, egoísmo, que nunca pueden entrar en la mente del legislador. (Véase Demolombe, tom. 12, núms. 898 y 901.)

Llegase á serle muy incómodo, ó le privase hacer en



él reparaciones importantes; ¿Quiere esto decir que solo bajo alguna de dichas condiciones puede cambiarse el lugar asignado primitivamente?

Es indudable que no, como lo hemos dicho ántes en este comentario; lo que aquí quiere decirse es que aun cuando el dueño del predio sirviente sufra algun menoscabo, podrá variarse el lugar primitivamente designado al ejercicio de la servidumbre *si á causa de esto llega á serle muy incómodo*, ó le privase de hacer mejoras importantes.

Una prueba de ello es el modo adversativo, *sin embargo*, con que principia el inciso que estudiamos, despues de haber sentado en el anterior como principio general que el dueño del predio sirviente *no puede menoscabar* en modo alguno el uso de la servidumbre constituida. Esas palabras puestas así, significan que no obstante lo dispuesto en dicho inciso, el dueño del predio sirviente puede menoscabar el uso de la servidumbre en los casos indicados en la segunda parte del que estudiamos.

Siendo así, quedan en pié las consideraciones que hemos puesto anteriormente en este comentario, es decir, que no causando perjuicio al dueño del predio dominante, el del sirviente puede cambiar el lugar de la servidumbre; pero si causa perjuicio, solo bajo la restriccion impuesta en este artículo puede hacerse el cambio.

Una de las Cortes francesas, la de Montpellier, interpretando el art. 701, decia: "Que aun cuando el art. 701 no dispone esplicitamente sino para el caso de cambio del asiento de la servidumbre, es necesario, penetrándose de la ley, reconocer que el citado artículo autoriza tambien la modificacion del ejercicio mismo de la servidumbre, si la modificacion pedida no perjudica, directa ni indirectamente en el presente ni en el porvenir al fundo dominante, ni disminuye la utilidad que ese fundo saca de la servidumbre, ó hace su ejercicio ménos cómodo".

Esto, que por interpretacion han establecido las Cortes francesas, lo tenemos resuelto en nuestro Código de un modo espreso en el art. 3041.

Ahora bien, si en la hipótesis resuelta por el fallo indicado, se ha interpretado en favor del predio sirviente, con doble razon debe serlo en la que nosotros sostenemos, por cuanto á los principios generales de interpretacion que exigen que en la duda se



esté á favor del predio sirviente, como dice el art. 3044, se agrega el sentido gramatical del artículo que da lugar como lógica consecuencia á la tésis que sostenemos. Laurent, tom. 8 n° 277; sostiene tambien esto mismo.

1° El derecho acordado por el artículo que estudiamos es imprescriptible, como dice Demolombe, tom. 22, n° 904, por ser una facultad inherente á la propiedad del fundo sirviente creada por la ley misma.

3038—El propietario de la heredad sirviente que ha hecho ejecutar trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre está obligado á restablecer, á su costa, las cosas á su antiguo estado, y en su caso á ser condenado á satisfacer daños y perjuicios. Si la heredad sirviente hubiese pasado á manos de un sucesor particular, éste está obligado á sufrir el restablecimiento del antiguo estado de cosas; pero no podrá ser condenado á hacerlo á su costa, salvo el derecho del propietario de la heredad dominante, para recuperar los gastos y los daños y perjuicios del autor de los trabajos que forman obstáculo al ejercicio de la servidumbre. (Concuerda con los arts. 632 á 634—1109—2419—2631—3036—3042.)

CONCORDANCIAS

(L. 6, §§ 5 y 6—LL. 12 y 13, tit. 3, lib. 39. Dig.—Aubry y Rau, § 254, nota 3—Demolombe, tom. 12, n° 895)—Freytas, 4794—Cód. de California, art. 1152 y 1153.

Y en su caso á ser condenado á satisfacer daños y perjuicios: Freytas dice que para hacer reponer las cosas á su antiguo estado el dueño de la heredad sirviente puede valer-se de las acciones posesorias acordadas por la ley. Pensamos, con el Dr. Segovia, que lo mismo podría hacerse por nuestro derecho, con arreglo al art. 3034. Esas obras contrarias al ejercicio de la servidumbre importan una verdadera desposesion y un desconocimiento del derecho real de servidumbre; en consecuencia, los remedios posesorios acordados por la ley, nacen como consecuencia necesaria.

1° Si el dueño del predio sirviente no repone las cosas á su antiguo estado, el del predio dominante puede hacerlo á costa del primero (art. 633), quien no podría impedirlo ofreciendo pagar los daños y perjuicios.

Lo contrario, sería dejar indirectamente al dueño del predio sirviente la facultad de hacer cesar la servidumbre pagando los daños y perjuicios, los cuales en muchos casos no podrían nunca satisfacer las necesidades del predio dominante.



Está obligado á sufrir el restablecimiento del antiguo estado de cosas: Esto es así, aun cuando el sucesor particular hubiese adquirido la cosa de buena fe, creyéndola libre del gravámen que importa la servidumbre (arg. del art. 3006).

Los herederos del que ejecutó las obras contrarias al ejercicio de la servidumbre, tienen la misma obligacion que su autor (arts. 3042 y sus concordantes).

3039—Cumpliendo con la obligacion de tolerar ó abstenerse, que se deriva de la servidumbre, el propietario de la heredad sirviente conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes á la propiedad. Así, puede hacer construcciones sobre el suelo que debe la servidumbre de paso, con condicion de dejar la altura, el ancho, la luz y el aire necesarios á su ejercicio. (Concuerda con los arts. 2631, 2ª parte—2916—2917—2991—3036—3040—3091—3106.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 54—Pardessus, n° 70)—Laurent, tom. 8 n° 272—Freytas, 4739, inc. 2 y 3—Demolombe, tom. 12, núms. 887 y 888.

De todas las facultades inherentes á la propiedad:

Entre ellas la de enajenar el inmueble y constituir otras servidumbres, con tal que estas últimas no estorben materialmente á la primera (art. 2991).

3040—El propietario del predio sirviente no pierde el derecho de hacer servir el predio á los mismos usos que formen el objeto de la servidumbre. Así, aquel cuyo fundo está gravado con una servidumbre de paso, ó cuya fuente ó pozo de agua en su heredad, está gravado con la servidumbre de sacar agua de él, conserva la facultad de pasar él mismo para sacar el agua que le sea necesaria, contribuyendo en la proporcion de su goce á los gastos de las reparaciones que necesita esta comunidad de uso. (Concuerda con los arts. 3039—3103—3106.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 887—Pardessus, n° 66)—Las del artículo anterior—Laurent, tom. 8, n° 274—Aubry y Rau, § 254, notas 8 y 9.

A los mismos usos que formen el objeto de la servidumbre: Salvo cuando se hubiera convenido restringir á este respecto los derechos del propietario (arg. del art. 3106—Demolombe, tom. 12, n° 889).

1º Nada impide que el que tiene en su terreno una servi-



dumbre de acueducto, pueda servirse del mismo canal en la estension que atraviesa su heredad, para conducir de un extremo á otro el agua de su propiedad que necesite hacer pasar, sea para desaguar su terreno (art. 3103), sea para conducirla de un punto á otro en la misma direccion (arg. del segundo inciso del presente artículo). Por lo demas, este artículo ha podido suprimirse por estar comprendido en los concordantes citados.

3011—Puede exigir que el ejercicio de la servidumbre se arregle de un modo ménos perjudicial á sus intereses, sin privar al propietario de la heredad dominante de las ventajas á que tenga derecho. (Concuerda con los arts. 3021—3037—3038—3044)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, núms. 56 y 62).—Nuestro comentario al art. 3037—Aubry y Rau, § 254, nota 11—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 3, p. 171.

Que la servidumbre se arregle de un modo ménos perjudicial á sus intereses: Este derecho lo tiene, no solo en las servidumbres legales, sino tambien en las voluntarias, aun cuando al constituirse ya se hubiera reglamentado su ejercicio (arg. del art. 3037 que habla del lugar asignado *primitivamente* —Laurent, tom. 8, 276).

Siempre que no se menoscabe el derecho del fundo dominante, el del fundo sirviente puede procurar por todos los medios que la carga sea lo ménos gravosa posible (art. 3044). Puede hacer todos los trabajos que crea necesarios á este fin, y que no le estén espresamente prohibidos, como en el caso del art. 3092.

1º El dueño de un fundo cercado gravado con una servidumbre de paso ¿puede poner puertas con llave á la salida ó entrada, y exigir á los que usen de la servidumbre que cierren con llave la puerta cada vez que pasen?

Pensamos, con Laurent, tom. 8, nº 273, que sí. La pequeña incomodidad que el dueño del fundo dominante tenga de abrir y cerrar la puerta cada vez que quiera pasar, es nada, comparado con el perjuicio que sufriría el propietario de la heredad sirviente si se viera condenado á no poder cerrar nunca su heredad.

Este derecho entra perfectamente en las palabras que estu-

diamos, porque sería uno de los medios de hacer ménos perjudicial la servidumbre sin dañar los derechos del dominante; y aun puede considerarse comprendido también en el art. 3079, 2ª parte.

Únicamente que tendría obligación el que soporta la servidumbre de dar las llaves al que la usa para cerrar las puertas.

Con esta exigencia del propietario no disminuirían los derechos del dominante, sino que procuraría que la servidumbre fuera ménos perjudicial. (Véase nuestro comentario al art. 3037.)

El principio que domina en todos los Códigos, y especialmente en el nuestro, es que el dueño del predio sirviente puede ejercer todos los derechos inherentes á la propiedad, y entre ellos es claro que entra el de hacer que las cargas que la gravan sean lo ménos perjudicial posible, sin mas limitación que no atacar los derechos del dominante. El derecho del dominante es escepcional; el del sirviente está en la naturaleza misma de la propiedad. Y desde el momento en que no se disminuye ese derecho escepcional, cuyo límite es la necesidad que hizo crear la servidumbre, no hay derecho de queja porque el otro ejerza un derecho inherente á la propiedad, derecho que el dominante no puede tener interés en impedir; y si no tiene interés no tiene acción. (Véase art. 3044.)

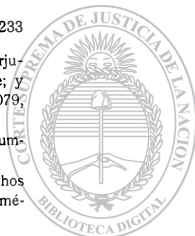
3042—Si el poseedor de la heredad sirviente se hubiese obligado á hacer obras ó gastos para el ejercicio ó conservación de la servidumbre, tal obligación solo afectará á él y á sus herederos, y no al que sea poseedor de la heredad sirviente. (Concuerda con los arts. 3010—3023—3038.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4801—Laurent, tom. 8, núms. 242 á 244—Nota del codificador á los arts. 3007 y 3022—Nuestro comentario á los arts. 3023 y 3038.

Y no al poseedor de la heredad sirviente. Es decir, á los terceros poseedores á título singular. Este artículo viene á confirmar lo que hemos sostenido en el comentario al art. 3023 acerca de la naturaleza de la carga de que aquí se habla.

Las palabras que estudiamos, comprenden también al poseedor ó adquirente que conocía las cargas impuestas á su antecesor. Como es personal, por ser *in faciendo* (nota del codificador al art. 3022), en nada influye el conocimiento que los terceros poseedores tengan de la obligación impuesta al anterior.



Comprenden también á toda clase de poseedores, sean á título de dueños y de arrendatarios. Esos terceros nada tienen que ver con las obligaciones personales del enajenante ó locador. (Véase las concordancias de este artículo.)

3013—Si la heredad sirviente pasare á pertenecer á dos ó mas poseedores separados, y la servidumbre se ejerciere sobre una parte de ella solamente, las otras partes quedan libres. (Concuerda con los arts. 2998—3032—3033.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4796—Demolombe, tom. 12, núms. 907, 909 y 910—Nuestro comentario al art. 3029—Nota del codificador al art. 3007—Laurent, tom. 8, n° 284.

Se ejerciere sobre una parte de ella: Si es sobre el todo, la division que se haga del fundo dominante no impedirá que se siga ejerciendo en el todo, con la misma indivisibilidad que ántes (art. 3007—Nota del codificador al mismo, y nuestro comentario al 3029).

1° Debe tenerse presente, que cuando la servidumbre grava por entero al fundo sirviente, si el dominante limita el ejercicio de ella á un lugar determinado, y despues viene la division, no se pierde el derecho de ejercerla sobre las otras partes si no ha pasado el término de diez años señalado por el art. 3064 para la prescripcion que reduce á límites determinados el ejercicio de la servidumbre.

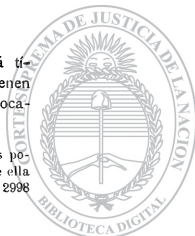
2° Si el término se ha completado ántes de la division, regirá el artículo en todas sus partes desde el principio; si no se ha completado, y despues de la division el dominante no hace reclamo, los copropietarios podrán unir el tiempo anterior á la division al posterior á ésta para libertar por la prescripcion sus respectivos lotes. (Véase Laurent, citado.)

3014—En caso de duda sobre las restricciones impuestas por las servidumbres á la heredad sirviente, debe resolverse á favor de la libertad de la heredad. (Concuerda con los arts. 2523—3011—3078.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 749)—Las del art. 3011—Nuestro comentario á dicho artículo, y al 3037.

A favor de la libertad de la heredad: Véase lo dicho en el art. 3011 y en el 3034.





CAPITULO IV

De la estincion de las servidumbres

3015—Las servidumbres se estinguen por la resolucíon del derecho del que las habia constituido, sea por la re-cisíon, ó por ser anulado el título por algun defecto inherente al acto. (Concuerda con los arts. 1847 --2507—2670—2682—2918—2919—3004.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 818—Ley 11, Dig. *Quenat. servit.*—Pardessus, núms. 317 y sigtes).—Cód. de Chile, 885, inc. 1—Freytas, 4313 —Laurent, tom. 8, n° 334 y 335.

Por la resolucíon del derecho del que las habia constituido: Los efectos de esta resolucíon respecto á los adquirentes de las servidumbres, se estará á lo dispuesto en los concordantes citados y demas principios generales que rigen la revocacíon ó resolucíon del derecho de propiedad. (Véase art. 2999 y sus concordantes.)

3016—Se estinguen tambien por el vencimiento del plazo acordado para la servidumbre, y por el cumplimiento de la condicion resolutoria á que ese derecho estuviere subordinado. (Concuerda con los arts. 2670—2921—2988—3004.)

CONCORDANCIAS

(Ley 8, tit. 31, part. 3°).—Freytas, 4319, inc. 1—Cód. de Chile, 885, inc. 2—Laurent, tom. 8, n° 333—Aubry y Rau, § 255, nota 29.

Por el vencimiento del plazo: Esto por lo que hace á las servidumbres reales, si el derecho concedido es personal, concluye con la persona, aun cuando el plazo sea mayor (art. 3004 y sus concordantes).

3017—Las servidumbres se estinguen por la renunciacíon expresa ó tácita del propietario de la heredad á la cual es debida, ó de la persona á favor de la cual se ha constituido el derecho. La renunciacíon expresa debe ser hecha en la forma prescrita para la enajenacíon de los inmuebles. No tiene necesidad de ser aceptada para producir su efecto entre las partes. La renunciacíon tácita sucederá cuando el poseedor del inmueble sirviente haya hecho, con autorizacíon del dominante, obras permanentes que estorben el ejercicio de la servidumbre. (Concuerda con los arts. 868—872 á 875—1184, inc. 9—2993—3014—3048—3049—3080.)

CONCORDANCIAS

(Ley 37, tit. 31, part. 3ª)—Freytas, 4819, inc. 2, y art. 4820—Domolombe, tom. 12, núms. 1036 á 1047—Laurent, tom. 8, núms. 336 y sigtes.

Espresa ó tácita: La cual puede ser á título oneroso ó gratuito.

Del propietario de la heredad: Si el dominante pertenece á varios comuneros, la renuncia hecha por uno de ellos no puede traer la estincion parcial de la servidumbre, en virtud del principio de indivisibilidad de ésta (Freytas, 4822). Pero, si el inmueble dominante estaba dividido y se ejercia la servidumbre divisible en partes proporcionales, como en el caso del art. 3033, la renuncia de uno, la extinguirá respecto de esa parte.

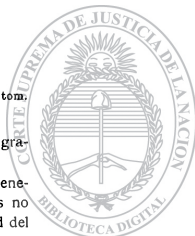
No tiene necesidad de ser aceptada para producir su efecto: En muchos casos la renuncia de la servidumbre puede traer perjuicios á la heredad sirviente; en tal caso, habrá que atenerse al título de constitucion.

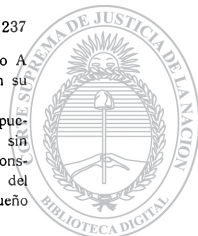
Supóngase, por ejemplo, que sobre un inmueble pesa una servidumbre de acueducto. Esta servidumbre por regla general es ventajosa para el inmueble sirviente, ¿tendrá derecho á impedir los efectos de la renuncia? En el comentario al art. 2637 hemos demostrado que no.

Pero supóngase que la servidumbre constituya un derecho para ambas partes; que en el contrato se hubiera estipulado la concesion de la servidumbre con el cargo espreso de que el dueño del fundo sirviente tendria derecho á represar el agua para mover un molino. En este caso, decimos, el derecho del predio sirviente, concedido espresamente por el dueño del agua, se debe considerar perfecto é irrevocable por efecto de la convencion concluida entre las partes. Esto vendria á constituir dos servidumbres reciprocas; la una de hacer pasar su agua por uno de los fundos, y la otra de servirse del agua del otro.

1º Lo mismo seria una servidumbre constituida por destino del padre de familia, cuando se viera que la intencion del propietario de las dos heredades ha sido beneficiar á ambas.

Conocemos muchas servidumbres establecidas en el interior de la República (donde la servidumbre de acueducto, por la escasez de agua, siempre es benéfica para el predio sirviente), con-





cebidas en estos términos: "Dispongo que el agua del fundo A sea llevada por el fundo B, para que éste pueda utilizarla en su molino ó en la bebida de las haciendas".

En este caso y otros análogos, el dueño del fundo A no puede, renunciando á la servidumbre, variar el curso del agua sin el consentimiento del dueño del fundo B, porque para éste constituye un derecho de paso del agua por su terreno, derecho del que no puede ser privado por el solo consentimiento del dueño del fundo A. (Véase lo dispuesto en el art. 3090.)

3048—La tolerancia de obras contrarias al ejercicio de la servidumbre no importa una renuncia del derecho, aunque sean hechas á la vista del dominante, á no ser que duren el tiempo necesario para la prescripción. (Concuerda con los arts. 874—2051—3047—3049—3052.)

CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 3, n° 674—Demolombe, tom. 12, n° 1043—Aubry y Rau, § 255)—Freytas, 4821, inc. 1.

Contrarias al ejercicio de la servidumbre: Aunque estas obras sean hechas por el mismo dueño del predio sirviente (art. 3052).

El tiempo necesario para la prescripción: Es decir, diez años (art. 3059). El presente artículo y el siguiente han podido suprimirse por estar comprendidos en los arts. 3052 y 3059, especialmente el presente, en el último inciso del 3047. En ese inciso se establece que solo las obras contrarias á la servidumbre hechas con autorizacion escrita del dueño del dominante importan renuncia, con lo cual se dice ya implícitamente que siendo esas obras sin autorizacion escrita no importan renuncia tácita.

Otro tanto puede decirse del art. 3059 (véase la nota del codificador al mismo artículo), equivalente en su fondo al 707 frances, del cual la jurisprudencia francesa ha sacado la doctrina, adoptada en estos dos (arts. 3048 y 3049).

3049—Tampoco importa una renuncia tácita del derecho, la construcción de obras contrarias al ejercicio de la servidumbre, hechas por el dominante en su heredad, aunque sean permanentes, á no ser que duren el tiempo necesario para la prescripción. (Concuerda con los arts. 3048 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4821, inc. 2—Demolombe, tom. 12, n° 1044.

Tampoco importa, etc.: Véase lo dicho sobre esto en el artículo anterior. El fundamento de la parte dispositiva del presente, está en que, como dice la nota del codificador al artículo 3052, el propietario del fundo dominante puede hacer desaparecer cuando quiera el obstáculo que se opone al ejercicio de la servidumbre.

3050—La servidumbre concluye cuando no tiene ningun objeto de utilidad para la heredad dominante. Un cambio que no quitase á la servidumbre toda especie de utilidad, seria insuficiente para hacerla concluir. (Concuerda con los arts. 3000—3005—3032—3051—3076—3081.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 967)—Aubry y Rau, § 225, nota 1.

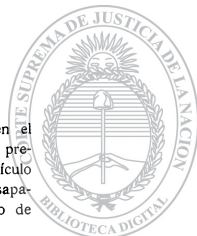
Ningun objeto de utilidad para la heredad dominante: Pero si hay utilidad para su dueño personalmente, aunque sea de mero recreo, la servidumbre puede existir (art. 3000). Puede suceder tambien que por el momento no tenga utilidad para el inmueble y que la tenga para el futuro, y como la servidumbre puede haberse constituido en este concepto (art. 3001), nada impide que ella exista. (Véase Laurent, tom. 8, n° 289, y nuestro comentario al art. 3081 combinado con el 3076.)

3051—La servidumbre se estingue tambien cuando su ejercicio llega á ser absolutamente imposible por razon de ruina de alguno de los predios, ó por cambio sobrevenido á la heredad dominante, ó á la heredad sirviente, ya provengan de un acoterimiento de la naturaleza ó de un hecho lleito de parte de un tercero. (Concuerda con los arts. 2934—3005—3053—3054.)

CONCORDANCIAS

(Ley 25, tit. 31, part. 3ª—Toullier, tom. 3, n° 684—Demolombe, tom. 12, núm. 695 y 696—Pardessus, n° 294)—Freytas, 4813, inc. 2. 4814 á 4817—Aubry y Rau, § 255, notas 2 á 4—Laurent, tom. 8, núms. 290 y sigtes—Cód. frances, 703.

Por razon de ruina de alguno de los predios: Ó por cualquiera otra causa; se pone el ejemplo de ruina por ser el mas frecuente, pero no como escluyente de cualquier otro;





basta que haya imposibilidad de ejercerla, no siendo el caso del art. 3052, para que la servidumbre se estinga.

O por cambio sobrevenido á la heredad dominante ó á la heredad sirviente: Esta parte del artículo está explicada por el 3052.

O de un hecho lícito: Si es ilícito, rige lo dispuesto en los art. 3052. (Véase su comentario, que es el complemento del presente.)

1º Debe tenerse presente que en todos los casos enumerados en este artículo, la extinción no es definitiva, pues ella revive cuando las cosas vuelven á su estado anterior (arts. 3053 y 3054 —Aubry y Rau, § 255, texto anterior á la nota 4).

Si nuestro artículo habla aquí de extinción, es únicamente porque considera que arruinado, por ejemplo, el fundo sirviente por un hecho que no sea producido por las causas enumeradas en el art. 3052, el dueño del dominante no tiene derecho para exigir que el del sirviente reponga las cosas á su antiguo estado; y hay propiamente extinción desde el momento en que el primero no tiene cómo ejercer su derecho.

Decimos esto, porque lo dispuesto en los arts. 3053 y 3054, es aplicable también á las destrucciones de que habla el presente artículo, y con doble razón á las de que habla el art. 3052.

Esto es un favor especial acordado á las servidumbres reales, que no lo tiene el usufructuario, pues según el art. 2941, extinguido el usufructo por destrucción física de la cosa, no renace por ser restablecida á su estado primitivo. En la servidumbre, por el contrario, revive cuando vuelven las cosas á su antiguo estado, si no ha pasado ya el tiempo necesario para la prescripción extintiva (art. 3059, y § 3 de la nota del codificador al mismo artículo.)

3052—La servidumbre no cesa cuando la imposibilidad de ejercerla provenga de cambios hechos por el propietario de la heredad dominante, ó por el propietario de la heredad sirviente, ó por un tercero, traspasando los límites de su derecho. (Concuerda con los arts. 1109—3048—3049.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, tom. 2, n° 291 —Demolombe, tom. 12, n° 974)—Laurent, tom. 8, n° 290—Aubry y Rau, § 255, nota 4.

En las tres hipótesis puestas en el presente artículo, la servi-



dumbre no se estingue, porque el dueño de la heredad sirviente tiene medios cómo hacer reponer las cosas á su antiguo estado. En la primera hipótesis, el propietario puede hacer cesar cuando quiera el obstáculo puesto por él mismo, como dice la nota del codificador á este artículo; en las otras dos, tiene accion para obligar al dueño de la heredad sirviente ó al tercero á reponer las cosas á su antiguo estado (arts. 1109 y 3038); depende, pues, de su voluntad quitar los impedimentos que imposibilitan la servidumbre, y continuar ejerciéndola. Otra cosa es, como hemos dicho ántes, cuando la destruccion proviene de un acontecimiento fortuito ó del acto lícito de un tercero (art. 3051), porque entónces no tiene medios de hacer cesar la imposibilidad, por no poder obligar al dueño de la heredad sirviente á que repare la destruccion.

Así, el que tiene una servidumbre de paso sobre un fundo que se ha inundado, no puede obligar al propietario á que haga desagües para que el camino quede libre de este obstáculo.

3053—La servidumbre revive cuando las cosas cambiadas son restablecidas, y puede usarse de ella, si no se hubiese pasado el tiempo de la prescripcion, sin que el dominante hubiera restablecido las cosas destruidas ó cambiadas por él, ó si teniendo derecho á demandar las reparaciones necesarias, no las demandó, ó lo hizo despues de pasado el tiempo de la prescripcion. (Concuerda con los arts. 3038—3048 á 3052—3054—3059.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 703 y 704—Napo'itano, 624 y 625—De Luisiana, 780 y 781—LL. 84 y 85, tit. 3, lib. 8, Dig.—Aubry y Rau, § 255—Demolombe, tom. 12, n° 984)—Freytas, 4917, incs. 3 y 4—Nota del codificador al art. 3059, párrafo 3.

El mismo principio de este artículo es aplicable al caso en que el cambio ha venido por caso fortuito, como cuando se seca una fuente en la que se habia constituido el derecho de sacar agua. En este caso, si el agua vuelve á brotar ántes de haberse cumplido el término señalado en el art. 3059 para la prescripcion, la servidumbre revive nuevamente (párrafo 3° de la nota del codificador al art. 3059).

Cuando las cosas cambiadas son restablecidas: ¿Es necesario que las cosas vuelvan á ponerse idénticamente como estaban ántes para que la servidumbre reviva? Lo natural es,



que la servidumbre pueda continuar aun cuando el restablecimiento no sea idéntico, con tal que se pueda ejercer.

Sobre esto, Marcadé publicó un artículo en la "Revista Crítica de Legislación", año 1852, tom. 2, y en la página 72, nº 5, dice: "Se ha decidido por la Corte de Caen que una servidumbre que habia cesado por el cambio del estado de los lugares que importe imposibilidad de ejercer la servidumbre, revive segun los términos del art. 704 (igual en el fondo al nuestro que estudiamos), por el solo hecho del restablecimiento de las cosas, ántes del término de la prescripcion, en un estado que permita usarla de nuevo, aunque no sea idénticamente restablecida en el estado primitivo".

Mas adelante, apoyando esta sentencia, dice: "Desde el momento en que esta servidumbre es *la misma*, en el sentido que se emplea esta espresion en el lenguaje ordinario, y con tal que, por otra parte, el cambio en el modo de ejercerla no agrave mas la servidumbre, la aplicacion del art. 704, no nos parece seriamente negada".

En el mismo sentido se espresa Demolombe, lugar citado por el codificador. "Á los magistrados, dice, corresponde decidir esta cuestion; y creemos que están autorizados para aplicar el art. 704 al caso en que las cosas sean restablecidas á un estado, si no idéntico, por lo ménos análogo al en que estaban ántes. En en mismo sentido se espresan Aubry y Rau, § 255, nota 5, y demas autores allí citados.

3051—Es aplicable lo dispuesto en el artículo anterior á las servidumbres activas ó pasivas, inherentes á casas, paredes de un solo dueño ó medianeras, y á las construcciones en general. Si éstas se demoliciesen ó destruyesen, y fuesen reconstruidas, la servidumbre continúa en la nueva casa, en la nueva pared, ó en la nueva construccion, si no hubiese pasado el tiempo de la prescripcion. (Concuerda con los arts. 2941—3053.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, nº 233)—Freytas, 4881.

En la nueva casa, en la nueva pared. Este derecho puede ejercerse aun cuando la construccion no sea idéntica, con tal que no se haga mas gravosa la servidumbre al dueño del predio sirviente; esto sin perjuicio de lo dispuesto en el título "De las restricciones y límites del dominio".

3055—Las servidumbres se extinguen por la reunion en la misma persona, sea de los propietarios de las heredades ó de un tercero, del predio dominante y del predio sirviente, cualquiera que sea la causa que la haya motivado, ó cuando en las servidumbres á favor de una persona, ésta ha llegado á ser propietaria del fundo sirviente. (Concuerda con los arts. 862—2198—2931—3032—3043—3056 á 3058—3237—3373.)

CONCORDANCIAS

(L. 17, tit. 31, part. 3ª y L. 1, tit. 6, lib. 8, Dig.—Cód. frances, art. 704—Italia—no, 664—Napolitano, 629—De Luisiana, 801 y 802.

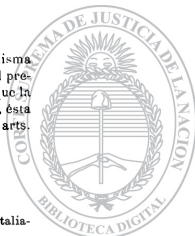
Para causar la confusion es preciso que las dos heredades pertenezcan en su totalidad al mismo propietario. Asi, si uno de los fundos estaba sujeto á los dominios separados de dos particulares que lo comprasen en comun, no habria confusion. Diferente cosa seria, si todos los copropietarios del objeto indiviso, al cual la servidumbre fuese debida, comprasen en comun el fundo que la debe, y reciprocamente, porque no quedaba ninguna parte del fundo sirviente que no perteneciera á los mismos propietarios)—Freytas, 4813, inc. 2, 4823 y 4824—Nota del codificador al art. 2995—Molitor, nº 26.

Del predio dominante y del predio sirviente: Ó tambien cuando se hace propietario del predio dominante, y de la parte del predio sirviente que estaba especialmente afectada á la servidumbre (art. 3043 y sus concordantes), ó de todo el predio sirviente, si todo estaba afectado, y de la parte del predio dominante que aprovechaba especialmente la servidumbre (art. 3032 y sus concordantes—Demolombe, tom. 8, nº 983).

1º La estincion de la servidumbre á causa de la confusion, se opera aun cuando el predio sirviente continúe prestando el mismo servicio, pues que no se puede tener servidumbre sobre cosa propia, como lo establece el codificador en la nota al art. 2985 (Laurent, tom. 8, nº 299). Es aplicable á este artículo lo que hemos dicho en el comentario al 2928 respecto á la reunion de la propiedad y el usufructo.

2º La aceptacion de la herencia con beneficio de inventario, no causa confusion (art. 3373).

3056—Si la adquisicion de la heredad que causó la reunion en una persona de los dos predios, llegare á ser anulada, rescindida ó resuelta con efecto retroactivo, se juzga que la servidumbre nunca ha sido estinguida. Lo mismo sucederá si la reunion de las dos heredades cesare por una eviccion legal. (Concuerda con los arts. 867—2930—3055—3181—3308.



CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 802—Duranton, tom. 5, n° 696—Pardessus, n° 900—Demolombe, tom. 12, n° 984—Aubry y Rau, § 255)—Cód. de California, 1157—Cód. de Chile, 885, inc. 3—Molitor, n° 103.

Con efecto retroactivo: Por regla general, cuando la adquisición no es perfecta é irrevocable, como dicen el Código de Chile y el de California, citados, la cesacion de la confusion hace revivir todos los derechos temporalmente estinguidos.

No se considera irrevocable cuando la separacion de las dos propiedades viene por causa de la naturaleza misma del acto que produjo la confusion. Así, si el dueño del predio dominante adquiere la propiedad del fundo sirviente á título de heredero, y despues es excluido de la sucesion como indigno, la servidumbre revive, porque la separacion que se opera al entregar el indigno el predio sirviente á los herederos, tiene por causa el acto mismo que produjo la reunion.

Lo mismo será si el enajenante del predio sirviente era incapaz de enajenarlo, y el acto se anula volviendo la cosa al enajenante incapaz. En este caso, la confusion cesa con efecto retroactivo porque la causa de esa cesacion está en la naturaleza misma del acto que produjo la confusion. Otro ejemplo puede verse en el art. 3181.

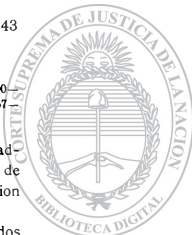
En todos estos casos, los efectos de la confusion no son definitivos.

1º Por el contrario, la confusion produce efectos definitivos é irrevocables, dice Molitor, n° 103, letra B, cuando la separacion de las dos propiedades que se habian reunido tiene una causa particular, y estraña al acto que habia operado la reunion ó confusion (Demolombe, tom. 12, n° 985).

Como consecuencia de estos principios, resulta que la separacion que viene por el cumplimiento de la condicion resolutoria hace revivir la servidumbre, en los casos no esceptuados espresamente. (Véase Molitor, n° 104, y Demolombe, n° 984.)

Cesare por una eviccion legal: Pero esto es así, solo cuando el que concedió la servidumbre tenía derecho á constituir-la. Es en este sentido que hablan los autores citados.

3057—Estinguida la servidumbre por confusion definitiva de las dos calidades de dominante y poseedor del inmueble sirviente, no revivirá



por el hecho de dejar de pertenecer al mismo poseedor el inmueble dominante ó el inmueble sirviente, á no ser que hubiese declaracion expresa en el instrumento de enajenacion de uno de esos inmuebles, ó que, sin haber declaracion en sentido contrario, existiesen entre aquellos, signos aparentes de servidumbre al tiempo de la enajenacion. (Concuerda con los arts. 2995—3055.)

CONCORDANCIAS

(L. 17, tit. 31, part. 3.—Cód. de Luisiana, art. 808.—En el caso del artículo la ley romana, dice: *si rursus vendere vult, nominatim imponenda servitus est.*—L. 30, tit. 2, lib. 8, Dig.—Véase Aubry y Rau, § 255, letra B.)

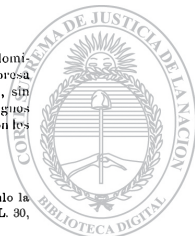
Por el hecho de dejar de pertenecer al mismo poseedor: Se refiere aquí á la enajenacion voluntaria ó por espropiacion forzosa que hace el propietario de las dos heredades, que es la hipótesis contraria á las resueltas por el art. 3056 anterior. (Véase su comentario, nº 1.)

1º Supóngase que el dueño de un fundo dominante, hereda el fundo sirviente, enajena en seguida sus derechos hereditarios á un tercero, que por efecto de esta enajenacion pasa á ser propietario de la heredad sirviente, ¿revive en este caso la servidumbre? Es indudable que no, como lo afirma Demolombe, tomo 12, nº 986.

Desde el momento en que se acepta la herencia, hay confusion, la enajenacion del derecho sucesorio es precisamente un acto de heredero, que lejos de dejar sin efecto la causa de la confusion, la confirma mas; es una enajenacion voluntaria que hace á título de dueño.

0 que sin haber declaracion en sentido contrario, etc.: Este es el mismo caso legislado en el art. 2995, como lo hemos hecho notar en su comentario. Fué agregada por la Comision de Legislacion al discutirse en 1879 la Fe de Erratas para ponerlo en consonancia con el 2955 (p. 526 del tomo de dicha discusion).

3056—No habrá confusion de las dos calidades de dominante y poseedor del fundo sirviente, cuando el poseedor de uno de los inmuebles llegase á ser simplemente codómino del otro inmueble, ó cuando la sociedad conyugal adquiriese un inmueble dominante ó sirviente de otro inmueble de uno de los cónyuges, ó de uno de los socios, á ménos que disuelto el matrimonio, ó disuelta la sociedad, ambos inmuebles vengán á pertenecer á la misma persona. (Concuerda con los arts. 1229—1246—1247—1251—3055.)



CONCORDANCIAS

(Pardessus, n° 300—L. 7, tit. 5, lib. 23, Dig.)—Freytas, 4927—Molitor, n° 26 y 106—Demolombe, tom. 12, n° 983—Notas del codificador á los arts. 2985 y 3055.

Simple condómino del otro inmueble: Esto es así, por mas grande que sea la parte adquirida en ese inmueble.

Nuestro artículo habla del caso en que el propietario de uno de los inmuebles se hace condómino del otro; pero no dice nada cuando los dos inmuebles vienen á pertenecer pro-indiviso á los mismos condóminos. En este caso, se opera confusión tambien, como lo establece el mismo codificador en la nota al art. 3055, siguiendo á Molitor, n° 26.

Otro inmueble de uno de los cónyuges: La razon es que los bienes traídos á la sociedad por uno de los cónyuges, ó adquiridos despues por título propio, no se hacen, por el hecho del matrimonio, propiedad de la sociedad ni del otro cónyuge.

1° Lo mismo sucede respecto de los inmuebles introducidos por ambos, cuando desde ántes del matrimonio, el del uno era sirviente del otro; si uno de ellos se enajena, el inmueble enajenado pasa al tercer poseedor con la carga ó el derecho, segun sea sirviente ó dominante, porque en este caso no hay confusión, como dice la nota del codificador al presente artículo.

3059—Las servidumbres se extinguen por el no uso durante diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, aunque sea causado por caso fortuito ó fuerza mayor. El tiempo de la prescripción por el no uso continúa corriendo para las servidumbres discontinuas, desde el dia en que se haya dejado de usar de ellas, y para las continuas desde el dia en que se ha hecho un acto contrario á su ejercicio. (Concuerda con los arts. 874—2651—2921—2924—2975—3053—3060 á 3064—3980—4016—4026 y sus concordantes.)

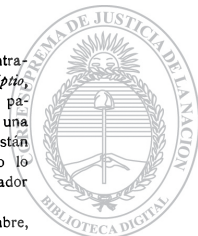
CONCORDANCIAS

(Ley 16, tit. 31, part. 3°—Cód. de Luisiana, art. 786—Cód. frances, 706 y 707, —Ley 13, tit. 34, lib. 3. Cód. romano —Maynz, § 231—Revista de Fœlix, 1850, p. 559) —Goyena, 545—Molitor, núms. 125 y sigtes.

Aunque sea por caso fortuito ó fuerza mayor: Es una consecuencia de esto, lo dispuesto en los arts. 3051 y 3052.

Cuando este artículo habla de caso fortuito ó de fuerza mayor, que han impedido el ejercicio de la servidumbre, se refiere úni-





camente al ejercicio mismo de la servidumbre; pero no contradice el principio de que *agere non valenti non corrít prescriptio*, respecto á la accion que el dueño del predio sirviente tenía para pedir que se hiciera cesar el obstáculo. Cuando hay una imposibilidad de hecho para ejercer esa accion, los Jueces están autorizados para apreciarla é impedir la prescripcion, como lo establece el art. 3980, y se esplica en la nota del codificador al mismo artículo.

Una cosa es el obstáculo material para ejercer la servidumbre, como sería permanecer inundado un campo por donde se ejercia una servidumbre de paso, ó cuando álguien ha hecho trabajos contrarios al ejercicio de la servidumbre, y otra el derecho á quejarse en este último caso ante el Juez.

Lo mismo será en caso de despojo, el dueño del predio sirviente no podrá decir que se le habia impedido por la fuerza ejercer la servidumbre, puesto que si no recuperaba su derecho por actos propios, tenía las acciones posesorias para hacer cesar el obstáculo.

Desde el día que se haya dejado de usar de ella : Si la servidumbre solo se ejerce en época determinada, ¿desde cuándo debe contarse el tiempo de la prescripcion? Supóngase que se ha concedido una servidumbre de paso para pasar con el corte de montes, que se ejercerá cada tres años. Se cuestiona si la prescripcion corre desde la fecha en que se hizo uso de la servidumbre por última vez, ó si debe contarse despues de los tres años, que es cuando puede ejercerla.

Demolombe, tom. 12, nº 1013, interpretando el art. 707 frances, dice que debe contarse desde la época en que tenía derecho á ejercerla. "La prescripcion resultante del no uso se funda en una presuncion de abandono, ó tambien como una pena impuesta al negligente; en el caso propuesto (es igual en el fondo al propuesto por nosotros) no puede imputarse presuncion de abandono á quien no tiene derecho de hacer uso de la servidumbre; ménos se le puede imputar negligencia".

Despues continúa fundando esta tésis en escelentes razones. Creemos que esto es lo equitativo, y habríamos deseado que la misma doctrina se hubiera adoptado por nuestro Código. No es, sin embargo, así. En efecto: la redaccion de nuestro artículo no es igual á la del 707 frances; éste dice: "Los treinta años

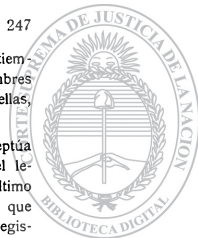
comienzan á correr, etc." mientras que el nuestro dice: "El tiempo de la prescripción *continúa corriendo* para las servidumbres discontinuas, desde el día que se haya dejado de usar de ellas, etc., etc."

Las palabras *continúa corriendo*, que el Dr. Segovia conceptúa como error de imprenta, son puestas intencionalmente por el legislador para significar que la prescripción corre desde el último acto de ejercicio de la servidumbre, sin otra interrupción que un nuevo acto de ejercicio. Parece precisamente que el legislador, teniendo en cuenta la discusión á que ha dado lugar el art. frances, ha querido cortarla, valiéndose de esas palabras, que no tienen otra aplicación (*continúa corriendo*).

1º ¿Á quién incumbe la prueba del tiempo que ha corrido sin usar la servidumbre? Es indudable que al sirviente; así, si el dueño del predio dominante se presenta pidiendo hacer cesar los obstáculos puestos por el dueño del predio sirviente al ejercicio de la servidumbre, y éste se escepciona alegando la prescripción, deberá probar que ha pasado el tiempo necesario para prescribir; al dominante le basta probar su título á la servidumbre (art. 2798—Laurent, tom. 8, nº 317—Demolombe, tom. 12, nº 1015). Lo mismo será cuando el sirviente entable acción negatoria; probada la existencia de la servidumbre, al demandante le corresponde probar que su propiedad está libre ya de la carga impuesta por el título presentado por el demandado.

2º Pero cuando la cuestión se suscita entre el dueño del predio dominante y un tercero poseedor del predio sirviente, que no es el mismo que constituyó la servidumbre, hay que distinguir si ésta se ha ejercido ó no.

Como la servidumbre no se adquiere como derecho real que es, sino por la tradición, la cual se opera por el uso (art. 2977, segunda parte), si esa tradición no ha tenido lugar, adquirida la finca por un tercero, el derecho del acreedor de la servidumbre queda estinguido respecto de ese tercero, con arreglo á los principios generales de derecho (art. 577 y sus concordantes). En este caso, el dueño del predio dominante que se presenta reclamando su derecho, tiene forzosamente que presentar su título, y al mismo tiempo que adquirió el derecho real, es decir, que tomó posesión de la servidumbre.





El solo título, sin la posesión, únicamente le da una acción personal contra el que constituyó el derecho, pero no un derecho real según el art. 577, que le permita perseguirlo como tal contra cualquier poseedor del inmueble sirviente. Probada esa posesión, al dueño del predio sirviente le corresponde probar, si el título tenía más de veinte años, que la servidumbre estaba extinguida por prescripción. En este caso, el acreedor ha probado debidamente su derecho, y debe aplicarse el principio establecido respecto al mismo constituyente de la servidumbre, en el n° 1 de este comentario. Demolombe, n° 1015, y demás autores citados, sostienen lo mismo por otras razones.

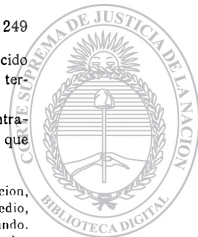
3° La prueba testimonial será admitida para probar todos los hechos que sea necesario esclarecer en las distintas hipótesis de estos artículos.

Desde el día que se ha hecho un acto contrario á su ejercicio: Para esto es necesario que el acto no sea á título de simple tolerancia. Es necesario, dice Pothier, que el acto haya sido hecho *nec vi, nec clam, nec precario*. Debe tener los mismos caracteres que hemos espuesto en otro lugar, como necesarios para adquirir la servidumbre por prescripción.

4° La extinción de la servidumbre será parcial ó total, según que el acto contrario á ella imposibilite absolutamente su ejercicio, ó que solo tenga por resultado impedirlo en parte (argumento del art. 3064).

5° Los hechos contrarios á la servidumbre en los cuales se funde la prescripción liberatoria, pueden ser ejecutados por el propietario del fundo dominante ó por cualquiera de las personas que pueden impedir la prescripción, como las de que habla el art. 3060, y también por el propietario de la heredad sirviente. Así, los actos contrarios ejecutados por los representantes del propietario, por el dominante ó por los extraños, como los terceros poseedores aunque sean de mala fe, pueden dar lugar á la terminación de la servidumbre (art. 3053 y sus concordantes—Laurent, tom. 8, n° 311).

Si bien es cierto que el art. 3052 establece que en estos casos no cesa el derecho de servidumbre, es únicamente en el sentido de que está en manos del dueño del predio dominante hacer cesar tales obstáculos, y por lo mismo, no se puede decir que el ejercicio de la servidumbre es imposible. Pero



esto es solo mientras esos impedimentos no hayan permanecido el tiempo necesario para la prescripción, como lo establece terminantemente el art. 3053, última parte.

Nuestro artículo solo habla, por otra parte, de actos contrarios al ejercicio de la servidumbre, sin distinguir la persona que los ha llevado á cabo.

3060—Para conservar la servidumbre é impedir la prescripción, basta que los representantes del propietario en los derechos de su predio, ó los extraños hayan hecho uso de la servidumbre por ocasion del fundo. Así, la servidumbre se conserva por el uso que de ella hiciera el poseedor de mala fe que goce de la heredad á la cual es debida. (Concuerda con los arts. 2446—2448—3013—3990.)

CONCORDANCIAS

(LL. 11 y 24, tit. 6, lib. 8, Dig.—Pardessus, n° 302)—Demolombe, tom. 12, n° 995—Laurent, tom. 8, n° 309.

Los representantes del propietario: Tales como el usufructuario, el arrendatario, etc., etc.

Así como se conserva por medio de esas personas, puede también perderse la servidumbre por el no uso ó negligencia de las mismas en defecto del propietario (art. 2893). Esto es motivo de cuestion en derecho frances (Laurent, tom. 8, n° 309).

O los extraños: Aunque no obren á nombre del propietario, con tal que lo hagan como poseedores del fundo dominante, como son los poseedores de mala fe de que habla la última parte del artículo.

Por ocasion del fundo: Es decir, que el ejercicio de la servidumbre haya sido ocasionado en razon de la existencia del fundo dominante; como si un obrero, por ejemplo, hace uso de la servidumbre de paso para ir á trabajar en ese fundo dominante.

1° Debe tenerse presente que por aislados que sean los actos ejecutados en concepto al ejercicio de la servidumbre, son suficientes para impedir la prescripción: no deben tomarse, como dice Pardessus, como actos de tolerancia por parte del predio sirviente, puesto que el que ejecuta esos actos como poseedor del inmueble dominante, lo hace en virtud de un derecho, y no puede decirse que hay tolerancia cuando se ejercita un derecho que no puede impedir el dueño del predio sirviente. De consi-

guiente, el acto será siempre á título de dueño ó señor de la servidumbre, y no á título de amistad ó tolerancia.

3061—Si la heredad en favor de la cual la servidumbre está establecida, pertenece á muchos, *pro indiviso*, el goce del uno impide la prescripción respecto de to los. (Concuerda con los arts. 688—2679—2684—3007—3062—3992—3996.)

CONCORDANCIAS

(Ley 18, tit. 31, part. 3ª—Ley 10, tit. 6, lib. 8, Dig.—Cód. frances, 710—Napolitano, 631—De Luisiana, 897—Pardessus, n° 303)—Cód. de California, 1159.

Impide la prescripción respecto de todos: La razon de esto es que la servidumbre como carga y como derecho es indivisible (art. 3007); de consiguiente, no puede perderse por partes alicuotas.

El principio es aplicable aunque se trate de servidumbres que en su ejecucion sean indivisibles (de acuerdo, Dr. Segovia, nota 230—Véase nuestro comentario al art. 3017, n° 9, art. 3996).

3062—Si entre los propietarios se encuentra alguno contra el cual el tiempo de la prescripción no ha podido correr, habrá éste conservado el derecho de los otros. (Concuerda con los arts. 3061 y sus concordantes—3966—3980—3982.)

CONCORDANCIAS

(L. 5, tit. 23, part. 3ª—L. 18, tit. 31, part. 3ª—L. 10, tit. 6, lib. 8, Dig.—Cód. frances, art. 710—Napolitano, 631—De Luisiana, 798)—Goyena, 547—Laurent, tom. 8, n° 312—Aubry y Rau, § 247, p. 65—Cód. de California, 1160.

Debe tenerse presente que lo dispuesto en el presente artículo y en el anterior, solo tiene aplicacion mientras se posee *pro indiviso*, y no cuando ya se ha dividido y ha tocado á uno ó á varios la parte que aprovechaba de la servidumbre. Cuando es indivisible, se observará lo dispuesto en la última parte del art. 3033.

3063—La modificacion de la servidumbre, ó sea el modo de usarla, se prescribe de la misma manera que la servidumbre. (Concuerda con los arts. 3017—3027—3064—3066—3067.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 708—Holandes, 756—Napolitano, 629—De Luisiana, 792)—Las del artículo anterior—Véase nota del codificador al art. 3065—Cód. de California, 1158.



O sea el modo de usarla, se prescribe de la misma manera que la servidumbre: ¿Se trata aquí de una prescripción adquisitiva, que requiere treinta años de posesion (art. 3017), como lo afirman algunos, entre ellos el Dr. Segovia, ó de una prescripción estintiva, que solo requiere diez ó veinte años de no uso?

Para nosotros, es indudable que se trata de la segunda. Basta fijarse que este artículo está colocado en un capítulo que tiene por rubro: "De la estincion de la servidumbre" para convenirse de ello. Se dirá que hay un error en su colocacion, como muchos otros artículos del Código; pero esto solo podría decirse si el artículo no tuviera otra aplicacion, y no se encontrase el caso práctico legislado.

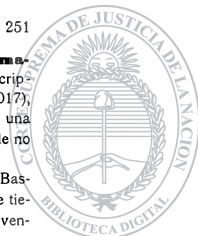
"El no uso, dice el Dr. Segovia, está legislado en el artículo siguiente, y es incapaz de hacer adquirir algo."

El no uso, decimos nosotros, hace adquirir la libertad del predio sirviente, y este es precisamente el caso legislado en el artículo. Prueba de ello es la nota del codificador al art. 3065, que valiéndose casi de las mismas palabras empleadas en el artículo, dice: "El derecho será restringido cuando la posesion presente caracteres que la hagan considerar como si hubiese sido reglada sobre un derecho menor que el establecido. Esto sucederá cuando la posesion hubiese tenido por límites ciertos intereses ó necesidades del propietario del fundo sirviente. En este caso se puede decir que el propietario ha poseído *la libertad resultante del modo nuevo en el ejercicio de la servidumbre*".

De modo que lo que el artículo quiere decir, es que modificado favorablemente á la heredad sirviente el modo de ejercer la servidumbre, el dueño del predio dominante pierde el derecho de usarla con arreglo á su título, si durante diez ó veinte años ha estado usándola en otra forma. El presente artículo habla de restriccion sobre el modo de usarla, y el siguiente sobre la estension. (Véase art. 3067.)

1º No es dudosa que un uso de treinta años de una servidumbre mas estensa que la que señala el título, hace prescribir esa mayor estension, pero esto se desprende de los principios generales establecidos en materia de prescripcion, y no del presente artículo.

El caso práctico aquí legislado, es el puesto por el codificador



en la última parte de la nota al art. 3065. También pueden comprenderse aquí los casos análogos al del art. 3067. (Véase lo dicho en el artículo siguiente.)

3061—El uso incompleto ó restringido de una servidumbre, durante el tiempo señalado para la prescripción, trae la extinción parcial de ella, y la reduce á los límites en que ha sido usada. (Concuerda con los arts. 3063 y sus concordantes—3065.)

CONCORDANCIAS

(Anbry y Rau, § 256, p. 107—Pardessus, n° 308—Demolombe, tom. 12, n° 1028)
Nuestro comentario al art. 3043.

Durante el tiempo señalado para la prescripción: Es decir, diez ó veinte años, pues se trata de una prescripción liberatoria. Respecto al tiempo desde cuando debe contarse esta prescripción, se estará á lo dispuesto en el art. 3059. (Véase art. 3066.)

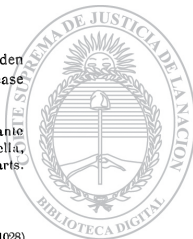
Trae la extinción parcial de ella: Estas palabras señalan una gran diferencia entre lo dispuesto en este artículo y lo dispuesto en el anterior; aquí se trata de una extinción parcial, y allí de una modificación á la servidumbre *en el modo de usarla*, favorable al predio sirviente, lo cual es muy distinto á una modificación perjudicial á este último. En los dos primeros casos, la prescripción es extintiva, en el último, es adquisitiva; en éste se adquiere mas que lo que el título da, en los otros se pierde parte del derecho que éste acuerda (Laurent, tom. 8, números 325 y 326).

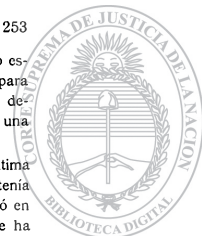
El verdadero alcance de este artículo, sobre lo que debe entenderse por uso incompleto está explicado en el 3065 siguiente. (Véase 3066, y Laurent, tom. 8, n° 328.)

3065—Cuando el propietario de la heredad dominante ha usado la servidumbre conforme á su título, en la medida de sus necesidades ó conveniencias, debe juzgarse que la ha conservado íntegra, aunque no haya hecho todo lo que estaba autorizado á hacer. Así, aquel á quien su título le confiere el derecho de pasar á pié, á caballo ó en carro, conserva íntegro su derecho cuando se ha limitado á ejercer el paso á pié. (Concuerda con los arts. 2925—3064—3066.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 255, nota 23—Revista de Félix, año 1846, p. 817)—Laurent, tom. 8, núms. 329 y 330.





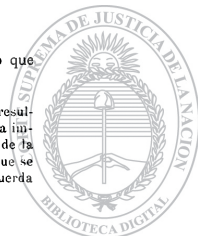
Debe juzgarse que la ha conservado íntegra: Pero esto solo es así cuando no ha existido un obstáculo material para que la servidumbre se ejerza en todas las formas que tenía derecho de usarse, como lo declara el art. 3066, que es solo una limitación del presente.

Así, en el ejemplo puesto por el codificador en la última parte del artículo, si el acreedor de la servidumbre que tenía derecho á pasar por el fundo sirviente en coche, á caballo ó en carro, solo pasa á pié, porque el dueño del fundo sirviente ha estrechado de tal modo el camino que solo se puede pasar en esta forma, el art. 3066 dice que perderá el derecho de pasar á caballo ó en carro si no lo reclama durante el tiempo señalado para la prescripción, lo cual está confirmado también por los arts. 3052 y 3053. Laurent, tom. 8, núms. 329 y 330, trae los dos casos, el que estudiamos y el del 3066, que viene á ser una excepción de éste.

1º Aunque nuestro artículo legisla aquí especialmente un caso de servidumbre discontinua, y está íntimamente ligado con el 3066, no quita que en otros casos el uso voluntariamente limitado traiga la extinción parcial, con arreglo al art. 3064 que se refiere á unas y otras, siempre que en las continuas haya un punto de partida para principiar á contar el tiempo de la prescripción, con arreglo al art. 3059.

2º El objeto principal del presente no es limitar lo dispuesto en el 3059 respecto al tiempo desde el cual debe contarse el plazo de las servidumbres discontinuas, puesto que se encontraría en contradicción con aquél, sino únicamente determinar los casos en que, aun tratándose de servidumbres discontinuas, no se cuenta el tiempo de la prescripción sino desde que se ejecuta un acto contrario á ella, y sin perjuicio de que en otros casos en que el ejercicio de la servidumbre no sea una manifestación completa de ejercerla con arreglo al título, pueda aplicarse el art. 3064.

Así, por ejemplo, en la misma servidumbre de paso, si el dueño del predio sirviente, después de haberla usado un tiempo, abandona parte del camino dando otra dirección á su salida, es indudable que pasado el tiempo de la prescripción la servidumbre quedará reducida, con arreglo al art. 3064, á la extensión



de camino usado. (Véase la nota del codificador al artículo que estudiamos.)

3066—Cuando el ejercicio parcial de la servidumbre ha sido el resultado de un cambio en el estado material de los lugares que hacia imposible el uso completo, ó por oposicion de parte del propietario de la heredad sirviente, la servidumbre queda reducida á los limites en que se ha ejercido durante el tiempo señalado para la prescripcion. (Concuerda con los arts. 3048—3049—3051 á 3054—3065.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 255, nota 25)—Nuestro comentario á los arts. 3051 y 3065.

Que hacia imposible el uso completo: De lo contrario, el dueño del predio dominante podrá alegar, con arreglo al artículo anterior, que la ha usado con arreglo á su título, en el caso allí puesto, y otros semejantes. Esto, como hemos dicho ántes, no quita que, con arreglo al art. 3039, se pierda la servidumbre discontinua por el no uso voluntario, contando el tiempo en la forma establecida en dicho artículo. (Véase comentario al art. 3065, y tambien arts. 3048 y 3049.)

3067—El ejercicio de una servidumbre discontinua por un lugar diferente del que se habia asignado á ese efecto, hace perder, al fin de diez años, la designacion primitiva; pero no trae la estincion de la servidumbre misma, á no ser que la designacion debiese considerarse como inherente á la constitucion de la servidubre. Fuera de este caso, el propietario de la heredad sirviente debe sufrir el ejercicio de la servidumbre por el lugar por donde se ha ejercido, si no permite hacer volver al propietario de la heredad dominante á la designacion primitiva. (Concuerda con los arts. 3037—3041—3063.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 255, nota 27—Demolombe, tom. 12, n° 1081)—Laurent tom. 8, n° 331.

Como inherente á la constitucion de la servidumbre: Esta es cuestion de apreciacion que el Juez debe resolver teniendo presente lo siguiente: que la designacion del lugar por donde haya de efectuarse la servidumbre puede ser puramente demostrativo ó reglamentario.

Así, si se concede una servidumbre de paso sin determinar por donde haya de ejercerse, y con posterioridad se determina

ese lugar, la designación no es sino puramente demostrativa, como dice Demolombe, tom. 12, n° 1031, p. 558, y por lo mismo aunque ejerza la servidumbre por otro lugar, no se pierde la servidumbre misma, pero sí el derecho de pasar por el lugar designado. De manera que lo que aquí pierde es el modo determinado de usarla, lo cual puede constituir una aplicación del art. 3063. (Véase Demolombe, tom. 12, n° 1034.)

Por el contrario, la designación del lugar preciso por donde se ha de ejercer la servidumbre desde el momento en que se constituye, viene á constituir parte integrante y esencial de ella, de tal modo, que si no se ejerce por ese lugar, sino por otro, se considera abandonado el derecho. Así, si el fundo sirviere está dividido en lotes determinados, y se concede una servidumbre de paso bajo condición de que solo podrá ejercerse por tal ó cual lote, y se ejerce por otro, la servidumbre se pierde por el no uso de diez ó veinte años, y no se adquiere el derecho de pasar por el lote en que se ha ejercido. Aquí, por la razón indicada en la nota del codificador á este artículo, es otra que la concedida, la servidumbre que se ha estado ejerciendo. Pero en este caso, tampoco adquiere el derecho á seguir pasando por ese lugar, pues que siendo una servidumbre discontinua, no ha podido adquirirla por prescripción, según lo dispuesto en el art. 3017.

Mas si la servidumbre es continua y aparente, aunque se pierda la servidumbre primitivamente designada, se adquiere la que se ejercía, por la posesión de treinta años.



TÍTULO XIII

De las servidumbres en particular (1)

CAPÍTULO I

De las servidumbres de tránsito

3068—El propietario, usufructuario ó usuario de una heredad destituida de toda comunicacion con el camino público, por la interposicion de otras heredades, tiene derecho para imponer á ésta la servidumbre de tránsito, satisfaciendo el valor del terreno necesario para ella, y resarciendo todo otro perjuicio. (Concuerda con los arts. 2516—2639—2975, inc. ultimo—3069—3070—3084—3086—3097—3100—4016. inc. 6.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 682—Napolitano, 603—De Luisiana, 696—De Chile, 847—Pardessus, *Servidumbres*, n° 221—Leclercq, tom. 2, n° 505)—Cód. de California, 1091—Aubry y Rau, § 243, nota 1—Marcadé, tom. 2, n° 639—Freytas, 4840.

El propietario, usufructuario, ó usuario: El mismo derecho acordado por este artículo debe considerarse extensivo á todos los poseedores con derecho real en la cosa, como el acreedor anticresista, el titular de una servidumbre, etc. (arts. 3018 y 3086). Igual derecho tendrá el poseedor, sea de buena ó de mala fe (art. 3013).

Destituida de toda comunicacion: Es decir, que no tenga absolutamente ningun camino de salida; pero si tiene algu-

(1) Teniéndose presente las disposiciones del título VI, sobre las limitaciones que sufre la propiedad, se advertirá que no hay necesidad de tratar de las servidumbres que se llaman urbanas, establecidas en el interes de la propiedad territorial. Las limitaciones que sufre el dominio de ese género de propiedades, se hallan establecidas en dicho título VI.





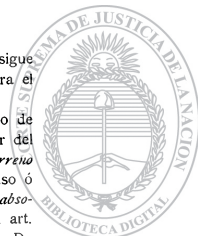
no, no se puede exigir una nueva servidumbre, fundándose en que el actual camino es incómodo ó muy largo. Pero como la servidumbre es creada por la ley á favor del fundo y para remediar las necesidades de su explotacion, es indudable que si el camino es demasiado angosto de modo que no puedan salir los carros, máquinas y demas vehículos, puede exigirse se le permita ensancharlo; y si esto no es posible, se considerará como sin salida para el efecto de imponer la servidumbre por otra parte (última parte del art. 3069).

Por la interposicion de otras heredades: Ó tambien porque sea imposible ó muy costoso abrir un camino por el lado que la heredad que necesita de él esté limitada por el camino público. Así, si por ese lado hay montañas ó grandes pantanos que impidan hacer camino, ó que sea muy costoso practicarlo, no sería justo que se le privase al propietario imponer esta servidumbre de tránsito á las heredades circunvecinas. La jurisprudencia francesa es uniforme al respecto (Marcadé, tomo 2, n° 630—Demolombe, tom. 12, n° 609).

1° Las dificultades que se suscitan entre las partes sobre si tal ó cual heredad se encuentra ó no absolutamente cerrada, y sobre si es ó no indispensable el establecimiento de la servidumbre, son cuestiones de hecho que los Jueces apreciarán en cada caso segun la especialidad de cada localidad. Pero debe tenerse siempre presente que la ley manda inclinarse mas á la libertad de las heredades, cuando haciendo algun sacrificio el propietario de la heredad dominante, puede conseguir una salida sin perjuicio para las partes. (Véase Demolombe, tom. 12, n° 609.)

Satisfaciendo el valor del terreno: Esto no importa propiamente una enajenacion del suelo que se toma para servidumbre; prueba de ello es el art. 3076 que da derecho al dueño del predio sirviente para pedir se le exonere de la servidumbre cuando ésta ya no es indispensable, volviendo el valor recibido.

Lo que se paga es la desmembracion del derecho de propiedad que importa la servidumbre; y es solo bajo este punto de vista, como dice Pothier, que el propietario de la heredad sirviente adquiere la propiedad de la parte del inmueble sometida al ejercicio del derecho. Al acreedor, ó dueño de la heredad dominante, en ningun caso le es permitido disponer del terreno ocupado por el camino para otro objeto que la servidumbre. Ese



terreno sigue perteneciendo á la heredad dominante, como sigue perteneciendo el ocupado por el acueducto, segun lo declara el art. 3085.

Lo que se paga es la desmembracion que sufre el derecho de propiedad; únicamente que su precio se calcula por el valor del terreno. Cuando el artículo dice: "*pagará el valor del terreno necesario,*" quiere significar únicamente que el valor del uso ó de la servidumbre, no de la propiedad, sino del *derecho absoluto de propiedad*, como dice el codificador en la nota al art. 2971, se paga con un equivalente al valor del terreno. De este modo, viene á establecerse una compensacion entre el uso del terreno ocupado por la servidumbre y los intereses del dinero recibido por ella. Decimos compensacion porque, concluida la servidumbre, en el caso del art. 3076, la devolucion del precio recibido se hace sin intereses, y el que ha gozado de la servidumbre no paga el valor del uso, lo cual encontramos justo. Esos intereses los deja el dueño del predio sirviente únicamente como pago del uso, pues los demas perjuicios se pagan aparte.

En virtud de estas consideraciones, nos parece injusta la crítica que el Dr. Segovia hace á nuestro Código, y al de Chile, en la nota 8, sobre la parte que acabamos de estudiar.

Resarciento todo otro perjuicio: Una cosa es el pago del valor del terreno ocupado por la servidumbre, que deberá regularse por el valor real del terreno y no por la ventaja que el predio dominante reporte de la servidumbre, y otra la indemnizacion del perjuicio que sufra el propietario de la heredad sirviente.

¿Cómo se determina este perjuicio? Una servidumbre de paso es en sí incómoda para un fundo, y por lo mismo, perjudicial, pues no es lo mismo tener un fundo perfectamente cerrado sin que nadie tenga derecho á pasar por él, que tenerlo dividido por un camino. ¿Es á esta clase de perjuicios que se refiere la ley? Indudablemente que no. La imposicion de una servidumbre de esta naturaleza, es una verdadera espropiacion por causa de utilidad pública; es por esto, que su constitucion no es voluntaria, sino obligatoria para las heredades circunvecinas del dominante. Es una carga pública, y como tal, está obligado á soportarla sin más remuneracion que el valor del



terreno y los perjuicios materiales que son una consecuencia de la construcción del camino.

A estos perjuicios se refieren las palabras que estudiamos. Así, por ejemplo, si para hacer el camino ha sido necesario destruir cercos, el dueño del predio dominante estará obligado a remediar el mal que con esto se ocasiona, poniendo puertas o asegurando de otro modo el cerramiento de la heredad que quede abierta con motivo del camino. (Véase sobre esto, nuestro comentario al art. 3079.)

Pero otra cosa será respecto de los gastos necesarios para evitar perjuicios por el ejercicio de la servidumbre, como lo establece nuestro codificador en la nota al art. 3022, al final, y lo decimos en el comentario a dicho artículo, p. 201.

Si hay que destrozar plantíos para abrir camino, el dominante deberá pagar también esos plantíos independientemente del valor del terreno.

3069—Se consideran heredades cerradas por las heredades vecinas, no solo las que están privadas de toda salida a la vía pública, sino también las que no tienen una salida suficiente para su explotación. (Concuerda con los arts 3068—3070—3072.)

CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 610—Anbry y Rau, § 213—Véase Pardessus, *Servidumbres*, n° 218.)

Las que no tienen una salida suficiente para su explotación: Lo que la ley tiene en cuenta, como hemos dicho antes, al establecer la servidumbre, es que ninguna propiedad quede sin los medios de poder ser explotada en la forma que el dueño lo encuentre por conveniente, á causa de su situación respecto á los caminos públicos. Si la ley se conformara con dar por suficiente una salida que obligare á su propietario á sustraer su fundo de la explotación que mas le conviniere, chocaría con el principio de orden público en que se basan las servidumbres legales.

Hacer distinción entre el que no tiene ninguna salida y el que tiene alguna, pero que no le sirve, sería establecer una diferencia injusta. Estas consideraciones nos llevarán á dar la verdadera interpretación al art. 3072, que á primera vista parece contrariarlas. (Véase Aubry y Rau, citado, notas 10 á 13.)

3070—Una heredad no se considera cerrada por las heredades vecinas, cuando una parte no edificada de esta heredad está separada de la vía pública por construcciones que hacen parte de ella. (Concuerda con los arts. 3068—3069—3072.)

CONCORDANCIAS

(Zacharie, § 331, nota 2) —Laurent, tom. 8, n° 82.

Por construcciones que hacen parte de ella: Es decir, cuando estas construcciones han sido hechas despues que el fundo ha quedado con salida únicamente por donde se ha hecho la construccion; pero no cuando el cerramiento ha venido á ser el resultado de la division del fundo en varios, como en el caso del art. 3073. En el primer caso, el cerramiento es voluntario, en el segundo no, como decia una corte francesa. (Dalloz, 1870, n° 421).

Así, si en un fundo que tenía dos salidas á una vía pública, se edifica en una de ellas de modo que no queda sino una, y despues se divide formando una propiedad aparte la en que estaba la salida del fundo principal, es claro que el dueño de este fundo tiene que dar por allí salida, con arreglo al principio del art. 3073, al que queda encerrado, sin poderse amparar en el presente artículo, pues que no se puede decir que el cerramiento es voluntario, como en el de la hipótesis legislada aquí.

3071—La servidumbre de tránsito es impuesta á todas las heredades contiguas al predio encerrado, sean habitaciones, parques, jardines, etc. (Concuerda con los arts. 3068—3084—3099—3102.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, tom. 1, n° 219 —Duranton, tom. 5, n° 422 —Demolombe, tom. 12, n° 615)—Aubry y Rau, § 243, nota 15 —Laurent, tom. 8, n° 92.

Sean habitaciones, parques ó jardines: Como una servidumbre en esta clase de heredades traerá siempre graves perjuicios, debe preferirse, aunque sea con algun sacrificio para el predio dominante, establecerla por los predios no edificados, siempre que sea posible (arg. del art. 3074 Demolombe, lugar citado).

3072—El propietario de un fundo de tierra no puede, levantando construcciones sobre el fundo, crearse un derecho de tránsito mas esten-



so que el que le competía según la naturaleza originaria de su heredad.
(Concuérta con los arts. 3069—3070.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 343, nota 14)—Demolombe, toin. 12, n° 612.

No puede, levantando construcciones sobre el fundo, crearse un derecho de tránsito mas estenso: ¿Importan estas palabras una restriccion al derecho del propietario para dedicar su fundo al ramo de industria que encuentre por conveniente? No trepidamos en negar semejante interpretacion.

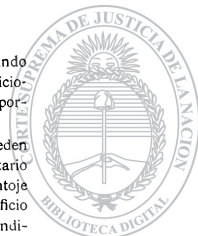
El legislador no ha podido, so pena de chocar con los principios sentados en el mismo Código, de que hemos hablado en el art. 3069, y con los principios económicos mas elementales, decir que al dueño de un fundo le está prohibido hacer construcciones que pueden aumentar el gravámen del fundo sirviendo, por el aumento de tráfico consiguiente á esas construcciones, ó que le sea prohibido aumentar su explotacion por esta misma causa (comentario á los arts. 3025 y 3027).

La mente del legislador en el presente artículo no ha podido ser otra que que resolver implícitamente un caso semejante er cierto modo al legislado en el 3070, y sentar esplicitamente que el que tiene una servidumbre con arreglo á la naturaleza del fundo dominante, no puede ensancharla hasta llenar las necesidades de las nuevas construcciones que haga sin ántes pedir en la forma legal ese ensanche, y pagar el mayor gravámen con arreglo á lo dispuesto en el art. 3068.

Al crear la servidumbre con arreglo á la naturaleza de la heredad al tiempo en que se constituyó el derecho, puede no haberse tenido en cuenta las necesidades futuras del predio dominante, y haberse pagado solo el terreno necesario para un camino mas angosto que el que despues llega á necesitar. En este caso, el dueño del predio dominante no podrá ensancharlo por sí solo sin llenar los trámites legales.

1º Puede tambien suceder que teniendo ya una servidumbre de paso que llene las necesidades actuales del fundo, se hagan edificios en otra parte del mismo, y con motivo de estas construcciones el dueño quiera alargar el camino para comunicar ese nuevo edificio. En este caso, el hecho solo de existir una servidumbre no dará derecho para alargar el camino sin ántes pro-





bar que no se puede comunicar por dentro del mismo fundo dominante, ó que se encuentra por otra causa en las condiciones exigidas por la ley para obligar al predio sirviente á soportar ese tránsito mas estenso.

2º Cualquiera de estas aplicaciones ú otras análogas, se pueden dar al artículo, pero nunca que él importe prohibir al propietario que fuera del caso del art. 3070, edifique lo que se le antoje en su terreno por la sola consideracion de que con el edificio se hace mas estenso el tránsito. Encontrándose en las condiciones legales, la servidumbre tiene necesariamente que imponerse, como está dispuesto en el art. 3069.

Por lo demas, el presente artículo, prescindiendo de su mala redaccion, bien poca utilidad práctica tiene, y bien ha podido suprimirse.

3073—Si se vende ó permuta alguna parte de un predio, ó si es adjudicado á cualquiera de los que lo poseían *pro indiviso*, y en consecuencia esta parte viene á quedar separada del camino público, se entenderá concedida á favor de ella una servidumbre de tránsito sin indemnizacion alguna. (Concuerda con los arts. 3068—3070 y su comentario—3076, 2ª parte.)

CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 682, n° 5—Demolombe, tom. 12, núms. 602 á 604—Pardessus, tom. 1, n° 219—Cód. de Luisiana, art. 697)—Cód. de Chile, 850—Freytas, 4298—Aubry y Rau, § 248, nota 18.

Se entenderá concedida á favor de ella una servidumbre de tránsito: Si á la parte que queda cerrada le es mas conveniente pedir el establecimiento de una servidumbre por los fundos circunvecinos del que se ha dividido, ¿podrá el dueño renunciar á la servidumbre establecida por este artículo, y pedir se imponga al fundo vecino que no ha formado parte del predio dividido?

Demolombe, n° 602, citado, piensa que no. “Nadie puede, por su hecho, imponer una servidumbre á la heredad de otro; los copropietarios ó las partes, cualquiera que ellos sean, vendedor ó comprador, copermutantes, donador ó testador, que han operado la division del fundo, no tienen evidentemente el derecho de gravar el fundo vecino con una servidumbre de paso á



favor de la porcion del fundo que por su hecho se encuentra encerrado".

Aubry y Rau, Marcadé, lugar citado, y demas autores, á escepcion de Pardessus, piensan del mismo modo que Demolombe. Piensa lo mismo uno de los autores mas modernos, Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1543, *bis*.

Creemos que esta misma interpretacion debe recibir nuestro articulo, pues el 3068 solo da derecho á imponer servidumbre de paso á las heredades vecinas cuando la en cuyo favor se quiere imponer se encuentra *destituida de toda comunicacion*, como dice dicho articulo, *con el camino público*; y como en el caso propuesto no puede decirse que la parte separada se encuentra en estas condiciones, desde que la misma ley le acuerda una servidumbre de paso sobre las otras partes que se han separado, es claro que no puede hacer uso del art. 3068.

1º En este caso, la servidumbre debe recaer sobre la parte que facilitase un camino mas corto á la via pública, como está dispuesto en general en el art. 3074.

2º Es entendido, como lo afirma Baudry-Lacantinerie, citado, que cuando por el resultado de la division, á una de las nuevas heredades no se le puede dar comunicacion con el camino público por otra de las nuevas heredades, el dueño de aquella puede hacer uso del derecho acordado por el art. 3068. Si así no fuera, se vendria á coartar á las partes el derecho de dividir el inmueble poseído en comun en la forma que mas les conviniera; y aun vendria á imponerse perpetuamente la indivision del fundo, si éste no admitia una division de modo que todas las partes pudieran tener salida al camino público por las otras.

3º Al vecino que se oponga á la imposicion de la servidumbre, le corresponderá probar el origen del cerramiento; si no prueba que éste ha tenido origen en alguna de las causas mencionadas en el articulo que estudiamos, tendrá que cargar con el gravámen impuesto por el 3068.

3071—El tránsito debe ser tomado sobre uno de los fundos contiguos que presenten el trayecto mas corto á la via pública. Los Jueces, pueden, sin embargo, separarse de esta regla, sea en el interes de las heredades vecinas, ó sea en el interes del predio encerrado, si la situacion de los lugares ó las circunstancias particulares así lo exigen. (Concuerda con el art. 3021.)



CONCORDANCIAS

(Cód. frances, arts. 683 y 684—Napolitano, 604 y 605—De Luisiana, 696—Vénse Demolombe, tom. 12, n° 618—Pardessus, tom. 1 n° 219—Aubry y Rau, § 243—Si el uso del mas corto trayecto obligase á gastos considerables, por ejemplo, á la construccion de un puente, podria dirigirse á otro vecino cuya propiedad ofreciese un trayecto mas largo pero mas cómodo.)

Sea en el interes de las heredades vecinas: Por ejemplo, si la diferencia de trayecto es poca, y por la que presenta el trayecto mas corto es muy onerosa la servidumbre, y la otra no, debe preferir esta última.

En el interes del predio cerrado: Véase el ejemplo puesto por el codificador en la nota á este artículo.

3075—El tránsito debe ser concedido al propietario del fundo encerrado, tanto para él y sus obreros, como para sus animales, carros, instrumentos de labranza, y para todo lo que es necesario para el uso y explotacion de su heredad. (Concuerda con los arts. 3020—3025—3079.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Luisiana, 698—Las concordancias y comentarios á los artículos citados, y comentario al 3028—Freytas, 4850.

3076—Si concedida la servidumbre de tránsito llega á no ser indispensable al predio encerrado por haberse establecido un camino, ó por la reunion del fundo á una heredad que comunice con la vía pública, el dueño del predio sirviente puede pedir que se le exonere de la servidumbre, restituyendo lo que al establecerse ésta se hubiese pagado por el valor del terreno. Pero si el encerramiento del predio es el resultado de una particion ó enajenacion parcial, la servidumbre de tránsito constituida por las disposiciones de este capítulo, continuará subsistiendo á pesar de la cesacion del cerramiento. (Concuerda con los arts. 3073—3081.)

CONCORDANCIAS

(Véase Cód. de Chile, art. 849—Pardessus, tom. 1, n° 225—Aubry y Rau, 243)—Nota del codificador al art. 3081—Freytas, 4857.

Por el valor del terreno: El Dr. Segovia dice que el dueño del predio sirviente debe pagar tambien las mejoras útiles y necesarias que existan. Pensamos que esto no puede llegar á tener aplicacion. Supóngase que el dueño de la servidumbre ha hecho terraplenes, desmontes, y gastos de conservacion; éstas serian mejoras necesarias y útiles únicamente en relacion á la

servidumbre misma, y no respecto al fundo sirviente, y por lo mismo no tendrá por qué cargar con ellas el propietario de la heredad sirviente.

1º La indemnizacion de perjuicios pagada al constituirse la servidumbre, no debe ser devuelta al que la pagó, pues el perjuicio ya se ha sufrido y no desaparece porque las cosas vuelvan á su antiguo estado; cesa únicamente el perjuicio futuro, y no el que se ha sufrido ya. Aparte de esto, el artículo solo dice que se restituya el precio recibido como valor del terreno (comentario al art. 3068.

Pero si el encerramiento, etc.: Se refiere todo este inciso al caso legislado en el art. 2073, es decir, que la servidumbre constituida entre los condóminos que han dividido el fundo comun, no cesa aun cuando el lote á favor del cual se concedió tácitamente una servidumbre, llegue á tener otra comunicacion con el camino público.

3077—El que para edificar ó reparar su casa tenga necesidad indispensable de hacer pasar sus obreros por la del vecino, puede obligar á sufrirlo con la condicion de satisfacerle cualquiera perjuicio que se le cause. (Concuerda con los arts. 1520—2516—2627—2733.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 697—Pothier, *Societad.* n° 246—Pardessus, *Servidumbres*, n° 227.)

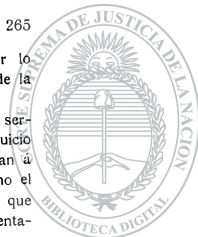
El presente artículo ha podido suprimirse, reasumiéndolo en el 2627.

3078—La servidumbre de tránsito que no sea constituida á favor de una heredad cerrada, se juzgará personal en caso de duda. Es discontinua y no aparente cuando no haya algun signo exterior permanente del tránsito. (Concuerda con los arts. 2975—2976—3003—3011—3044.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4841—Nuestro comentario al art. 3003.

Personal en caso de duda: La circunstancia de tener el predio dominante otra servidumbre real de paso, bastará por sí sola para decir que de la que aquí se habla es personal, siempre que no conste en el título de adquisicion, ó de otra manera





que es real. Los caracteres de una servidumbre, que en regla general determinan la clasificación de la servidumbre, como lo hemos dicho en el comentario al art. 3003, en el presente caso, no tienen influencia por sí solos, porque la presunción que establecen los caracteres viene á quedar sin fuerza por la circunstancia de tener el fundo dominante otra servidumbre de tránsito que satisfaga sus necesidades.

Siendo así, la presunción es que la segunda servidumbre creada no es para satisfacer las necesidades reales del fundo, que ya lo está con la primera, sino para satisfacer necesidades ó caprichos del dueño. Aun prescindiendo de esta presunción, la existencia de ambas servidumbres traeria duda sobre el carácter de la que últimamente se había establecido, y en la duda, los arts. 3011 y 3044 ordenan que se esté á favor del fundo sirviente, lo que haria decidir que el segundo derecho concedido era personal, por ser siempre éste mas ventajoso, tanto por la estension de su ejercicio como por su duracion (art. 3004).

3079—Si en la constitucion de la servidumbre de tránsito no se expresa el modo de ejercerla, el derecho de tránsito comprende el de pasar de todos los modos necesarios, segun la naturaleza y destino del inmueble al cual se dirige el paso. Si no se hubiera determinado el tiempo del ejercicio de la servidumbre, solo se podrá pasar de dia, si el lugar fuere cercado, y á cualquiera hora si no lo fuere. Cuando el derecho de tránsito tuviese determinado el modo de ejercerse, el dominante por ninguna causa ó necesidad, puede ampliarlo ejerciéndolo de otra manera, ó haciendo pasar personas ó animales que no comprenda la servidumbre. (Concuerda con los arts. 3019 á 3021—3024—3025—3075—3090—3091—3107.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4846 á 4850—Cód. de California, 1079—Aubry y Rau, § 243, notas 11 y sigtes.—Nuestro comentario á los arts. 3020 y 3068.—Véase Freytas, 4844.

Si en la constitucion de la servidumbre, etc.: Toda la primera parte de este artículo está ya comprendida en los arts. 3019 y sus concordantes, y 3075.

Si el lugar fuere cerrado: Si atravesase un campo cercado, por ejemplo. El dueño del predio sirviente puede poner puertas á las entradas del camino para cerrarlas de noche, como hemos dicho ántes.

Por ninguna causa ó necesidad puede ampliarlo: Es-



to no impide que si el dueño de un fundo, que por su situación estaba legalmente obligado á consentir una servidumbre de paso, concede por convencion un derecho, que con el tiempo viene á ser insuficiente para las necesidades del tráfico del fundo dominante, pueda ser obligado por el del predio sirviente á consentir en las ampliaciones necesarias para el lleno de esas necesidades, previa la indemnización de que habla el art. 3068. La limitación del artículo, en las palabras que estudiamos, es únicamente en el sentido de que no podrán traspasarse los límites de lo convenido sin previa indemnización; y en todos los casos cuando el fundo que ha concedido la servidumbre de paso no estaba legalmente obligado á consentirla.

En el primero, los arts. 3068 y 3073, le obligan á consentir en esa ampliación, como carga inherente á la vecindad de un fundo encerrado. En el segundo, es decir, cuando no está el predio sirviente por su situación, en condiciones de ser obligado á soportar la carga, su dueño tiene la facultad de imponer las restricciones que quiera.

3080—Habrá renuncia tácita del derecho de tránsito, si el dominante consiente en que el poseedor del inmueble sirviente cierre el lugar del paso, sin reservar de algun modo su derecho. (Concuerda con los arts. 873—920—3047—3048—3049.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4854—Las del art. 3047.

Si el dominante consiente: Para que la servidumbre se extinga desde luego, es necesario que el consentimiento sea dado por escrito, como lo establece el art. 3047. Si no es por escrito, solo se extinguirá pasado el tiempo necesario para la prescripción, como lo establece el art. 3048 (de acuerdo, el Dr. Segovia, nota 34). Los fundamentos de los arts. 3047 y 3048, no desaparecen por que se trate de una servidumbre de tránsito. Freytas (art. 4854), de donde ha sido tomado nuestro artículo, al hablar del consentimiento tácito, cita su art. 4820, que establece el principio del 3047 nuestro, para demostrar que á ese consentimiento es al que se refiere. En nuestro Código, su autor no puso concordantes para correlacionar unas disposiciones con otras, y de ahí la falta de claridad que en algunos casos,

como el presente, se nota en él, lo cual no sucede con Freytas. Los concordantes que nosotros ponemos al final de cada artículo, evitarán en parte estos inconvenientes.

3081—La servidumbre de tránsito no se extingue aunque el paso llegue á no ser necesario para el inmueble al cual se dirige, ó aunque el dominante hubiese adquirido otro terreno contiguo por donde pudiese pasar. (Concuerda con los arts. 3000—3005—3050—3076.)

CONCORDANCIAS

(Zacharie, § 331, nota 3)—Freytas, 4855—Nuestro comentario á los arts. 3000, 3005 y 3050.

Aunque el paso llegue á no ser necesario: Esto tiene lugar en el caso de la última parte del art. 3076, y cuando ha sido adquirida voluntariamente y el dueño del predio dominante, por un motivo de comodidad personal ó por cualquiera otra causa, quiere conservarla. Cuando la servidumbre es legal, no se extingue de pleno derecho aunque se realice la hipótesis de este artículo; pero el dueño del predio sirviente tiene derecho á pedir su exoneración en los términos del art. 3076.

CAPITULO II

De la servidumbre de acueducto

3082—Toda heredad está sujeta á la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones ó pastos, ó en favor de un pueblo que las necesite para el servicio doméstico de sus habitantes, ó en favor de un establecimiento industrial, con el cargo de una justa indemnización.

Esta servidumbre consiste en el derecho real de hacer entrar las aguas en un inmueble propio, viniendo por here lades ajenas. (Concuerda con los arts. 2637—3068—3097—3100.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, art. 861—Demolombe, tom. 11. n.º 206—Molitor desde el n.º 48—Sobre esta servidumbre, véase LL. 4 y 5, tit. 31, part. 3.ª)—Freytas, 4892—Goyena, 496—Véase nuestro comentario á los arts. 2635 y 3047, especialmente es el último—Vistas Fiscales del Dr. G. Cortés, tom. 1, p. 446 y sigtes.—Aubry y Rau, § 241, nota 2.

Toda heredad está sujeta á la servidumbre de acueducto: Respecto al lugar por donde debe hacerse el canal, y





cuál de las heredades superiores es la que debe sufrir la carga, se aplicará por analogía, en lo que no está espresamente dispuesto en este capítulo, lo que se dispone para las servidumbres de tránsito. Así, el canal deberá atravesar las heredades que ofrezcan un trayecto mas corto al fundo dominante, y por donde sea ménos costoso, siempre que no sea necesario sacrificar este menor costo por perjuicio mayores para los fundos sirvientes (Cód. de Chile, art. 864).

El dueño del predio sirviente tendrá tambien derecho de pedir variacion del lugar por donde se usa la servidumbre, en el caso del art. 3037 (véase Cód. de Chile, 864—Véase tambien sobre este artículo nuestro comentario al 3083).

Para el cultivo de sementeras, plantaciones ó pastos:

Rige el mismo derecho respecto á los fundos que carecen de agua para bebidas, fábricas, etc., etc. El dueño del agua puede utilizarla en lo que quiera; de aquí no nace la obligacion de que los fundos superiores soporten la servidumbre de acueducto.

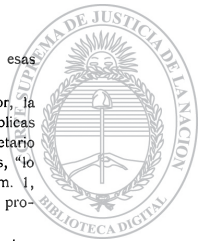
A ningun propietario que se le quisiera imponer tendria derecho á oponerse alegando que el destino que se quiere dar al agua para la cual se quiere establecer la servidumbre, no es de los enumerados en el presente artículo. Los casos aqui designados son meros ejemplos. Por esto, al final del primer párrafo del artículo, se habla de establecimientos industriales en general.

3083—La servidumbre de acueducto, en caso de duda, se reputa constituida como servidumbre real. Es siempre continua y aparente, y se aplica á las aguas de uso público como á las aguas corrientes bajo la concesion de la autoridad competente; á las aguas traídas á la superficie del suelo por medios artificiales, como á las que naturalmente nacen; á las aguas de receptáculos ó canales pertenecientes á particulares que hayan concedido el derecho de disponer de ellas. (Concuerda con los arts. 2975 —2976—3003.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 241) —Freytas, 4883 —Vistas Fiscales del Dr. Gerónimo Cortés, tom. I, p. 444.

Bajo la concesion de la autoridad competente: El uso de las aguas públicas está reglamentado en cada Provincia dentro de sus respectivos límites, y es por esto que nuestro Código



habla de las servidumbres necesarias para el empleo de esas aguas.

Como se ve por el testamento de este artículo y del anterior, la servidumbre legal de acueducto, tanto para las aguas públicas como para las privadas, es creada en favor de todo propietario ó concesionario sin distinción, que necesite regar sus tierras, "lo cual supone á la vez, dice el Dr. Cortés, Vistas Fiscales, tom. 1, p. 492, y se correlaciona con el derecho común á todos los propietarios aunque no sean ribereños".

Por manera que la servidumbre legal de acueducto puede imponerse á los propietarios ribereños en favor de un fundo que no lo sea: primero, porque aquellos no tienen privilegio para aprovechar exclusivamente las aguas de uso público, por cuanto que el Código no les ha acordado tal privilegio, como lo sostiene perfectamente el Dr. Cortés en el escrito citado; y segundo, porque la ley no hace aquí distinción alguna en favor de los ribereños, al imponer en general las servidumbres. El artículo anterior principia diciendo que "toda heredad está sujeta á la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca de las aguas necesarias para sementeras, etc., etc. El que estudiamos, que es un complemento de aquél, dice que esa servidumbre es para toda clase de aguas, públicas ó privadas.

Con estas disposiciones, cualquiera distinción que se quiera hacer será caprichosa. El Dr. Cortés, en el lugar citado, trata estensamente estos puntos; allí puede consultarse cualquiera duda.

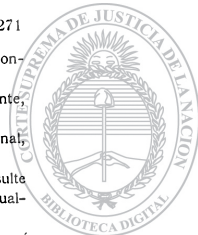
Que hayan concedido el derecho de disponer de ellas.

Como la servidumbre se establece á favor del fundo sirviente, el hecho de no pertenecer el agua al que la quiere utilizar, no es un obstáculo para demandar su ejercicio.

Así, el arrendatario de un derecho de agua puede hacerla pasar por los fundos ajenos, lo mismo que la puede hacer pasar el dueño de ella (Aubry y Rau, § 241, notas 5 y sigtes.).

El art. 1081 del Código de la Baja California, de donde han sido tomados la mayor parte de las disposiciones de este Título, es mas claro al respecto.

"El que pretenda, dice el citado artículo, usar del derecho consignado en el art. 1073 (se refiere á la servidumbre de acueducto), debe previamente:



1º Justificar que puede disponer del agua que pretende conducir;

2º Acreditar que el paso que solicita, es el mas conveniente, y el ménos oneroso para tercero;

3º Pagar el valor del terreno que ha ocupado por el canal, segun estipulacion de peritos, y un diez por ciento mas;

4º Resarcir los daños inmediatos, con inclusion del que resulte por dividir en dos ó mas partes el predio sirviente, y de cualquiera otro deterioro.

Esto mismo es aplicable entre nosotros, pues están reunidos aquí los mismos principios adoptados por nuestro codificador en diversos artículos de este Título. Habria sido mejor adoptar una sola disposicion semejante á ésta.

3084—Las casas, corrales, patios y jardines que dependen de ellas, y las huertas de superficie menor de diez mil metros cuadrados, no están sujetas á la servidumbre de acueducto. (Concuerda con los arts. 3099—3102.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 241, letra A)—Cód. de Chile, 862.

3085—El dueño del predio sirviente tendrá derecho para que se le pague un precio por el uso del terreno que fuese ocupado por el acueducto y el de un espacio de cada uno de los costados que no baje de un metro de anchura en toda la estension de su curso. Este ancho podrá ser mayor por convenio de las partes, ó por disposicion del Juez, cuando las circunstancias así lo exigieren. Se le abonará tambien un diez por ciento sobre la suma total del valor del terreno, el cual siempre pertenecerá al dueño del predio sirviente. (Concuerda con los arts. 1324, inciso 1—3068—3087.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 865)—Aubry y Rau, § 241, texto anterior á la nota 13—Cód. de California, 1081.

Un precio por el uso, etc.: Este precio se paga por una sola vez y en la misma proporcion en que se pagan los costados del acueducto. Deberá entónces ser tasado el terreno ocupado por el canal, y el metro de cada costado, y pagarse ese valor.

1º Como se ve por las palabras que estudiamos, el presente artículo no guarda analogía con lo dispuesto en el art. 3068.



Allí se manda pagar *el valor del terreno*, pero con derecho á recuperar ese valor cuando el dueño del predio sirviente pida que se le exonere de la carga (art. 3076).

El legislador guardó consecuencia entre lo dispuesto en el art. 3068 y 3076. Pero el presente, que debería estar redactado en términos en que pudiera aplicarse en su caso el mismo principio del art. 3076, no habla de *precio de terreno* sino del *precio del uso*. Esta diferencia autoriza á creer que el legislador se ha valido de esas palabras para no autorizar al dueño del predio dominante á pedir devolucion de lo pagado, si al del predio sirviente le llega el caso de pedir la exoneracion de la servidumbre de acueducto.

Decimos esto, porque si es el *uso* es el que se paga, es claro que cualquiera que sea el tiempo que se use el terreno sujeto á la servidumbre, lo pagado está irrevocablemente adquirido desde el momento en que se usó, al paso que en la servidumbre de tránsito, siendo el valor del terreno el que se paga, desde el momento en que vuelve á quedar á disposicion del predio sirviente, lo natural es que se devuelva lo recibido en virtud de la espropiacion que se deja sin efecto.

Pero desgraciadamente nuestro codificador no ha dado gran importancia en algunos puntos á las palabras de que se vale para sus disposiciones; esto hace que los intérpretes se fien poco de los términos de la ley. Así, en el art. 3087 que debiera valer-se de los mismos términos del que estudiamos, habla ya de *pagar el valor del suelo* ocupado por el acueducto.

De aquí deducimos que las palabras *precio por el uso*, de que se vale este artículo, no son puestas para significar que en materia de servidumbres de acueducto el legislador se ha separado del principio aceptado en el art. 3076 para las de tránsito.

El art. 3087 repite dos veces que lo que se paga es el *valor del suelo ocupado*, y ántes de declarar en contradiccion estos dos artículos, juzgamos que cuando el dueño del predio sirviente, en la servidumbre de acueducto, pide la exoneracion de la carga, debe reembolsar al dominante el valor que ha recibido por el terreno, ménos el diez por ciento ni lo pagado por perjuicios, ni los intereses. Todo esto quedará en compensacion del servicio prestado por el predio sirviente, como se dispone en el art. 3076.

El Código de Chile ordena espresamente en su art. 871, devolver el precio recibido por el suelo.

Esto es lo mas equitativo y el único medio de uniformar las dos disposiciones. (Véase fin del comentario al art. 3083.)

3086—El dueño del predio sirviente está obligado á permitir la entrada de trabajadores para la limpieza y reparacion del acueducto, como tambien la de un inspector ó cuidador; pero solo de tiempo en tiempo, ó con la frecuencia que el Juez determine, atendidas las circunstancias. (Concuerda con los arts. 3018—3022.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 806—Freytas, 4830, inc. 2, 4894, inc. 4—Cód. de California 1085.

O con la frecuencia que el Juez determine: Y por los lugares de entrada al fundo sirviente, si éste es cerrado. No sería justo obligar al dueño del fundo gravado á que abriera nuevas puertas para la sola entrada de los trabajadores, cuando éstos sin gran costo pueden entrar por las que tiene el fundo en el momento de establecerse la servidumbre. Esto no impide que el Juez pueda autorizar la entrada por otra parte cuando la que ofrece el propietario dificulta mucho el cuidado del canal, y el dueño del predio dominante se compromete á evitar todo perjuicio.

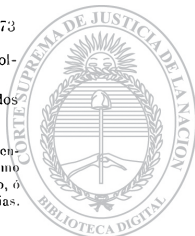
Son cuestiones de hecho, que el Juez debe resolver segun las circunstancias, teniendo en cuenta la situacion de los lugares y la frecuencia con que es necesario hacer reparaciones en el canal.

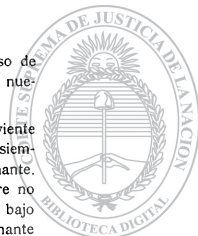
3087—El que tiene á beneficio suyo un acueducto en su heredad, puede oponerse á que se construya otro en ella, ofreciendo paso por el suyo á las aguas de que otra persona quiera servirse, con tal que de ello no se siga un perjuicio notable al que quiera abrir un nuevo acueducto; y se le pagará el valor del suelo ocupado por el antiguo acueducto incluso el espacio lateral; y se le indemnizará de todo lo que valga la obra en la longitud que aprovecho el interesado. Si le fuese necesario ensanchar el acueducto, lo hará á su costa, pagando el valor del terreno, y el espacio lateral, pero sin el diez por ciento de recargo. (Concuerda con los arts. 3085—3088.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 868—Cód. de California, 1076 y 1082.

El que tiene á beneficio suyo un acueducto en su heredad: El Código de California, con mas claridad que el nues-





tro, dice: "El que tiene en su predio un canal para el curso de aguas que le pertenecen, puede impedir la apertura de otro nuevo", etc., etc.

1º Si el canal es ajeno ¿puede el dueño del predio sirviente introducir su propia agua por ese canal? Pensamos que sí, siempre que con esto no se irroque perjuicio al predio dominante. El principio general es que la concesión de una servidumbre no priva al propietario de ejercer todos sus derechos de tal bajo condición de no perjudicar ó minorar los del predio dominante (arts. 3039 y 3040). Desde que ningún perjuicio resulte para el que tiene á su favor la servidumbre con que el propietario de la heredad sirviente haga uso del mismo canal para conducir de un punto á otro su propia agua, no habría por qué privarle de este derecho. (Véase art. 3103.)

2º ¿Podrán los terceros á su vez, obligar al propietario del predio sirviente, que lo es al mismo tiempo del canal, á que les permita pasar el agua por dicho canal, cuando éste les ofrece otro lugar para el paso del agua? Pensamos que sí; pero siempre bajo la condición de que con esto no se siga un perjuicio notable.

Desde que hay un canal hecho ya, y desde que el que quiere establecer la servidumbre se ofrece á pagar su costo y prueba que su dueño no recibe perjuicio porque aquél se sirva del mismo, obligarle á hacer uno nuevo sería fomentar un capricho del dueño del canal y poner trabas á la agricultura, en un país que necesita toda clase de facilidades.

Por otra parte, para resolver las cuestiones que resultan del lugar por donde ha de ejercerse una servidumbre, nuestro Código (arts. 3021 y sus concordantes y comentario) ordena á los Jueces conformar á las partes eligiendo el lugar ménos perjudicial para el predio sirviente y el dominante, cuando el primero designa caprichosamente un lugar poco conveniente. No es lo mismo aprovechar de un canal que está hecho ya aunque tenga que pagar su costo total, que hacer uno nuevo dadas las dificultades con que se tropieza muchas veces en nuestro país para esta clase de trabajos. Esta sola consideración con la circunstancia de no recibir perjuicio el dueño del predio sirviente, basta para inclinarse á favor de la tesis que sostenemos, en virtud



del principio de que está obligado á sufrir la servidumbre por el lugar en que ménos perjuicio se cause á una y otra parte.

4º Si el canal pertenece á otro que el dueño del predio sirviente, ¿pueden sus dueños ser obligados á permitir que un tercero haga pasar su agua por el mismo canal? Pensamos que el propietario de la heredad sirviente solo puede consentir en esta servidumbre, cuando la heredad dominante no tenga otro punto por donde hacer pasar el agua, debiendo el dueño de ella pagar al propietario del acueducto su valor, como está dispuesto en la hipótesis resuelta en el presente artículo. (Véase art. 1991.)

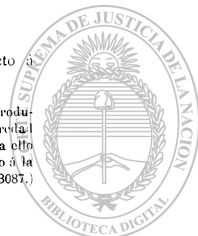
Sobre estas cuestiones, téngase presente á Freytas, 4894, y nuestro artículo 3103.

Con tal que no le siga un perjuicio notable: Por ejemplo, si corriendo el agua por el canal establecido, el propietario dominante queda impedido de regar una parte de su campo que queda á mayor altura del punto por donde entra el agua á su predio.

1º Los gastos de conservacion del canal por donde corren las dos aguas, la del sirviente y la del dominante, deberán hacerse en proporcion á la cantidad de agua de cada uno. Lo contrario, sería hacer cargar al sirviente con los deterioros causados por el agua del dominante (art. 3040, última parte).

De todo lo que valga la obra: Es sabido que cuando el agua de varios propietarios corre por un mismo canal, hay que hacer trabajos especiales en el punto donde se quiera dividir, ¿quién debe pagar estos gastos en el caso del artículo que estudiamos? Parece indudable que deben pagarse en la misma proporcion en que se contribuya á los gastos de mantenimiento del canal.

Cuando nuestro artículo habla de pago del valor de la obra, se refiere al valor del canal tal como está hecho; y la razon de hacer cargar al que pretende el acueducto con el costo de construccion está en que de todos modos esos gastos tendrían que soportarlos si el canal se estableciera por otra parte. No sucede lo mismo con los de las comparticiones que hay que construir, puesto que esos gastos no habría que hacerlos si el agua pasase por un nuevo canal; es en razon de pasar por el canal ya establecido que hay que hacerlos, entónces justo



es que los hagan uno y otro. Sucede lo mismo que respecto a los gastos de conservacion.

3088—Si el que tiene acueducto en heredad ajena quisiere introducir mayor volumen de agua, podrá hacerlo indemnizando á la heredad sirviente de todo perjuicio que por esa causa le sobrevenga, y si para ello le fuese necesario obras nuevas, se observara lo dispuesto respecto á la construccion de acueductos. (Concuerda con los arts. 3025—3085—3087.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 869)—Freytas, 4900, incis. 4 y 5—Cód. de California, 1084—Nuestro comentario al art. 3025.

Todo el perjuicio que por esa causa le sobrevenga: Deberá á mas pagar el terreno necesario para el ensanche del acueducto, y el espacio lateral (art. 3087, última parte).

Las obras necesarias para el ensanche, serán pagadas por el dueño del agua, con arreglo á lo dispuesto en la última parte de este artículo.

3089—El dominante tendrá derecho para alzar ó rebajar el terreno del inmueble sirviente á fin de hacer llegar á su destino las aguas del acueducto, y podrá tambien tomar la tierra ó arena que le fuese necesaria. (Concuerda con los arts. 3018—3022.)

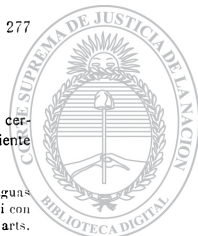
CONCORDANCIAS

Freytas, 4894, incs. 2 y 3.

Alzar ó rebajar el terreno del inmueble sirviente: Pero solo dentro de los límites del acueducto. Si á causa de los desmontes se dividiere el terreno, es obligacion del predio dominante hacer los puentes necesarios para impedir los inconvenientes de las escavaciones. El Código de Chile es espreso al respecto (arts. 863 y 873).

La tierra y arena: Pero no podrá establecer en la heredad fábricas de material para trabajar los que se necesiten en el canal; ni tampoco podrá sacar maderas, cales, etc., del predio sirviente, aunque sea para emplearlas en el canal.

3090—El dominante no podrá convertir el acueducto subterráneo en acueducto descubierto, ni el descubierto en subterráneo, privando al poseedor del inmueble sirviente el sacar agua ó dar allí de beber á sus animales. (Concuerda con los arts. 3091—3092.)



CONCORDANCIAS

Freytas, 4898, incs. 4 y 5.

Ni el descubierto en subterráneo: Tampoco podrá cerrar los costados del acueducto de modo que prive al sirviente del derecho que este mismo artículo le acuerda.

3091—El poseedor del inmueble sirviente puede usar de las aguas que corran por el acueducto descubierto, y llevarlas á su heredad, si con esto no causa perjuicio al predio dominante. (Concuerda con los arts. 2637—3037—3039—3040—3090—3103.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4869 y 4895, inc. 1.—Nuestro comentario al art. 3037—Demolombe, tom. 11, n° 214.

Puede usar de las aguas: Este uso puede ser para dar de beber á los animales, para bañarse, para regar algunas plantas de los lados del acueducto ó jardines, para cortar material, para emplearla como fuerza motriz, con tal que el arrepresamiento no cause perjuicio por derrame del agua, y para todo lo indicado en el art. 3103.

Y llevarlas á su heredad: Sobre este derecho hemos hablado ya en el comentario al art. 3037. Puede tambien llevar á sus fundos las aguas sobrantes y que entran á su propiedad.

3092—No puede cubrir el acueducto abierto para utilizar el terreno, ni plantar árboles en los lados del acueducto sin consentimiento del dueño de la heredad dominante. (Concuerda con los arts. 3037—3039—3090.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 867—Freytas, 4895, incs. 4 y 6.

Para utilizar el terreno: Como la prohibicion de cubrir el acueducto abierto tiene por fundamento las dificultades consiguientes cuando se quiere limpiar, nada impide que siendo el acueducto cerrado pueda el predio sirviente utilizar el terreno, sin perjudicar la servidumbre (arg. del art. 3039).

En los lados del acueducto: Es decir, en el número de metros de terreno que debe dejar á cada lado con arreglo al art. 3085.

Sin consentimiento del dueño: Aunque éste haya con-



sentido, podrá hacerlos arrancar, probando que le perjudican en la libre corriente de las aguas, ó impiden hacer la limpieza. No tendrá este derecho si la servidumbre es voluntaria y al constituirse se estipuló espresamente que el dueño del predio sirviente tendría derecho para hacer esas plantaciones. Desde que la servidumbre ha sido concedida bajo esa condicion espresa, una de las partes no puede modificarla.

CAPITULO III

De la servidumbre de recibir las aguas de los predios ajenos

3093—La servidumbre pasiva de recibir aguas de otro predio, se reputa servidumbre real, si no hubiese convencion en contrario. Ella es siempre continua y aparente, si hubiese alguna señal exterior permanente de la salida de las aguas por el inmueble sirviente. (Concuerdia con los arts. 2975—2976—3003—3017—3078—3083—3097.)

CONCORDANCIAS

(Ley 2, tit. 31, P. 3°)—Freytas, 4882—Cód. de Chile, 870—Nuestro comentario al art. 2975.

Si no hubiese convenio en contrario: En la duda, se reputará real. A veces esta servidumbre es legal, como en el caso del art. 3097; y entónces nada importa que se haya establecido como personal, pues que siempre el fundo inferior, cualquiera que sea el dueño, estará obligado á ella.

Si hubiese alguna señal exterior: El signo exterior le da el carácter de aparente, pero no el de continua, que lo tiene por el solo hecho de ser acueducto. Este mismo artículo dice que *siempre es continua*, pues la frase que estudiamos se refiere únicamente á la palabra *aparente*, que le precede, y no al calificativo de *continua*, que nada tiene que ver con los signos. Bien puede una servidumbre ser aparente y no ser sin embargo continua; esto basta para demostrar á qué palabra se refiere la frase que estudiamos. Sobre esto, véase nuestro comentario al art. 2975, y los autores allí citados.

3091—Cuando se hubiese constituido una servidumbre de recibir las aguas de techos vecinos, el dueño del predio no podrá hacer salir ó caer aguas de otro inmueble, aunque éstas se reúnan á las del primero; ó otras

aguas que al tiempo de la constitucion de la servidumbre salian ó caian por otra parte, ni hacer salir ó caer aguas servidas en vez de aguas pluviales. (Concuerta con los arts. 2630—2631—2653—2714—3024—3025—3095, inc. 1—3096.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4885—Laurent, tom. 8, núms. 69 y 72.

El presente artículo es una consecuencia de los concordantes citados.

3095—Si en el instrumento constitutivo de la servidumbre de recibir las aguas se hubiese omitido algun punto importante, se procederá al arbitramento judicial con el informe de peritos, pero bajo las siguientes bases:

1º Diciéndose en el instrumento que la servidumbre es de goteras ó de recibir las aguas de los techos, solo comprende las aguas pluviales y no las aguas servidas (concuerta con el art. 3094);

2º Si se dice en él que es de las aguas de una casa, se comprende todas las aguas servidas de esa casa, incluidas las de la cocina; pero no aguas inundadas ó infestantes (concuerta con el inc. 4 del presente artículo);

3º Diciéndose que es de aguas de un cierto establecimiento industrial, solo comprende las aguas empleadas en la elaboracion de ese establecimiento, y no otras aguas servidas;

4º Si en general se dice en el instrumento que es de todas las aguas de una casa, sin escepcion, se comprenden los aguas servidas é infestantes. (Concuerta con el inciso 2º de este artículo.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4887.

Inciso 1º—Este inciso está comprendido en la última parte del artículo anterior, y ha podido suprimirse.

Debe tenerse presente que estas servidumbres son voluntarias, pues la regla es que las aguas servidas queden dentro del fundo que las produce (art. 2630—2632 y sus concordantes), siendo la autoridad municipal la que debe reglamentar la forma en que deben hacerse los depósitos.

3096—En la servidumbre pasiva de recibir las aguas de los techos incumbe al poseedor del techo dominante conservar y limpiar los caños ó tejados. Siendo dos ó mas los poseedores del techo dominante, ó si los tejados ó casas echan aguas de dos ó mas casas, cada uno de ellos contribuirá á la conservacion y limpieza de los caños ó desagües que arrojen las aguas. (Concuerta con los arts. 3022—3094.)



CONCORDANCIAS

Freytas, 4888.

El presente artículo ha podido suprimirse, pues su mandato se desprende de los principios generales que rigen en materia de servidumbres, especialmente en el art. 3022 y sos concordantes.

3097—Los propietarios de los fundos inferiores están sujetos á recibir no solo las aguas naturales sino tambien las aguas artificiales que corran de los terrenos superiores á los cuales hubiesen sido llevadas ó sacadas de allí por las necesidades de riego ó de establecimientos industriales, salvo la indemnizacion debida á los predios inferiores, teniendo en consideracion los beneficios que pueda obtener de esas aguas. (Concuerda con los arts. 2632—2633 á 2638—2647—2648—2649—2650—3068—3082—3093—3098.)

CONCORDANCIAS

(Ley 14, tit. 32, part. 3ª—Demolombe, tom. 11, n° 216—Aubry y Rau, § 241, n° 2)—Véase las concordancias del art. 2647 y su comentario, lo mismo que el del 2684—Cód. de California, 1073.

No solo las aguas naturales sino tambien las artificiales: Esta servidumbre es una aplicacion del principio sentado en los art. 2647 y 2650. Para que un predio esté sujeto á esta servidumbre es necesario que la naturaleza misma, como dice Demolombe, n° 16, se la haya impuesto; es menester que sea fundo inferior, en el sentido de estar próximo al dominante y en un nivel mas bajo. Así, el dueño del predio donde nacen las aguas ó á donde son llevadas, no puede hacer trabajos de modo que ellas vayan á introducirse á un fundo que por su situacion topográfica no estaba sujeto á esta servidumbre, á menos que sin esa variacion sea imposible utilizarlas. El propietario sirviente solo tiene derecho, como lo establece el art. 2650, para hacer trabajos que den por resultado hacer surgir las aguas á la superficie del suelo, pero no para desviarlas de su curso natural en perjuicio de los vecinos, cuando las necesidades de su predio no lo exigen.

O de establecimientos industriales: El Dr. Segovia dice en la nota 51 á este artículo, que la servidumbre legal de acueducto *no es extensiva* á esta clase de establecimientos. Pero esto debe ser un error tipográfico de dicha nota, pues el articu-



lo 3082, al final, dice que la servidumbre legal de acueducto es creada tambien á favor de *un establecimiento industrial*.

El mismo artículo que estudiamos, que no hace mas que crear una servidumbre legal, como lo declara el codificador en la nota puesta al pié, confirma lo que decimos.

3098—El propietario del terreno superior que haga descender aguas artificiales á los terrenos inferiores, está obligado á hacer los gastos necesarios en los fundos inferiores para disminuir en cuanto sea posible el daño que les resulte de la corriente de las aguas. (Concuerda con los arts. 2650 -2653 -3097.)

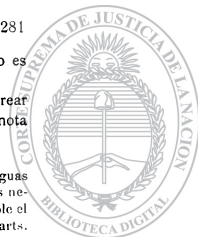
CONCORDANCIAS

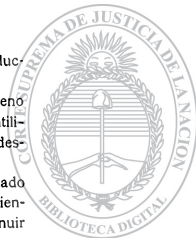
(Demolombe, tom. 10, n° 218—Aubry y Rau, § 241, n° 2)—Fallos de la Suprema Corte, serie 2, tom. 11, p. 218.

Está obligado á hacer los gastos necesarios, etc. : El artículo, como se ve, solo hace mencion espresa de las aguas artificiales, es decir, de las que han salido á la superficie del suelo por trabajos del hombre, y no á las que arriben naturalmente sin el trabajo de éste, ¿será esto porque el legislador no ha querido hacer pesar sobre el fundo superior esta obligacion cuando se trata de aguas que brotan naturalmente?

Es indudable que sí. Ante todo, debe advertirse que aquí no se trata de una servidumbre de acueducto, en cuyo caso siempre está el dueño de éste obligado á ejecutar los trabajos necesarios para evitar perjuicios al fundo sirviente; se trata de una servidumbre de desagüe, que es la misma de que habla el art. 2647, fuera del caso especial legislado en el artículo que estudiamos, ningun trabajo está obligado á hacer el dueño del predio superior para impedir los perjuicios que el desagüe natural cause al fundo inferior, como lo hemos dicho en el comentario al citado art. 2647, al final.

El Dr. Segovia dice que tambien deben hacerse trabajos para evitar los perjuicios de las aguas naturales; pero el mismo Dr. Segovia reconoce que en el caso del art. 2647 no hay tal obligacion, por lo que parece que este autor cree que en el presente artículo se trata de otra clase de servidumbre. El lugar que ocupa y los términos de que se vale el artículo, demuestran suficientemente que se trata aquí de un caso de los comprendidos





en los arts. 2647 y 2650, y no de una servidumbre de acueducto propiamente, como la de que habla el capítulo anterior.

Se trata aquí de una agua, brotada naturalmente de un terreno superior y cuyo dueño la deja salir por no tener en qué utilizarla; ó cuando las aguas de lluvia caídas en un campo, descienden por sus corrientes naturales á los fundos inferiores.

En estos casos, el dueño del predio superior no está obligado á pagar indemnización alguna por el perjuicio recibido (no siendo el caso del art. 2653), ni á ejecutar trabajos para disminuir esos perjuicios (art. 2647).

1º No sucede así con las aguas de que habla el art. 3100, extraídas á la superficie por medios artificiales; para éstas, el artículo que estudiamos y el 3101 le imponen la obligación de hacer los trabajos necesarios para impedir el perjuicio, y el 2650 le impone la obligación de pagar los que se ocasionen, no obstante los trabajos ejecutados para impedirlos.

2º Las aguas que, naciendo naturalmente de un fundo, son llevadas á otro para las necesidades del riego ó de la industria, y de allí se hacen descender á terrenos inferiores, deben considerarse como artificiales para el efecto de la obligación impuesta por el artículo que estudiamos.

3099—Los edificios, patios, jardines, y las huertas en la estension de diez mil metros cuadrados, quedan libres de esta servidumbre. (Concuerda con los arts. 2630—2632—2633—3084—3102.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 241, nota 27.

En la estension de diez mil metros: Es decir, que no exceda esta estension.

La servidumbre establecida sobre un terreno sin edificar, ó en un fundo de mas estension que de diez mil metros, no se estingue por el hecho de que el dueño del predio sirviente edifique en el lugar donde ésta está establecida, ó cuando por el resultado de una division ó desmembracion del terreno de que ántes se componia la heredad, venga á quedar la parte afectada con ménos estension de diez mil metros. En este sentido resuelve tambien Demolombe, tom. 11, nº 236, *ter*.

3100—Todo propietario que quiera desaguar su terreno de aguas que le perjudiquen, ó para evitar que se inunde ó que leje de ser bañado, ó para la explotacion agricola, ó para extraer piedras, arcillas ó minerales, puede, previa una justa indemnizacion, conducir las aguas por canales subterráneos ó descubiertos, por entre las propiedades que separan su fundo de una corriente de agua, ó de toda otra via publica. (Concuerda con los arts. 2650—3068—3082—3097—3101—4019, inc. 6.)

CONCORDANCIAS

(Arts. 1 y 3 de la ley francesa de 1854—Véase Demolombe, tom. 11, n° 236, bis—Aubry y Rau, § 242, n° 2)—Laurent, tom. 7, núms. 356, 405 y sigtes.

Conducir las aguas por canales subterráneos ó descubiertos: Los cuales deben ser hechos á costa del dueño del predio dominante (art. 3101).

Prevía una justa indemnizacion: Ésta será determinada por el Juez en proporcion al terreno ocupado por el acueducto, y demas perjuicios que reciba. Creemos, que por una razon de analogía, debe aplicarse sobre esto lo que está dispuesto en el art. 3085.

Por entre las propiedades, etc.: Las cuestiones que se susciten sobre cuáles propiedades están sujetas, por su posicion, á esta servidumbre, se resolverán segun lo dispuesto para la de acueducto y la de tránsito.

En consecuencia estarán sujetas á ellas las que presenten un trayecto mas corto á la corriente de agua ó la via pública donde debe ir el canal, ó las que presenten ménos dificultad por la configuracion del terreno (art. 3074)

3101 —El paso de las aguas no puede ser reclamado sino á condicion de proporcionarles una corriente suficiente para impedir que queden estancadas. (Concuerda con el art. 3100.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 342, nota 6.

El presente artículo ha podido resumirse en el anterior, agregando á las palabras *por canales subterráneos ó descubiertos*, las de *que tengan la suficiente corriente para impedir que queden estancadas*.

3102—Los edificios, patios, jardines, y los huertos en la estension



de diez mil metros cuadrados, están exceptuados de esta servidumbre (Concuerda con los arts. 3084—3099.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 3099.

3103—Los propietarios de los fundos que atraviesen las aguas, y los vecinos de esos fundos, tienen la facultad de servirse para la salida de las aguas de sus heredades, de los trabajos hechos, bajo las condiciones siguientes:

1ª Restituir la indemnización que puedan haber recibido, y contribuir á las que se hayan pagado á propietarios mas remotos;

2ª Soportar una parte proporcional de los trabajos de que aprovechen;

3ª Satisfacer los gastos de las modificaciones que en el ejercicio de esta facultad puedan hacerse necesarias;

4ª Contribuir á la conservacion de las obras que resulten comunes. (Concuerda con los arts. 2991—3040—3087—3091.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 242, nota 2)—Nuestro comentario al art. 3087.

Y los vecinos de estos fundos: Como el acueducto por donde corran las aguas tiene que ir hasta alguna corriente, ó hasta otra vía pública, bastará que el canal en que se quiera desaguar la heredad, esté mas cerca que el lugar público en que podria arrojar sus aguas para autorizar la servidumbre.

Restituir la indemnización que puedan haber recibido: Con estas palabras y con el inciso 2, se sanciona una injusticia, pues que recibiendo el dueño primitivo del canal, lo que él ha pagado por el terreno ocupado y á mas una parte del valor de su construcción, viene á gozar de esa parte del terreno ocupada por la servidumbre sin indemnización alguna.

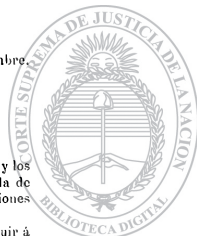
Habria sido mas justo no obligarle á restituir el valor del terreno sino en una parte proporcional al que él ocupa.

Satisfacer los gastos de la modificación: Tales como el ensanche del canal, etc., etc.

CAPITULO IV

De la servidumbre de sacar agua

3104—La servidumbre de sacar agua de la fuente, aljibe ó pozo de un inmueble ajeno, se reputa personal en caso de duda. Es siempre dis-



continua y no aparente, y supone el derecho de pasar para sacar el agua. (Concuerda con los arts. 2975—2976—3003—3018—3022.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4904 - 4905, inciso 2.

Fuente, aljibe, ó pozo: Púedese tambien por convenio establecer una servidumbre con el objeto de sacar agua de un canal ó acequia, como por ejemplo, cuando en el caso del art. 3001, el dueño del predio sirviente tiene necesidad de mayor cantidad de agua que la que acuerda el citado artículo.

Y no aparente: Puede, sin embargo, ser aparente algunas veces: tal sería, por ejemplo, si se habia establecido un caño de aguas corrientes entre el fundo dominante y el sirviente. En este caso, la servidumbre no supondrá el derecho de paso, pues que no es indispensable para su ejercicio.

3105—El dominante tiene facultad para limpiar el aljibe, fuente, ó pozo de donde se saque el agua, cuando lo juzgue necesario. (Concuerda con los arts. 2104 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4905, inciso 5.

Tiene facultad para limpiar, etc.: Y aún podrá exigirselo al dueño del predio sirviente, en caso de necesidad, por lo ménos que contribuya á los gastos de limpieza (art. 3040).

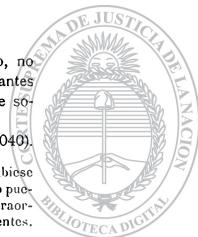
3106—El poseedor del aljibe, fuente ó pozo sirviente, podrá tambien sacar agua del mismo lugar, y aun conceder igual derecho á otros si en el instrumento de la constitucion de la servidumbre no le fuese expresamente prohibido, con tal que no altere la fuerza ni disminuya el agua en términos que falte para el primer dominante, y no perjudique á éste de cualquier otro modo. (Concuerda con los arts. 2991—3039—3040.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4906—Las del art. 2991.

Ni disminuya el agua, etc.: Esta restriccion es solo respecto de las servidumbres establecidas en favor de terceros, pero no respecto al uso que haga el mismo propietario del aljibe, fuente ó pozo sirviente. Respecto á él la concesion de la ser-





vidumbre, á no haber una restriccion espresa en el contrato, no importa en manera alguna, como se ve por los concordantes citados, una limitacion á su derecho para usar del agua que s**ó**bre al dominante. (Véase art. 3040.)

Los gastos de conservacion serán hechos en comun (art. 3040).

3107—Si en el instrumento constitutivo de la servidumbre se hubiese omitido el tiempo y modo de ejercerla, se entenderá que el agua solo puede ser sacada de dia y no de noche, á no ser en circunstancias estraordinarias; y aun de dia no puede ser sacada en horas inconvenientes. (Concuerta con los arts. 3018—3079.)

CONCORDANCIAS

Freytas, 4908, incisos 1 y 2 (1).

Respecto á la entrada para sacar el agua, debe hacerse por la puerta principal de entrada, ó en su defecto por la parte ménos incómoda al inmueble sirviente, como dice Freytas.

1º Las servidumbres á que están sujetos los terrenos en los cuales se descubren minas, se hallan especialmente regidas por el Código de la materia. No solo son muy estensas, sino que el minero tiene derecho de espropiar el área que abarca su concesion y, en ciertos casos, una superficie mayor.

— — —

(1) Con el artículo que estudiamos, concluye, como lo hace notar el doctor Segovia, la obra del Dr. Freytas, que quedó trunco; á no haber sido así, la América contaria hoy con el Código mas completo del mundo.

Aparte de los muchos artículos que el Dr. Segovia ha hecho notar en su obra, como tomados de Freytas, nosotros hemos agregado muchos otros que aun no habian sido anotados. Se puede decir que casi en todo lo que contiene el Proyecto de Código Brasileiro, ha sido seguido al pié de la letra por el nuestro.

TÍTULO XIV

De la hipoteca

3108—La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor (1). Concuerta con los arts. 2503, inc. 5—3109—3112—3115—3152—3157.)

CONCORDANCIAS

L. 1, tit. 13, part. 5ª—Cód. frances, art. 2114—Cód. de Chile, 2407—Pont, *Privil. et hypoth.*, n° 321—La obligacion que garantice la hipoteca puede ser una obligacion natural que pueda ser eficaz por derecho. L. 5, tit. 1, lib. 20, Dig.—Maynz, § 24. No se pierda de vista la indole peculiar del derecho que da la hipoteca, el cual no da al acreedor ningun poder sobre la casa hipotecada, sino para asegurar el cumplimiento de la obligacion. La cosa hipotecada no tiene que ser entregada al acreedor; no es el objeto de la prestacion constitutiva de la obligacion principal; tiene que ser vendida para el pago, si el deudor no lo hace. Por esto hemos considerado como cosas inmuebles por su carácter representativo, los instrumentos por donde constase la adquisicion de los derechos reales de hipoteca y anticrécis (art. 2317 de este Código).

Las eyes de Partida, que tanto tomaron del Derecho Romano, no aceptaron de él la palabra hipoteca, y la comprendieron en la palabra *peño*, con que significaron tanto las cosas muebles como las inmuebles que se daban en seguridad del crédito. *Peño* es propiamente, dice la L. 1, tit. 13, part. 5ª, *aquella cosa que un ome empeña á otra apoderándole de ella, e mayormente quando es mueble*. Mas, segun el largo entendimiento de la ley, toda cosa ya sea mueble ó raiz que sea empeñada á otro, puede ser dicha peño, *maguer no fuese entregado de ella aquel á quien la empeñasen*.

Se ve, pues, que podia constituirse prenda sobre bienes inmuebles, cuya posesion material pasara al acreedor, es decir, el anticrécis.

En el Derecho Romano habia el *pignus* y la *hypotheca* en seguridad de las deudas. El *pignus* ó prenda era cuanto alguna cosa se empeñaba en seguridad del dinero prestado, y la posesion de ella pasaba al acreedor con la condicion de volverla al propietario quando la deuda fuese pagada. La *hypotheca* era cuan-

(1) Como el mejor comentario al presente artículo, nos ha parecido bien publicar aquí integras las dos notas del codificador, que son una introduccion al presente Título.





do la cosa empeñada no se entregaba al acreedor sino que permanecía en poder del deudor (Inst. lib. 4, tit. 6, § 7). En el Digesto se halla establecido lo mismo en términos mas breves. *Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit. Hypothecam, cum non transit, nec possessio ad creditorem* (L. 9, § 2, tit. 7, lib. 13). Había dos clases de acciones aplicables á las prendas y á las hipotecas: la acción *pignoratitia* y la acción *hipotecaria*. La primera era divisible en dos clases: la acción *directa* que correspondía al deudor contra el acreedor, para que le volviese la prenda cuando la deuda estuviese pagada; y la acción *contraria*, que correspondía al acreedor cuando el título del deudor era insuficiente, ó cuando hubiese hecho impensas necesarias en la cosa. La acción hipotecaria era dada al acreedor para obtener la posesion de la cosa en cualquier mano que se encontrase. (Inst. lib. 3, tit. 15, § 4, y Vinnio sobre dicho párrafo—Pothier, *Pand.*, lib. 13, tit. 7, núms. 24 á 29.)

Nota del doctor Velez Sarsfield, autor de este Código, sobre el sistema hipotecario.

El sistema hipotecario ha sido de tres siglos acá el objeto de los mas serios estudios por los gobiernos y juriconsultos de diversas naciones. Se comprendió desde el principio que era indispensable asentar la propiedad territorial y sus desmembraciones en bases completamente seguras, pues si no se conocian las mutaciones que ocurren en el dominio de los bienes, el acreedor hipotecario no podría tener las garantías necesarias.

Se juzgó pues indispensable que constara en registros públicos, la genealogía, diremos así, de todo bien inmueble, las cargas que reconociese, y las limitaciones que los contratos ú otros actos jurídicos hubieren impuesto al dominio privado.

Con esta mira se han creado registros públicos en muchas naciones, en los cuales las leyes mandan inscribir los títulos traslativos del dominio de los inmuebles, los títulos en que se constituyan, modifiquen ó estingan derechos de usufructo, uso ó habitación, enfiteúsis, censos, hipotecas, servidumbres, las sentencias ejecutoriadas que causen mutacion ó traslacion de propiedades de bienes inmuebles, los testamentos que trasfieren bienes raíces al heredero ó legatario, las adjudicaciones de esos bienes en particiones aprobadas, los arrendamientos de las fincas que excedan de un cierto número de años, la anticipacion de alquileres, de las cláusulas de restitucion ó reversion en las convenciones de bienes inmuebles, las reservas ó condiciones que lleven consigo la revocacion, resolucion ó suspension de la libre facultad de disponer de la propiedad; en fin, toda obligacion que grave la propiedad territorial ó que dé sobre ella un derecho real.

Para dar cumplimiento á leyes de esa importancia, se han dictado los reglamentos mas prolijos, se ha hecho un verdadero Código del que nacerán mas cuestiones de las que por esas leyes y reglamentos se han querido evitar. Basta ver la ley hipotecaria de España, los reglamentos que la acompañan, las explicaciones y comentarios que lleva, para comprender las dificultades á que dará ocasion todos los dias.

En algunas naciones como en Francia, se ordena, no la mera inscripcion de los títulos espresados, sino su trascripcion literal, lo que sería entre nosotros sumamente dispendioso.

La inscripcion de los títulos se pone á cargo de un oficial público que debe hacer un extracto del título que deba inscribirse.

Los títulos que no estén inscritos no perjudican á terceros, y así, si un propietario enajena una finca por escritura pública y da la posesion, mientras no haya inscrito el título podrá enajenarla á otro.



Pero entre tanto la inscripcion no valida los actos ó contratos que sean nulos con arreglo á las leyes.

Un acto de enajonacion no constituye la prueba del derecho del que enajena ni por consiguiente del derecho del que adquiere, pues que nadie trasmite mas derechos que los que tiene. Los titulos inscritos, pueden ser anulados, ya por vicios intrinsecos, como falta de capacidad de los contrayentes, ó por falta de verdadero consentimiento, ó por vicios de forma.

En algunas naciones se ha creído que se podia liquidar la sociedad en todos sus bienes raices, y se ha mandado inscribir todos los titulos existentes sobre dichos bienes. En otras se han fijado diversos plazos para hacerlo, de dos, diez y veinte años. Otras han ordenado que la inscripcion sea voluntaria, y que vaya haciéndose á medida que vayan transmitiendo ó gravándose los bienes raices.

No conocemos los resultados de un sistema tan vasto, ni calculamos su estension en pueblos en que puede ser tanta la subdivision de la propiedad por la ley de las sucesiones. Entre tanto, en naciones como la Francia, en que no solo se exige la inscripcion de los titulos de los inmuebles y de todas sus desmembraciones, sino que es necesaria la transcripcion integra de ellas, se dejan subsistentes sin embargo las hipotecas tácitas de las mujeres casadas, y las de los menores; suficiente para hacer inútiles todas las reformas del sistema hipotecario.

Nosotros no nos hemos decidido á proponer leyes semejantes. Creemos que solo debia hacerse lo mas indispensable: reglar de una manera precisa los derechos hipotecarios y concluir con las hipotecas legales hasta que la experiencia y el ejemplo en otras naciones, nos enseñen los medios de salvar las dificultades del sistema de inscripcion de todos los titulos que hemos mencionado. El cuidado de la legalidad de los titulos que se transmitan, queda al interes individual siempre vigilante, auxiliado como lo es en los casos necesarios, por los hombres de la profesion. Si aun así quedan algunos embarazos al sistema hipotecario, diremos que las leyes que crean los registros públicos, tampoco han alcanzado á salvarlos todos, á pesar de los costos y dificultades que imponen á la transmision de todos los derechos reales.

La inscripcion no es mas que un extracto de los titulos, y puer ser inexacta y causar errores de graves consecuencias. La inscripcion nada garantiza ni tiene fuerza de verdadero titulo, ni aumenta el valor del titulo existente. Apenas fija en cabeza del adquirente los derechos que tenia su antecesor; no designa, ni asegura quién sea el propietario, á quien verdaderamente pertenezca la cosa. Si fuese posible por ese sistema la legitimacion de la propiedad, el exámen justificativo deberia confiarse á una magistratura que conociera la verdad de los actos y sus formas necesarias, pero entónces se trasformaria su jurisdiccion voluntaria en contenciosa, sometiéndose la voluntad libre de las partes á una autoridad que ellas no habian reclamado.

Lo que prescriben las leyes de los Estados que han creado los registros de las propiedades para salvar la ilegitimidad de los titulos, ataca en sus fundamentos el derecho mismo de propiedad. Si el oficial público se niega á registrar un titulo por hallarlo incompleto, ¿puede el interesado ocurrir al Juez ordinario, y comenzar ante él un verdadero juicio sobre la propiedad? ¿Pero con quién litiga el propietario que está en pacifica posesion de su derecho, aunque sea por un titulo que no esté bajo las formas debidas, ó que aparezca con un vicio, por ejemplo la incapacidad para adquirir ó transmitir derechos reales? ¿Qué género de pleito será ese que no tiene contradictor alguno á



la propiedad? ¿Cómo obrará el Poder Judicial, sin que el interés de las partes venga á solicitar su intervencion? Entre tanto, el título no podrá registrarse, ni se podrá imponer una hipoteca en esa propiedad, aun cuando lo quierian el acreedor y el dador.

En un país como el nuestro, donde el dominio de los inmuebles no tiene, en la mayor parte de los casos títulos incontestables, la necesidad del registro público crearia un embarazo mas al crédito hipotecario. El mayor valor que vayan tomando los bienes territoriales, irá regularizando los títulos de propiedad, y puede llegar un día en que podamos aceptar la creacion de los registros públicos. Hoy en las diversas provincias de la República sería difícil encontrar personas capaces de llevar esos registros, y construir el catastro de las propiedades, y sus mil mutaciones por la division continua de los bienes raíces que causan las leyes de la sucesion, sin sujetar la propiedad á gravámenes que no corresponden á su valor para satisfacer los honorarios debidos por la inscripcion ó trascripcion de los títulos de propiedad.

3109—No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y espresamente determinadas, por una suma de dinero tambien cierta y determinada. Si el crédito es condicional ó indeterminado en su valor, ó si la obligacion es eventual, ó si ella consiste en hacer ó no hacer, ó si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca. (Concuerda con los arts. 1988—2314—2315—3116—3120—3131, inc. 4—3133—3152—3153.)

CONCORDANCIAS

(Ley 3, tit. 16, lib. 10, Nov. Rec.—Cód. frances, art. 2132—Art. 19 de la ley de 1º de junio de 1822, de Baviera)—Cód. de Chile, 2418—Goyena, 1850.

Sobre cosas inmuebles: Los muebles no pueden hipotecarse, porque no ofrecerían seguridad alguna al acreedor quedando en poder del deudor, quien podría defraudar al primero, trasmitiendo la cosa á terceros, para quienes la posesion valdría por título (Laurent, tom. 30, nº 193). Los muebles solo pueden servir como garantía por medio del contrato de prenda.

1º Para que la hipoteca valga, es necesario que la cosa hipotecada esté en el comercio.

2º Cuando nuestro Código habla de inmuebles, se refiere á los que lo son por naturaleza, y no á los inmuebles por destino del hombre, separados del inmueble á que se han agregado. Pueden sí quedar afectados, y quedan siempre, á la seguridad del crédito hipotecario en los términos del art. 3110. Esos inmuebles por destinacion no son sino accesorios del inmueble al cual están destinados, y por lo mismo se consideran comprendidos en el art. 3110.

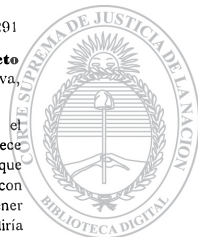
Basta que se declare el valor estimativo en el acto de la hipoteca: La falta de determinacion fija ó estimativa, traerá la nulidad de la hipoteca (art. 3132, última parte).

1º ¿Podrá disminuirse, despues de constituida la hipoteca, el valor estimativo, cuando se vea que ha sido exagerado? Parece indudable que sí. La hipoteca tiene por objeto asegurar lo que el deudor está obligado á pagar á su acreedor, y desde que con posterioridad á la constitucion de la hipoteca se llega á tener conocimiento exacto de la cantidad que se debe, nada impediría que el deudor pidiera la reduccion de la hipoteca que habia sido constituida por un valor estimativo mayor que el verdadero, á los términos debidos. El acreedor no puede tener otro derecho que asegurar lo que realmente se le debe.

2º Si se ve que el valor estimativo es menor que el que realmente resulta á deber el deudor, ¿podrá el acreedor pedir que se haga estensiva la hipoteca á ese mayor valor? La intencion de las partes, al constituir la hipoteca por un valor estimativo que creian era todo lo que se debia, es indudable que ha sido garantir íntegramente el crédito; de consiguiente, el deudor no podría negarse á que se aumentase el valor fijado. Pero esto es así, solo respecto al deudor mismo, y no respecto á los terceros que hubiesen adquirido derechos sobre el inmueble hipotecado; para ellos la fijacion es definitiva.

“El acreedor, dice Troplong, *Hypothèque*, tom. 2, nº 550, debe poner mucho cuidado en la avaluacion del crédito indeterminado que hace inscribir. Esta avaluacion es definitiva entre él y los terceros que han tratado posteriormente con el deudor comun; no puede el primero aumentar la deuda en perjuicio de estos últimos. Los terceros acreedores han estipulado con el deudor en la persuasion de que no debe mas que lo que está inscrito. No se puede, entónces, por un acto posterior, engañar sus esperanzas; el primer acreedor tendrá la culpa de no haber hecho la avaluacion con las precauciones debidas.

Otra cosa es, como hemos dicho ántes, respecto al deudor mismo, cuando el inmueble no se ha afectado con posterioridad á otros créditos. Sería faltar á la buena fe, como dice Troplong, rehusarse á aumentar el valor de la hipoteca cuando se ve cla-





ramente que lo que se debe es mas que lo que se habia pues-
to como valor estimativo.

El Código frances, permite que la evaluacion se haga recién en
registro y por el acreedor.

3110—La hipoteca de un inmueble se estiende á todos los accesorios
mientras estén unidos al principal, á todas las mejoras sobrevinientes al
inmueble, sean mejoras naturales, accidentales ó artificiales, aunque sean
el hecho de un tercero, á las construcciones hechas sobre un terreno va-
cío; á las ventajas que resulten de la estincion de las cargas ó servidum-
bres que debia el inmueble; á los alquileres ó rentas debidas por los ar-
rendatarios, y al importe de la indemnizacion concedida ó debida por los
aseguradores del inmueble. Pero las adquisiciones hechas por el pro-
pietario de inmuebles contiguos para reunirlos al inmueble hipotecado,
no están sujetas á la hipoteca. (Concuerda con los arts. 2566—2867—3112
—3160—3235—3918—3919.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 19, n° 250—Point, *Privilegios*, n° 1114—LL. 15 y 16, tít. 13,
part. 5—Goyena, 1800 y sigtes.—Troplong, *Hipoteca*, núms. 551 y sigtes.—Aubry
y Rau, § 284)—Cód. de Chile. 2421 y 2422—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 1323
—Cód. frances. 2133—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 2, p. 450—Fallos
de la Suprema Corte, serie I, tomo 4, pág. 43.

Mientras estén unidos al principal: El deudor no pue-
de separar esos accesorios (art. 3160), sin esponerse á perder
el derecho al término concedido (art. 3161). Separados los ac-
cesorios del inmueble, y entregados á un adquirente de buena
fe, el acreedor no puede perseguirlos de poder de ese tercero
(nota del codificador al art. 3157).

Sean mejoras naturales: Tales como el aumento por alu-
vion, avulsion, etc., etc.

Accidentales ó artificiales: Tales como la reconstruccion
de edificios, aumentos de labranzas, etc., etc.

A las construcciones hechas: Esto sin perjuicio del pri-
vilegio acordado á los constructores ó dueños de materiales.

El derecho se estiende tambien á las plantaciones.

La Suprema Corte de la Capital ha declarado en el fallo cita-
do, que las sementeras hechas en el inmueble hipotecado, y no
cosechadas hasta el vencimiento de la obligacion, deben consi-
derarse afectadas tambien al pago de la deuda hipotecaria.

1° Los derechos del acreedor no se estienden á los tesoros
encontrados (art. 2566). Tampoco deben comprenderse las mi-



nas, porque, según el Código de Minería, ésta es una propiedad distinta y á parte del suelo, susceptible por sí sola de ser objeto de una hipoteca. Estas son de propiedad del Estado, y después, del que las adquiere con arreglo al mismo Código de Minería.

A los alquileres ó rentas debidas por los arrendatarios: Y que no hubiesen sido pagadas hasta el momento de vencerse la hipoteca.

Para que el acreedor pueda ejercer este derecho es indispensable que notifique á los deudores para que no paguen al acreedor; de lo contrario, ellos no están obligados á saber que los arrendamientos vencidos están afectados desde ese momento al pago de la deuda, y por lo mismo pueden pagarla válidamente (art. 3157).

Vencido el plazo y no pagada la hipoteca, el acreedor puede mientras se remata el inmueble afectado, exigir la entrega de los arrendamientos á cuenta de su crédito, ó que se depositen judicialmente.

2º Como las cosas afectadas al crédito garanten el principal y los intereses, cuando éstos hayan de pagarse en épocas determinadas, y ántes de vencer el término de la hipoteca, el acreedor puede pedir el embargo de las rentas que el inmueble dé por arrendamientos, para ser pagado de los intereses y amortizaciones, con preferencia á cualquier otro acreedor comun. Pedir que esos arrendamientos vencidos se dediquen á pagar los intereses devengados, y que han debido ser pagados en épocas determinadas, ó á cubrir las amortizaciones debidas, es solo hacer efectiva la disposición del presente artículo respecto de los arrendamientos vencidos.

Al importe de la indemnización: Si la deuda hipotecaria no estaba vencida, el acreedor podrá pedir el depósito de la suma pagada, puesto que ella representa el deterioro que la cosa ha sufrido (arg. del art. 3159).

3111—Los costos y gastos, como los daños ó intereses, á que el deudor pueda ser condenado por causa de la ejecución de una obligación, participan, como accesorios del crédito principal, de las seguridades hipotecarias constituidas para ese crédito. (Concuerda con los arts. 1997—3152—3229—3936—3937.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 285. nota 4;—Troplong, tom. 8, núms. 696 y sigtes.

Los costos y gastos, como los daños é intereses, etc.

Para dar el verdadero alcance del presente artículo, es necesario tener en cuenta lo dispuesto en los arts. 2152—3936 y 3937.

De la combinacion de dichos artículos con el presente, y de la doctrina de todos los autores que han comentado el art. 2151 frances, al cual se refiere el 3936 nuestro, y especialmente Aubry y Rau, citado en el presente artículo y en el 3936, resulta lo siguiente:

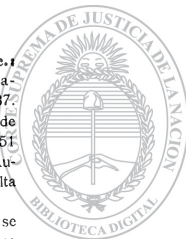
Si vencido el término de la hipoteca, el deudor no paga y se ve precisado á ejecutarlo judicialmente, todas las costas, daños é intereses á que el deudor sea condenado, se considerarán como accesorios del crédito hipotecario, pero solo cuando el acreedor ha llevado adelante la ejecucion sin interrupcion. Si paraliza la ejecucion, y en este intervalo se establece una segunda hipoteca sobre el mismo inmueble, las costas, daños é intereses á que ha sido condenado el deudor, no perjudicarán al segundo acreedor hipotecario si esa nueva deuda no ha sido inscrita.

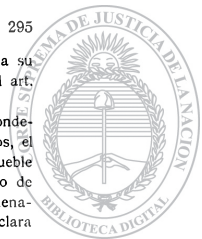
Respecto á los intereses que se hubieran estipulado en la deuda primitiva, y que debian ser pagados mensual, trimestral ó anualmente, no quedan garantidos por la primera hipoteca, si no han sido pagados, sino por dos años, y los corridos durante el juicio (art. 3936).

Los devengados con anterioridad á esos dos años, y no pagados, no se consideran, respecto de terceros, como accesorios del crédito hipotecario por que son debidos. Quedan en la misma categoría que los demas acreedores ordinarios.

Pero el acreedor puede liquidar esos intereses atrasados, y exigir se inscriban junto con el crédito principal, y entónces tendrán prelacion respecto de las hipotecas que se inscriban con posterioridad (art. 3152).

El Dr. Segovia, en la nota 22 al artículo que estudiamos, sienta el principio general que solo cuando el monto de los daños y perjuicios ha sido determinado en la escritura hipotecaria, perjudicará á los terceros. No es esto lo que el artículo dispone. El Dr. Segovia confunde los daños y perjuicios convencionales á que se hace referencia en algunas de las hipótesis del artículo 3109, con los daños y perjuicios á que el deudor puede ser condenado por la inexecucion de la obligacion asegurada por la hipoteca, que son á los que se refiere el que estudia-





mos. Respecto á los primeros, es indudable que es necesaria su determinación en la escritura hipotecaria, como lo ordena el art. 3109, mas no así respecto á los segundos.

Cuando el deudor no cumple con la obligación, y es condenado por el Juez á cumplirla y pagar los daños y perjuicios, el acreedor lleva la ejecución adelante y hace vender el inmueble hipotecado para pagarse como acreedor hipotecario, no solo de la obligación principal, sino también del valor de la condena- ción, que es *un accesorio* del crédito principal, como lo declara terminantemente el artículo que estudiamos.

Siguiendo la teoría del Dr. Segovia, quedaría sin aplicación alguna el presente artículo, lo que no puede ser.

Troplong, *Hipoteca*, n° 703, citado por Aubry y Rau en el lugar en que el codificador cita á estos autores, dice: "Respecto á los daños é intereses, es necesario considerar que el deudor puede ser obligado á pagarlos por convención, ó por sentencia judicial. Estos dos casos deben ser distinguidos"

"No hay duda que la hipoteca por los daños é intereses convencionales, es tal desde la inscripción hecha para la seguridad del contrato, pues ésta es una obligación accesorio que toma el mismo lugar que la obligación principal."

"Respecto á los daños é intereses provenientes de una sentencia condenatoria, si son regulados por la misma sentencia que manda pagar lo principal, es indudable que gozarán de la misma hipoteca."

Es, pues, á estas condenaciones á las que se refiere este artículo. Las condenaciones hechas por el Juez y perseguidas, sin abandonar el juicio, por el deudor, no necesitan de inscripción alguna para ser pagadas juntamente y con la misma preferencia, que el crédito principal respecto de terceros.

3112—La hipoteca es indivisible; cada una de las cosas hipotecadas á una deuda, y cada parte de ellas están obligadas al pago de toda la deuda y de cada parte de ella. (Concuerda con los arts. 682—2689—3113 3114—3176—3188—3233—3257—3941.

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Hipoteca*, tom. 2, núms. 388 y sigtes.—Pont, n° 333—Duranton, tom. 19, n° 246)—Cód. frances, 2114—Cód. de California, 1954 á 1956—Laurent, tom. 80, n° 175—Cód. de Chile. 2408.

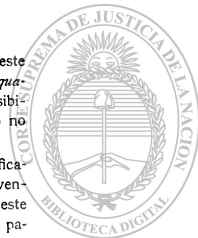
La hipoteca es indivisible: Dumoulin, ha dado á este principio una fórmula que se ha hecho célebre: *Est tota in qualibet parte*. Este mismo autor ha demostrado que la indivisibilidad de la hipoteca, es de la *naturaleza* de la hipoteca, pero no de la *esencia*.

De aquí, que todos los jurisconsultos, incluso nuestro codificador, hayan establecido que nada impide que las partes convengan en que la hipoteca se divida (nota del codificador á este artículo), es decir, que si dos inmuebles están afectados al pago de una deuda, uno de ellos quedará libre del gravámen cuando se pague la mitad de la hipoteca, ó cuando el deudor estipule que si á su muerte la deuda no ha sido pagada, el acreedor solo pueda perseguir el pago de la deuda de cada uno de sus herederos en una parte proporcional á la que le haya tocado en el inmueble hipotecado. (Véase lo dicho en el comentario al artículo 3114.

En el primer caso, aunque en realidad no hay mas que un convenio, para que la hipoteca pueda extinguirse parcialmente, puesto que lo que se queda debiendo sigue con el carácter de indivisible, importa siempre una escepcion al principio, fundado en la indivisibilidad, de que el acreedor no está obligado á cancelar la hipoteca en todo ni en parte mientras no haya recibido el pago íntegro de su crédito (art. 3188 y sus concordantes).

1º De la indivisibilidad de la hipoteca resultan las consecuencias siguientes: 1º Lo dispuesto en los arts. 3113—3114—3188; 2º Si el inmueble hipotecado se divide entre varios, por venta ó por herencia, cada porcion del inmueble queda afectada al todo de la deuda, y aunque uno de los poseedores pague una parte proporcional á la porcion del inmueble que posee, no por esto quedará libre su parte. El acreedor podrá perseguirla y hacerla vender independientemente de las otras partes, y tomar todo su producto, si es menor que el total de la deuda (artículo 3162).

2º La aceptacion parcial del pago hecho por uno de los deudores poseedor de uno de los inmuebles hipotecados, no importa renuncia de la hipoteca que existe sobre ese inmueble. Como complemento de esto, véase el último párrafo de la nota del codificador al artículo que estudiamos. Cuando haya de perseguir-



se el crédito respecto de los terceros poseedores del inmueble hipotecado, debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 3163.

3113—El acreedor cuya hipoteca se extiende á varios inmuebles tiene derecho á elegir cualquiera de dichos inmuebles, para ser pagado con su valor de la totalidad de su crédito, aunque sobre él se hubiesen constituido posteriormente otras hipotecas. (Concuerda con los arts. 3112 y sus concordantes—3167.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 284, nota 21)—Notas del codificador á los arts. 638 y 2312—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 1196, letra a—Cód. de Chile, 2408, 2° parte.

Posteriormente otras hipotecas: Aunque sean anteriores, tampoco podrá exigir el poseedor que se ejecuten primero los otros inmuebles hipotecados que existen en poder del deudor originario (art. 3167).

1° Los acreedores posteriores, para evitar el perjuicio de ver desaparecer la garantía con la venta exigida por el deudor primitivo que va á absorber todo su valor, tendrán derecho á pagar y quedar subrogado en los derechos del acreedor (art. 3189). En ese caso podrán perseguir la venta de los otros inmuebles hipotecados, librando así de la venta el que garante su propio crédito. Este es un temperamento legal y equitativo que aconsejan Aubry y Rau, § 284, notas 22 á 24, es admitido también por nuestro Código. (Véase art. 3185 y sus concordantes.)

3114—El acreedor cuya hipoteca esté constituida sobre dos ó mas inmuebles puede, aunque los encuentre en el dominio de diferentes terceros poseedores, perseguirlos á todos simultáneamente, ó hacer ejecutar uno solo de ellos. (Concuerda con los arts. 3113 y sus concordantes—3171.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 284, nota 27)—Véase comentario al artículo anterior—Nota del codificador al art. 3112—Cód. de California, 1959.

Sobre dos ó mas inmuebles: La disposición de este artículo solo tiene efecto cuando se han hipotecado varios inmuebles por una cantidad determinada, sin designar la parte de deuda á que queda afectado cada inmueble. Si se ha determinado la cantidad que cada finca garante, deberá considerarse que hay tantas hipotecas cuantas son las fincas.



3115—No hay otra hipoteca que la convencional constituida por el deudor de una obligacion en la forma prescrita en este título. (Concuerda con los arts. 58—1259—2000—3108—4048.)

CONCORDANCIAS

(En contra, leyes 14, 23, 24, 26, 28 y 33, tit. 13, part. 5ª—Nota del codificador á los arts. 58 y 4048.)

3116—La hipoteca puede constituirse bajo cualquier condicion, y desde un dia cierto, ó hasta un dia cierto, ó por una obligacion condicional. Otorgada bajo condicion suspensiva ó desde un dia cierto, no tendrá valor sino desde que se cumpla la condicion ó desde que llegue el dia; pero cumplida la condicion ó llegado el dia, será su fecha la misma en que se hubiese tomado razon de ella en el oficio de hipotecas. Si la hipoteca fuese por una obligacion condicional, y la condicion se cumpliese, tendrá un efecto retroactivo al dia de la convencion hipotecaria. (Concuerda con los arts. 543—545—566—1993—2988—3125—3158—3204.)

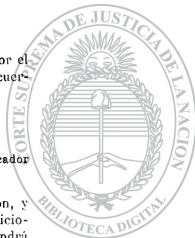
CONCORDANCIAS

(L. 17, tit. 13, part. 5ª—Cód. frances, art. 2125—De Chile, 2413—L. 11, tit. 4, lib. 20, Dig.—Maynz, § 241, nota 11)—Cod. de California, 1984 á 1986—Id. de Luisiana, 3260—Goyena, 1796—Laurent, tom. 30, núms. 538 y sigtes.—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, nº 1285.

Bajo cualquier condicion: Que no sea ilícita ó contraria á la moral y buenas costumbres (concordantes citados).

1º ¿Es permitido establecer una hipoteca bajo la condicion de que, si el deudor no paga, el acreedor puede quedarse con el inmueble hipotecado? Es indudable que no. Este pacto está prohibido terminantemente en nuestro Código, tratándose de prenda (art. 3222), y de la anticresis (art. 3252); con doble razon debe considerarse respecto de la hipoteca; el acreedor no puede tener otro derecho que hacer vender el inmueble hipotecado. La prohibicion del pacto de que venimos hablando, se encuentra establecida desde el derecho español (ley 12, tit. 13, part. 5ª) y ha sido adoptada por casi todas las legislaciones, incluso la jurisprudencia francesa, como puede verse en Laurent, tom. 30, nº 540.

Desde un dia cierto: Esto viene á ser una hipoteca constituida bajo condicion suspensiva, y puede tener lugar cuando el que hipoteca el inmueble no es propietario sino bajo condicion suspensiva (Aubry y Rau, § 266, nota 12). La hipoteca





constituida por uno de los condóminos, viene á ser una hipoteca bajo condicion suspensiva tambien; si es constituida sobre una parte materialmente determinada del inmueble comun, se entiende hecha bajo la condicion de que en la particion le toque esa parte al deudor; ó si es sobre el todo, será bajo la condicion de que le tocará el inmueble entero en lote ó por licitacion (art. 3123 y 3124—Baudry-Lacantinerie, lugar citado).

O hasta un dia cierto: Como en el caso del art. 3125.

O por una obligacion condicional: Que puede ser suspensiva ó resolutoria. Los efectos del cumplimiento de la condicion se determinan en el inciso final de este artículo. De estas dos partes debió, como dice el Dr. Segovia, formarse un artículo separado.

No tendrá valor sino desde que se cumpla la condicion: Nuestro codificador se vale de estas palabras consecuentes con la definicion que da de la obligacion bajo condicion suspensiva: "Es la que debe *existir ó no existir*, dice el artículo 545. Si bien la obligacion, tal como quedará formada una vez que se cumpla la condicion, no existe desde el primer momento, existe un vínculo jurídico que acuerda ciertos derechos á las partes. Por esto no deben tomarse en un sentido absoluto las palabras que estudiamos.

Como complemento de este comentario, véase el artículo siguiente

3117—El que hubiese enajenado un inmueble bajo una condicion resolutoria, ó bajo un pacto comisorio, expreso ó tácito, no puede hipotecarlo ántes del cumplimiento de la condicion resolutoria. (Concuerda con los arts. 1371, inc. 2—1374—3116—3119—3125—3126.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 266, nota 13)—Laurent, tom. 30, n° 538.

No puede hipotecarlo: Pero el que lo ha adquirido puede constituir una hipoteca sometida á esa condicion resolutoria (artículo 3125, y comentario al 3116).

1° ¿Quedará válida la hipoteca si el deudor adquiere despues la cosa hipotecada? Es indudable que no. El principio general establecido en el art. 2504, de que el que trasmite ó constituye un derecho real que no tiene, se considera que se transmitió ó constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera tenido, si



con posterioridad al contrato lo adquiere, en que se apoya el Dr. Segovia para decir que sí, no es aplicable al derecho real de hipoteca, como lo establece terminantemente el art. 3126.

El que ha enajenado un inmueble con pacto de retroventa, se despoja completamente de su propiedad, como dice el codificador en la nota al artículo que estudiamos; cuando vuelve á adquirir la propiedad no hay consolidacion de un derecho adquirido bajo condicion, sino una nueva venta. Tan es así, que, segun el inciso 2 del art. 1371, hace indispensable la tradicion al comprador para que pueda adquirir el dominio. Si este acto que realizan las partes no es sino un nuevo contrato de compra-venta, el caso se encuentra espresamente comprendido en el art. 3126, que dice que "la hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida por la adquisicion que el constituyente hiciera ulteriormente".

Desde que esa cosa no está, en el momento de constituirse la hipoteca, en el dominio del constituyente, falta, como dice la nota del codificador al art. 3126, la materia para la imposicion del gravámen.

El vendedor con pacto de retroventa, que adquiere la cosa vendida, adquiere una cosa ajena, y esto basta para decidir la cuestion (nota del codificador al art. 3126).

2º Hay otros casos, sin embargo, en que el que enajena una cosa con pacto comisorio, no trasmite el dominio de la cosa. En estos casos, la cosa recuperada en virtud de este pacto se considera que nunca ha salido de la propiedad del enajenante, y por lo mismo, al recuperar la cosa enajenada, sobre la cual habia constituido la hipoteca, el derecho queda perfecto con efecto retroactivo. Seria éste un caso de los legislados en el art. 3116. Así, por ejemplo, si una persona enajena una cosa con pacto comisorio, en los casos enumerados en el art. 1375, la venta equivale, segun el art. 1376, á la que se hace con la cláusula de reservarse el vendedor el *dominio* de la cosa hasta el pago del precio. La propiedad no sale de su poder, no pierde el su dominio, y por lo mismo, puede reivindicarla de terceros adquirentes, como lo establece el art. 3923.

El que la hipoteca, no hace mas que constituir un derecho sobre una cosa, cuyo dominio conserva, aunque sujeto á la obligacion de transmitirlo cuando se le pague el precio de la venta;



se encuentra en las mismas condiciones de las personas de que habla el art. 3125, que tienen un derecho sujeto á una condicion, cual es la del pago del inmueble en el tiempo estipulado (art. 1375). Aquí no falta la materia para la imposicion del gravámen, como dice el codificador en la nota al art. 3126, puesto que la cosa hipotecada no ha salido del dominio del vendedor; saldrá, sí, en caso de que la condicion del pago se cumpla en el plazo debido.

No cumpliéndose esa condicion, el contrato de venta se disuelve con efecto retroactivo. El mismo efecto produce la constitucion de la hipoteca, que solo era condicional y no de cosa ajena.

CAPITULO I

De los que pueden constituir hipotecas, y sobre
qué bienes pueden constituirse

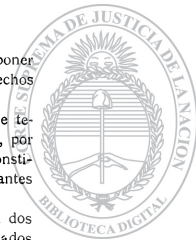
3118—Los que no pueden válidamente obligarse, no pueden hipotecar sus bienes; pero la hipoteca constituida por un incapaz, puede ser ratificada ó confirmada con efecto retroactivo, cesando la incapacidad. (Concuerda con los arts. 54—55—1047—1049—1058—1059 á 1065—1160—3119.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 19, núms. 347 y sigtes.—Grenier, tom. 1, n° 42—En contra, Aubry y Rau, § 266, y nota 29—Toullier, tom. 7, n° 524—Troplong, tom. 2, n° 487)—Cód. de California, 1949—Nota del codificador al art. 1936—Goyena, 1798—Artículo 73 de la ley hipotecaria francesa.

Los que no pueden válidamente obligarse: Habría sido mas propio decir, como dicen los Códigos y autores citados y la última parte del artículo siguiente “los que no pueden enajenar bienes inmuebles”, no pueden constituir el derecho real de hipoteca. Una cosa es poder válidamente obligarse, y otra enajenar ó constituir derechos reales sobre una cosa. Por ejemplo, el menor emancipado puede contraer ciertas obligaciones, y sin embargo no puede hipotecar. El mismo codificador, reconociéndolo, al hablar de los que pueden constituir prenda, dice en el art. 3213, que solo puede hacerlo el que “tiene capacidad para enajenar”.

En el art. 3241, hablando de la anticresis, dice que “solo



puede ser constituida por el que tenga capacidad para disponer del inmueble". Lo mismo dice respecto á los demás derechos reales.

Puede ser ratificada ó confirmada: Esto solo puede tener lugar cuando la nulidad no es absoluta sino relativa, por ser tambien relativa la capacidad bajo la cual obró el constituyente de la hipoteca, como puede verse por los concordantes citados, y nota del codificador al presente artículo.

Debe tenerse presente que *ratificacion* y *confirmacion* son dos cosas muy distintas, y hasta producen muchas veces resultados distintos. La confirmacion es el acto jurídico por el cual una persona capaz hace desaparecer los vicios de un acto; y ratificacion es el acto por el cual una persona aprueba los actos que otra persona ha hecho á su nombre sin haber recibido mandato (art. 1059, y nota del codificador al mismo).

Con efecto retroactivo: Pero sin perjuicio de los derechos adquiridos válidamente por terceros, ántes de la confirmacion (art. 1065, sus concordantes, y 1936—Véase los ejemplos puestos por el codificador en la nota al presente artículo).

3119—Para constituir una hipoteca es necesario ser propietario del inmueble, y tener la capacidad de enajenar bienes inmuebles. (Concuerda con los arts. 2513—2601—2603—3118 y sus concordantes—3126.)

CONCORDANCIAS

(L. 6, tit. 16, lib. 8, Cód. romano—Ley 7, tit. 13, part. 5ª—L. 10, tit. 33, part. 7ª)
Las del artículo anterior y su comentario —Comentario al art. 3117.

Tener capacidad para enajenar bienes inmuebles;
Hipotecado por el incapaz, su confirmacion, cuando es capaz, produce los efectos del artículo anterior.

1º Cuando la hipoteca es constituida por un mandatario, ultrapasando los límites de su mandato, y el mandante con posterioridad ratifica el contrato, esta ratificacion importará un acto nuevo de constitucion de hipoteca, que no perjudicará en manera alguna los derechos de tercero. Pero en este caso, por la peculiaridad de la hipoteca, no basta una ratificacion tácita, como la de que habla el art. 1935, sino que es necesario que sea expresa, y que se haga constar en el registro de la hipoteca. (Aubry y Rau, § 266, nota 6).



2º La hipoteca constituida por el que no es propietario del inmueble, será radicalmente nula, aunque el constituyente declare que no le pertenece pero que espera adquirirlo, pues esto sería una hipoteca de bienes futuros (nota del codificador al art. 3126, al fin — Aubry y Rau, § citado, nota 5). Se encontraría en el mismo caso legislado en el art. 3117, y aun, si se quiere, en peores condiciones, porque al fin, el vendedor tiene un derecho para adquirir la cosa que hipoteca, derecho que le da el pacto de retroventa.

3º Hay algunos casos en que la hipoteca constituida por el que no es dueño de la cosa es válida, tales como la constituida por el heredero aparente (art. 3430) ó por el heredero indigno (arts. 3309 y 3310).

4º La circunstancia de que el título de dueño del que constituye la hipoteca le sea cuestionado, no es un obstáculo para establecerlo, aun despues de iniciada la accion. Ella se anulará si pierde el pleito el que la constituyó.

Pero en este caso, si con posterioridad adquiere la propiedad la hipoteca no revivirá, en razon de lo dispuesto en el art. 3126.

3120—Los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitacion, y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse. (Concuerda con los arts. 2842—2899—3108.)

CONCORDANCIAS

(Ley 11, tit. 1, lib. 20, Dig.)—Aubry y Rau, § 259, notas, 8 á 10.

No pueden hipotecarse: Porque no son bienes inmuebles (nota del codificador al art. 2312), únicos sobre los cuales se puede constituir hipoteca (art. 3108).

1º El derecho de hipoteca puede ser cedido, junto con el crédito que garante (nota del codificador al art. 1327), lo mismo que el derecho de usufructo (art. 2870).

De uso: El *de*, creemos que está de mas ; corresponderia en tal caso una coma.

3121—No es necesario que la hipoteca sea constituida por el que ha contraido la obligacion principal, puede ser dada por un tercero sin obligarse personalmente. (Concuerda con los arts. 518—524—3239.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 2077 y 2090—Pont, *Privilegios é hipotecas*, n° 608)—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 1015—Cód. de Chile, 2414, 2ª parte.

Puede ser dada por un tercero: Pero la responsabilidad no tiene la misma estension que la del fiador, pues aquél solo responde con la cosa dada en hipoteca: *res non persona debet*.

1º Con arreglo á este principio, el acreedor no tiene derecho para exigir del que constituyó la hipoteca, sin ser deudor, un suplemento de la hipoteca, en los casos en que no haya tenido culpa en el deterioro. (Véase comentario al art. 3159.)

2º La posicion del tercero á que se refiere el artículo, se asimila á la de los terceros poseedores, de que trata el capítulo 5º de este título.

3º El dueño del inmueble que ha tenido que sufrir la venta, por no haber sido pagado el crédito por el deudor, tiene derecho á ser indemnizado por éste de todos los daños y perjuicios sufridos. (Véase comentario al art. 3170.)

4º Respecto á la cuestion planteada en la nota del codificador al presente artículo, véase nuestro comentario al art. 3164.

3122—Si la obligacion por la que un tercero ha dado una hipoteca, fuese solamente anulada por una escepcion puramente personal, como la de un menor, la hipoteca dada por un tercero será válida, y tendrá su pleno y entero efecto. (Concuerda con los arts. 192—518—1164—1994—3121.)

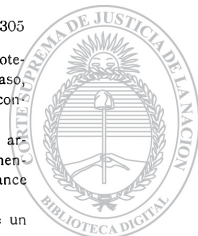
CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, 3266.)

La hipoteca dada por un tercero será válida: Este es el principio general para toda clase de obligaciones, sean civiles ó naturales, y aun para las obligaciones solidarias, en las cuales el deudor solidario demandado por el pago de la deuda, puede oponer sus propias escepciones, como las de sus coobligados, ménos las que sean personales á éstos, es decir, fundadas en su incapacidad personal.

Savigny, hablando sobre esto, dice: "La hipoteca conservará su eficacia aun al lado de una obligacion desprovista de accion, aun despues de una absolucion injusta. Pero si la *hypothecaria*





actio se ejerce contra el deudor, poseedor de los bienes hipotecados, la rechazará por la *exceptio rei judicatae*, y en este caso, se puede decir, *pignus liberatur*. Contra un tercero, por el contrario, la acción no está sometida á esta restricción."

1º Debe tenerse presente, que aun en el caso del presente artículo, el dueño del inmueble hipotecado no queda personalmente obligado por el todo de la deuda sino hasta donde alcance el valor de los bienes hipotecados (art. 3121, última parte).

El que constituye una hipoteca para garantizar la deuda de un tercero, sin obligarse espresa y personalmente, solo entiende responder con los bienes hipotecados y nada mas; y aunque el deudor principal quiebre, ó el acreedor no pueda cobrar de él la deuda por haber sido anulada en virtud de una escepcion personal á ese deudor, su obligacion no se estiende mas allá.

Pero si la obligacion del deudor es anulada por otra causa que no sea la indicada, la hipoteca, como accesoria, queda tambien estinguida.

3123—Cada uno de los condóminos de un inmueble puede hipotecar su parte indivisa en el inmueble comun, ó una parte materialmente determinada del inmueble; pero los efectos de tal constitucion quedan subordinados al resultado de la particion ó licitacion entre los condóminos. (Concuerda con los arts. 684—2677—2678—2683—2696—2986—2987 y sus concordantes—3124—3125—3504.)

CONCORDANCIAS

(Ley 7, tít. 6, lib. 20, Dig.—Maynz. § 241)—Nuestro comentario á los artículos 2678 y 2696—Vazeille, sobre el art. 883 frances, n° 3—Chabot, sobre el mismo artículo —Fallos de la S. C. Nacional, serie 2, tom. 11, p. 416—Id. de la Capital, tom. 1, p. 145—Tom. 8, p. 151—Pont. n° 640—Véase comentario al artículo siguiente.

Quedan subordinados al resultado de la particion ó licitacion entre los condóminos: Una y otra cosa, es decir, la particion y la licitacion producen el mismo efecto, ambas son declarativas y no traslativas de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como si hubiera sido propietario desde el origen de la indivision, como lo establecen los arts. 2695 y 2696.

De aquí nacen las consecuencias que hemos espuesto en el comentario al art. 2696, y complementadas por el presente ar-



título, resulta lo siguiente: 1º Si un condómino hipoteca el todo del inmueble, una parte determinada, ó su parte indivisa, y el inmueble se adquiere por licitacion por otro de los condóminos, la hipoteca queda anulada. 2º Si en esos mismos casos, es el comunero que constituyó el derecho el que adquiere el inmueble por licitacion ó por adjudicacion, la hipoteca es válida en cualquiera de las formas que se haya constituido; 3º Si el inmueble es adquirido por un tercero, ó por otro de los comuneros á título de compra, la hipoteca será válida, pero solo respecto á la parte indivisa, ó determinada, del comunero que constituyó el derecho; 4º Si la hipoteca ha sido constituida por el todo, en el caso del número anterior, no será válida puesto que no habiéndole tocado el todo del inmueble, resulta que ha hipotecado lo ajeno, cosa que no puede hacer, segun el art. 3126; 5º Si la hipoteca fué constituida por todos los comuneros, y un tercero ó uno de los comuneros la adquiere por compra, la cosa pasa con el gravámen; 6º Si el inmueble hipotecado aparece gravado por todos con una hipoteca, y éste se adjudica en la division á alguno de los comuneros, ó lo adquiere por licitacion, parece que debe distinguirse el caso en que el todo ha sido hipotecado por todos sin referirse á la parte indivisa de cada uno, y el en que, si bien se ha hipotecado todo el inmueble, cada uno de los comuneros no lo ha hecho sino por su parte indivisa. En el primer caso, el heredero á quien se le adjudica, ó que licita el inmueble, tiene que recibirlo con todo el gravámen pues que todos han consentido gravar el todo del inmueble; vendria á ser como si uno solo, el que lo adquiere, lo hubiera hipotecado. Mas, las relaciones de derecho entre las partes, es decir, entre los comuneros, se reglarán como queda establecido respecto á las obligaciones solidarias ó indivisibles despues que la deuda ha sido pagada por uno solo de los coobligados.

En la segunda hipótesis, la hipoteca quedará reducida, con arreglo á los artículos citados y principios espuestos, á la parte que correspondia en el inmueble al comunero que la licitó, ó á quien se adjudicó. Vendria á quedar como en el caso del art. 3124. La hipoteca de los otros comuneros por sus partes indivisas, será anulada con arreglo al artículo que estudiamos, pues que vendrian á ser hipotecas distintas é independientes las unas de las otras; de modo que, adjudicada la cosa á uno, resultaria

que los otros no habian tenido derecho alguno en el inmueble (arts. 2695 y 2696).

3124—Cuando el copropietario que no ha hipotecado sino su parte indivisa, viene á ser por la division ó licitacion, propietario de la totalidad del inmueble comun, la hipoteca queda limitada á la parte indivisa que el constituyente tenia en el inmueble. (Concuerda con los arts. 2695—2678—3123 y sus concordantes—3125—3270.)

CONCORDANCIAS

• (Aubry y Rau, § 266, nota 16; Pont, n° 649—Comentario al artículo anterior, y al 2696 y al 3123.

Por la division ó licitacion: Con mas razon, si es por compra que haga de sus partes á los otros comuneros.

Queda limitada á la parte indivisa: Si ha hipotecado el todo, y adquiere el todo por licitacion ó por division, la hipoteca será válida en el todo tambien. Pero si la adquirió por compra á los otros en razon de no haberle tocado parte alguna por la division en ese inmueble, la hipoteca será nula (arts. 2695—2696—3126), porque se supone, segun los dos primeros artículos citados, que nunca tuvo derecho para hipotecar el todo, ni una parte indivisa.

1° Debe tenerse presente que la hipoteca que autorizan establecer este artículo, el anterior y sus concordantes, es solamente cuando la comunidad viene de una sociedad civil, ó de una comunidad de herederos, ó cuando nace de la adquisicion de un inmueble determinado, pero no á las sociedades comerciales, ó á las personas jurídicas. El socio de una sociedad con carácter de persona jurídica no puede hipotecar la parte que le corresponda en los bienes pertenecientes á la sociedad, porque en estos casos la propiedad de la cosa, como dicen Aubry y Rau, § 266, nota 19, es de la persona moral, que es independiente de sus miembros. (Véase nuestra nota final de este título.)

3125—El que no tiene sobre un inmueble mas que un derecho sujeto á una condicion, rescision ó resolucion, no puede constituir hipotecas sino sometidas á las mismas condiciones aunque así no se exprese. (Concuerda con los arts. 121—1051—1370, inc. 3—2638—2670—2678—2683—3116—3117—3123—3124—3270 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, art. 2125—De Luisiana, 3268—Duranton, tom. 19, n° 350—Aubry y Rau, § 266—Trolong, tom. 2, n° 478, ter.)—Maynz, § 168, n° 5—Cód. de



California, 1977—Leguizamon y Machado, Inst., nota 357—Pont, tom. 11, núms. 636 y 637—Troplong, n° 888.

Sujeto á una condicion: ¿Á qué clase de condicion se refiere? Para nosotros es indudable que se refiere á una condicion resolutoria, y no á una condicion suspensiva. El que adquiere una cosa bajo condicion suspensiva, no adquiere el dominio de ella, aun cuando se le haga tradicion, como lo establece el art. 1370, inc. 2. No es propietario, de consiguiente no puede hipotecar, segun el art. 3119. La circunstancia de que despues de cumplirse la condicion se adquiere la cosa, no valida la hipoteca, puesto que el art. 3126 establece que la adquisicion posterior del inmueble hipotecado no valida la hipoteca.

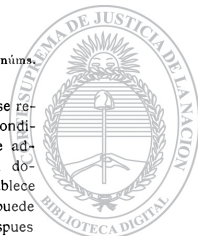
El que adquiere una cosa bajo condicion suspensiva, no adquiere el dominio de ella mientras no se cumple la condicion y se le haga tradicion.

“La obligacion bajo condicion suspensiva, dice el art. 545, es la que *debe existir ó no existir*, segun que un acontecimiento futuro é incierto suceda ó no suceda. Consecuencia de esto es el art. 551 (véase su comentario), que deja válidos los derechos adquiridos por terceros pendiente la condicion y ántes de la tradicion. Mal puede ser válida la constitucion de una hipoteca sobre un inmueble, cuando otro que el que la constituye puede enajenarlo válidamente sin que el adquirente tenga obligacion de soportar la hipoteca constituida por el que se dice dueño bajo condicion suspensiva.

Admitir como válida la constitucion de una hipoteca sobre un inmueble en que el acreedor no tenga sino un derecho sometido á una condicion suspensiva, sería echar por tierra todo el sistema de muchos Códigos, respecto á derechos adquiridos en esta forma.

Desde que el cumplimiento de la condicion no tiene, segun el art. 551, efecto retroactivo contra terceros cuando se trata de inmuebles, sería imposible sostener la validez de la hipoteca respecto de terceros, tratándose de adquirentes de esos inmuebles; sería aceptar precisamente el principio contrario al aceptado en dicho art. 551. En este mismo sentido se espresan los señores Leguizamon y Machado, lugar citado.

1° Si la mayoría de los juriconsultos franceses aceptan la





teoría contraria, es porque el art. 2125 del Código francés habla espresamente de la condicion suspensiva. Nuestro Código ha copiado dicho artículo pero ha suprimido las palabras *droit suspendu par une condition*, de que se vale aquél.

El nuestro solo habla de derechos sujetos á condicion; de aquí deducen algunos que, no habiendo el legislador distinguido, se debe suponer que habla de toda clase de condicion; pero es el caso que si tal hubiese sido su mente, se habria dicho espresamente, por cuanto tal principio habria sido una escepcion á lo dispuesto en los arts. 551—3117, nota del codificador al mismo, 3126, etc., y al principio de que sin tener dominio sobre una cosa no se pueden constituir derechos reales. Para quebrar esos principios, el legislador tendria necesariamente que hablar espresamente de la condicion suspensiva, y no de la condicion en general, como lo hace, separándose en esto del Código francés.

2º El art. 3194, que á primera vista parece resolver la cuestion en sentido contrario del que sostenemos, viene mas bien en apoyo de nuestra tesis.

Este artículo es tomado del Derecho Romano y de Maynz, como se ve por la cita que hace el codificador, y uno y otro hablan únicamente de la condicion resolutoria, y no de la suspensiva (Maynz, 4ª edicion, § 168, nº 6—Véase comentario á dicho artículo 3194).

Aunque así no se espresé: Pero para que el acreedor hipotecario no tenga accion por indemnizacion de daños y perjuicios contra el deudor por la estincion de la hipoteca, cuando la estincion es con efecto retroactivo, y para que tenga este efecto en ciertos casos, es necesario que la condicion resolutoria conste en el título del deudor (arts. 1855—1866 2672 y sus concordantes—Segovia, nota 58 al artículo que estudiamos.

3126—La hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no será válida ni por la adquisicion que el constituyente hiciere ulteriormente, ni por la circunstancia que aquél á quien el inmueble pertenece viniere á suceder al constituyente á título universal. (Concuerda con los arts. 1051—1847—2504—3119 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 266, nota 4—Pont, núms. 626 y sigtes.—En contra, Troplong, tomo. 2, desde el nº 517—Zachariæ, § 326)—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, nº 1284.

3127—La nulidad de la hipoteca constituida sobre bienes ajenos, puede ser alegada no solo por el propietario del inmueble, sino aun por aquellos á quienes el constituyente hubiese vendido el inmueble despues de ser dueño de él, y aun por el mismo constituyente, á ménos que hubiese obrado de mala fe. (Concuerda con los arts. 1047—1051—1329—1847.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 19, n° 367—Aubry y Rau, § 266, notas, 7, 8 y 9—En contra, Troplong, tom. 1, núms. 522 y sigtes.—Merlin, *Qq. cerb. hypoth.*, § 4, bis)—Pont, núms. 627 y sigtes.

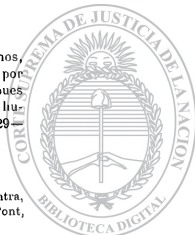
Por aquellos á quienes el constituyente hubiese vendido el inmueble despues de ser dueño de él: No es posible negar esta accion á los acreedores hipotecarios á quienes el constituyente de la primera hipoteca nula, les habia constituido una hipoteca despues de haber adquirido el inmueble.

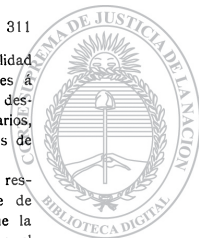
Desde que, con arreglo á lo dispuesto en el art. 3126, la hipoteca constituida sobre un inmueble ajeno no se valida por la adquisicion ulterior que hiciera el constituyente del mismo inmueble, es claro que el primer acreedor hipotecario no puede alegar contra el segundo la prioridad en la incripcion. De nada sirve esa incripcion anterior si la ley la declara sin efecto jurídico alguno aun entre las mismas partes contratantes; la nulidad de la hipoteca de la cosa ajena es absoluta, y por lo mismo puede ser alegada por todos los que tengan interes escepto el mismo que ejecutó el acto de mala fe sabiendo que la cosa era ajena (art. 1047, y última parte del que estudiamos).

Otro tanto decimos de la hipoteca constituida por el dueño primitivo de la cosa (Pont, n° 628).

A ménos que hubiese obrado de mala fe: Como en este caso el deudor que se ha hecho propietario no puede oponer al acreedor hipotecario de buena fe la nulidad de la hipoteca, resulta que entre ellos la hipoteca viene á quedar válida por la adquisicion posterior que hace el deudor.

1° ¿Puede en este caso el acreedor oponer la hipoteca á los terceros á quienes el constituyente de mala fe hubiera traspasado el inmueble despues de ser propietario, ó á terceros acreedores cuya hipoteca hubiera sido constituida tambien despues de la adquisicion del inmueble? Parece indudable que no, con arreglo al principio absoluto sentado en el art. 3126. De que





el mismo constituyente de mala fe no pueda alegar la nulidad de la hipoteca contra los acreedores hipotecarios anteriores á su adquisicion, no se sigue que esa primera hipoteca, nula desde su origen, pueda oponerse á terceros acreedores hipotecarios, ó terceros adquirentes, que han adquirido derechos despues de haberse hecho dueño su enajenante.

El artículo que estudiamos no hace distincion alguna al respecto; la única diferencia que establece entre el hipotecante de buena y el de mala fe, es la del art. 1047, es decir, que la nulidad de la hipoteca puede oponerla el primero, pero no el segundo. Tampoco la hace el art. 3126.

La nulidad de la constitucion de una hipoteca sobre un inmueble ajeno es absoluta, y como tal, el art. 1047 y sus concordantes, faculta á las partes interesadas para alegarla cuantas veces les pueda perjudicar (Pont, nº 628—Aubry y Rau, citado).

“La hipoteca de la cosa de otro, nula en su principio y en su constitucion, dice Pont, con la mayoría de los autores, permanece nula, radicalmente nula, cualesquiera que sean las circunstancias ulteriores que pongan la propiedad del inmueble hipotecado en manos del deudor.”

Por otra parte, cuando la ley niega toda accion de nulidad al deudor de mala fe, lo hace porque sería imposible racionalmente dar derecho al deudor para valerse de su propia falta como medio de eludir é impedir los efectos del derecho conferido por él mismo; es solo en este sentido que la hipoteca viene á producir efecto cuando otro no se presenta á reclamar su nulidad. Desde el momento en que hay un interesado en que un actonulo absolutamente no produzca efectos jurídicos, nada disculparia que se le privase de los medios de impedir esos efectos.

Si á estas consideraciones se agrega lo que el codificador dice en la nota del artículo que estudiamos, la conclusion á que arriba el Dr. Segovia en la nota 62 á este artículo, al final, siguiendo el derecho romano, es completamente errónea.

“Esa hipoteca, dice este autor, *que la adquisicion del inmueble hace eficaz*, será preferente á las otorgadas y registradas con posterioridad.”

En primer lugar, es falso que la adquisicion del inmueble valide la hipoteca, pues el art. 3126, resuelve espresamente lo contrario; dice *que no será válida ni por la adquisicion*, etc., etc



En segundo lugar, la última parte del párrafo copiado es falso también el principio sentado en que parece afirmar que la hipoteca posterior establecida por el adquirente no sería preferente á la anterior constituida ántes que el acreedor adquiriese la cosa hipotecada.

Esto vendría á quedar en oposicion con los principios á que nos hemos referido, y con el final de la nota del codificador, que dice: "Las condiciones y formalidades necesarias á la validez y eficacia de las hipotecas, se prescriben no solo en el interes del deudor, sino tambien en el de los terceros *con los cuales pudiera él contratar ulteriormente*", y no se puede decir, por lo tanto, que éstos no tienen derecho para deducir los medios de nulidad *tan solo porque el vendedor no pudiera hacerlo él mismo*.

Se ve, pues, que la hipoteca constituida sobre bienes ajenos, en ningun caso se valida por la adquisicion posterior, y que la única escepcion á este respecto es que el constituyente de mala fe no puede alegar su nulidad.

CAPITULO II

De la forma de las hipotecas y su registro

3124—La hipoteca solo puede ser constituida por escritura pública ó por documentos, que sirviendo de títulos al dominio ó derecho real, estén expedidos por autoridad competente para darlos, y deban hacer fe por sí mismos. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato á que acceda. (Concuerda con los arts. 979—1025—1184, inc. 1—1259—3135.)

CONCORDANCIAS

(Ley 4, tit. 16, lib. 10—Nov. Rec., art. 3 de la ley hipotecaria de España—Durranton, tom. 17, núms. 354 y sigtes.—Véase ley 114, tit. 18, part. 3^a)—Laurent, tom. 30, núms. 431 y sigtes.—Aubry y Rau, § 206, notas 40 y sigtes.—Cód. de Chile. 2409.

Solo puede ser constituida por escritura pública: Es decir, ante escribano público, ú otro funcionario autorizado para ejercer estas mismas funciones (art. 997).

O por otros documentos, etc.: Segun esta parte del artículo, no es indispensable que la hipoteca sea hecha en escritura pública, entendiéndose por tal la definida en el art. 997. Basta que ella conste en un instrumento público que pueda servir de título al dominio; así, por ejemplo, no sería nula una



acta ante Juez competente, en que las partes, por via de transaccion, estableciesen una hipoteca. El escribano encargado del registro de la hipoteca no podria en este caso negarse á registrarla alegando que esto, si bien es un instrumento público destinado especialmente á crear un derecho real, no es una escritura pública. Aparte de la letra del artículo que habla de escrituras públicas y de otros documentos que no son tales, el art. 3 de la ley española, citado por el codificador, no deja lugar á duda; dice así: "Para que puedan ser inscriptos los títulos espresados en el artículo anterior, deberán estar consignados en *escritura pública* ejecutoria, ó *documento auténtico expedido por autoridad judicial, ó por el gobierno ó sus agentes en la forma que prescriben los reglamentos.*"

Las hipotecas que debiendo ser hechas con arreglo á este artículo, fueran hechas en instrumento privado, dan derecho al acreedor para compeler al deudor á estender la escritura pública, como está dispuesto en el art. 1185.

Ese artículo se refiere á todos los actos que deben estenderse en escritura pública, entre los cuales está la hipoteca, como lo espresa el inciso 1 del art. 1184.

Es una obligacion de hacer que podria dar por resultado que la sentencia del Juez declarando al deudor obligado, sirviese de título para la inscripcion, si el acreedor no optaba por la resolucion de la obligacion exigiendo al deudor el pago inmediato de lo recibido (art. 1187).

3129—Puede tambien constituirse hipoteca sobre bienes inmuebles existentes en el territorio de la República, por instrumentos hechos en paises extranjeros, con las condiciones y en las formas dispuestas por el art. 1211 del título *De los contratos en general*. De la hipoteca así constituida debe tomarse razon en el oficio de hipotecas, en el término de seis dias contados desde que el Juez ordene la protocolizacion de la obligacion hipotecaria. Pasado ese término, la hipoteca no perjudica á tercero. La hipoteca constituida desde pais extranjero debe tener una causa lícita por las leyes de la República. (Concuerda con los arts. 8-10-12-14-21-1205 á 1211-3134-3135-3 37-3149.)

CONCORDANCIAS

Gomez de la Serna, comentario al art. 5 de la ley hipotecaria de España)—Notas del codificador á los arts. 1211 y 3128.—Story. "Conflicto de las leyes", cap. 8.



En las formas dispuestas en el art. 1211: La nota del codificador á dicho art. 1211, determina el alcance del presente.

Desde que el Juez ordene la protocolizacion: La intervencion del Juez es para conocer si el acto es auténtico y si está hecho en instrumento público. La parte que presenta el contrato debe justificar que se han llenado los requisitos exigidos por dicho artículo y sus concordantes.

1º La constitucion de una hipoteca en una Provincia argentina sobre bienes que esten situados en otra, deben tambien ser protocolizados en esta última, con arreglo al principio establecido en nuestro comentario al art. 1211.

Pasado ese término, la hipoteca no perjudica á terceros: Véase comentario al art. 3151.

Una causa lícita por las leyes de la República: Es decir, que no sea contraria á las leyes de la República, ó que no tenga una causa contraria á la moral ó á la religion del Estado, ó á las buenas costumbres (arts. 1206—1207 y 1208).—Fuera de estos casos, la obligacion en sí será juzgada con arreglo al art. 1205 y sus concordantes.

3130—La constitucion de la hipoteca debe ser aceptada por el acreedor. Cuando ha sido establecida por una escritura pública en que el acreedor no figure, podrá ser aceptada ulteriormente con efecto retroactivo al dia mismo de su constitucion. (Concuerda con los arts. 1987—2669.)

CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 30, n° 424—Aubry y Rau, § 266, notas 50 á 52—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 6, p. 142 y 565.

Debe ser aceptada por el acreedor: Justificando la necesidad de la aceptacion, el jurisculto Laurent, dice: “La hipoteca es una desmembracion de la propiedad, una enajenacion parcial. Para que exista esta desmembracion es necesario que haya un acreedor á favor del cual el deudor consienta en enajenar parte de su derecho de propiedad, y es menester que el acreedor acepte esta trasmision de propiedad. ¿Se concibe que la propiedad entera sea transmitida sin el concurso del consentimiento del que trasmite la cosa y el del que la adquiere? No se concibe tampoco que una fraccion de la propiedad sea transferida sin que el acreedor la adquiriera, ¿puede adquirir sin



consentir? En tanto que el acreedor no ha prestado su consentimiento, no hay sino una oferta, una *policitacion*; el deudor que la ha hecho puede retirarla, puesto que sin la aceptacion no hay ningun vínculo entre el deudor y el acreedor."

El acreedor adquiere ciertos derechos en el inmueble hipotecado, como lo hace notar muy bien Laurent, entre ellos el de hacer vender el inmueble aun ántes de estar vencido el plazo cuando la casa ha sufrido deterioros de cierta magnitud (artículo 3161), y no se concibe que esos derechos puedan adquirirse sin el consentimiento del adquirente. El consentimiento viene á ser, pues, de la esencia del contrato de hipoteca.

1º Dados estos antecedentes, ¿en qué forma debe hacerse la aceptacion?

Por derecho frances, algunos, como Aubry y Rau, Baudry-Lacantinerie, etc., etc., piensan que puede hacerse por instrumento privado y aun tácitamente. Laurent, núms. 440 y 441, es de opinion contraria.

Entre nosotros, es indudable que la aceptacion debe hacerse por escritura pública tambien, ó en alguno de los actos á que se refiere el art. 3128.

La aceptacion de la hipoteca forma, segun el artículo que estudiamos, parte de la constitucion de la hipoteca, es de su esencia, de tal modo, que sin esa aceptacion no hay *constitucion* de hipoteca. Ésta solo puede constituirse por escritura pública; luego, el reconocimiento de la deuda como todo aquello que la ley determina como indispensable para la formacion del acto, debe constar en escritura pública tambien. Ántes de la aceptacion del acreedor no hay hipoteca, aunque exista el consentimiento del deudor. Estas dos manifestaciones de voluntad, son indispensables, porque es lo que forma el contrato; y como éste debe hacerse indispensablemente en la forma determinada en el art. 3128, tenemos que uno de los elementos indispensables para su formacion, no puede constar en otra forma que en la que consta el todo, como decia una corte de Bélgica.

La comision especial francesa, que informó sobre el proyecto de ley hipotecaria de Francia, decia que "la declaracion que un deudor hace de haber recibido tal suma, y que hipoteca tal inmueble, tiene toda su fuerza como obligacion, y debe considerarse como la prueba completa de la deuda, sin necesidad de

que para ello se haya espresado la aceptacion del acreedor". "Pero en lo que concierne á la hipoteca, agregaba, la confesion aun auténtico de una hipoteca no la constituye tal, puesto que debe ser constituida por un acto auténtico, y como acto constitutivo de hipoteca, el acto es *nulo*, y no podrá tomar *existencia*, sino por la aceptacion del acreedor, en forma auténtica tambien".

Por otra parte, el caso bien puede considerarse comprendido en el inciso 10 del art. 1184, que dice que deben estenderse en escritura pública todos los *actos* que sean accesorios de actos redactados en escritura pública. La aceptacion porterior del acreedor hipotecario viene á ser en cierto modo un complemento de la escritura anterior hecha por el deudor.

Y aun suponiendo que el caso no estuviera regido por dicho inciso, el principio sentado en el art. 1062, de que la confirmacion debe hacerse en la misma forma que esté exclusivamente establecida para el acto que se confirma, sería por igualdad de razones aplicable exactamente al caso que estudiamos.

2º El Dr. Segovia, nota 66 á este artículo, piensa que el reconocimiento puede hacerse en instrumento privado, y aun tácitamente, pero sin dar razon ninguna de esto.

Agrega tambien que el acto no perjudicaría á terceros que hubieran ignorado la aceptacion; con esto viene á dejarse sin objeto alguno la hipoteca aceptada en escritura privada, puesto que precisamente el efecto peculiar de la hipoteca es que el acreedor quede seguro de que un tercero no adquirirá sobre el inmueble hipotecado un derecho real preferente al suyo. Si los terceros pueden con posterioridad adquirir hipotecas que aceptadas y registradas en debida forma vengan á tener efecto contra el primer acreedor, no puede decirse que lo que ántes se ha constituido era una hipoteca tal como la entiende y con los efectos indispensables que le da el Código; sería un simple crédito sin hipoteca. Sería lo mismo que una hipoteca no registrada, que no produce efectos contra terceros.

Sería una anomalía considerar como válida la hipoteca aceptada en instrumento privado, y sin embargo dar á los acreedores posteriores que la hubieran aceptado en otra forma auténtica y llenado todos los requisitos legales, el derecho de ser pagados con preferencia con el valor del inmueble hipotecado; la





hipoteca, ó está constituida en debida forma y entónces ningun acreedor hipotecario posterior puede perjudicar al primer acreedor que tiene esa hipoteca válida, ó no está en debida forma, y entónces no hay hipoteca, y el segundo acreedor debe ser pagado con preferencia á cualquier otro, en todos los casos.

Con efecto retroactivo al día de su constitucion: La razon es que estando registrada la hipoteca, se reputa pública para el efecto de considerar que han tenido conocimiento de ella todos los que han tratado posteriormente con el acreedor.

Con arreglo á los principios generales, parece que la aceptacion no debiera tener efecto retroactivo desde que la constitucion de la hipoteca no está concluida como tal; pero el testo de a ley no deja lugar á duda; y sobre todo, como dijimos ántes, la hipoteca se hace pública por el registro; y como en ese registro no se espresa ni se necesita la aceptacion, para los terceros la hipoteca es válida, pues que si no obstante la inscripcion tratan con el acreedor, se consideran ó de mala fe, ó que tratan en la persuasion de que su hipoteca no será preferida á la anterior.

3131—El acto constitutivo de la hipoteca debe contener: 1º El nombre, apellido y domicilio del deudor y las mismas designaciones relativas al acreedor, los de las personas jurídicas por su denominacion legal, y el lugar de su establecimiento; 2º La fecha y la naturaleza del contrato á que accede y el archivo en que se encuentra; 3º La situacion de la finca y sus linderos, y si fuere rural, el distrito á que pertenece; y si fuere urbana, la ciudad ó villa y la calle en que se encuentre; 4º La cantidad cierta de la deuda. (Concuerda con los arts. 1001 á 1004—3109—3132—3133—3139.)

CONCORDANCIAS

(Cédula para la América, de 25 de setiembre de 1802—Duranton, tom. 19, desde el n° 363)—Cód. frances, 2148—Aubry y Rau, § 276, n° 1.

La fecha y la naturaleza del contrato á que accede: Si el contrato, origen de la hipoteca, se hace por la misma escritura hipotecaria, debe constar la fecha del vencimiento de la obligacion, sea que ésta haya de pagarse de una sola vez ó por cuotas.

Si fuere urbana: Sea urbana ó rural, deben determinarse los límites.



3132—Una designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteca, como existentes en un lugar ó ciudad determinada, no es bastante para dar á la constitución de la hipoteca la condición esencial de la especialidad del inmueble gravado. La escritura hipotecaria debe designar separada é individualmente la naturaleza del inmueble. (Concuerda con los arts. 1001—3109—3131—3139—3148.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 19, núms. 369 y sigtes.)—Aubry y Rau, § 266, nota 57, 58 y texto siguiente—Véase comentario al art. 3133 siguiente.

La naturaleza: Se entiende por naturaleza del inmueble según todos los jurisconsultos franceses, su calidad de edificio, pradera, viña, bosque, tierra de cultivo, etc., etc.

Del inmueble: es decir, de cada inmueble.

3133—La constitución de la hipoteca no se anulará por falta de algunas de las designaciones prevenidas, siempre que se pueda venir en conocimiento positivo de la designación que falte. Corresponde á los tribunales decidir el caso por la apreciación del conjunto de las enunciaci-ones del acto constitutivo de la hipoteca. (Concuerda con los arts. 1004—3109—3131.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 19, núms. 369 y sigtes.)—Aubry y Rau, §§ 266, nota 60 á 65 y 276, nota 13)—Goyena, 1856.

De algunas de las designaciones prevenidas: Estas palabras pueden dar lugar á muchas dudas, y deben explicarse restrictivamente refiriéndolas á las designaciones incompletas, ó erradas, pero de fácil determinación, que son á las que se refiere Aubry y Rau, § 276, nota 13, de donde se tomó nuestro artículo.

Así, por ejemplo, la falta del nombre y apellido del deudor y del acreedor anularía la escritura, como se declara en el art. 1004. En cambio, el domicilio de los mismos, ó la designación de un domicilio distinto del verdadero, no traería la nulidad si se podía llegar á tener un conocimiento exacto del domicilio verdadero, y que las personas que aparecen como deudor y acreedor, respectivamente, no son otras que las que se presentan como tales.

La falta absoluta de las designaciones ordenadas en el inciso



2 del art. 3131, anularía el acto; pero una designación errónea que pudiera rectificarse sin que quedase duda alguna, no traería la nulidad. Otro tanto sucedería con las exigidas en el inciso 3 del mismo artículo.

Respecto á la del inciso 4, su falta absoluta anularía el acto, y su designación errada no podría cambiarse; en este caso, habría que estar á la cantidad determinada. Así, si un deudor declarara deber mil, cuando solo debía quinientos, tendría que pagar los mil mientras no probase que había padecido error. Deberá aplicarse en este caso lo que está dispuesto respecto á lo pagado por error.

1º Debe tenerse presente que el artículo que estudiamos no se refiere al 3132. En consecuencia, la designación colectiva de los inmuebles que el deudor hipoteque, causará la nulidad de la hipoteca, pues la designación especial y expresa de cada inmueble es de la esencia del contrato, como lo establece expresamente el art. 3109, lo mismo que el 3148, que declara quiénes pueden oponer esta causa de nulidad. En el mismo sentido se expresan los autores citados.

Conocimiento positivo: Es decir, de una manera indudable, y resultar, como dice la última parte del artículo, del conjunto de las apreciaciones del acto constitutivo de la hipoteca. Si, para llegar al conocimiento de la verdad, hubiera que recurrir á otros elementos de prueba distintos de los que suministra el acto mismo de la constitución de la hipoteca, ésta sería nula indudablemente. Tal es la opinión de Aubry y Rau, lugar citado—(Segovia, nota 9.)

2º El art. 3148 determina las personas que pueden oponer la nulidad. (Véase su comentario.)

3131—La hipoteca constituida en los términos prescritos, debe ser registrada y tomada razón de ella en un oficio público destinado á la constitución de hipotecas ó registro de ellas, que debe existir en la ciudad capital de cada provincia, y en los otros pueblos en que lo establezca el Gobierno Provincial. (Concuerda con los arts. 3135—3143—3149.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 2410—Aubry y Rau, § 267, notas 1 y 2—Fallos de la S. C., serie 2, tom. 11, p. 159.

Debe ser registrada: El registro de la hipoteca es el me-



dio adoptado por todos los Códigos modernos para llenar el principio de su publicidad; es el medio que tiene el adquirente de los inmuebles para cerciorarse de que lo que compra no está sujeto á un gravámen hipotecario (Troplong, tom. 2, nº 566).

En otro lugar hemos hecho notar, y lo repetimos aquí, que es lástima que nuestro Código no haya hecho obligatorio el registro de todos los derechos reales, evitando así innumerables pleitos y perjuicios. Felizmente, en muchas de las provincias, como en la capital de la República, se han dictado ya leyes tendentes á este fin.

3135—La constitucion de la hipoteca no perjudica á terceros, sino cuando se ha hecho pública por su inscripcion en los registros tenidos á ese efecto. Pero las partes contratantes, sus herederos y los que han intervenido en el acto, como el escribano y testigos, no pueden prevalerse del defecto de inscripcion: y respecto de ellos, la hipoteca constituida por escritura pública, se considera registrada. (Concuerda con los arts. 951—1462—1463—3139—3142—3149—3150—3236—3237—3274.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 8316)—Aubry y Rau, § 267—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 3, p. 125.

No perjudica á terceros: Se entiende por tales, dice Aubry y Rau, no solamente los adquirentes del inmueble gravado, y los otros acreedores hipotecarios posteriores, sino tambien los simples acreedores quirografarios.

Sino cuando se ha hecho pública por su inscripcion, etc.: ¿Cómo se concilia esta disposicion con la contenida en los arts. 3136—3137—3149—3274?

Segun el artículo que estudiamos, una hipoteca solo perjudica á terceros cuando ha sido registrada, lo que equivale á decir que los derechos constituidos ántes de ese registro no pueden ser perjudicados por la hipoteca registrada con posterioridad, aunque sea constituida ántes. Aquí, la ley no hace distincion entre el caso en que la hipoteca se ha registrado dentro de los seis dias de que habla el art. 3137, y la que se ha registrado despues de ese plazo.

Como apoyando la doctrina de este artículo viene el 3136, en el cual se declara que la hipoteca constituida pero no registrada produce efecto contra subsiguientes acreedores que han



adquirido derechos en el mismo inmueble dentro del plazo de los seis días, teniendo conocimiento de la obligación hipotecaria anterior, aunque la hayan hecho registrar ántes que ésta última. Por un argumento *á contrario* se puede entónces decir que, si el segundo acreedor no tenía tal conocimiento, su hipoteca será preferida á la primera, aunque ésta haya sido registrada dentro de los seis días de su otorgamiento.

Aunque este art. 3136 solo habla de acreedores, muchos no encontrarán razón para distinguirlos de los terceros en general, y aplicar á ellos la misma doctrina, lo cual vendría á estar en contradicción con el efecto retroactivo que el art. 3149 da á la inscripción, sin distinguir entre terceros poseedores de buena ó de mala fe.

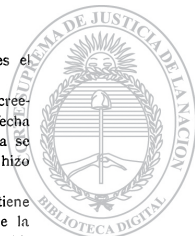
No es, sin embargo así; creemos que los artículos citados tienen una conciliación que choca ménos con sus términos espresos que la del Dr. Segovia en su nota 102 al art. 3149.

El artículo que estudiamos no es sino el principio general, reglamentado por los arts. 3137—3149—3274.

El primero de estos artículos, dice “que el registro debe hacerse *dentro* de los seis días del otorgamiento de la escritura hipotecaria para que ella *tenga efecto contra terceros*”.

Como se ve, aquí no se hace distinción entre terceros de buena y de mala fe; el art. 3149 ampliando ó esplicando mas este artículo, hace remontar ese *efecto contra terceros* al día del otorgamiento, siempre que se haya registrado dentro de los seis días. Tampoco este artículo hace distinción. Luego viene el 3150, que es el complemento y la consecuencia necesaria de los dos citados, y establece que, no registrándose dentro de los seis días, no perjudicará los derechos adquiridos en el tiempo corrido desde el otorgamiento de la escritura hipotecaria hasta su registro, porque entónces recibe entera aplicación el principio general sentado en el artículo que estudiamos.

Este no dice que la hipoteca perjudica á terceros *desde que se ha hecho pública* por la inscripción, dice simplemente que perjudica *cuando se ha hecho pública*; por esto decimos que solo contiene un principio general reconocido por todos, cual es la necesidad de la publicación. No sucede así con el 3149, que tiene por objeto especial determinar *desde cuándo* se considera pública para los efectos legales respecto de terceros.



De modo que el sistema adoptado por nuestro Código, es el siguiente:

La hipoteca tiene efecto contra terceros adquirentes ó acreedores quirografarios, sean de buena ó de mala fe, desde la fecha del otorgamiento de la escritura hipotecaria, siempre que ésta se haya registrado dentro de seis dias contados desde que se hizo la escritura hipotecaria.

Respecto de los acreedores hipotecarios, el registro no tiene efecto contra *acreedores* de buena fe, sino desde la fecha de la inscripcion, y no desde la del otorgamiento de la escritura hipotecaria; pero respecto á los acreedores de mala fe, es decir, que tenían conocimiento de la obligacion precedente, tiene efecto desde la fecha de la escritura, siempre que se haya registrado dentro de los seis dias de su otorgamiento. Esto es lo que dispone el art. 3136, que solo habla de *acreedores hipotecarios* y no de terceros, como los otros citados. (Véase lo dicho en el comentario al 3142.

Para nosotros, es indudable que este es el sistema adoptado por nuestro Código; y aunque reconocemos que esta es la ley, saliendo de nuestro rol de intérprete, creemos que nuestro legislador habria hecho mejor en aceptar el sistema seguido por casi todos los Códigos.

Este sistema aceptado casi universalmente está formulado con toda claridad por el Código de Chile, diciendo *que la fecha de la hipoteca es la de su inscripcion*. No vemos la razon del plazo de seis dias puesto para la inscripcion, y el efecto retroactivo que se le da á ésta á la fecha de la escritura de obligacion hipotecaria. Ni vemos tampoco por qué se ha adoptado en el art. 3136 un temperamento especial para los acreedores hipotecarios posteriores, y no se ha seguido el mismo para todos los terceros, ó el adoptado para los terceros no se ha hecho estensivo á esos acreedores. Los seis dias que el acreedor hipotecario puede estar sin registrar su hipoteca, sin que sus derechos se perjudiquen por terceros adquirentes, ó acreedores quirografarios, serán constantemente un motivo de explotacion para los deudores de mala fe, hipotecando en ese tiempo la misma cosa á varios acreedores, no obstante la pena impuesta por el art. 3142. Es un sistema rarísimo y casi especial de nuestro Código y el de Luisiana. (Véase comentario al 3136 y 3137.)



Herederos: El Dr. Segovia, en su nota 72, enseña que los cesionarios de la herencia quedan escludidos de la prescripcion de este artículo, en razon de que no representan al difunto y de ser terceros respecto de él, y con este objeto se refiere á la nota 7 del art. 3265.

Cuando lleguemos á ese artículo que corresponde al 3263 del Código, nos ocuparemos de esa nota, limitándonos por ahora á indicar que está equivocado dicho autor. La herencia es una universalidad de derecho, y, si nos es permitido expresar nuestro pensamiento por medio de una expresion nueva, diremos que esa universalidad es activa y pasiva. Si pues un individuo adquiere por cesion la herencia, adquiere la universalidad bajo sus dos fases, es decir, que cargará con las obligaciones y con los derechos que pasan del difunto al heredero, en cuyo lugar se ha puesto. ¿Cómo se podria sostener que, hallándose el heredero ligado por una hipoteca no registrada en un bien hereditario, pudiera transmitir la herencia en cuya universalidad está ese vínculo, sin que éste se transmitiera? Si así fuese, no habria cedido la herencia, sino la herencia incompleta de su faz pasiva, ó, en otros términos, habria tenido el poder de transmitir un derecho mejor que el suyo, lo que es contrario al art. 3270, llegándose al absurdo de que la universalidad de derecho adquirida por el cesionario vendria á ser mejor que la universalidad de derecho que transmitió el cedente.

3136—Si estando constituida la obligacion hipotecaria, pero aun no registrada la hipoteca, y corriendo el término legal para hacerlo, un subsiguiente acreedor, teniendo conocimiento de la obligacion hipotecaria, hiciere primero registrar la que en seguridad de su crédito se le haya constituido, la prioridad del registro es de ningun efecto respecto á la primera hipoteca, si ésta se registrare en el término de la ley. (Concuerdia con los arts. 594—1463—3133—3142.)

CONCORDANCIAS

(Kent, comentario á las leyes americanas, seccion 28, n° 169)—En contra. Cód. frances, 1071—Aubry y Rau, § 267, nota 9, y los autores allí citados.

Un subsiguiente acreedor: No comprende, por consiguiente, como lo hemos dicho en el comentario al artículo anterior, los terceros adquirentes, para quienes su buena fe no impide el efecto retroactivo que el art. 3149 da á la inscripcion hecha en



tiempo. Esta es una disposicion escepcional, y por lo mismo, no se puede, como han creído algunos, darle otra interpretacion que la á que la reducen sus términos espresos.

Teniendo conocimiento de la obligacion hipotecaria:

Como la mala fe nunca se presume, el que alega que el subsiguiente acreedor ha tenido conocimiento de la obligacion anterior, tendrá que probarlo. No probándose esto, es decir, siendo de buena fe, su crédito inscrito dentro de los seis dias y con anterioridad á la inscripcion del primero, tendrá efecto contra la primera hipoteca.

No comprendemos por qué nuestro codificador solo ha seguido el principio generalmente aceptado por todos, para los acreedores hipotecarios de buena fe que primero han hecho inscribir su crédito, sin consideracion al tiempo en que se hizo la escritura hipotecaria, y no lo ha seguido para todos los terceros, como lo hemos dicho ántes.

Si un acreedor de buena fe es mas diligente que otro para hacer registrar su crédito, justo es que adquiera preferencia sobre el menos diligente; pero lo mismo se puede decir de los terceros en general que adquieren derechos reales sobre la cosa despues de la escritura hipotecaria, pero ántes de la inscripcion. El que necesitando adquirir un derecho real sobre una cosa, averigua en el registro público de hipotecas, si la cosa está gravada ó no, y resulta esto último, hace todo lo posible para no ser engañado. Pero como los acreedores hipotecarios tienen seis dias para hacer inscribir sus créditos, muchas veces resultará que el inmueble que hasta un momento dado no estaba gravado segun el registro público, lo habia estado segun la escritura hipotecaria, y como el registro hecho dentro de los seis dias tiene efecto retroactivo á la época de la constitucion de la hipoteca, resulta que esos terceros habrán sido engañados no obstante su prevision. Esto es injusto, como lo hemos hecho notar en el comentario al artículo anterior, y seran muy frecuentes los abusos cuando haya que computar grandes distancias, como lo prevee el art. 3137. (Véase su comentario.)

En el término de la ley: Es decir, dentro de los seis dias determinados en el art. 3137.

Pasado ese término, la hipoteca que primero se registra es la

que prevalece, sin consideracion al tiempo en que se ha otorgado la escritura hipotecaria (art. 3150).

3137—El registro debe hacerse en los seis dias siguientes al otorgamiento de la escritura hipotecaria, para que la hipoteca tenga efecto contra terceros. Si el oficio de hipotecas estuviere mas de dos leguas distante de la escribania en que se hubiese otorgado la escritura pública hipotecaria, habrá para la toma de razon un dia mas por cada dos leguas. (Concuerda con los arts. 3129—3149—3150—3274.)

CONCORDANCIAS

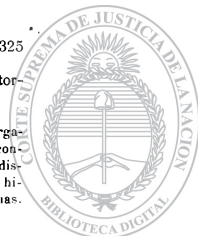
Cód. de Luisiana, 3319—Fallos de la Suprema Corte, serie 2, tom. 2, p. 10.
Nuestro comentario al art. 3135.

Para que la hipoteca tenga efecto contra terceros: Habiéndose hecho la inscripcion dentro de los seis dias siguientes al otorgamiento de la escritura hipotecaria, esa inscripcion tiene efecto retroactivo al dia del otorgamiento, y perjudica á todos los terceros que hayan adquirido derechos en ese término de seis dias, ménos respecto á los acreedores de buena fe, como lo hemos dicho en el comentario á los arts. 3135 y 3136.

Habrà para la toma de razon un dia mas por cada dos leguas: En nuestro país, donde cada provincia tiene un solo registro de hipotecas, y donde muchas veces el asiento de la escribania en que se hace la escritura hipotecaria está á ochenta y mas leguas, nos parece que las palabras que estudiamos traerán continuamente gravisimos inconvenientes á causa del efecto retroactivo que por el sistema de nuestro Código se le da á la inscripcion.

Supóngase que la distancia entre el asiento del registro y la escribania en que se hizo la escritura medien ochenta leguas, la inscripcion podrá demorar cuarenta y seis dias, durante los cuales ¿cuántas ventas no podrá hacer un deudor de mala fe, para burlar á compradores que durante todo ese tiempo no han podido conocer la existencia de una hipoteca que va á venir á perjudicarles? Ese gravámen hipotecario que durante cuarenta y seis dias ha estado oculto, con solo ser inscrito el último dia, perjudicará á todos los terceros de buena fe que durante ese tiempo hayan adquirido derechos sobre el inmueble.

Aquí es donde mas resalta lo malo del sistema especial de nuestro Código, al dar, por este artículo y por el 3149, á la ins-





cripcion efecto contra terceros desde el día del otorgamiento de la escritura. Es dar por tierra con el principio de que la hipoteca se hace pública desde su inscripción; en el caso propuesto vendría a considerarse pública para todos los efectos legales desde cuarenta y seis días antes de la inscripción.

1º Respecto de las escrituras hipotecarias hechas en una provincia, para ser registradas en otra donde estén los bienes, creemos que deberá observarse el mismo plazo establecido en el artículo 3129, cuando fuese necesario pedir orden de Juez para hacer la inscripción.

3138—Para hacer el registro, se ha de presentar al oficial público encargado del oficio de hipotecas, la primera copia de la escritura de obligación, cuando no se hubiere extendido en el mismo oficio de hipotecas. Los gastos del registro ó toma de razon son de cuen a del deudor. (Concuerda con los arts. 3139—3141—3143 á 3147.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 2155—Cód. de California, 2025—Nota del codificador al artículo 997—Ley 3, tit. 16, lib. 10, Nov. Rec.

La primera copia de la escritura: Ó la segunda, si ha sido dada con autorizacion del Juez (art. 1007).

3139—La toma de razon ha de reducirse á referir la fecha del instrumento hipotecario, el escribano ante quien se ha otorgado, los nombres de los otorgantes, su vecindad, la calidad de la obligación ó contrato, y los bienes raíces gravados que contiene el instrumento, con expresion de sus nombres, situacion y linderos, en la misma forma que se espese en el instrumento. (Concuerda con los arts. 3131—3132—3138—3148.)

CONCORDANCIAS

(Ley 3, tit. 16, lib. 10, Nov. Rec.)—Cód. de California, 2026—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 6, p. 142.

En la misma forma que se espese en el instrumento:

De consiguiente, en la toma de razon no pueden subsanarse los defectos de la escritura hipotecaria. No sería posible declarar nula la escritura hipotecaria, que contiene la obligacion misma, por defecto de las enunciaciones exigidas bajo esta pena en los arts. 3131 y 3132, y declararla al mismo tiempo válida en razon de que en la inscripción se han salvado esos defectos. Piensan lo mismo Aubry y Rau, § 267, nota 64.



La inscripcion no es el título constitutivo de la obligacion sino únicamente el medio de hacer público el derecho hipotecario; por esto no puede contener otra cosa que lo que está en la escritura de obligacion. "La inscripcion, dice Laurent, tom. 30, nº 499, supone un derecho preexistente que hace público y que se quiere conservar; donde no hay un derecho, la inscripcion nada puede conservar".

El que pida la inscripcion de una obligacion hipotecaria nula, pedirá que se haga pública una deuda que no existe. Si el jefe de la oficina la inscribe, la inscripcion tiene que ser nula tambien, aunque en ella se subsanen los defectos que anulan la escritura hipotecaria (Pont, nº 672, tom. 11—II).

1º Así como los defectos de esa escritura no pueden subsanarse por la inscripcion, tampoco los de la inscripcion pueden subsanarse por la escritura hipotecaria. Pero la nulidad de la inscripcion no deja sin efecto la obligacion hipotecaria respecto al acreedor y al deudor, puesto que la inscripcion solo es creada para que no se perjudiquen los terceros, y en nada afecta ésta á la obligacion en sí con respecto á las partes contratantes.

Así, si á un tercero se le quiere perjudicar con un derecho hipotecario cuya inscripcion ha sido mal hecha, podrá pedir la nulidad de la inscripcion, sin necesidad de pedir la de la obligacion hipotecaria, puesto que ésta no le perjudica sin la primera (art. 3135).

Segun nuestro derecho, lo mismo que por derecho frances, la irregularidad de la inscripcion no anula la obligacion hipotecaria, sino en cuanto perjudica á terceros. Pero no es lo mismo respecto á la nulidad por defecto de especificacion, ó por otra causa de esta naturaleza, del contrato de hipoteca; basta que el acto no contenga la especificacion indispensable para que la hipoteca sea nula en todas sus partes, aunque no cause perjuicio á terceros (Laurent, tom. 30, nº 500).

En este caso, por lo mismo que es absolutamente nula, la declaracion de tal puede ser pedida por el mismo deudor (artículo 3148).

2º Las causas de nulidad de la escritura hipotecaria por defecto de especificacion, son exactamente aplicables á la inscripcion. Esto no impide que esa inscripcion pueda anularse tambien por otras causas que no sean el defecto de especificacion; tal sería,



por ejemplo, la inscripción en otro distrito que aquel en que esté el inmueble (art. 3143), ú otra de las enumeradas en los artículos que reglamentan la inscripción.

3º ¿Será aplicable á la inscripción lo dispuesto en el art. 3133?

La inscripción no está, por sí misma, destinada á determinar entre las partes contratantes las contiendas que se susciten sobre si está ó no suficientemente determinado el inmueble sujeto al gravámen, como lo está el contrato mismo. El art. 3133 supone el caso en que se llegue á discutir en juicio contradictorio si la escritura hipotecaria contiene ó no las enunciaciones exigidas por el art. 3131. Si resulta que no está suficientemente explicado, su nulidad es ineludible, y puede ser demandada por el mismo deudor (art. 3148). Otra cosa es la inscripción: ella está destinada á suministrar á los terceros que la consulten, ó al encargado de informar, si tal inmueble está ó no gravado con hipoteca. El conocimiento debe adquirirlo el que certifica, no de una discusión entre las partes, sino que ella misma debe suministrarle los elementos de convicción.

Si la falta de claridad ha inducido en error al empleado encargado del registro, y este error, aunque sea de aquellos que el art. 3133 declara que el criterio del Juez puede salvar, la inscripción no podrá perjudicar á terceros que con posterioridad é inducidos por el error proveniente de la falta de claridad, han hecho registrar una segunda hipoteca.

Creemos, pues, que la inscripción no debe ofrecer duda alguna para que pueda producir efecto contra terceros. Tanto mas lo creemos así, cuanto que, si bien los defectos sustanciales de la escritura hipotecaria no pueden subsanarse en el registro, esto no se opone á que se especifique ó se aclaren algunos puntos dudosos, que no son sustanciales, como serían las vaguedades que la ley permite subsanar al Juez con los datos suministrados en la escritura misma.

3140.—La toma de razon puede pedirse:

1º Por el que trasmite el derecho;

2º Por el que lo adquiere;

3º Por el que tenga representación legitima de cualquiera de ellos;

4º Por el que tenga interes en asegurar el derecho hipotecario. (Concuerda con el art. 1472.)



CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 270—Tropilong, tom. 3, núms. 672 y sigtes.—Ley hipotecaria española, art. 9.

El presente artículo no es limitativo, como lo hace notar el Dr. Segovia; es una simple enumeración de los que con más frecuencia están interesados en la inscripción de la hipoteca. Pero tampoco debe entenderse tan latamente que dé igual derecho á los estraños.

Es necesario tener algun interes legítimo para poder pedir la inscripción, aunque ese interes sea remoto. Así, por ejemplo, podrán pedirla los parientes del acreedor ó deudor en grado sucesible, los acreedores del acreedor ó sus herederos. Podrán pedirla tambien el Ministerio de menores, los albaceas testamentarios mientras ejercen sus funciones, los cesionarios del crédito aunque no esté hecha la aceptación del traspaso del crédito (artículo 1472), el usufructuario, etc., etc.

Podrá pedirla tambien el mandatario general, pues esto sería un acto de administración.

Los terceros que presentan la copia de la escritura hipotecaria, deben considerarse tambien, por solo el hecho de llevar la copia, mandatarios del acreedor (Aubry y Rau, § 270, nota 16).

1º Para pedir la inscripción no se necesita tener capacidad civil; así, una mujer casada, un menor, etc., etc., pueden pedir la inscripción á nombre del acreedor.

3141—Si el escribano originario de la obligación hipotecaria remite el instrumento que contiene la hipoteca para que se tome razón, el oficial anotador debe tomar razón de ella en el término de veinte y cuatro horas. Será de ningún valor toda otra toma de razón de hipoteca sobre el mismo inmueble, hecha en el tiempo intermedio de las veinte y cuatro horas. (Concuerda con los arts. 3136—3138—3139—3134.)

CONCORDANCIAS

(Ley 2, tit. 16, lib. 10, Nov. Rec.)

Será de ningún valor, etc.: No vemos la razón por qué, siendo de buena fe el deudor, se deja sin efecto la hipoteca, y no se consideren como de fechas iguales, como lo establece el art. 3034, para el caso en que la inscripción se haga á solici-



tud de una de las partes, sin intervencion del escribano originario.

Si, tratándose de un acreedor de mala fe, como el de que habla el art. 3136, no se deja sin efecto la inscripcion, sino relativamente al crédito cuya existencia conocia éste, tratándose de uno de buena fe, en el caso del artículo, debe dársele el mismo efecto.

1º Por lo demas, lo que determina la preferencia de la hipoteca en el caso legislado en este artículo, es la prioridad de la presentacion del instrumento hecho por el mismo escribano que otorgó la escritura hipotecaria.

3112—Si el que ha dado una hipoteca sobre sus bienes, se vale de la falta de inscripcion para hipotecarlos á otra persona, sin prevenirle la existencia de esa hipoteca, será culpado de fraude, y como tal, sujeto á satisfacer los daños y perjuicios á la parte que los sufiere por su dolo. (Concuerda con los arts. 1179—2105.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 3320)—Freytas, 1891.

A la parte que los sufiere por su dolo. Es decir, la parte que queda en segundo término. Este sería el que primero constituyó la hipoteca, pues que, segun un argumento *a contrario sensu* del art. 3136, el que de buena fe hace inscribir una hipoteca aunque haya otro acreedor anterior, que esté dentro de los seis dias marcados para la inscripcion, tendrá preferencia al anterior. (Véase comentario al art. 3150.)

3113—El registro debe hacerse en el oficio de hipotecas del pueblo en cuyo distrito estén situados los inmuebles que se hipotecan. (Véase arts. 3134—3137 y su comentario.)

CONCORDANCIAS

Cód. frances, 2146.

Del pueblo en cuyo distrito estén, etc. El Código frances exige que se inscriba la hipoteca en el *arrondissement*, ó distrito judicial en que están los bienes, porque supone una division uniforme al respecto en todo el territorio; pero, por nuestro derecho, segun el cual la division se deja, por el art. 3134, á los



Gobiernos de cada Provincia, la palabra *distrito* se refiere á cada capital de provincia, ó cada division que haga el gobierno para la creacion de registros. (Véase sobre la importancia y reglamentacion de estas oficinas, á Goyena, 1889, y su comentario.)

1º ¿Qué sucederá cuando el inmueble está en el límite de dos distritos, ó, lo que es lo mismo, de dos circunscripciones con distintos registros?

Creemos que lo mas acertado será inscribir en los dos registros; pero, si solo se ha hecho en uno, pensamos, con la mayoría de los jurisconsultos franceses, que la inscripcion no podrá producir efecto fuera de los límites de la circunscripcion señalada para cada oficina de registro. Esto, que consideramos aplicable á las divisiones hechas en cada Provincia, lo es con doble motivo respecto á los inmuebles situados en los límites de cada Estado, ó territorio federal (Baudry-Lacantinerie, tom. 3, nº 1369 — Pont, nº 867).

De manera que, cuando un inmueble está en dos jurisdicciones ó distritos distintos, por pequeña que sea una parte, la inscripcion deberá hacerse en los dos. De lo contrario, es decir, si se inscribe en una sola oficina, la parte que queda fuera de los límites marcados para esa oficina, no quedará afectada por la inscripcion. El art. 8 de la ley hipotecaria de España reglamentó especialmente esos casos, determinando que la inscripcion se haga donde se paga la contribucion. Nuestro codificador habria hecho bien en poner una disposicion semejante.

3144—La toma de razon de las hipotecas debe hacerse en los registros sucesivamente, sin dejar blancos, en que se pudiese anotar otro registro. (Concuerda con el art. 1005.)

CONCORDANCIAS

Cód. frances, 2203—Aubry y Rau, § 268, p. 290.

Sucesivamente. La que no se haga en la página del protocolo, en que segun el órden cronológico debió ser hecha, será nula (art. 1005). Si se encuentra que un registro no está en el número correspondiente segun la fecha en que habia sido mandado, las partes podrán probar que el registro fué pedido ántes que el que aparece con número posterior; en tal caso, ese segundo registro será nulo, con arreglo á la terminante disposicion



del art. 1005, porque se supondrá que el escribano, ó retardó indebidamente su inscripcion, ó la hizo dejando blancos, en los cuales intercaló el registro posterior como verificado con anterioridad y con el número correspondiente.

3115—Tomada razon de la hipoteca, debe anotarse el acto en la escritura de obligacion, por el oficial encargado del oficio de hipotecas, bajo su firma, espresando el día en que lo ha hecho y el folio de su libro donde se ha tomado razon de la hipoteca. (Concuerda con el art. 3138.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 268.

En la escritura de obligacion: Es decir, en la primera primera copia de la escritura hipotecaria, y se hubiera estendido la escritura en el mismo registro de hipotecas y por separado y no se pide copia, se anotará en la matriz. El presente artículo ha podido formar parte del 3138.

La falta de esta anotacion no producirá nulidad de la inscripcion, en razon de que ella solo es para mayor seguridad y comodidad, y que su falta nunca puede inducir en error á terceros; éstos no deben buscar la constancia del gravámen en la escritura de obligacion, sino en la oficina de registro.

3116—El oficial encargado de las hipotecas no debe dar, sino por orden del Juez, certificado de las hipotecas registradas, ó de que determinado inmueble está libre de gravámen.

CONCORDANCIAS

En contra, Cód. frances, 2196—Cód. de California, 2040—Goyena, 1885.

No debe dar: Es raro que nuestro codificador, hombre práctico y que conocia los gravísimos inconvenientes que traen las trabas para la trasmision de bienes inmuebles, se haya separado en este punto de todos los Códigos modernos. Todos esos Códigos consideran público el registro, para que cualquiera lo consulte, y pida al mismo tiempo al encargado de éste los certificados que necesite.

Esto es mas espedito, que sujetar á los que necesiten esos certificados á tramitaciones judiciales que, muchas veces, no hay tiempo de practicar.

Si nuestro codificador queria con esto mantener en secreto las deudas de una persona, por lo ménos ha debido permitir que el deudor ó sus herederos puedan pedir los certificados que necesiten del mismo jefe de la oficina, sin necesidad de autorizacion judicial.

Respecto de ellos desaparece la consideracion de que no sería propio permitir á cualquier persona imponerse de las deudas de otro.

3147—Él es responsable de la omision en sus libros de las tomas de razon, y de haberlas hecho fuera del término legal. Es responsable tambien del perjuicio que resulte al acreedor de la falta de mención en sus certificados, de las inscripciones ó tomas de razon existentes, ó por negar la toma de razon que se le pide por persona autorizada para ello. (Concuerda con los arts. 1004—1067—1109—1112.)

CONCORDANCIAS

3147—Véase la cédula para América, de 25 de Setiembre de 1782.—La responsabilidad del conservador de hipotecas, dice Grenier, no importa una garantía del derecho hipotecario, sino cuando la omision ó negligencia es una contravencion positiva de lo que está prescrito, y cuando de ella resulte un perjuicio irreparable al acreedor ó al adquirente de un inmueble.—Tomo 1, n° 53.—Lo mismo Troplong. *Hypoth.*, tom 4, n° 1001.—Véase Duranton, tom. 20, n° 425 y siguientes)—Cód. Frances—2197—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 1556

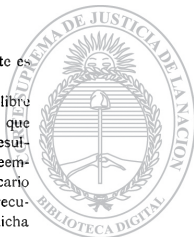
Él es responsable: El encargado del registro como todos los escribanos tienen, fuera de la responsabilidad criminal, dos clases de responsabilidad civil por la falta de cumplimiento de sus deberes; la una por los daños y perjuicios ocasionados á las partes, y la otra por las multas que, segun los reglamentos locales deben pagar por toda falta é independiente de todo perjuicio (final del art. 1004).

La segunda está por lo general sometida al criterio del que la impone, y se calcula segun la gravedad de la falta y dentro del máximo y mínimo fijado por los reglamentos locales, con arreglo á lo establecido en el art. 1004.

La primera se determina por el perjuicio sufrido por las partes, é independiente de las multas á que por la falta misma estén sujetos.

Ese perjuicio será, como dice Troplong, calculado en cada caso particular, teniendo en cuenta los perjuicios que las partes no hu-





bieran sufrido, si el oficial hubiera cumplido con su deber. Este es el pensamiento de Garnier, citado por el codificador.

Así, por ejemplo, si una persona compra un inmueble como libre de gravámen, porque el encargado del registro ha certificado que sobre dicho inmueble no pesa hipoteca alguna, y después resulta lo contrario, la responsabilidad del escribano consistirá en reembolsar al comprador lo que haya pagado al acreedor hipotecario para librar su inmueble, siempre que esta suma no pueda recuperarla del deudor enajenante del inmueble. Si recupera dicha suma después de un juicio tenido con éste, el encargado del registro será responsable por los gastos que el comprador haya hecho para obtener la suma pagada por la hipoteca, cuya existencia omitió mencionar en el certificado.

Si una persona presta á otra una suma de dinero con hipoteca sobre un inmueble, que el encargado del registro ha certificado estar libre de otro gravámen hipotecario, cuando en realidad existía una hipoteca anterior, y á causa de quedar con esto en segundo término su crédito, no puede á su tiempo conseguir lo prestado por no alcanzar el valor del inmueble á cubrir los dos créditos, ni poderlos pagar al deudor, la responsabilidad del oficial encargado del registro consistirá en el pago de lo que falte para cubrir el segundo crédito.

Teniendo presente que la responsabilidad del encargado del registro se determina por los perjuicios positivos que las partes hayan sufrido como consecuencia directa de las omisiones de aquél, será fácil conocer el monto de esa responsabilidad.

1º En cualquiera de los casos mencionados ú otros análogos, le será permitido al encargado del registro esceptuarse, cuando sea demandado por indemnización de daños y perjuicios, alegando que la hipoteca, aún sin su omisión, habría sido nula, por otro vicio independiente de su falta.

Con esto probaría que las partes no han sufrido realmente perjuicio desde que la hipoteca, por otras razones, debía considerarse como inexistente (Troplong, lugar citado). Pero aún en este caso sería pasible de la pena que por las leyes especiales ó reglamentos se impongan por la falta en sí.

3118—La nulidad resultante del defecto de especialidad de una constitución hipotecaria, puede ser opuesta tanto por terceros como por el deudor mismo. (Concuerda con los arts. 1047—3131—3132—3133.)

CONCORDANCIAS

(Tropiong, tom. 2, n° 513 -Aubry y Rau, § 206) -Laurent, tom. 30, n° 500.
Nuestro comentario á los arts. 3133 y 3139.

De una constitucion hipotecaria : Por las últimas palabras del presente artículo, se comprende que se trata aquí, no de la nulidad de la inscripcion, sino de la obligacion hipotecaria. Ya hemos dicho en otra parte que la nulidad de la inscripcion solo produce efecto respecto á los mismos acreedores hipotecarios que han hecho la inscripcion nula, y en relacion á terceros adquirentes de esos inmuebles, ó á otros acreedores posteriores que han hecho inscribir la hipoteca en la forma legal.

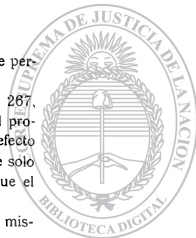
La nulidad de la inscripcion, no afecta pues, la obligacion hipotecaria, pero la nulidad de la obligacion hipotecaria anula tambien la inscripcion por falta de objeto. De aquí que pueda ser demandada por el mismo deudor.

Refiriéndose este artículo, como decimos, á la obligacion hipotecaria y no á la inscripcion, ha debido figurar en seguida de 3133, y ponerse aquí otra disposicion especial para la demanda de nulidad de la inscripcion.

En falta de una disposicion espresa, y con arreglo á los principios generales, comprendidos tambien en el presente artículo, diremos que la nulidad de la inscripcion puede ser demandada por los terceros, pero no por el deudor por cuanto ningun interes tendrá en ello, y tampoco se le puede dar representacion para gestionar derechos de terceros, únicos á quienes puede importarle la validez ó nulidad de la inscripcion. Así, por ejemplo, si sobre un inmueble pesan dos hipotecas, y la inscripcion de la anterior es nula, nada impide que el acreedor de segundo término oponga la nulidad de la segunda inscripcion. Esa inscripcion solo puede tener efecto contra terceros cuando es hecha en la forma determinada por las leyes.

En este caso, si el segundo acreedor no opusiera la nulidad de la primer inscripcion, el deudor no podria impedir la venta del inmueble como hipotecario, puesto que la obligacion no seria nula; no podria decir que su inmueble estaba libre del gravámen por solo el hecho de ser nula la inscripcion, que es creada únicamente en el interes de los terceros (arts. 3135) y no del deudor, quien





siempre se encontraría ligado por la escritura hipotecaria que permanece válida.

“En lo que respecta al deudor (dicen Aubry y Rau, § 287, siguiendo á Pont, nº 730, Troplong, 567, etc., etc.) del cual procede la hipoteca y sus herederos ó sucesores universales, el efecto del derecho hipotecario es independiente de la inscripción, que solo es creada en el interés de los terceros. De aquí resulta que el deudor no puede atacar una inscripción como viciosa.”

Para los demás casos que puedan presentarse, véanse los mismos autores, lugar citado.

1º Otro caso es la ineficacia de una hipoteca cuyo registro pasa de diez años. (Véase sobre esto nuestro comentario al art. 3151.)

Por los terceros: ¿Se refiere aquí á los terceros acreedores hipotecarios y á todos los terceros, incluso los acreedores quirografarios?

Es indudable que se refiere á toda clase de acreedores, los cuales no solo podrán pedir la nulidad de la obligación hipotecaria sino también la nulidad de la inscripción para que desaparezca la preferencia.

En efecto: el art. 3135 dice que la hipoteca no perjudica á *terceros* sino cuando se ha hecho pública por su inscripción; luego si esa inscripción es nula, debe considerarse como inexistente respecto á terceros. La ley habla en general de todos los *terceros*, y no habría por qué limitar su efecto á solo determinada clase.

“El art. 2113 del Código francés, dice Troplong, nº 568, declara formalmente que la hipoteca no data respecto de *terceros*, sino desde la época de la inscripción.”

“Por consiguiente se debe comprender en la clase de terceros, no solo en los acreedores hipotecarios, sino también á los acreedores quirografarios; pues aún que unos y otros tienen sus derechos del deudor, el rango en que se encuentran no lo tienen del mismo, y por consiguiente ellos son terceros los unos respecto de los otros para oponerse á que preferencias injustas se establezcan en favor de los unos y en perjuicio de los otros. La ley ha determinado las causas de esas preferencias; son los privilegios y las hipotecas; pero la hipoteca para ser privilegiada, para salir de su inercia, está sometida á condiciones. Ella debe

ser inscrita; sin esto, no es mas que una obligacion privada de las facultades que le hacen privilegiada. Hasta entónces esta reducida á un estado puramente pasivo, y la ley le rehusa el efecto de producir una preferencia."

CAPITULO III

Efecto de las hipotecas respecto de terceros y del crédito

3149—La hipoteca registrada tendrá efecto contra terceros, desde el dia del otorgamiento de la obligacion hipotecaria, si el registro se hubiere hecho en el término de los seis dias designados para tomar razon. (Concuerda con los arts. 951—3129—3135—3136—3137—3141—3150—3274.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 8319)—Véase nuestro comentario al art. 3135.

Desde el dia del otorgamiento: Sobre este efecto retroactivo téngase presente nuestro comentario al art. 3135.

En el término de los seis dias: Aunque deje pasar ese término, la obligacion subsiste como hipotecaria, respecto á las partes contratantes (nota del codificador al art. 3150 y 3274).

3150—Si el acreedor deja pasar el tiempo designado para el registro de la hipoteca sin hacer tomar razon, ésta no tendrá efecto contra terceros, sino desde el dia en que se hubiere registrado. Pero podrá hacerla registrar en todo tiempo sin necesidad de autorizacion judicial. (Concuerda con los arts. 3149 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 3320)—Troplong, núms. 596 y 567—Fallos de la Suprema Corte, serie 2, tom. 4, p. 118.

Esta no tendrá efecto contra terceros: Luego, si ha sido registrada dentro de los seis dias de que habla el art. 3137, la hipoteca producirá efecto contra toda clase de terceros desde el dia de la fecha del otorgamiento, como lo produce desde la fecha en que se inscribe, cuando esto se hace despues del término legal. Esto prueba una vez mas lo que hemos dicho en el comentario á los arts. 3135 y 3137, sobre el efecto retroactivo de la inscripcion cuando ha sido hecha dentro del término legal.





Desde el día que se hubiere registrado. Debe tenerse presente que cuando un acreedor hipotecario deja pasar el tiempo sin hacer registrar su hipoteca, y otro acreedor mas activo hace registrar la que con posterioridad se ha hecho dar, aunque tenga conocimiento de la obligacion precedente, su hipoteca registrada produce efecto contra el primer acreedor que hizo registrar su hipoteca con posterioridad.

Esto se desprende claramente del art. 3136, que solo pone la escepcion al acreedor que hizo registrar de mala fe una segunda hipoteca dentro del término designado para hacer registrar la primera. Ese articulo, que importa una escepcion, confirma la regla contraria á la misma. Si solo cuando se está dentro del término legal para hacer el registro, deja de producir efecto el registro de la segunda escritura hipotecaria, es claro que fuera de ese término desaparece esa especie de privilegio del primer acreedor que dura seis dias solamente contra los acreedores de mala fe, y contra todo otro tercero, sea ó no de buena fe.

3151—La hipoteca registrada conserva los derechos del acreedor sobre el inmueble hipotecado por el término de diez años, si ántes no se renueva. (Concuerda con los arts. 1505—3197—3202—3935.)

CONCORDANCIAS

(Cód. frances, 2154—De Luisiana, 8338—Fenet, tom. 15, p. 380—Loché, tom. 16, p. 273 y sigtes.—Pont, núms. 1034 y sigtes.)—Nota del codificador al art. 2854.

Por el término de diez años: ¿Qué es lo que se estingue á los diez años? ¿Son los efectos de la inscripcion ó es la obligacion misma, junto con la inscripcion?

El Dr. Segovia, en la nota 107, aunque piensa que lo racional es que en este plazo solo se estingan los efectos de la hipoteca respecto de terceros, y no la obligacion misma, cree que la disposicion del presente articulo y la del 3197 se refieren á una y otra cosa, es decir: que pasados los diez años, se estingue no solo el derecho accesorio de hipoteca, sino la obligacion misma, y que para conservarla hay que renovar no solo la inscripcion, sino tambien la escritura hipotecaria.

Nosotros pensamos lo contrario: es decir, que en el plazo de diez años no se estingue la obligacion, sino que únicamente cesan los



efectos de la inscripcion respecto de terceros. Pensamos así, porque ni los principios generales, ni el texto del artículo, ni los antecedentes de la legislacion francesa, de donde ha sido tomado, autorizan la interpretacion que el Dr. Segovia da á este artículo. En este punto, indudablemente el Dr. Velez ha seguido el derecho frances, como se ve por las citas y notas tomadas de autores franceses, y que el codificador hace suyas.

1º Es sabido que la obligacion hipotecaria puede existir entre las partes contratantes independientemente de la inscripcion (art. 3135 y 3150, última parte). La inscripcion es únicamente el medio de hacer público el derecho hipotecario adquirido por un acreedor (Laurent, tom. 31, nº 106, especialmente 121). Es por esto que solo desde la fecha de la inscripcion el derecho adquirido con anterioridad puede perjudicar á terceros; la fecha de la inscripcion fija la época desde cuando el acreedor hipotecario asegura su derecho respecto á terceros que adquieran con posterioridad el inmueble, ó á otros acreedores, hipotecarios ó no (arts. 3135, y sus concordantes). La obligacion hipotecaria, ántes de inscribirse, es solo una obligacion personal, en que el acreedor no tiene ningun derecho real contra terceros, cuya estincion por el trascurso del tiempo se determina con arreglo al art. 4023, en el cual se declara que toda accion personal por deuda exigible se prescriba á los diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, aunque esté garantida con hipoteca.

Así, la hipoteca viene á ser un accesorio de la obligacion principal, como lo declara el codificador en las notas al artículo que estudiamos, y al 4023, y por lo mismo, si el legislador ha encontrado que el derecho real debia tener, por motivos de interes general, una duracion mas limitada, nada le impedia que sin desnaturalizar la obligacion principal, limitase la de la obligacion accesorias. Esto es lo que resulta de la combinacion del presente artículo con el 4023.

2º Si de estos principios generales, pasamos á examinar el texto mismo del artículo, la conclusion es idéntica. En efecto, éste dice que lo que se conserva por diez años son los "*derechos del acreedor sobre el inmueble hipotecado*", los cuales son independientes, como hemos dicho ántes, de los derechos que el *acreedor tiene contra el deudor*. De éstos no se ocupa este artículo, sino el 4023.



El mismo codificador, en la nota á este artículo explicando su texto dice: "La hipoteca considerada como un derecho *accesorio* que sigue la suerte del derecho principal, parece que debia durar tanto como el derecho al cual está adherida, sin que el *titular* del derecho estuviese en peligro de perderlo, *pero por lo mismo que es solamente un derecho accesorio, puede limitarse sin perjudicar el derecho principal*". Estas palabras no pueden dejar lugar á duda, pues que el mismo legislador reconoce que el derecho accesorio puede limitarse sin perjudicar el derecho principal, es decir, limitar los efectos de la inscripcion sin perjuicio de que la obligacion subsista por el tiempo determinado en el art. 4023.

La nota á ese art. 4023 no es menos espresiva que la del presente. Para justificar el principio sentado en dicho artículo, de que, aun cuando la deuda esté garantida con hipoteca, la accion *personal* que de ella nace se estingue á los diez ó veinte años, dice que siendo la hipoteca un derecho *accesorio* no sería *posible desnaturalizar lo principal*, mucho ménos cuando ya se ha establecido que la hipoteca queda concluida á los diez años, y por esta razon, hace que la accion *personal* no siga la misma suerte de la accion hipotecaria.

Interpretar el artículo que estudiamos tal como lo hace el Dr. Segovia, sería ponerlo en completa contradiccion con el 4023, y con las dos notas que hemos transcrito. En ellas se establece claramente la diferencia entre el derecho de hipoteca y la obligacion principal, y se legisla para lo primero con prescindencia de lo segundo.

3º Los antecedentes del artículo apoyan tambien la interpretacion que le damos. El ha sido tomado del 2154, frances, y es opinion unánime de los autores, como puede verse en Pont, lugar citado, que éste no tiene otra interpretacion que la que nosotros damos al nuestro. Este principio, si bien ha sido criticado en sí, y como doctrina general, la interpretacion del artículo frances no ha ofrecido duda.

Tan es así, que al discutirse el Código frances, la seccion de legislacion, que no estaba de acuerdo con el artículo, propuso el siguiente: "La inscripcion conserva los privilegios é hipotecas á contar desde el dia de su fecha, *durante todo el tiempo que dure la obligacion y la accion personal contra el deudor, ó durante todo el tiempo que dure la accion hipotecaria contra los terceros de-*

tentadores cuando los bienes gravados con hipoteca están en su poder."

Como se ve, la Comision de legislacion pensaba que solo cambiando la redaccion de la ley podia tener aplicacion la doctrina sostenida por ellos, pues de otro modo seria interpretada en el sentido indicado, es decir, que se estingue el derecho de hipoteca, pero no la obligacion personal, se estingua la accion hipotecaria, y no la accion personal.

4º El término de diez años se cuenta desde la fecha de la inscripcion en el registro respectivo (art. 3197), y no desde el vencimiento de la obligacion, como creen indebidamente algunos, pensando que este modo de estinguirse es una prescripcion.

5º Debe tenerse presente que el plazo de diez años señalado en el artículo que estudiamos, no importa una prescripcion liberatoria (nota del codificador al art. 3197), sino una condicion de existencia de la hipoteca. De aqui se sigue que no hay causa alguna, ni aun la menor edad que suspenda el plazo de diez años; por esto mismo corre, como hemos dicho antes, desde la fecha de la inscripcion.

Si ántes no se renovare Es decir, si no se renovare la inscripcion, pues la escritura hipotecaria que determina la obligacion misma, permanece independientemente de la inscripcion y no hay necesidad de renovarla. El doctor Segovia, cree que hay necesidad de renovar la escritura misma, y critica al codificador por obligar al deudor á hacer gastos de nueva escritura, cuando debiera bastar la renovacion de la inscripcion.

Nada autoriza semejante interpretacion, como hemos dicho antes en este comentario, respecto á la estincion de la obligacion en sí misma.

La inscripcion, y no la escritura, es la que asegura con respecto á terceros el derecho real sobre el inmueble gravado, y por lo mismo para conservar ese derecho hay que renovar únicamente aquello con que se conserva, es decir, la inscripcion.— Prueba de ello es el art. 3935 que determina los efectos y forma en que debe hacerse la renovacion de la inscripcion.— "*La inscripcion renovada*, dice, no valdrá sino como *inscripcion primera*, si no contiene la indicacion precisa de la *inscripcion renovada*."

Se ve, pues, que lo que se necesita para conservar el privile-





gio es renovar la *inscripcion*, como dice dicho articulo, y no la escritura hipotecaria al mismo tiempo que la inscripcion.

Los autores y códigos que el doctor Velez cita como de acuerdo con su articulo confirman tambien esta interpretacion, pues si el codificador hubiera querido separarse en esta parte del sistema frances lo habria dicho indudablemente.

6º Pero para hacerse la renovacion es indudable que se necesita el consentimiento del deudor ó el mandato del Juez. Así, si un acreedor no paga su deuda y no quiere renovar la hipoteca, puede pedir que mientras se ejecute el inmueble, se renueve la hipoteca, se impida mientras tanto al deudor hipotecar ó vender el mismo inmueble á un tercero.

Si lo hacen de comun acuerdo y se quiere impedir la prescripcion de la obligacion personal, bastará una escritura en que se diga que la hipoteca constituida en tal fecha, continúa produciendo sus efectos, y entónces se pide la renovacion de la inscripcion.

7º Las mismas personas que pueden pedir la inscripcion primitiva pueden pedir la renovacion de la inscripcion. (Véase Laurent, tom. 31, nº 113.)

8º Respecto á la forma en que debe hacerse la renovacion, véase nuestro comentario al art. 3935.

9º Las mismas personas que pueden oponer la nulidad de la inscripcion tales como los acreedores perjudicados con la hipoteca, los compradores del inmueble, y sus tenedores y el acreedor mismo pueden oponer la falta de renovacion de la inscripcion (Laurent, tom. 31, nº 122).

10. Hecha la venta del inmueble y depositado el precio por el comprador, aunque el término de los diez años venza ántes que el acreedor haya recibido el valor de su hipoteca, éste no pierde el privilegio que tiene sobre el dinero depositado como precio del inmueble. Desde el momento de la aceptacion de la venta hecha en remate y depósito del precio, la hipoteca se extingue, (art. 3196), para convertirse en privilegio sobre el precio de la venta (3934, 3937 y sus concordantes), que nada tiene que ver ya con la hipoteca (Laurent, tom. citado, nº 128).

3152—La hipoteca garantiza tanto el principal del crédito, como los intereses que corren desde su constitucion, si estuvieren determinados en la obligacion. Al constituirse la hipoteca por un crédito anterior, los intereses atrasados, si los hubiera, deben liquidarse y designarse en su

ma cierta. La indicación de que la hipoteca comprende los intereses atrasados, sin designación de su importancia es sin efecto alguno. (Concuerda con los arts. 1997—2899—3109—3111—3176—3936.)

CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 31, núms. 66 y sigtes.—Cód. de California, 1972—Comentario á nuestro art. 3176.

Como los intereses: Pero si el acreedor deja pasar mas de dos años sin cobrar los vencidos y que debían pagarse, la hipoteca solo garante los de dos años, art. 3936. Los demás intereses entran como todos los créditos quirografarios (Dalloz—*Hipoteca*, pág. 402, n° 26).

Si estuviesen determinados en la obligación: Si ni en la obligación hipotecaria ni en la inscripción se han mencionado los intereses á pagar por el deudor, aunque realmente se hayan estipulado, no quedan garantidos por la hipoteca en perjuicio de terceros. (Véase comentario al art. 3936.)

3153—La hipoteca garantiza los créditos á término, condicionales ó eventuales, de una manera tan completa como los créditos puros y simples. (Concuerda con los arts. 1993—3108—3109—3116—3154 á 3156.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 19, n° 243)—Aubry y Rau, § 285, n° 2—Cód. de California, 1984.

Los artículos siguientes son el complemento del presente.

3154—El titular de un crédito á término, puede, cuando hubiere de hacerse una distribución del precio del inmueble que le está hipotecado, pedir una colocación, como el acreedor cuyo crédito estuviere vencido. (Concuerda con los arts. 754—3153 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, 285, nota 3.

El titular de un crédito: Lo mismo el cesionario, (art. 1472.)

Pedir una colocación: Debe tenerse en cuenta que en el presente artículo se trata de los acreedores á término y no de los acreedores condicionales en general á que se refiere el art. 3156. El





acreedor á término que se ve obligado á sufrir la venta del inmueble que le estaba hipotecado, sea por espropiacion por causa de utilidad pública, ó por ejecucion seguida por terceros acreedores, hipotecarios ó no, tiene derecho á exigir que se le entregue el valor de su crédito, sin necesidad de esperar á que se venga el plazo estipulado en la obligacion, pues para él la obligacion concluye (argumento del art. 3162), y puede exigir su pago inmediatamente, como lo establece el art. 754. Pero si el deudor da otra garantía igual, parece indudable, como lo hemos establecido en el comentario al art. 754, que aquél podrá recibir el precio de la venta; pero esto constituirá una nueva hipoteca, y deberá admitirse solo con mucha restriccion. En este punto, la opinion de los jurisconsultos franceses, está muy dividida, como puede verse en autores citados.

1º Debe tenerse presente que el caso legislado en el art. 3164, no se trata de un adquirente en remate por ejecucion seguida contra el inmueble hipotecado, ni de un caso de espropiacion, sino de un poseedor por compra privada ó por otra causa.

3155—Si el crédito estuviere sometido á una condicion resolutoria, el acreedor puede pedir una colocacion actual, dando fianza de restituir la suma que se le asigne, en el caso del cumplimiento de la condicion. (Concuerda con los arts. 553—555—1472—3152.)

CONCORDANCIAS

(Merlin, Rep. verb. Ordre de créanciers, § 4—Aubry y Rau, § 285, nota 5)—Cód. de California, 1986.

Dando fianza: La cual puede ser suplida con hipoteca ó prenda (art. 2000).

3156—Si lo estuviere á una condicion suspensiva, el acreedor puede pedir que los fondos se depositen, si los acreedores posteriores no prefirieren darle una fianza hipotecaria de restituir el dinero recibido por ellos, en el caso que la condicion llegue á cumplirse. (Concuerda con los arts. 546—3191—3434.)

CONCORDANCIAS

(Merlin, lugar citado—Aubry y Rau, § 285, nota 6)—Cód. de California, 1985—Tropiong, tom. 4, n° 959, *ter.*—Nuestro comentario al 961.

El acreedor puede pedir que los fondos se depositen: No puede pedir que se entreguen, aunque ofrezca garantía, como



puede pedir su entrega el acreedor puro y simple, pero de plazo no vencido (art. 3154), y el acreedor bajo condicion resolutoria. La razon es que en la obligacion bajo condicion suspensiva, pendiente condicion, solo tiene un derecho en expectativa, es un derecho que existirá ó no existirá segun que la condicion se cumpla ó no, como se establece en la definicion dada en el art. 545.

Si los acreedores posteriores: Ó tambien los herederos del deudor, si no se pide la reparacion de los patrimonios del difunto y de los herederos.

Fianza hipotecaria: No vemos la razon que el legislador haya tenido para separarse en este articulo de lo dispuesto en el anterior, respecto á las seguridades que están obligados á dar los acreedores bajo condicion resolutoria para garantir la devolucion de lo recibido en caso de resolverse sus derechos.

En aquél solo se exige fianza, la que, como hemos dicho, puede suplirse con hipoteca, mientras que en el que estudiamos se exige *fianza hipotecaria*. (Troplong, n° 959 *ter.* y Pothier, tom. 21, n° 139 solo hablan de fianzas ó garantia suficiente)—El doctor Segovia critica tambien con razon esta disposicion.

CAPITULO IV

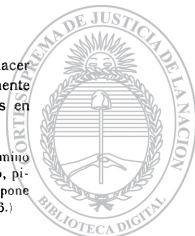
De las relaciones que la hipoteca establece entre el deudor y el acreedor

3157—El deudor propietario del inmueble hipotecado, conserva el ejercicio de todas las facultades inherentes al derecho de propiedad: pero no puede, con detrimento de los derechos del acreedor hipotecario, ejercer ningun acto de desposesion material ó juridica que directamente tenga por consecuencia disminuir el valor del inmueble hipotecado. (Concuerda con los arts. 1015—1174—2990 y sus concordantes—3108—3159.)

CONCORDANCIAS

(Ley 35, tit. 7, Lib. 13, Dig. Aubry y Rau, § 286—Zacaríe, § 824—Duranton, tom. 11, núms. 136 y sigtes.)

Inherentes al derecho de propiedad: Tales como enajenarlo, hipotecarlo segunda y tercera vez, arrendarlo, etc., etc. Pero los adquirentes tomaran el inmueble con el gravámen hipotecario, (art. 3162—Puede emplearlo y explotarlo en la for-



ma é industria que encuentre mas conveniente, y puede hacer los cambios que quiera, con tal que no importen directamente una disminucion de su valor, como en los ejemplos puestos en la nota del codificador al presente artículo.

3156—Todo acreedor hipotecario, aunque su crédito sea á término ó subordinado á una condicion, tiene derecho á asegurar su crédito, pidiendo las medidas correspondientes contra los actos sobre que dispone el artículo anterior. (Concuerda con los arts. 546—1472—3116—2796.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 286, notas 6 á 15.—Pont, 364.—Nuestro comentario al art. 2796.

Pidiendo las medidas correspondientes: Es decir, las de que hablan el art. 3149 y sus concordantes.

3159—Cuando los deterioros hubiesen sido consumados, y el valor del inmueble hipotecado se encuentre disminuido á término de no dar plena y entera seguridad á los acreedores hipotecarios, éstos podrán, aunque sus créditos sean condicionales ó eventuales, pedir la estimacion de los deterioros causados, y el depósito de lo que importen, ó demandar un suplemento á la hipoteca. (Concuerda con los arts. 572—2001—2990—3157—3161—3385.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 286).—Nuestro comentario á los arts. 572 y 2990.—Goyena, comentario á los arts. 1048 y 1796.

Cuando los deterioros hubieran sido consumados: Aun antes de consumarse los deterioros, el acreedor tiene indudablemente derecho á impedirlos, como lo establece el codificador en la nota al art. 3157, siguiendo á Aubry y Rau, y demas autores citados.

La libertad concedida al dueño del fundo gravado para disponer de él á su antojo, es con la limitacion puesta por el mismo artículo; y no vemos por qué al acreedor solo haya de acordarsele, como cree el doctor Segovia en la nota 123 á dicho art. 3157, la facultad conferida por el art. 3161. No es posible que al acreedor se le obligue á ser mero espectador de los deterioros que lleva á cabo el deudor, sin poderlos impedir, y solo permitirsele hacer algo cuando estén consumados en una importancia tal que el inmueble no ofrezca seguridad para el crédito.



Sobre todo, la nota del codificador á dicho art. 3157, aunque tomada de Aubry y Rau, el codificador la hace suya precisamente para explicar el alcance de la disposicion á la cual es puesta.

A término de no dar plena y entera seguridad: Esta es una cuestion de hecho que el Juez debe resolver despues de un exámen pericial; pues muchas veces resultará que los temores del acreedor hipotecario son infundados, á esto se probará con la estimacion hecha por peritos. (Troplong, citado).

O demandar un suplemento á la hipoteca: Cuando la hipoteca es dada por un tercero y éste no ha tenido culpa en los deterioros, el acreedor no podrá hacer uso de este derecho, pues á ese tercero no se le podrá obligar á mas de lo que se le obligó al principio, cuando él no tiene culpa en la disminucion de la garantía (argto. del art. 3121).

3160—Igual derecho tienen los acreedores hipotecarios, cuando el propietario de un fundo ó de un edificio enajena los muebles accesorios á él, y los entrega á un adquirente de buena fe. (Concuerda con los arts. 1095—2412—3110.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § citado.

Enajena los muebles accesorios á él: Antes de que los enajene tiene derecho á pedir su embargo, como lo establecen Aubry y Rau y demas autores á quien el codificador ha seguido en su nota al art. 3157.

3161—En los casos de los tres artículos anteriores, los acreedores hipotecarios podrán, aunque sus créditos no estén vencidos, demandar que el deudor sea privado del beneficio del término que el contrato le daba. (Concuerda con los arts. 572—753—754.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 1188—Zaccaria, § 831)—Cód. de California. 1962—Id. de Chile. 2127—Nuestro comentario al art. 754.

Que el deudor sea privado del beneficio del término: Pero el deudor podrá impedir esto mejorando la hipoteca, es decir, dando un suplemento á la hipoteca, ó depositando el valor de los deterioros que haya sufrido la cosa (argto. del art. 3159).



1º Los acreedores, cuyo crédito depende de una condicion suspensiva, tendrán el mismo derecho que se acuerda en general á los demas acreedores por el art. 3150; y si los deudores no dieran suplemento á la hipoteca ó no se pudiera conseguir el depósito del valor de los deterioros, podrán proceder con arreglo á los principios generales, á tomar todas las medidas conservatorias de su derecho, tal como el secuestro de la cosa hipotecada, si se ve que en poder del deudor va á seguir la destruccion.

Lo contrario sería anular los derechos del acreedor condicional cuando un deudor de mala fe destruye intencionalmente el inmueble hipotecario y no se pudieran conseguir de él las seguridades de que habla el art. 3159.

Decimos que podrán pedir se ponga la cosa bajo la administracion de un tercero, porque no es posible concederles el derecho de dar por cumplida la condicion, como se puede dar por vencido el plazo en los créditos á término, como se establece en este artículo. Si se da por vencido el plazo es porque su término ha de llegar necesariamente; pero esto no sucede con la condicion suspensiva, pues no se sabe si ésta se realizará ó no. En tal caso lo que corresponde es tratar de conservar las cosas tal como estaban al contraerse la obligacion hasta que se vea si la condicion se cumple ó no.

Cuando hay necesidad de vender la cosa, el art. 3156 determina los derechos del acreedor bajo condicion suspensiva.

CAPITULO V

De las relaciones que la hipoteca establece entre los acreedores hipotecarios y los terceros poseedores propietarios de los inmuebles hipotecados.

3162—Si el deudor enajena, sea por título oneroso ó lucrativo, el todo ó una parte de la cosa ó una desmembracion de ella, que por si sea susceptible de hipoteca, el acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente, y pedir su ejecucion y venta, como podria hacerlo contra el deudor. Pero si la cosa enajenada fuere mueble, que solo estaba inmovilizada y sujeta á la hipoteca, como accesoria del inmueble, el acreedor no podrá perseguirla en manos del tercer poseedor. Concuerdia con los arts. 2412—2411—2419—3113—3163.

CONCORDANCIAS

(L. 14, Tit. 13, Part 5.—Troplong, tom. 3, núms. 775 y sigtes.—Cód. Frances, art. 2196—Duranton, tom. 20, n.º 217)—Fallos de la S. C., S. 1, tom. 2, pág. 31.—Serie 2, tom. 7, pág. 344—Tom. 12, pág. 201—Id de la Cámara de la Capital, tom. 7, pág. 453—Tom. 3, pág. 332.

El acreedor podrá perseguirla en poder del adquirente: Pero esto solo podrá hacerlo al vencimiento de la obligación, pues el hecho solo de la enajenación no es causa para demandar el pago de la deuda, por cuanto el acreedor conserva todos los derechos de propietario en el inmueble hipotecado, y entre éstos la facultad de enajenarlo (art. 3157)—Aubry y Rau, § 287, nota 1ª.

Las palabras que estudiamos no hacen mas que confirmar el principio general, de que todo derecho real sobre un inmueble, se conserva sin necesidad de reserva alguna aunque éste pase á terceros poseedores (art. 2419 y sus concordantes); en la hipoteca, la inscripción de ella hace que se haga obligatoria para toda clase de terceros. Téngase presente que la cosa comprada en remate y con citación de los acreedores, una vez depositado su valor, deja de estar afectada á la hipoteca (art. 3196).

El acreedor no podrá perseguirla en manos del tercer poseedor: Pero en este caso, y siempre que no pueda anular la venta por motivo de fraude entre el deudor y el tercero, tendrá el acreedor el derecho que le acuerda el art. 3160.

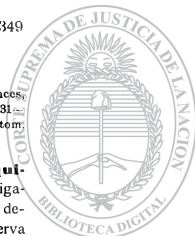
3163—En el caso de la primera parte del artículo anterior, ántes de pedir el pago de la deuda al tercer poseedor, el acreedor debe hacer intimar al deudor el pago del capital y de los intereses exigibles en el término de tercero día, y si éste no lo verificare, cualquiera que fuese la excusa que alegare, podrá recurrir al tercer poseedor, exigiéndole el pago de la deuda, ó el abandono del inmueble que la reconoce. (Concuerda con los arts. 2416—2419—2459—3162—3164—3171.)

CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 2160, última parte—Aubry y Rau, § 287, notas 3 y sigtes.—Goyena, 1810.

Debe hacer intimar: Esta intimación debe hacerse judicialmente.

Cualquiera que fuere la causa que alegare: El art. 3166 viene á complementar las palabras que estudiamos, dándole su





verdadero alcance. Según esta combinación, las excepciones que tenga del deudor contra su acreedor no pueden ser materia de juicio en el incidente que se forme con motivo de la intimación, sino que deben ser opuestas en el juicio ejecutivo que se siga contra el tercer poseedor. Recien entonces ese tercer poseedor puede hacer valer todas las excepciones que podía oponer el deudor y que no fueran personales. El juicio viene á trabarse recien cuando se demande al tercer poseedor, pues ántes, *cuálquiera que sea la causa que el deudor alegare para no pagar*, no puede dar por resultado impedir que el acreedor haga uso del derecho que el presente artículo le acuerda respecto al tercer poseedor. Así, si intimado el deudor originario, dijera que no paga por ser nula la hipoteca, por estar paga ó por cualquier otra causa, esta escepcion no podía desde luego ponerse en tela de juicio; el acreedor en tal caso se dirigiría contra el tercer poseedor, y recien en esta demanda podrían oponerse todas las excepciones legítimas que el tercero ó el deudor pueden tener para resistir el pago (art. 3166).

Exigiendo el pago de la deuda, ó el abandono del inmueble: La redacción de esta parte del art. como la del 2167 del Código Frances dejan mucho que desear, como lo ha hecho notar Laurent, tom. 31, n° 238, respecto á este último. En efecto, para el tercer poseedor no es una obligación el pago de la deuda hipotecaria, y por lo mismo no se puede dictar contra él condenación personal, como lo establece el art. 3165. El pago de la deuda ó el abandono del inmueble es solo un *derecho* por parte del tercer poseedor y no una obligación que pueda exigirse á elección del acreedor. Las palabras que estudiamos parece que dan derecho al acreedor para exigir á su voluntad, el pago ó el abandono, cuando en realidad su derecho, según el art. 3165 y sus concordantes, es solo para perseguir la venta del inmueble.

El tercer poseedor tiene la elección entre pagar la deuda ó abandonar el inmueble; de consiguiente, para el acreedor no es facultativo demandar una ú otra cosa.

“Lo que el Código Civil, dice Laurent, lugar citado, y la ley belga llaman obligaciones, son únicamente *derechos*, facultades de las cuales los terceros usarán ó no usarán. La Corte de Casación de Bélgica ha formulado este principio en términos exactos.”

La fórmula á que se refiere Laurent aquí es el mismo art. 3165 nuestro.

De manera que la segunda parte del artículo que estudiamos ha podido referirse simplemente á lo dispuesto en el 3165

3164—El tercer poseedor, propietario de un inmueble hipotecado, goza de los términos y plazos concedidos al deudor por el contrato ó por un acto de gracia, y la deuda hipotecada no puede serle demandada sino cuando fuese exigible á este último. Pero no aprovechan al tercer poseedor, los términos y plazos dados al deudor que hubiere quebrado, para facilitarle el pago de los créditos del concurso (art. 3179).

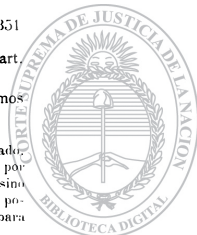
CONCORDANCIAS

(Pont, n° 1131—Aubry y Rau, § 287, nota 1—Véase sin embargo á Duranton, tom. 20, núms. 229 y sigtes.)—Comentario al 3186, donde tratamos la cuestión planteada en la nota del 3121.

Acto de gracia: Esta espresion, tomada del Derecho Francés, se refiere á las dilaciones que los Jueces pueden conceder á los deudores, segun el art. 1244 del Código Napoleon; nuestro Código Civil, en la nota al art. 755, niega esa facultad á los Jueces, pero el codificador ha tenido presente sin duda el final del art. 927 del antiguo Código de Comercio que la concedia. La disposicion del citado art. 927 no figura en el nuevo Código de Comercio, y por consiguiente carece hoy de aplicacion esta parte del artículo.

Sino cuando fuese exigible: Como lo explica perfectamente Laurent, tom. 31, n° 245 y 271, la venta que el deudor haga del inmueble hipotecado, en nada puede alterar la situacion del acreedor hipotecario, ya sea respecto del deudor, ya sea respecto del inmueble; luego, pues, si la deuda se llega á hacer exigible ántes del vencimiento por quiebra del deudor ó disminucion de sus garantías, el tercer poseedor no puede valerse del plazo. El inmueble responde, no solo cuando vence el plazo, sino cuando éste se pierde. Dicho autor, lo mismo que Aubry y Rau, y Pont citado en las concordancias, refutan perfectamente á Duranton, mencionado en la nota del codificador como contrario y á Faulier, tom. 7, n° 381 que siguió á Duranton.

Desde que por la quiebra del deudor se hace exigible la deuda, por cuanto los acreedores á mas de la hipoteca tienen la garantía personal del deudor, no seria justo obligarles á estos á





permanecer indiferentes ante la desaparicion de todos los bienes poseidos por el deudor, dejando así limitada su garantía á la hipoteca.

Pero no aprovechan: Este segundo inciso no se encuentra en los autores franceses citados por el codificador. Se refiere á nuestras moratorias, cuyo beneficio no alcanza á las ejecuciones que provengan de hipotecas (art. 1600, inc. 1, Cód. de Comercio).

3165—Rechusándose á pagar la deuda hipotecaria y á abandonar el inmueble, los tribunales no pueden por esto pronunciar contra el condenaciones personales á favor del acreedor, y éste no tiene otro derecho que perseguir la venta del inmueble. (Concuerda con los arts. 3038—3163—3169—3172—3173—3175—3176.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 287, nota 16—Laurent, tom. 31, núms. 236 y 237—Nota del codificador al art. 497—Goyena, 1808.

Condenaciones personales: Ménos cuando, como en los casos de los arts. 3169 y 3172, y tambien en caso de que los acreedores tengan derecho contra el tercer poseedor por motivos de deterioro, ó enajenacion de los accesorios del inmueble, art. 3176 (Goyena, art. 1813).

3166—El tercer poseedor es admitido á excepcionar la ejecucion del inmueble, alegando la no existencia, ó la estincion del derecho hipotecario, como la nulidad de la toma de razon ó enajenabilidad de la deuda. (Concuerda con los arts. 3136—3148.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 287, n° 2.

Al tercer poseedor le es permitido, en principio general, oponer al acreedor todas las escepciones que habria podido oponer el primitivo deudor hipotecario, y las propias del tercer poseedor. Debe tenerse presente que cuando la cosa es comprada en remate público con citacion de los acreedores, no puede perseguirse el pago del tercer adquirente, art. 3196. (Véase Goyena, exposicion hecha en el tom. 4, pág 207 despues de su art. 1816.)

3167—El tercer poseedor no puede exigir que se ejecuten ántes otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, que se hallen en poder del deu-

del originario, ni oponer que el inmueble que posee reconoce hipotecas anteriores que no alcanzan á pagarse con su valor. (Concuerda con los arts. 2012—3114—3171.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Hypot.*, tom. 3, n° 808—Duranton, tom. 20, n° 250—Aubry y Rau, § 287, n° 2.)

Que se hallen en poder del deudor originario: El mismo principio rige aun cuando los otros inmuebles se encuentren en poder de terceros poseedores (arts. 3114 y 3171), pues la hipoteca es indivisible y cada cosa hipotecada, como todas ellas, están afectadas al crédito (art. 3112).

Pero el poseedor perseguido por el pago íntegro puede, valiéndose de la facultad acordada por el art. 3171, evitar en parte los perjuicios.

Reconoce hipotecas anteriores: Ni aun los mismos hipotecarios anteriores pueden oponerse á la ejecucion; únicamente tendrán derecho para ejercer sobre el valor la preferencia que la prioridad de sus créditos les dé; pero no podrán impedir la venta, fundándose en que á ellos no les conviene por el momento ese espediente.

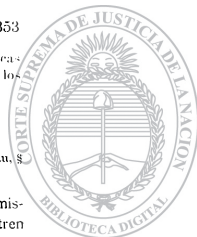
3168—Tampoco puede exigir la retencion del inmueble hipotecado para ser pagado de las espensas necesarias ó útiles que hubiese hecho, y su derecho se limita, aun respecto á las espensas necesarias, al mayor valor que resulte del inmueble hipotecado, pagado que sea el acreedor y los gastos de la ejecucion. (Concuerda con los arts. 1857—2427—2428—3111—3112—3170.)

CONCORDANCIAS

Troplong, *Privil.*, n° 586 y sigtes.—Pont, n° 1208—Aubry y Rau, § 287, n° 2. (Véase Duranton, t. 20, n° 271.)

Retencion: Esta escepcion al derecho de retencion es consecuencia del principio de que la hipoteca afecta directamente á todos los accesorios (art. 3110).

3169—Puede abandonar el inmueble hipotecado, y librarse del juicio de los ejecutantes, si no estuviere personalmente obligado, como heredero, coeudor, ó fiador del deudor. El abandono del tercer poseedor no autoriza á los acreedores para apropiarse el inmueble ó conservarlo en



su poder, y su derecho respecto de él se reduce á hacerlo vender y pagarse con su precio. (Concuerda con los arts. 2416—2419—3173—3175—3184—3379—3454— Véase los arts. 3172—3177 y sigtes.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 287, n° 2—Laurent, tom. 31, núms. 286 y sigtes.

Abandonar: Esta espresion no tiene en este artículo y siguientes el mismo alcance que cuando se aplica v. g. al donatario (art. 1854), al heredero beneficiario (art. 3379), al usufructuario (art. 2882) ú otros casos en general (art. 2454), al dueño del predio sirviente (art. 3023). Tratándose de hipoteca, los franceses dicen *delaissement*, y en materia de herencia bajo beneficio de inventario:—*abandon* ó se valen del verbo *renoncer*.

Pagarse con su precio: Lo que sobre se entrega al poseedor que tiene privilegio sobre cualquier otro acreedor (art. 3184).

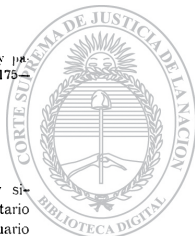
3170—El tercer poseedor que fuere desposeído del inmueble ó que lo abandonare á solicitud de acreedores hipotecarios será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusion de las mejoras que hubiere hecho en el inmueble. (Concuerda con los arts. 2090—2105—2427—3168—3172—3177—3184—3186.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 287, n° 3—Goyena, 1814—Cód. de Chile. 2429. inc. 3—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 2, pág. 454.

Será plenamente indemnizado por el deudor: Hay que hacer distinciones importantes en este caso: 1° Cuando en la escritura de trasmision se ha declarado la existencia de la hipoteca, no hay derecho á indemnizacion alguna (art. 3105); véase su comentario. 2° Cuando no obstante esa declaracion el enajenante garante el pago de la hipoteca, habrá lugar á la indemnizacion de que habla este artículo; 3° Si conociendo la hipoteca se obligó el adquirente a pagarla, no podrá ni abandonar el inmueble (art. 3172).

1° En los casos en que haya indemnizacion al tercer poseedor, ésta consistirá en el valor de la cosa, aunque se haya vendido en ménos, con arreglo á las leyes que rige la indemnizacion por eviccion (arts. 2120 y siguientes)—y con arreglo á lo



dispuesto respecto de los terceros que han prestado su inmueble para la hipoteca (art. 3168).

Las mejoras: Se refiere á los necesarios ó útiles.

3171—El tercer poseedor, si se opone al pago ó al abandono del inmueble, está autorizado para hacer citar al juicio á los terceros poseedores de otros inmuebles hipotecados al mismo crédito con el fin de hacerlos condenar por vía de indemnización, á contribuir al pago de la deuda en proporción al valor de los inmuebles que cada uno posee. (Concuerda con los arts. 689—3114—3167).

CONCORDANCIAS

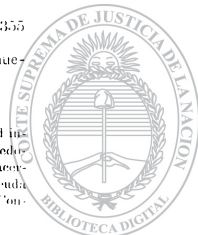
Aubry y Rau, § 287, nota 31—Rogron, comentario al art. 2169 frances.

Para hacer citar á juicio á los terceros poseedores, etc., etc.: Pero esta citación no paraliza la acción dirigida contra el solo por el acreedor; es únicamente con el objeto de que obligue á los poseedores de otros inmuebles á que le reembolsen proporcionalmente lo que haya pagado por capital, interés y costas al acreedor (arts. 3114 y 3167).

1º Como los poseedores de los distintos inmuebles hipotecados no están obligados sino á lo que se deba pagar al acreedor, el poseedor ejecutado cuyo inmueble se le ha hecho vender, no tendrá derecho á cobrar de los otros poseedores indemnización alguna por los perjuicios sufridos á causa de la venta; esa indemnización, cuyo valor se determina en la forma que hemos dicho en el comentario al art. 3170, solo puede ser cobrada al enajenante, según el mismo art. 3170.

En proporción al valor de los inmuebles: Este se determinará por medio de peritos que nombren las partes ó el Juez en su defecto. (Véase comentario al 3185.) Cuando paga el todo de la deuda queda subrogado en los derechos del acreedor (art. 3185).

2º Debe tenerse presente también que el hecho de haber convenido uno de los poseedores con el deudor que respondería por la evicción y que en ningún caso tendría el primero que pagar el todo ni parte de la deuda hipotecaria, no impide ser perseguido ese poseedor por el acreedor ó por el que ha tenido que pagar la deuda, pues ese acto solo ha podido crear relaciones jurídicas entre el enajenante y el adquirente, y no res-



pecto á los poseedores de otros inmuebles afectados al mismo crédito.

3172—El tercer poseedor no goza de la facultad de abandonar los bienes hipotecados y exonerarse del juicio, cuando por su contrato de adquisicion ó por un acto posterior, se obligó á satisfacer el crédito. (Concuerda con los arts. 1195—1197—3169—3177.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, tom. 3, n° 813—Pont, 1180—Aubry y Rau, § 287, nota)—Laurent, tom. 31, núms. 282 y 291.

Cuando se obligó á satisfacer el crédito : No se encuentra este artículo en el Código Napoleon, pero sus comentadores reconocen su principio como derivado de los que rigen la estincion de las obligaciones y las relaciones existentes entre las personas que tienen interes en ellas. De ahí viene que los autores entran en dificultades teóricas, que no existen en nuestro Código. Aubry y Rau, por ejemplo, exponen que, si el acreedor hipotecario no ha aceptado espresa y tácitamente la obligacion que el comprador contrajo con su vendedor de pagar á aquél, nada se opone á que dicho comprador ó tercer poseedor haga el abandono. Esta proposicion, aceptada por el doctor Segovia en razon de una trascripcion que se encuentra en la nota del codificador, equivale á decir que, respecto del acreedor, puede abandonar el tercer poseedor, si dicho acreedor no se opone al abandono, lo que es poco ménos que una tautología. Troplong y Pont esplican mejor el principio, esponiendo que, no solo el vendedor puede en ese caso oponerse al abandono, sino tambien el acreedor hipotecario ejerciendo los derechos de su deudor segun el art. 1166 del Código Napoleon, que es el 1196 nuestro. Esta argumentacion deberia prevalecer si nuestro Código no contuviera la disposicion que nos ocupa.

Pero en presencia de esta disposicion no se necesita siquiera ir tan léjos ; en él se dispone que, en el caso previsto, no puede el tercer poseedor hacer abandono en virtud de la directa aplicacion de este artículo, que les da ese derecho sin lugar á controversia, pues no exige que el acreedor hipotecario acepte la obligacion que el comprador contrajo para con el vendedor del bien hipotecado.

3173—El abandono del inmueble hipotecado no puede ser hecho sino



por persona capaz de enajenar sus bienes. Los tutores ó curadores de incapaces solo podrán hacerlo autorizados debidamente por el Juez, con audiencia del Ministerio de Menores. (Concuerda con los arts. 297—431—494—1357 á 1360—2454.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 20, n° 260)—Aubry y Rau, § 287, nota 43—Laurent, tom. 31, n° 283.

Los tutores ó curadores: Y tambien los padres, respecto de los bienes de sus hijos (arts. 297 y sus concordantes).

3174—Abandonados los inmuebles hipotecados, el Juez debe nombrarles un curador contra el cual siga la ejecucion. (Concuerda con el art. 3380.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 287, pág. 448—Cód. Frances, 2714—Nuestro comentario al art. 3379—Laurent, tom. 31, n° 277.

Contra el cual se siga la ejecucion: Ésta tiene que seguirse hasta la venta de los inmuebles hipotecados, en razon de que los acreedores no pueden apropiárselos ó conservarlos en su poder (art. 3169). Véase sobre esto á Laurent, lugar citado.

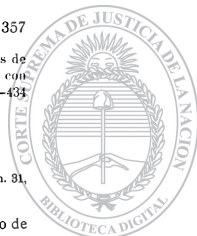
3175—La propiedad del inmueble abandonado no cesa de pertenecer al tercer poseedor, hasta que se hubiese adjudicado por la sentencia judicial; y si se pierde por caso fortuito ántes de la adjudicacion, es por cuenta del tercer poseedor, el cual queda obligado á pagar su precio. (Concuerda con los arts. 577—2606—2607—3169—3184.)

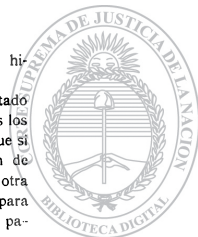
CONCORDANCIAS

(Troplong, tom. 3, n° 825—Pont, n° 1193—Aubry y Rau, § 287, n° 2)—Laurent, tom. 31, núms. 296 y sigtes.

Hasta que se hubiese adjudicado: Se refiere á la adjudicacion que se hace al adquirente del inmueble sacado á remate por la ejecucion de los acreedores.

Es por cuenta del tercer poseedor: Esto no es mas que aplicacion del principio *Res perit domino*: “De aquí resulta, dice Pont, lugar citado, que el poseedor, no tiene en este caso el recurso de garantía contra el vendedor, puesto que aun no ha sido ex-





propiado; es privado de la cosa, no por efecto de la accion hipotecaria, sino por un caso fortuito”.

Una de las consecuencias que resultan del principio sentado en el artículo que estudiamos, y que es aceptada por todos los jurisprudencistas citados, y por nuestro Código (art. 3178) es que si despues de abandonado el inmueble, los acreedores desisten de su accion, ya porque el enajenado les pague ó por cualquier otra causa, el poseedor no puede exigir la disolucion del contrato para obligar al enajenante á recibirlo y devolverle el precio si lo ha pagado, ó librarse de pagarlo si aun lo debe.

El cual queda obligado á pagar su precio: Si es que lo debe aun en el todo ó en parte; pues si está pagado todo el precio de la adquisicion, el tercer poseedor no tiene por qué volverlo á pagar cuando la destruccion no es por su culpa.

3176— Sin embargo del abandono hecho por el tercer poseedor, puede conservar el inmueble, pagando los capitales y los intereses exigibles, aunque no posea sino una parte del inmueble hipotecado, ó aunque la suma debida sea mas considerable que el valor del inmueble. (Concuerda con los arts. 744—3112—3152—3165—3235.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances. 2773, inc. 2—Troplong. tom. 3, n° 788)—Laurent, tom. 31, n° 259—Pont, 1194.

Pagando los capitales y los intereses exigibles: Lo mismo que gastos judiciales de ejecucion, como lo determina la última parte del art. 3168. Respecto á los intereses exigibles, se refiere únicamente á los intereses devengados y no pagados por dos años (art. 3932) Véase comentario al 3152.

Sea mas considerable que el valor del inmueble: Cuando el valor del inmueble es menor que lo debido, el poseedor no se libra de la accion hipotecaria con pagar solo el precio, pues el inmueble responde á toda la deuda.

El principio aquí sentado rige igualmente aunque hayan varios inmuebles hipotecarios (art. 3167), pues el acreedor, como dice Troplong, no está obligado á recibir pagos parciales; ó se le paga el todo ó se le hace vender el inmueble perseguido.

1° El pago autorizado por este artículo puede hacerlo el poseedor aun contra la voluntad del acreedor.

3177—El vendedor del inmueble hipotecado podrá oponerse al abandono que quiera hacer el tercer poseedor, cuando la ejecución pura y simple del contrato de venta, pueda dar la suma suficiente para el pago de los créditos. (Concuerda con los arts. 1433—2416—2419—3172—3178.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau. § 287 nota 48) — Rogron, comentario al art. 2169 frances—Laurent, tom. 31. n° 280 y 281.

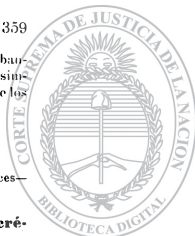
Pueda dar la suma suficiente para al pago de los créditos: Esto es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 1433: ninguna razon tendria el tercer poseedor para abandonar el inmueble desde que cumpliendo él con su obligacion de comprador estaria seguro de no perder la propiedad del inmueble.

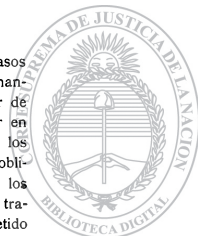
Si el precio de la venta que el adquirente no ha pagado, no alcanza á cubrir el valor de la deuda hipotecaria, el vendedor podrá oponerse al abandono si él paga la diferencia entre lo debido por el adquirente y el crédito hipotecario (art. 3178); de lo contrario no podrá oponerse, pues el principio es que no estando el tercer poseedor obligado personalmente al pago de la deuda hipotecaria, solo puede ser privado de la facultad de abandonar el inmueble cuando su enajenante lo deja libre de la carga abonando la deuda hipotecaria.

1º Aun cuando el adquirente ó el tercer poseedor no haya pagado el precio del inmueble hipotecado en razon de habérsele dado plazo, si se ve obligado á abandonarlo porque la ejecución del contrato de venta no impidiese la venta perseguida por los acreedores, tendrá siempre derecho á la indemnizacion de que habla el art. 3170.

2º Si en el caso del presente artículo el vendedor no se opone al abandono del inmueble, y éste se hace vender por los acreedores, el adquirente tendrá derecho á ser indemnizado.

3º El derecho de oposicion al abandono del inmueble acordado aquí al vendedor, no puede ser invocado por los acreedores, porque, segun el art. 3165, en principio general los acreedores no pueden perseguir personalmente al comprador, sino cuando se obligó en esta forma (arts. 3169 y 3172). Aparte de esto, el artículo que estudiamos y el 3178 siguiente hablan especialmente del *vendedor* del inmueble hipotecado, sin nombrar para nada á los acreedores hipotecarios.





Si la intencion del legislador hubiera sido que en estos casos los acreedores pudieran impedir los efectos del abandono, demandando como representantes de su deudor, el pago del valor de la venta, habria dicho simplemente *que no podia* abandonar en el caso indicado en este articulo, como lo hace en los de los arts. 3169 y 3172 en los casos en que por el contrato se obligó á satisfacer el crédito ó se obligó á pagar su precio á los acreedores; aquí no se trata de ninguno de esos casos; se trata simplemente de un adquirente que, sin haberse comprometido á pagar el precio de la adquisicion á los acreedores, prefiere abandonarlo y dejar sin efecto la venta si el vendedor no se opone á ello.

Los autores franceses en general piensan que en este caso, es decir, cuando el tercer poseedor debe el valor del inmueble, aunque no se haya comprometido á pagarlo á los acreedores, pueden éstos impedir el abandono contentándose con exigir el precio. Pero el Código Frances no tiene una disposicion como la que estudiamos y pueden en consecuencia sus comentadores sostener esta doctrina.

Entre nosotros el testo de la ley no deja esta libertad, y hay que decidir la cuestion por lo que ella manda.

3178.—El vendedor del inmueble hipotecado puede obligar, ántes de la adjudicacion, al tercer poseedor que lo hubiere abandonado, á volverlo á tomar y ejecutar el contrato de venta, cuando él hubiese satisfecho á los acreedores hipotecarios. (Concuerda con los arts. 3177 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 20, núms. 252 y sigtes.)—Nuestro comentario al art. 3175—Aubry y Rau, § 287, nota 48.

Cuando él hubiere satisfecho á los acreedores hipotecarios: Desde el momento que los acreedores hipotecarios no persiguen el inmueble hipotecario, la razon del abandono desaparece y nada autoriza ya al tercer poseedor para disolver el contrato de adquisicion (nuestro comentario citado. Laurent, tom. 31, nº 300).

1º Pero si por el abandono el poseedor ha sufrido algunos perjuicios, nada impide que pueda reclamarlos de su enajenante.

3179—Los acreedores hipotecarios, aun ántes de la exigibilidad de sus créditos, están autorizados á ejercer contra el tercer poseedor, todas las acciones que les correspondieran contra el deudor mismo, para impedir la ejecucion de actos que disminuyan el valor del inmueble hipotecado. (Concuerda con los arts. 3158 á 3161—3164.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 287, nota 49.

Para impedir la ejecucion de los actos, etc., etc. Se refiere á las degradaciones y enajenaciones parciales que haya hecho el tercer poseedor.

1º Respecto á la responsabilidad de éste por esos deterioros hay que distinguir si han sido causados por su culpa y ántes de la demanda de los acreedores, ó si han sido ejecutados despues. En el primer caso no tiene responsabilidad para con el enajenante, pues que contando el poseedor con que el crédito sería cubierto por el deudor, bien ha podido considerar que su propiedad nunca sería ejecutada y como dueño podia destruirla (Aubry y Rau, § 287, nota 49). El derecho de los acreedores es solo de pedir la venta. En el segundo caso responderia por el deterioro, puesto que su obligacion era, ó pagar el crédito y abandonar la casa y no destruirla. De modo que la responsabilidad en el primer caso solo consiste en que pierde el derecho de conservar la cosa hasta el vencimiento de la obligacion. Debe tenerse presente que en una y otra hipótesis el derecho de los acreedores acordado en el presente artículo es el mismo.

1º Hemos dicho en otra parte que cualquiera que sea la causa de los deterioros, los acreedores no pueden exigir del tercer poseedor un suplemento á la hipoteca, pues esta sería una accion personal dirigida contra esos poseedores, accion que la ley no autoriza (art. 3165); su derecho se reduce á hacer vender el inmueble, y responsabilizarle por los deterioros causados por su culpa despues de la demanda.

3180—Los arrendamientos hechos por el tercer poseedor pueden ser anulados, cuan lo no hubieren adquirido una fecha cierta ántes de la intimacion del pago ó abandono del inmueble; pero los que tuvieren una fecha cierta ántes de la intimacion del pago, deben ser mantenidos. (Concuerda con los arts. 1034—1998—2670—2999.)



CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 287, n° 4)—Laurent, tom. 31, núms. 317 y 318.

La validez del arrendamiento sancionada aquí es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 3157. Al exigir fecha cierta para que los arrendamientos produzcan efecto contra terceros, la ley ha querido evitar todo motivo de fraude. La fecha cierta se determina con arreglo á lo dispuesto en el art. 1034.

1º Respecto de las servidumbres establecidas por el tercer poseedor, rige lo dispuesto en los arts. 2999 y 3183.

2º En cuanto á las hipotecas constituidas por el tercer poseedor, quedan sin efecto con la adquisicion del inmueble, y los acreedores solo podrán ejercer sus derechos en lo que sobre después de pagada la hipoteca constituida por el enajenante.

3º El derecho del acreedor anticresista es mas limitado que el del arrendatario, como se ve por el art. 3254, pues los creadores hipotecarios anteriores á la creacion de la anticresis no están obligados á respetar el contrato.

CAPITULO VI

Consecuencia de la espropiacion seguida contra el tercer poseedor

3181—Las servidumbres personales ó reales que el tercer poseedor tenia sobre el inmueble hipotecado ántes de la adquisicion que habia hecho, y que se habian estinguido por la consolidacion ó confusion, renacen después de la espropiacion; y reciprocamente la espropiacion hace revivir las servidumbres activas debidas al inmueble espropiado, por otro inmueble perteneciente al tercer poseedor. (Concuerta con los arts. 867—2930 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2177—Troplong, 841—Duranton, tom. 20, n° 278)—Baudry-Lacantinerie, t. 3, núms. 1478 á 1481. El 3182 es un complemento del presente.

Renacen después de la espropiacion: Para obviar dificultades, el tercer poseedor debe hacer conocer ántes del remate la servidumbre que tiene sobre el inmueble abandonado. Esto no quiere decir que si no lo hace no pueda hacer valer su derecho, pero los adquirentes podrán reclamar de quien corresponda.



3182—El tercer poseedor puede hacer valer en el órden que les corresponda las hipotecas que tenia adquiridas sobre el inmueble hipotecado ántes de ser propietario de él. (Concuerda con el art. 3198.)

CONCORDANCIAS

Baudry-Lacantinerie, tom. 3, núms. 1478 y sigtes.—Nota del codificador al art. 3198.

En el órden que les corresponda: Pero para esto es necesario que la inscripcion no haya sido cancelada, ó que, por el trascurso del tiempo, no se halle estinguida. (Nota del codificador al art. 3198.)

Por lo demás, el derecho hipotecario podrá hacerlo valer aun contra los mismos que han pedido la espropiacion si su hipoteca es anterior á la de ellos.

3183—Los acreedores pueden demandar que el inmueble hipotecado se venda, libre de las servidumbres que le hubiese impuesto el tercer poseedor. (Concuerda con los arts. 2990—2999.)

CONCORDANCIAS

(Pardessus, *Servit.*, n° 245—Duranton, tom. 5, n° 546—Demolombe, tom. 12, n° 749—Véase sin embargo Troplong, *Hypot.*, tom. 3, n° 843 bis)—Aubry y Rau, § 287, nota 60.

Pueden demandar: Por estas palabras se ve que el codificador ha seguido en el presente artículo la opinion de la mayoría de sus jurisconsultos franceses, entre ellos Troplong, Aubry y Rau, etc., de que la servidumbre constituida por el tercer poseedor en el intermedio de su adquisicion y la espropiacion, no se estinguen de pleno derecho por el hecho solo de la espropiacion; es necesario que los acreedores demanden y obtengan del Juez que el inmueble se venda libre de tales servidumbres. Esto lo repiten los artículos concordantes. De manera que si los acreedores hacen rematar el inmueble sin reclamar por las servidumbres establecidas, los compradores tampoco pueden hacerlo respecto á los aparentes, pues la ley solo autoriza á los acreedores para demandar que el inmueble se venda libre de servidumbre.

1º Como el objeto que la ley se propone al dar esta facultad á los acreedores es que no disminuya por esas servidumbres el precio en que se venda el inmueble de modo que pueda perju-





dicarles disminuyendo de tal modo que no alcance á cubrir su crédito, creemos que la oposicion de los acreedores tiene un límite, cual es la garantía de que su crédito será pagado. Así, si ántes del remate el dueño del predio dominante, ó el tercer poseedor, ofrecen satisfacer lo que falte para pagar sus créditos en caso de que el remate no dé lo necesario para ello, los acreedores no tendrán derecho á oponerse á que la venta se haga reconociendo esas servidumbres.

3184—Después del pago de los créditos hipotecarios, el excedente del precio de la espropiacion pertenece al tercer poseedor, con exclusion del precedente propietario, y de los acreedores quirografarios. (Concuerda con los arts. 3175—3381.)

CONCORDANCIAS

(Tropolong, tom. 3, n° 828—Pont, n° 1193—Aubry y Rau, § 287, n° 5.

El excedente pertenece al tercer poseedor: Este excedente se rebajará de la indemnizacion que por el art. 3170 deberá hacer el enajenante del inmueble espropiado.

3185—El tercer poseedor que paga el crédito hipotecario, queda subrogado en las hipotecas que el acreedor á quien hubiere pagado tenia por su crédito, no solo sobre el inmueble librado, sino tambien sobre otros inmuebles hipotecados al mismo crédito, sin necesidad que el acreedor hipotecario le ceda sus acciones. (Concuerda con los art. 768, inc. 4—3171.)

CONCORDANCIAS

(Tropolong, tom. 3, n° 788 *bis*—Duranton, tom. 20, n° 234)—Cód. de Chile, 2429, inc. 2—Rogron, comentario al art. 2169 frances, cuestion 2ª—Aubry y Rau, § 287, nota 65—Nuestro comentario al art. 3113.

Sino tambien sobre los otros inmuebles hipotecados al mismo crédito: Aun ántes del pago puede demandar á los otros poseedores de inmuebles en la forma establecida en el art. 3171.

1º La subrogacion concedida aquí en favor del codeudor que ha pagado la deuda, no produce los mismos efectos que la subrogacion acordada á los terceros por el art. 3189.

El deudor que paga solo puede ejercer la accion del acreedor contra sus codeudores en proporcion al valor de los inmuebles



que cada uno poseyere, como dice el art. 3171, y como lo establece tambien el inc. 3 del art. 771; esta es tambien la opinion de Troplong, citado, y de la mayoria de los jurisconsultos franceses.

Si se concediera una accion por el todo contra cada uno de los poseedores de los distintos inmuebles afectos al mismo crédito, "resultaria, dice una Corte Francesa, citada por Rogron, un círculo de acciones sin solucion posible". Lo mismo dice Laurent, tom. 3, n° 269, y aconseja que lo mejor será demandar á todos los poseedores de inmuebles hipotecados para que el Juez determine de una vez la proporcion en que deben pagar.

1° En el caso de subrogacion de que habla este artículo no se requiere que el acreedor subrogado haga hacer una nueva inscripcion á su nombre, pues la subrogacion se causa y produce todos sus efectos por el solo ministerio de la ley, y, por lo mismo, no hay necesidad de convencion para inscribir una deuda que no se considera estinguida sino con respecto al acreedor primitivo (Troplong, n° 787). Véase nota del codificador al art. 3198.

3196.—Cuando otro que el deudor haya dado la hipoteca en seguridad del crédito, la accion de indemnizacion que le corresponde, es la que compete al fiador que hubiera hecho el pago, y puede pedir al deudor despues de la espropiacion, el valor íntegro de su inmueble, cualquiera que fuere el precio en que se hubiere vendido. (Concuerda con los arts. 2029—2030—3121.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 287, n° 6—Comentario al art. 3164.

Es la del fiador que hubiese hecho el pago: Segun esto, el tercero dueño del inmueble, quedará subrogado en los derechos del acreedor, como lo determina el art. 2029 respecto al fiador que paga la deuda. Sin embargo, la nota al art. 3121 dice lo contrario, es decir, que no se subroga.

Pero esa nota no es sino una mala interpretacion de la traduccion de Pont; esto se ve no solo leyendo este autor, sino comparándolo con Aubry y Rau, citado aquí por el codificador.

Así, Pont, en el lugar citado por el codificador en la nota al art. 3121, dice: "Se ha decidido que el que consiente un gra-



vámen hipotecario en un inmueble de su propiedad para seguridad de un crédito, sin obligarse él mismo al pago subsidiario, no siendo esto una fianza en el sentido del art. 2011 del Código Civil, no puede demandar su exoneración, fundándose en que la subrogación en los derechos, hipotecas y privilegios del acreedor, no puede ya, por culpa de este último, operarse a su favor”.

Aubry y Rau, dice también que salvo las excepciones expresadas, los derechos del tercero que ha dado la hipoteca son los mismos que tiene el tercero poseedor del inmueble hipotecado (texto y nota 66).

1º El tercero que ha hipotecado el inmueble, tiene también el derecho acordado a los terceros poseedores por el art. 3171, pero con deducción de la parte que su propio inmueble debe contribuir al pago de la deuda (Aubry y Rau, nota 69).

2º Si el acreedor forma concurso de acreedores, el tercero que ha dado su inmueble tiene derecho a figurar preventivamente por el valor de la hipoteca que garante dicho inmueble, pues se encuentra en la misma posición que el fiador.

CAPÍTULO VII

De la extinción de las hipotecas

3187—La hipoteca se acaba por la extinción total de la obligación principal sucedida por alguno de los modos designados para la extinción de las obligaciones. (Concuerda con los arts. 525—724—2042—3197—3199—3203—3236.

CONCORDANCIAS

(L. 38. Tit. 13, Part. 5ª—Cód. Frances, art. 2180—LL. 5 y 6, Tit. 6, Lib. 20, Dig.—Véase Pont, núms. 1221 y sigtes.)—Cód. de California 2051—De Chile. 2431.

Por la extinción total de la obligación: Hay, sin embargo, casos en que se extingue el derecho hipotecario sin haberse extinguido la obligación. Sucede esto en la hipoteca extinguida por haber pasado el término de diez años designado por la ley para la duración del derecho hipotecario cuando no se ha renovado la inscripción. Sobre esto, véase nuestro comentario al art. 3151.

3188—El codeudor ó coheredero del deudor que hubiere pagado su cuota en la hipoteca, no podrá exigir la cancelacion de la hipoteca, mientras la deuda no esté totalmente pagada. El coacreedor ó coheredero del acreedor, á quien se hubiese pagado su cuota, tampoco podrá hacer cancelar la hipoteca, mientras que los otros coacreedores ó coherederos, no sean enteramente pagados. Concuerdá con los arts. 682—686—687—3112—3233.)

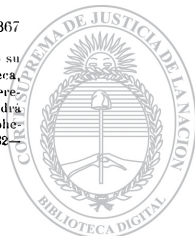
CONCORDANCIAS

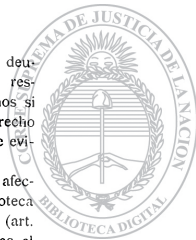
Pont, n° 1229—Nota del codificador al art. 3112.

Mientras la deuda no esté totalmente pagada : Esto es una consecuencia del principio de la indivisibilidad de la hipoteca, establecido por nuestro art. 3112 y explicado por el codificador en la nota al mismo artículo.

1° Debe tenerse presente, que aun cuando en el caso del art. 3171, el deudor perseguido solo tenga derecho á cobrar á cada uno de los poseedores de inmuebles hipotecados una cuota proporcional al valor de esos mismos inmuebles, como lo hemos hecho notar en el comentario al art. 3185, el codeudor que haya sufrido la venta de su inmueble ó que ha pagado la deuda, no está obligado á cancelar ninguna de las hipotecas establecidas sobre los diferentes inmuebles mientras no sea satisfecho completamente de todo lo que se le debe.

La razon es que despues de pagar uno de los deudores, bien puede resultar que la hipoteca constituida sobre otro de los inmuebles sea nula, y si ya hubiera cancelado algunas de las hipotecas, resultaria que habia perdido la seguridad que tenia para cobrar entre los otros poseedores de inmuebles la parte proporcional en el crédito correspondiente á la hipoteca anulada. Así, por ejemplo, A, poseedor de un inmueble afectado á un crédito hipotecario juntamente con otros tres inmuebles afectados al mismo crédito, y poseidos por B, C y D paga el todo de la deuda, ó se paga el acreedor con la espropiacion del inmueble. En este caso, A tiene accion hipotecaria contra B C y D proporcionalmente al valor del inmueble poseído por cada uno. En virtud de este derecho demanda á B y á C y le pagan sus respectivas cuotas; demanda á D y se declara nula la hipoteca respecto al inmueble poseído por él. En este caso, la parte que debia pagar D se reparte, con arreglo al principio de que todos





los inmuebles están afectados al todo y á cada parte de la deuda, entre B y C, y si á éstos ya les habia cancelado sus respectivas hipotecas, bien podria quedar burlado en sus derechos si éstos ya no tenian responsabilidad suficiente. Dándole derecho á conservar las hipotecas hasta ser pagadas íntegramente, se evita el peligro.

Sobre todo, el principio es que los inmuebles están afectados al pago de la deuda, de tal manera que si una hipoteca no vale, las otras no quedan ménos afectadas por el todo (art. 3112 y nota del codificador); de aquí se sigue que mientras el crédito no esté estinguido *totalmente* el acreedor no tiene obligacion de levantar la hipoteca, como lo declara espresamente el artículo que estudiamos. Nuestro artículo habla de codeudores ó coherederos, sin distinguir si el inmueble hipotecado es uno solo ó son varios; la jurisprudencia tampoco debe distinguir. (Código de California, arts. 1954 á 1957.)

2º Por lo demas, lo dispuesto en el presente artículo no impide, como lo establece el codificador en la nota al art. 3112, que las partes quiebren el principio de indivisibilidad estableciendo en sus contratos que pueda levantarse la hipoteca por partes determinadas ó de inmuebles determinados, cuando son varios los afectados al crédito, á medida que se vaya estinguiendo la deuda. Piensa del mismo modo el doctor Segovia, nota 186.

Esto puede hacerse aun cuando de antemano no lo hubieran pactado, siempre que las partes lo quieran y sean capaces de hacer una renuncia, pues no constituiria una convencion prohibida (Código de California, art. 1955).

Para esto habria que hacer una nueva inscripcion limitando la primera.

3185—El pago de la deuda hecho por un tercero subrogado á los derechos del acreedor, no estingue la hipoteca. (Concuerda con los arts. 767--771, inc. 1 y 2--772--3185.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 20, n° 290.—La hipoteca seguramente se estingue por el pago de la deuda hecho por un tercero; mas sin embargo, si el tercero que ha pagado se ha hecho subrogar, ó si la ley lo ha subrogado, la hipoteca subsiste para el cobro de lo que ha pagado. L. 1, Dig., *Quib. modis pig. solv.* El pago de la deuda en este caso, tiene mas bien por efecto hacer un cambio de acreedor, que causar la estincion de la deuda, la cual no está estinguida sino respecto del

acreedor pagado, que *quodam modo nomen debitoris vendidit*, como decía la Ley Romana, Lib. 36, Dig. *De fidejuss et mand.*—Nuestro comentario al art. 3113—Laurent, tom. 31, n° 361.

No estingue la hipoteca: El derecho hipotecario pasa al tercero que paga, tal como lo tenía del acreedor primitivo; puede ejercerlo contra todos ó cada uno de los inmuebles hipotecados, lo mismo que lo podía hacer el anterior acreedor (arts. 3114 y 3167). No tiene, pues, obligación de cobrar el crédito de los terceros poseedores en proporción al valor del inmueble hipotecario poseído por cada uno, como sucede con los codeudores (art. 3171 y comentario al 3185).

Al cambiar de acreedor, el vínculo jurídico existente desde antes entre el deudor y el acreedor no sufre mas modificaciones que las espresamente determinadas por la ley, tales como las del inc. 1 del art. 771.

1º El nuevo acreedor no tiene necesidad de hacer una nueva inscripción; pero tiene necesidad de renovarla antes de cumplirse los diez años desde que se contrajo la deuda con el primitivo acreedor.

3190—Si el acreedor, novando la primera obligación con su deudor, se hubiere reservado la hipoteca que estaba constituida en seguridad de su crédito, la hipoteca continúa garantizando la nueva obligación. (Concuerda con los arts. 803—804—813—3935.)

CONCORDANCIAS

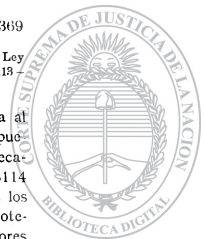
(Duranton, tom. 27, n° 291)—Cód. Frances, 1278—Laurent, tom. 18, n° 329 y siguientes.

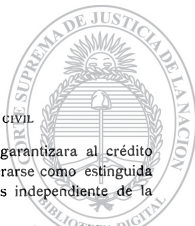
La hipoteca continúa garantizando la nueva obligación: Para esto es necesario que la hipoteca sea dada por el mismo deudor; de lo contrario, ésta se estingue, á ménos que el tercero que ha dado el inmueble consienta en su continuacion (art. 804).

1º La reserva que haga el acreedor de conservar la hipoteca debe hacerse espresamente y en escritura pública (art. 803).

2º Como la hipoteca, en el caso legislado en el presente artículo, no es mas que la continuacion de la anterior, la fecha de su inscripción respecto de terceros debe considerarse la de la obligación primitiva.

Así, al verificarse la inscripción debe hacerse notar en ella que





ésta es la misma hipoteca anterior que garantizara al crédito novado. Si así no se hace, deberá considerarse como estinguida la primera inscripción y que la segunda es independiente de la primera; y su fecha será la del registro.

Hay que hacer algo como lo que ordena el art. 3935, para que no se considere esa inscripción como primera.

La renovación de la inscripción cuando se ha novado la primera obligación nos parece indispensable. La primera obligación desaparece para dar lugar a la segunda, y no sería posible conservar una inscripción garantiendo una obligación estinguida; la hipoteca continúa garantiendo la *nueva obligación*, dice el artículo que estudiamos; luego hay que hacer constar esto, es decir, que lo que garante es la nueva obligación.

Pero, repetimos, esta nueva inscripción, por lo mismo que equivale una renovación, su fecha para los efectos legales es la misma que la de la primera inscripción; produce el mismo efecto que la renovación hecha en tiempo, que sin estinguir la hipoteca la hace que *continúe* garantiendo la nueva obligación.

"La reserva, dice Laurent, tom. 18, n° 329, supone que la hipoteca conserva el rango que le da su inscripción; no tendría utilidad alguna si así no fuera."

"Pero la hipoteca no puede reservarse sino tal cual existe. De consiguiente, si la nueva deuda es mas considerable, la hipoteca reservada no la garante sino en los límites de la deuda antigua."

3191—La hipoteca dada por el fiador sub-iste, aun cuando la fianza se estinga por la confusión. (Concuerda con los arts. 525—865—2048.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 2, n° 293)—Laurent, tom. 31, n° 367—Nuestro comentario al art. 2048.

Aun cuando la fianza se estinga: Es decir, aun cuando se estinga por confusión la obligación personal del fiador, la hipoteca dada por el mismo continúa garantiendo el crédito.

3192—La consignación de la cantidad debida, hecha por el deudor a la orden del acreedor, no estingue la hipoteca antes que el acreedor la hubiese aceptado, ó que una sentencia pasada en cosa juzgada le hubiese dado fuerza de pago. (Concuerda con los arts. 756—758 á 763.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 20, n.º 295.)

3193—La hipoteca se estingue por la renuncia expresa y constante en escritura pública, que el acreedor hiciere de su derecho hipotecario, consintiendo la cancelación de la hipoteca. El deudor en tal caso, tendrá derecho á pedir que así se anote en el registro hipotecario ó toma de razón, y en la escritura de la deuda. (Concuerda con los arts. 868—873, última parte—1184, inc. 11—3047—3145—3199—3200—3201.)

CONCORDANCIAS

(Ley 40, Tit. 13 Part. 3—Ley 9, Tit. 7, Lib. 13, Dig.—Maynz, 253, n.º 4)—Laurent, tom. 31, núms. 372 y sigtes.

Expresa y constante en escritura pública: Esta forma de renunciar al derecho hipotecario es exclusiva; no puede hacerse tácitamente ni en forma privada. De modo que en ningún caso será permitido probar hechos de los cuales pudiera desprenderse la voluntad de renunciar.

En esto se ha separado nuestro Código del Derecho Francés y de los principios generales que rigen en materia de renuncia (art. 873) para seguir el principio que rige en materia de forma de contratos.

1º Sobre las personas que pueden renunciar puede verse los artículos citados y sus concordantes.

Consintiendo la cancelación, etc: Es decir, que en la escritura de renuncia se diga que consiente en que el deudor pida la cancelación de la hipoteca.

1º La renuncia puede aquí ser un acto unilateral, pues no es necesario la aceptación del deudor. Es la opinión de casi la unanimidad de los autores (Laurent, 372). La Ley de Partida, citada, no exige tampoco el consentimiento del deudor. (Véase art. 3047.)

2º La renuncia puede ser, ó solo de la garantía hipotecaria, y no del crédito, ó de ambas cosas á la vez; sobre esto, la ley citada, dice: "A maguer diese o quitase desta guisa el derecho que habie sobre el peño, con todo eso non se entiende quel quita el debdo que habie sobré, fueras ende si manifestamente dixiese quel quitaba el debdo como el derecho que habie sobre el peño".





En este mismo sentido debe interpretarse la renuncia del acreedor.

3191—La extincion de la hipoteca tiene lugar, cuando el que la ha concedido no tenia sobre el inmueble mas que un derecho resoluble o condicional, y la condicion no se realiza, ó el contrato por el que lo adquirió se encuentra resuelto. (Concuerda con los arts. 1847—1855—2507—2668 á 2672—2678—2918—3045—3125 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Ley 13, Tit. 6, Lib. 20, Dig.—Maynz, § 254)—Nuestro comentario al art. 3125—Pont, 1225—Laurent, tom. 31, n° 403.

Por los concordantes citados puede verse cuales son los casos en que la resolucion del derecho del constituyente tiene efecto contra los terceros acreedores hipotecarios.

En general cuando la adquisicion del inmueble está sujeto á una condicion resolutoria, es necesario para que perjudique al acreedor que el pacto comisorio conste en el mismo titulo de adquisicion (art. 2668, y nuestro comentario, 2669), aunque no conste en la escritura hipotecaria (art. 3125, última parte).

O condicional, y la condicion no se realiza: Se refiere aquí, como hemos dicho en el comentario al art. 3125, á una condicion resolutoria, pues solo puede hipotecar el que es propietario de una cosa, y no lo es en el sentido jurídico el que la adquiere bajo condicion suspensiva.

3195—Si el inmueble hipotecado tiene edificios y éstos son destruidos, la hipoteca solo subsiste sobre el suelo, y no sobre los materiales que formaban el edificio. Si éste es reconstruido, la hipoteca vuelve á gravarlo. (Concuerda con los arts. 2315—2319—3110—3112.)

CONCORDANCIAS

(LL. 18 y 21, Tit. 8, Lib. 43, Dig.—Troplong, *Hypot.*, tom. 4, n° 889—Maynz, § 254—Duranton, tom. 20, n° 325)—Nota del codificador al art. 2984.

La hipoteca subsiste sobre el suelo y no sobre los materiales: Cuando la destruccion viene por culpa del deudor, el acreedor, si no se le dan las seguridades de que habla el art. 3159, tendrá indudablemente derecho para impedir la enajenacion de esos materiales, que se consideran afectados al pago (argumento del mismo art. 3159).



1º Troplong, n° 889, explicando la razón del artículo, dice: "Cuando la construcción se ha destruido, hay un cambio de una especie en otra; la primera ha desaparecido, puesto que ya no existe la construcción. Los materiales forman una especie nueva. Hay mas, lo que se opera no es solamente la transformación de una especie en otra, es la mutación *ex subjecto in non subjectum* de que habla Cujas, y de la cual dice *omniū summa mutatio est*".

3196—La hipoteca se extingue aunque no esté cancelada en el registro de hipotecas, respecto del que hubiese adquirido la finca hipotecada en remate público, ordenado por el Juez con citación de los acreedores que tuviesen constituidas hipotecas sobre el inmueble, desde que el comprador consignó el precio de la venta a la orden del Juez. (Concuerda con los arts. 757, inc. 7—2122—3394.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile 2428—Goyena, 1806)—Troplong, tom. 4, n° 909—Laurent, tom 31, núms. 130 y sigtes.

Con citación de los acreedores: Citados éstos tendrán derecho a intervenir en la tasación que se haga del inmueble para la venta. "De este modo, dice Goyena, comentario al art. 1816, los acreedores no tendrán de qué quejarse, puesto que deben ser citados para que puedan evitar que se rebaje fraudulentamente el precio de los bienes que les están obligados".

1º Si la venta se ha hecho sin citación de los acreedores hipotecarios, la consignación del precio no extingue la hipoteca mientras los acreedores no la hayan aceptado. Si esa consignación no es aceptada, los acreedores no perderán su derecho a perseguir el inmueble del poder en que se encuentre, con arreglo al principio establecido en el art. 3162 y sus concordantes.

El Código de Chile, y Goyena, citados por el codificador son mas claros al respecto. El primero dice: "La hipoteca da al acreedor el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posee y a cualquier título que la haya adquirido. Sin embargo, esta disposición no tendrá lugar contra el tercero que haya adquirido la finca hipotecaria en subasta pública, ordenada por el Juez".

"Mas para que *esta escepcion surta efecto á favor de terceros*, deberá hacerse la subasta con citación personal, en el término



del emplazamiento, de los acreedores que tengan constituidas hipotecas sobre la misma finca.”

Goyena, en su art. 1808, después de sentar el principio consignado en el inciso primero del Código de Chile, dice: “Esta disposición *no tendrá* lugar contra terceros que hayan adquirido los bienes hipotecados en subasta judicial practicada *con citación de los acreedores*, etc.”

De manera que si el remate se ha hecho sin que se hayan citado los acreedores hipotecarios, y el precio del remate no alcanza para pagar sus créditos, pueden aquellos perseguir el inmueble en poder del adquirente por lo que falte, pues para ellos no puede surtir los efectos de extinguir la hipoteca una venta en que no han intervenido para vigilar sus intereses, aunque el comprador haya consignado el precio.

Á su vez el adquirente puede abandonar el inmueble y retirar la consignación.

2° Si después de verificado el remate, con citación de los acreedores, la transmisión del dominio no se lleva á cabo, por cualquier causa que sea, la hipoteca revive sin necesidad de una nueva inscripción (Fallos de la Suprema Corte, tom. 11, pág. 416, comentario al art. 3198).

3197 — La hipoteca se extingue pasados diez años desde su registro en el oficio de hipotecas. Concuerda con los arts. 1505—2613—3151—3187—4023.

CONCORDANCIAS

Notas del codificador á los arts. 2854 y 4023 —Nuestro comentario al art. 3151.

El presente artículo nos parece inútil existiendo el 3151, en el cual está mejor explicado su alcance. Véase su comentario.

En ese artículo se establece que la hipoteca solo garantiza el crédito por diez años, si ántes no se renovare la inscripción, lo que equivale á decir que la hipoteca se extingue á los diez años, que es lo que dice el presente artículo.

1° Por lo demás nos parece indudable que la extinción de la hipoteca, por la causa indicada, puede ser opuesta por todos los que tengan interés en ello, incluso del mismo deudor. Así, por ejemplo, si el deudor vende el inmueble y el acreedor entabla acción hipotecaria contra el adquirente, nada impide que aquél

evite los perjuicios de la persecución escepcionándose con la extinción de la hipoteca, si el mismo adquirente no lo hace.

3196—Si la propiedad irrevocable, y la calidad de acreedor hipotecario se encuentran reunidos en la misma persona, la hipoteca se extingue naturalmente. (Concuerda con los arts. 862—867—2931—3055—3182.)

CONCORDANCIAS

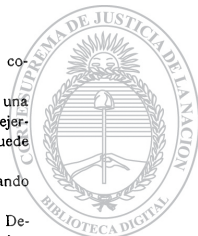
(Ley 29, Tit. 7, Lib. 13, Dig.—Ley 3, Tit. 2, Lib. 44, id.—Regla 12, Tit. 34, Part. 7—Tropilong, tom. 4, n° 847 y sigtes.—Duranton, tom. 20, n° 395 y sigtes.) —Fallos de la Suprema Corte. tom. 11. Serie 2, pág. 465—Laurent, tom. 31, n° 367—Fallos de la Cámara de la Capital en lo Comercial, tom. 4, pág. 126.

Si la propiedad irrevocable: Con estas palabras nuestro Código ha venido á determinar la base principal que debe tenerse en cuenta para la resolución de las cuestiones que se susciten sobre si la hipoteca revive cuando cesa la confusion. Cuando la propiedad es irrevocable, en el sentido de que el acreedor no pueda dejar de ser dueño de la cosa por una causa inherente á su título de propiedad, la cesacion de la confusion no hace revivir la hipoteca establecida. Pero si la confusion cesa por motivos ó vicios, de la misma adquisicion, ó por no haber podido el enajenante transmitir la propiedad ó dominio pleno, como en el caso del art. 3182, la hipoteca revive cesando la confusion, si por el trascurso del tiempo no está aquella estinguida, ó si no ha sido cancelada espresamente, sin necesidad de nuevo registro.

Por esto el codificador dice: “en el caso del artículo, las circunstancias son diversas, *pues no hay cancelacion en la hipoteca; queda registrada como lo estaba*, su extincion no depende de acto alguno, sino que sucede *ipso jure* desde que el acreedor adquiere el dominio del inmueble sometido á la hipoteca. Si este dominio se revoca por cualquier causa, la hipoteca queda anotada y registrada en el registro de hipotecas, y revive entónces sin perjuicio de los derechos de terceros”.

Si el dominio se revoca, por una causa ajena á la voluntad del adquirente, es claro que la propiedad adquirida no era *irrevocable*, y no siendo así, falta la principal condicion exigida por el artículo que estudiamos, para que la confusion estinga definitivamente la hipoteca. En estos casos la revocacion tiene efec-





to retroactivo al tiempo de la adquisicion y por esto queda como no estinguida la hipoteca.

Cuando el dominio trasmitido es revocable, hay solo una suspension del derecho hipotecario por la imposibilidad de ejercerlo mas que por otra causa, puesto que una persona no puede tener hipoteca sobre sus propios bienes.

1º De modo que la eviccion hace revivir la hipoteca, cuando la causa es anterior al contrato de adquisicion.

"Si la causa de la eviccion es posterior al contrato, dice Demolombe, tom. 4, nº 848, ó *voluntaria* de parte del acreedor, ninguna duda hay que la hipoteca estinguida no revive. *Obligatio semel extincta non revivis cit nisi justa causa subrit es quæ æquitas subvehit.*"

Cuando la causa es anterior al contrato de enajenacion, la revocacion del dominio tiene necesariamente efecto retroactivo y se considera que la confusion nunca se ha operado (arts. 3181 y 3182).

2º Para que pueda oponerse la confusion es necesario que la adquisicion se haya consumado por la escritura de enajenacion y por la tradicion; no basta lo primero, porque, como decia el Juez de Seccion doctor de la Torre, en el fallo citado, "no habiendo ésta llegado á consumarse ni á tener ejecucion, no podia producir los efectos jurídicos inherentes á tal acto cuando se presenta concluido é irrevocable".

CAPITULO VIII

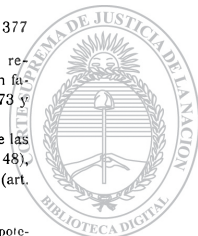
De la cancelacion de las hipotecas

3199—La hipoteca y la toma de razon se cancelarán por consentimiento de partes que tengan capacidad para enajenar sus bienes, ó por sentencia pasada en cosa juzgada. (Concuerda con los arts. 1040—1200—3187—3193—3197—3200.)

CONCORDANCIAS

Goyena, 1862 á 1865—Cód. Frances, 2157—Cód. de California, 2043 y 2044—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 3, pág. 113 y 206.

Aunque el registro no esté cancelado, la hipoteca no puede ser opuesta á terceros cuando en realidad está estinguida, como en el caso del art. 3197, por ejemplo.



Que tengan capacidad para enajenar: Y si es por representación, como el tutor, el administrador, etc., etc., estén facultados para hacer la cancelacion. (Véase Pont, núms. 1073 y siguientes.)

1º La cancelacion puede ser demandada por cualquiera de las partes interesadas, por el acreedor, por el deudor (art. 3148), por los poseedores de los inmuebles hipotecados, etc., etc. (art. 3166).

3200—Los tribunales deben ordenar la cancelacion de las hipotecas cuando la toma de razon no se ha fundado en instrumento suficiente para constituir hipoteca, ó cuando la hipoteca ha dejado de existir por cualquier causa legal, ó cuando el crédito fuere paga lo. (Concuerda con los arts.—1044—3128 y sigtes.—3187—3188—3193—3199.)

CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 2160—Goyena, 1865—Pont, núms. 1982 y sigtes.

Deben ordenar la cancelacion de las hipotecas: La demanda debe dirigirse contra el titular del crédito inscripto (Pont, nº 1084).

La cancelacion puede ser pedida como demanda principal ó como escepcion, segun los casos (art. 3166); debe ser á mas entablada ante el Juez de la jurisdiccion donde se ha hecho la inscripcion.

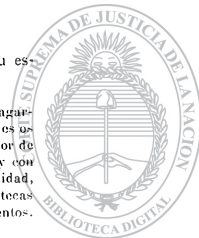
3201—El oficial anotador de hipotecas no podrá cancelarlas si no se le presentan instrumentos públicos del convenio de las partes, del pago del crédito, ó de la sentencia judicial que ordene la cancelacion. (Concuerda con los arts. 879—1184, inc. 9, 10 y 11—3203.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 3337)—Cód. Frances, 2158.

Instrumento público del convenio de las partes: Por lo mismo que la obligacion hipotecaria consta de instrumento público, la en que se modifica ó deja sin efecto debe ser tambien en la misma forma de instrumento (art. 1184, inc. 11).

No bastaria que las partes se presentasen al registro de hipotecas manifestando querer hacer la cancelacion, pues el registro no está destinado á contener escrituras públicas, sino á con-



tener la enunciación de la formación de la obligación y su extinción.

3202—Si la deuda por la cual la hipoteca ha sido dada, debe pagarse en diferentes plazos, y se han dado al efecto letras ó pagarés, es os documentos y sus renovaciones deben ser firmados por el anotador de hipotecas, para ser tomados en cuenta del crédito-hipotecario; y con ellos el deudor ó un tercero, cuando estuviesen pagados en su totalidad, puede solicitar la cancelación de la hipoteca. El anotador de hipotecas debe mencionar la fecha del acto de donde se derivan esos instrumentos. (Concuerda con los arts. 813—1184, inc. 11—3188.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana. 3340 y sigtes.)—Fallos de la Cámara de la Capital, tom 3, pág. 205.

Estos documentos deben ser firmados por el anotador de hipotecas: ¿Es necesario que se presente el acreedor y el deudor para que el jefe del registro firme el documento? ¿Es necesario, si se presenta solo el deudor, que aparezca este cancelado? En una y otra hipótesis, estamos por la negativa. Bastará que se presente uno de los dos, ó el acreedor ó el deudor, con el documento. Nos fundamos para esto en el art. 878, en el cual se establece que el documento de la deuda en poder del deudor hace presumir que ha sido entregado voluntariamente por el acreedor para cancelarla.

De consiguiente, al anotador le basta que se le presente dicho documento para que lo firme. Á mas, éste art. mismo autoriza al deudor para presentarse solo.

Puede solicitar la cancelación de la hipoteca: ¿De quién se debe solicitar? Es indudable que del Juez, quien, constatada la autenticidad de los documentos que se presentan cancelados, ordenará la cancelación del registro, pues con arreglo á lo dispuesto en el art. 3201, el anotador no puede hacer esto si no se le presenta algunos de los documentos de que habla dicho artículo 3201.

No es, como dice el doctor Segovia en la nota 208 á este artículo, que se pueda pedir al anotador la cancelación con solo la presentación de esos documentos, fundándose en que no puede tener otro objeto la presentación de cada documento al ser pagado.



Precisamente de esto último parte el error, pues el objeto de la presentación de esos documentos para que el anotador los firme, es como el mismo artículo lo dice: *para ser tomados en cuenta del crédito hipotecario*, es decir, para que el jefe del registro los anote en la inscripción, y puedan de este modo los terceros interesados conocer con exactitud el estado de la deuda inscrita.

Así, por ejemplo, conviene al deudor y á los terceros interesados, conocer si de una deuda de 10,000 \$ que debía abonarse en pagos parciales, se había ó no disminuido. En ese registro es donde los terceros van á conocer el monto de las deudas que pesan sobre tal ó cual inmueble, y esto no podría verificarse sin esta precaución, es decir, sin que conste allí las modificaciones que ha sufrido el crédito. Si no se anotasen esos pagos parciales, siempre aparecería á los ojos de terceros que el inmueble hipotecario estaba afectado á toda la deuda primitiva, cuando en realidad no se debía sino una suma insignificante, pues que la cancelación no se hace sino cuando se paga el todo (art. 3188 y sus concordantes).

Este es el objeto de la presentación de los documentos pagados, y no para que sirvan para exigir con ellos del mismo anotador la cancelación total. Sobre todo, la ley manda que cuando no conviene el acreedor, el Juez debe ordenar la cancelación de la hipoteca (arts. 3200, 3201 y 3203).

3203—Si el acreedor estuviese ausente y el deudor hubiese pagado la deuda, podrá pedir al Juez del lugar donde el pago debía hacerse, que cite por edictos al acreedor para que haga cancelar la hipoteca, y no compareciendo le nombrará un defensor con quien se siga el juicio sobre el pago del crédito y cancelación de la hipoteca. (Concuerda con los arts. 115--757, inc. 3—3192.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 3849.)

Y el deudor hubiese pagado la deuda: Sea que el pago lo haya hecho al mismo deudor, ó que juntamente con la demanda consigue el valor del crédito, el procedimiento á observar es el mismo.

1º En la prueba de haberse pagado la deuda, deberá exigirse la misma que se exigiría si se tratase de una demanda en que se cobrare la misma cantidad, salvo las disposiciones especiales relativas al pago, como, por ejemplo, en el caso del art. 878 u otros así.



TÍTULO XV

De la prenda

3204—Habrà constitucion de prenda cuando el deudor, por una obligacion cierta ó condicional, presente ó futura, entregue al acreedor una cosa mueble ó un crédito en seguridad de la deuda. (Concuerda con los arts. 1142—2503, inc. 6—3116—3211—3212.)

CONCORDANCIAS

(Ley 1, Tit. 13, Part. 5—Cód. Frances, 2071, 2072—Holandes, 1196—Zacarise, § 779, nota 7—Troplong, *Age*, n° 199 y sigtes.—Duranton. tom. 18, n° 518)—Laurent, tom, 2, núms. 435 y 436.

Cierta ó condicional, presente ó futura: De aquí se sigue que toda clase de deuda puede ser asegurada con prenda.

1º La prenda es un contrato accesorio que tiene por objeto asegurar el cumplimiento de la obligacion, como la hipoteca.

“Es, á mas, dice Laurent, citado, un contrato unilateral, pues que solo el acreedor se obliga; el deudor no se obliga al dar esta seguridad al acreedor para el pago de la deuda. Es verdad que el deudor puede tambien encontrarse obligado en virtud del contrato de prenda, por ejemplo, cuando el acreedor ha hecho gastos para la conservacion de la prenda, pero esta obligacion es solo accidental; resulta de los gastos hechos, y no del contrato de prenda; el contrato por sí mismo obliga solo al acreedor á devolver la cosa; solo el acreedor contrae una obligacion principal, y esto es lo que caracteriza el contrato unilateral.”

3205—La posesion que el deudor da al acreedor de la cosa constituida en prenda, debe ser una posesion real en el sentido de lo estable-



cido sobre la tradicion de las cosas corporales. Él responde de la eviccion de la cosa dada en prenda. (Concuerta con los arts. 1459 y sigtes. —2374—2460—3265.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Francos, 2076—Holandes, 1199—De Luisiana, 3129—Troplog, 649e, núms. 98, 99 y 309—Demaute, 896)—Nota del codificador al art. 2374—Fallos de la Suprema Corte, Serie 2, tom. 14, pág. 492—Fallos de la Capital, tom. 9, pág. 450.

Debe ser una posesion real: Esto es una consecuencia de lo dispuesto en el articulo anterior, cuando dice que para que haya prenda es necesario que se *entregue* al acreedor la cosa objeto de ella.

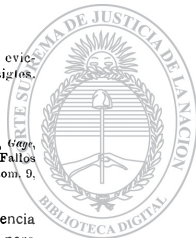
Cuando nuestro Código habla de posesion real, se refiere á la posibilidad fisica de poder disponer de la cosa, siempre que ésta salga del dominio del deudor. "En la adquisicion de la posesion de las cosas muebles, la presencia inmediata, puede, dice el codificador en la nota al art. 2374, sin ninguna ficcion reemplaza á la aprehension real. Esta clase de aprehension es la mas comun, cuando la extension ó el precio de la cosa es tan considerable que no se puede remover fácilmente".

Siempre es indispensable que la cosa salga de poder del deudor, y que los terceros puedan fácilmente conocer que el acreedor tiene la posesion. "Es de la esencia del contrato de prenda, decia una Corte Francesa (Daloz, 1876, 1, n° 219) que la toma de posesion del acreedor sea un hecho aparente, de una notoriedad suficiente para advertir á los terceros que la cosa está dada en prenda, y que no forma parte del activo libre del deudor".

La prueba de haberse hecho la tradicion con arreglo á derecho puede hacerse por todos los medios legales, pues no estando este acto sujeto á una formalidad especial, su ejecucion es una cuestion de hecho, que los Jueces aprecian segun las circunstancias (Baudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 1026).

Respecto á la tradicion de los créditos, puede verse el art. 3209 y sus concordantes.

3206—Los derechos que da al acreedor la constitucion de la prenda solo subsisten mientras está en posesion de la cosa ó un tercero convenido entre las partes. (Concuerta con los arts. 886—887—2412—2447—765—2767—2781—3207—3208—3889—3890.)



CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2076 --Duranton. tom. 18. n° 524) --Rogron. comentario al art. 2076 frances.

O de un tercero convenido entre las partes: El contrato de prenda es un contrato real, que solo se perfecciona por la entrega de la cosa, objeto de la garantía. Salida la cosa de poder del deudor, sin que otro la reciba para poseerla á su nombre, desaparece la prenda (art. 3880 y nota al mismo). Esto, en principio general: pero hay casos en que, aun cuando la cosa no esté en poder del acreedor ni en el de un tercero con autorizacion del primero ó de ambos, el derecho de prenda subsiste, en el sentido de que puede reivindicarla durante tres años (art. 3890 y sus concordantes).

Esto sucede cuando ha salido de su poder contra su voluntad, ó cuando el solo acreedor se la ha entregado á un tercero que se obligó á devolvérsela (art. 3208).

1º Cuando la cosa se encuentra en poder del deudor, la presuncion es que el acreedor ha renunciado á la prenda (art. 886 y 887).

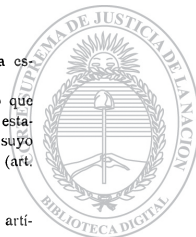
2º Para probar la existencia de la prenda ¿bastará la declaracion del tercero á quien el acreedor dice haber sido entregada la cosa de comun acuerdo?

Creemos que es necesario distinguir el caso en que la cuestion sobre la prueba de la existencia de la prenda se ventile entre el deudor y el acreedor, y el caso en que se trate de probar su existencia respecto á terceros.

El segundo caso está resuelto espresamente por el art. 3217, al decir que la constitucion de la prenda no perjudica á terceros sino cuando es hecha por escritura pública ó privada de fecha cierta; ese artículo es exactamente aplicable á nuestro caso. Aquí, la prueba de la existencia del contrato consistiria únicamente en la declaracion del tercero que se dice encargado por las partes para guardar la prenda; esa sola declaracion no bastaria para oponerla á terceros.

Respecto al primer caso, parece indudable que la declaracion del tercero podria ser opuesta al deudor que negase la existencia de la prenda, porque en estos casos, como lo dice el codi-





ficador en la nota al art. 3217, la prueba de su existencia estaría sujeta al derecho común.

Desde que la cosa se encuentra en poder de un tercero que declara tenerla á nombre de ambos, el deudor tendría que establecer lo contrario, es decir, que la tiene como depositario suyo únicamente, como cuando el depositario se dice propietario (art. 2201 y su comentario).

3º El tercero debe ser considerado como depositario.

Sobre las demás cuestiones á que puede dar lugar este artículo, véase Rogron, lugar citado.

3207—Cuando el objeto sobre el cual la prenda ha sido constituida no se ha entregado al mismo acreedor, sino que se encuentra en poder de un tercero, es preciso que éste haya recibido de ambas partes el cargo de guardarlo en el interés del acreedor. (Concuerda con los arts. 2462, inc. 2—3206.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 433, n° 4) — Véase lo dicho en el artículo y comentario anterior — Laurent, tom. 28, n° 485.

Que éste haya recibido de ambas partes: Ya hemos dicho que este convenio debe constar en un auto auténtico. Si el encargo solo ha sido hecho por una de las partes no habría prenda, pues que con esto no se opera la tradición que la ley exige, y que necesita el concurso de la voluntad de ambas partes, la cual puede manifestar, y surtir todos sus efectos, en la forma establecida en el art. 2386.

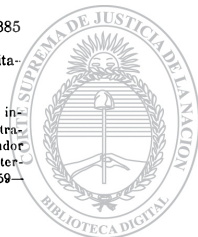
3208—Se juzga que el acreedor continúa en la posesión de la prenda, cuando la hubiese perdido ó le hubiere sido robada, ó la hubiera entregado á un tercero que se obligase á devolverla. (Concuerda con los arts. 887—2414—2765—2780—3227—3890.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 433, n° 4.)

Si hubiese perdido ó le hubiese sido robada: Esto es una repetición de los concordantes de este artículo.

Que se obligó á devolverla: La razón está en los arts. 2446 á 2449.



Este artículo bien ha podido suprimirse en vista de los citados.

3209—Si el objeto dado en prenda fuese un crédito, ó acciones industriales ó comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, ó á un tercero aunque él sea superior á la deuda. (Concuerda con los arts. 1459—1460—1461—2388—2390 á 2391—3265.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Goge*, núms. 261 y 278—Zacarías, § 779, n° 12—Duranton, tom. 18, n° 527.)

Los artículos concordantes, citados, complementan el presente en lo que se refiere al modo de hacerse la tradicion de los distintos papeles de créditos, conocimientos de mercaderías, etc., etc. (Véase la nota del codificador á este artículo.)

3210—Una nueva prenda puede ser dada sobre la misma cosa, con tal que el segundo acreedor obtenga conjuntamente con el primero, la posesion de la cosa empeñada, ó que ella sea puesta en manos de un tercero por cuenta comun. El derecho de los acreedores sobre la cosa empeñada seguirá el orden en que la prenda se ha constituido. (Concuerda con los arts. 2991—3157—3934.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 392—Troplong, n° 316)—Nota del codificador al Título "De los Derechos reales".

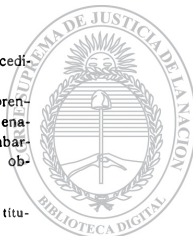
De un tercero por cuenta comun: Ó en poder de uno de los acreedores por convenio expreso de ambos; de este modo el tenedor reúne al mismo tiempo que el carácter de acreedor prendario, el de depositario respecto al otro acreedor.

Nunca podrá quedar la cosa en poder del mismo deudor, porque entónces pierde su carácter principal el contrato de prenda.

3211—Todas las cosas muebles y las deudas activas pueden ser dadas en prenda. (Concuerda con los arts. 1454—1455—3209—3212.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 54 y sigtes.)—Laurent, tom. 28, n° 445.



Las deudas activas: Es decir, las deudas que sean cedibles, y, por consiguiente, embargables.

Las que no tienen este carácter no pueden ser objeto de prenda, por cuanto el acreedor prendario está autorizado para enajenar la prenda si no se le paga. Un crédito que no es embargable como una pension alimenticia, etc., etc., no puede ser objeto de una prenda.

3212—No puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito. (Concuerda con los arts. 1451—1455—3204—3211.)

CONCORDANCIAS

(Zacarias, § 779, nota 12—Trop long, n° 278.)

Que no conste por escrito: El contrato sería, en tal caso, absolutamente nulo aun cuando se hubiera hecho por escrito.

Así, por ejemplo, si Pedro debe á Juan una cantidad de dinero sin que exista documento escrito, este último no podría ceder la accion que le compete contra el primero para asegurar á su acreedor el cumplimiento de una deuda, pues que esto no importa una tradicion, como dice Trop long, lugar citado. Cuando mas, esto sería una cesion de crédito si reunia los requisitos necesarios para ello.

3213—Solo puede constituir prenda el que es dueño de la cosa y tiene capacidad para enajenarla, y solo puede recibir la cosa en prenda, el que es capaz de contratar. El acreedor que de buena fe ha recibido del deudor un objeto del cual éste no era propietario, puede, si la cosa no fuese perdida ó robada, negar su entrega al verdadero propietario. (Concuerda con los arts. 1302—2412 á 2415—2765—2767—2768—2771—2781—3214—3216—3894.)

CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, L. 7, Tit. 13, Part. 5ª—Zacarias, § 779, nota 1—En cuanto á la segunda, Trop long, Gage, núms. 70 y sigtes.—Aubry y Rau, § 493—Duranton, tom. 18, n° 593, y tambien Zacarias, lugar citado.)

El que es dueño de la cosa: Este es un principio general que poquisima aplicacion tiene, pues solo cuando la cosa es robada ó perdida, ó cuando el acreedor la recibe de mala fe sabiendo que es ajena, tiene aplicacion (2ª parte de este artículo y sus concordantes.)

1º Pensamos que habria sido mejor suprimirlo, por lo ménos la segunda parte, por estar comprendida ya su parte dispositiva en los concordantes citados. (Véase comentario al art. 3215).

3214—Si la cosa se ha perdido ó ha sido robada á su dueño, y el deudor la ha comprado en venta pública ó á un individuo que acostumbraba vender cosas semejantes, el propietario podrá reivindicarla de manos del acreedor, pagándole lo que le hubiese costado al deudor. (Concuerda con los arts. 2422—2767—2768—2781.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, n° 598.)

El presente artículo, al mismo tiempo que constituye una escepcion al principio sentado en la segunda parte del artículo anterior, es una repeticion del 2768.

De la combinacion de todos estos artículos se deduce: 1º Que la prenda de cosa ajena produce todos sus efectos cuando el acreedor la ha recibido de buena fe; 2º Que si la cosa ha sido robada ó perdida, aunque el acreedor sea de buena fe, está sujeto á la reivindicacion; 3º Que esta reivindicacion no puede tener lugar aunque la cosa haya sido robada ó perdida cuando el deudor la hubiese adquirido en remate público ó de un individuo que acostumbraba vender cosas semejantes en venta pública (arts. 2768 y 2771).

Lo que hubiese costado al deudor: Aunque el crédito por que habia sido dada en prenda fuese mayor que el precio de adquisicion, el acreedor estará obligado á entregarla. En tal caso tendrá derecho á exigir una nueva prenda, en los términos establecidos en el art. 3215.

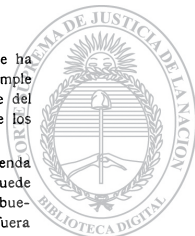
3215—Cuando el acreedor ha recibido en prenda una cosa ajena que la crea del deudor, y la restituye al dueño que la reclamare, podrá exigir que se la entregue otra prenda de igual valor; y si el deudor no lo hiciera, podrá pedir el cumplimiento de la obligacion principal, aunque haya plazo pendiente para el pago. (Concuerda con los arts. 2089—2106—2158—2159—3160—3213.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2891)—Laurent, tom. 28. núms. 440 y sigtes.

Podrá exigir que se le entregue otra prenda de igual valor: El carácter de la posesion que el acreedor tiene de las





cosas dadas en prenda, no tiene nada de especial, como se ha creído por algunos; es un verdadero poseedor, y no un simple *tenedor*; su posesion le da un título distinto é independiente del que tenía su deudor, sin que participe en consecuencia de los caracteres de la de su deudor.

Así, según el art. 3213, el que de buena fe recibe en prenda una cosa ajena, aunque sea de un deudor de mala fe, puede repeler la acción del reivindicante fundándose en su propia buena fe. Los vicios de la posesion del que se la transmitió, fuera del caso de ser la cosa robada ó perdida, no pueden perjudicarle (art. 2767 y sus concordantes).

De manera que, fuera del caso de ser las cosas robadas ó perdidas, pueden presentarse en este sentido dos hipótesis distintas, á saber: 1º La prenda de cosa ajena dada por un deudor de mala fe á un acreedor que la recibe de buena fe; 2º Un deudor de buena fe la entrega á un acreedor de buena fe también. En el primer caso, si el deudor por su mala fe no pudo defenderse, aunque el acreedor puede, por su buena fe, resistir á la reivindicacion que se dirija contra él, tiene la facultad de no valerse de este medio y devolver la cosa al deudor y exigirle otra, sin que el deudor le pueda exigir que resista él mismo la reivindicacion, fundándose en su posesion de buena fe. En este mismo sentido se ha decidido en derecho frances. (Laurent, citado).

Parece que el Dr. Segovia, en la nota 27, piensa, que "la ley no debe atender, como dice, los escrúpulos exagerados y hasta sospechoso del acreedor pignoraticio que no quisiera mantener en su poder una cosa que en su origen fué ajena".

En primer lugar no vemos la razon, ni encontramos testo que lo exija, para obligar al acreedor á resistir en su poder una cosa, cuya propiedad se le demuestra que no es del que se la ha dado en prenda; y en segundo lugar, que aun cuando el acreedor consintiera en esto, el dueño de la cosa siempre tendría una acción contra el deudor por el valor de la cosa transmitida de mala fe (art. 2785 y sus concordantes).

En la segunda hipótesis, la reivindicacion no es posible, y desde que el deudor mismo tenga cómo repeler la acción que se entable contra él, para el acreedor le es completamente indife-

rente pues que de todos modos la cosa pertenecía á su deudor.

Otra prenda de igual valor: Si las partes no se ponen de acuerdo en esto, el Juez decidirá previo informe de peritos sobre el precio de la cosa.

3216—La prenda de la cosa ajena, aun cuando no afecte á la cosa, produce sin embargo obligaciones personales entre las partes. (Concuerda con los arts. 1178—2198—2199—3213.)

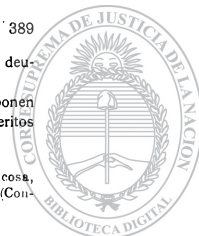
CONCORDANCIAS

Troplong, núms. 59 y sigtes.

Obligaciones personales entre las partes: Estas obligaciones se determinarán según la buena ó mala fe de las partes contratantes respecto al conocimiento que hayan tenido de que la cosa era ajena. De todos modos, y en todos los casos, la deuda personal del deudor para con el acreedor subsiste independientemente de la existencia de la obligación accesoria de la prenda (Troplong, lugar citado).

No sucede lo mismo respecto al derecho de exigir una nueva prenda, ó los daños y perjuicios y la pérdida del plazo estipulado en el contrato, para lo cual hay que hacer las distinciones siguientes: 1º Si el acreedor es de buena fe, y lo es también el deudor, el primero tiene el derecho acordado en el art. 3215; 2º Si solo es de buena fe el acreedor y no el deudor, el primero tendrá, á mas del derecho acordado por el art. 3215, el acordado por el 1178; 3º Si el acreedor sabía que la cosa era ajena, se supone que ha querido correr los riesgos; en tal caso, solo tendrá derecho á exigir el pago de la deuda á su vencimiento, y no otra prenda, ni los daños y perjuicios: "*Sed si sciens*, dice el Derecho Romano, *creditor accipiat, vel alienum, vel obligatum, vel morbosum contrarium et non competit*".

3217—La constitución de la prenda para que pueda oponerse á terceros, debe constar por instrumento público ó privado de fecha cierta sea cual fuere la importancia del crédito. El instrumento debe mencionar el importe del crédito y contener una designación detallada de la especie y naturaleza de los objetos dados en prenda, su calidad, su peso y medida, si estas indicaciones fuesen necesarias para determinar la individualidad de la cosa. (Concuerda con los arts. 974 á 976.)



CONCORDANCIAS

(Zacarías, § 770, notas 4, 7 y 8)—Nota del codificador al art. 3240—Goyena, 1774 y su comentario—Laurent, tom. 28, n° 455.

Instrumento público ó privado de fecha cierta: Entre las partes no es necesario esto; puede hacerse aun verbalmente, pero su prueba está sujeta á las reglas generales en materia de contratos. Así, si pasa de doscientos pesos no podrá probarse sino por escrito (arts. 1193 y sus concordantes).

Contener una designacion, etc., etc.: Lo que la ley quiere es que en el mismo instrumento constitutivo de la prenda se encuentren los elementos necesarios para conocer con exactitud el objeto ú objetos dados en prenda. Si el instrumento no es claro al respecto, por faltar alguna de las designaciones á que se refiere el artículo, la duda se interpretará en favor de los terceros. Así, cuando hay duda sobre si tal ó cual objeto de varios que se encuentran en poder del acreedor, está afectado como prenda, se decidirá que no lo está.

Si estas indicaciones fuesen necesarias: De aquí se sigue que la falta de las indicaciones exigidas en el artículo no trae la nulidad del contrato respecto de terceros, cuando sin necesidad de ellos, en el mismo instrumento hay elementos para reconocer cual es el objeto ú objetos afectados al acreedor prendario. Esas indicaciones no constituyen una forma sacramental del contrato de prenda, sino únicamente el medio de evitar dudas y dificultades. Las palabras que estudiamos no dejan duda al respecto.

3219—Si existiere, por parte del deudor que ha dado la prenda, otra deuda al mismo acreedor contratada posteriormente, que viniese á ser exigible ántes del pago de la primera, el acreedor no está obligado á devolver la prenda ántes de ser pagado de una y otra deuda, aunque no hubiese estipulacion de afectar la cosa al pago de la segunda. (Concuerdia con los arts. 3219 á 3221—3261.)

CONCORDANCIAS

(Véase L. 22, Tit. 13, Part. 5°—L. única, Tit. 27, Lib. 8, Cód. Romano—Cód. Frances. art. 2082—Napolitano, 1952—Holandes, 1205—Troplong, *Gage*, núms. 463 y sigtes.—Duranton, tom. 18, n° 546—Aubry y Rau, § 494, n° 1—Demante, n° 869)—Nota del codificador al art. 3889—Goyena, 1779.



**El acreedor no está obligado á devolver la prenda.**

Esto es solo un derecho de retencion; pero no constituye una prenda propiamente con respecto á terceros (art. 3220. Véase nota del codificador al art. 3889); respecto de ellos quedará en el mismo caso que cualquier acreedor quirografario.

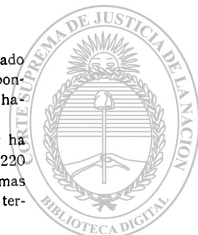
Sin embargo, su derecho de retencion tiene aquí una especialidad, y es que si el deudor constituye una segunda prenda, ese segundo acreedor no puede, pagando la primera obligacion, exigir la entrega de la prenda sin pagar tambien la segunda. La solucion contraria resulta á primera vista de la nota del codificador al art. 3889, combinada con el art. 3220; pero un estudio detenido de los términos de este artículo y del 3210 y la razon misma del que estudiamos, confirman la solucion que damos nosotros.

Desde que no se puede constituir una prenda sin dar la posesion al acreedor, lo cual se exige de una manera espresa tambien por el art. 3210 para el caso de una segunda prenda, y desde que por el artículo que estudiamos el acreedor no está obligado á entregar la cosa mientras no se le paguen las dos deudas, el acreedor no puede constituir una segunda prenda desde que no puede dar la posesion de la cosa.

Goyena, cuyo art. 1779 es exactamente igual al nuestro, sosteniendo la misma doctrina, da como razon esa misma imposibilidad en que se encuentra el deudor para dar la posesion de la cosa á su segundo acreedor. "La ley, 27, lib. 8 del Cód., dice este autor, hace una escepcion inadmisibile segun nuestros arts. 1772 y 1773; á saber, si el deudor enajena ó vuelve á empeñar la prenda á otro, y éste quiere pagar al acreedor la primera deuda, cesa el derecho de retencion por la segunda". El art. 1773 á que se refiere Goyena, exige, como nuestros artículos 3204, 3205 y 3210, para la validez de la prenda, la entrega real de ella al deudor.

Desde que el acreedor *tiene derecho á retener la prenda, mientras no se le paguen las dos deudas*, es claro que el deudor no puede constituir una segunda prenda sobre una cosa que no está en su poder y que no tiene derecho á exigir le sea entregada. (Véase final de la nota del codificador al art. 3939.)

Por otra parte, sin esa entrega real, el segundo acreedor no adquiere ningun derecho, y si no lo tiene, mal puede tener per-



sonería para demandar su entrega. Tendría que ser demandado por el mismo deudor, y entónces el acreedor prendario le opondría la escepcion del artículo, diciendo que sus créditos no habían sido pagados.

La ley, sobre todo, no distingue el caso en que el deudor ha constituido una segunda prenda y el que no. Solo el art. 3220 contiene una limitacion espresa, pero esa limitacion confirma mas bien el derecho de retencion, que puede ejercerse aun contra terceros acreedores.

Si de estas consideraciones, pasamos al fundamento mismo del artículo, la interpretacion que le damos resalta igualmente.

En efecto: cuando el artículo permite retener la prenda hasta el pago de las dos deudas, es porque el legislador ha tenido en cuenta, como dicen Goyena y los autores franceses (Laurent, tom. 28, n° 504) un convenio tácito entre las partes. "Si el deudor, dice aquel autor, no exige segunda prenda por la nueva deuda, será indudablemente por considerar que la prenda ya dada basta para la seguridad y pago de las dos deudas".

El art. 3219, nuestro, que contiene una restriccion al que estudiamos, se funda precisamente en que no habiendo la deuda nacido de una convencion entre el deudor y el acreedor prendario, no ha podido entrar en la prevision de las partes el que la prenda garantizaría las dos deudas. Goyena, da este mismo fundamento á la escepcion, en su comentario al art. 1779.

3219—La disposicion del artículo anterior no tiene lugar si la nueva deuda, aunque debida por el mismo deudor, y exigible ántes del pago que aquella por la que la prenda se habia constituido, perteneciese al mismo acreedor por haberla recibido de un tercero, por cesion, subrogacion, ó sucesion. (Concuerda con los arts. 3218—3270.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, n° 546—Troplong, *Gage*, n° 458—Zacarías, § 780, nota 5)—Goyena, comentario al art. 1779.

Por haberla recibido de un tercero: En este caso, el convenio tácito en que se funda el artículo anterior al acordar el derecho de retencion no ha podido tener lugar—(Laurent, tom. 28, n° 507).

3220—El derecho del acreedor sobre la prenda por la segunda deuda

está limitado al derecho de retencion, pero no tiene por ella los privilegios del acreedor pignoraticio, al cual se le constituya espresamente la cosa en prenda. (Concuerda con los arts. 3219—3889.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 434, n° 3—Tropiong, n° 465—Zacarise, § 780, nota 7)—Nota del codificador al art. 3939—Laurent, tom. 28, n° 508.)

Pero no tiene por ella privilegio: El Código Frances ha dado lugar á serias dificultades por falta de una disposicion espresa semejante á la presente; pero la doctrina del artículo es la que ha prevalecido, como puede verse en Laurent, lugar citado.

Aunque el derecho de retencion y el privilegio del acreedor pignoratario tienen entre sí mucha analogía, hay sin embargo entre ellos diferencias esenciales; tal es, por ejemplo, la de que el privilegio se ejerce contra los terceros y da al acreedor un derecho de preferencia en el pago de su deuda, aunque la cosa salga de poder del acreedor, mientras que el derecho de retencion se ejerce contra el deudor esclusivamente, respecto al cual, como dice Laurent, no es cuestion de preferencia. Sobre esto puede verse la estensa nota del codificador al art. 3939.

3221—El derecho de retencion de la prenda, en el caso del artículo anterior, no tiene lugar cuando la prenda ha sido constituida por un tercero. (Concuerda con los arts. 804—3218—3220.)

CONCORDANCIAS

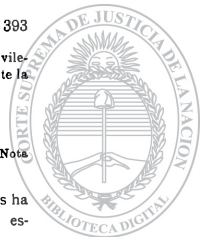
(Zacarise, § 780, nota 7.)

Por un tercero: La razon es que la intencion del tercero dueño de la prenda, al prestarla, ha sido únicamente comprometerla por el crédito actual y que conoce, y no por las futuras.

3222—Es nula toda cláusula que autorice al acreedor á apropiarse la prenda, aun cuando ésta sea de menor valor que la deuda, ó á disponer de ella fuera de los modos establecidos en este título. Es igualmente nula la cláusula que prive al acreedor solicitar la venta de la cosa. (Concuerda con los arts. 1203—1380—3251—3252.)

CONCORDANCIAS

(LL. 12, 41, 42 y 48, Tit. 13, Part. 5°—Cód. de Austria, art. 1371—Duranton, tom. 18, n° 537—Tropiong, núms. 378 y sigtes.—Demante, n° 861)—Goyena, 1775—



Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 8, pág. 450—Laurent, tom. 28, núms. 509 y sigtes.—518 á 521—Cód. Frances, 2078.

Que autorice al acreedor apropiarse de la prenda.
Esta cláusula será nula aun cuando se disfrace con el nombre de pacto de retroventa (art. 1380).

1º ¿Será válido el convenio posterior al contrato de prenda en que se autorice al acreedor para quedarse con ella? Creemos con Troplong que sería nulo también, pues el fundamento de la prohibición de la ley es idéntico en uno y otro caso, por cuanto el deudor está siempre bajo la dependencia de su acreedor por el rigor que puede usar en la ejecución del contrato—(Pont, nº 1157)—Laurent, nº 519 piensa que puede hacerse este pacto en el intervalo que media desde la formación de la obligación hasta su vencimiento; Pont demuestra los peligros á que se vería espuesto un deudor en casos semejantes.

Es por esto que el art. 3223 permite que el acreedor quede con la prenda por el precio que se estipule al vencimiento de la obligación, ó despues de éste, pues nada impide que el deudor venda en cualquier tiempo la prenda al acreedor, no por un precio estipulado de antemano, sino por el que se estipule en el momento de la venta.

Que prive al acreedor solicitar la venta de la cosa:
¿Puede el deudor exigir que el acreedor proceda á la venta de la prenda una vez vencido el plazo? Pensamos que sí; sería injusto autorizar al acreedor para dejar acumular los intereses que no pudiera pagar el deudor si no vendiendo la cosa dada en prenda. Un deudor que con la venta de la prenda pudiera pagar su deuda se vería privado de este recurso si al acreedor le convenia seguir con la prenda, porque el crédito le produjera buenos intereses, cuyo pago de antemano estaba asegurado. Se dice que nada impide que el deudor venda la cosa y con su precio pague la prenda, pero una Corte Francesa decia al respecto, que la venta de las cosas tenidas en prenda era siempre dificultosa para el deudor, por cuanto los compradores se veian obligados á pagar el dinero ántes de recibir la cosa, la cual no sería entregada por el acreedor mientras no se le pagase.

El legislador ha debido preveer espresamente este caso.

3223—El deudor, sin embargo, puede convenir con el acreedor en que la prenda le pertenecerá por la estimación que de ella se haga al



tiempo del vencimiento de la deuda, pero no al tiempo del contrato. (Véase el art. 3252.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, *Gage*, núms. 388 y 389)—Pont, núms. 1146 y 1159.

El convenio á que se refiere este artículo puede hacerse ántes ó despues del vencimiento de la obligacion, pero no es sino una promesa de venta.

1º Hecho el convenio ¿será facultativo en el acreedor perseguir judicialmente la venta de la prenda ó pedir su tasacion y quedarse con ella? Algunos autores franceses, estudiando el art. 2078 del Cód. Frances, creen que hecho el convenio á que se refiere este artículo, igual al que estudiamos, es el Juez quien debe determinar segun lo que mas convenga, cuál de los dos expedientes debe usar el acreedor (Duranton, 536); otros creen que la opcion entre hacerla tasar y adjudicársela al deudor por el precio de la tasacion, ó pedir su venta judicial, corresponde al deudor (Traulier, tom. 7, pág. 91)—Pont, citado, y Troplong, núms. 400 y 401, refutan estas doctrinas y opinan que la opcion corresponde al acreedor, único á quien le corresponde decidir lo que mas le convenga. Estamos con estos últimos. El pacto es establecido solo en favor del acreedor para el caso en que el deudor no le pague, como es de su deber; es una facultad mas que agrega á lo acordado por nuestro art. 3224.

El hacer uso del derecho acordado en el artículo que estudiamos no puede importar por sí solo una renuncia del derecho que tiene por el 3224. Aparte de esto, si ese pacto importara renuncia del derecho de hacer vender la cosa, se contrariaria abiertamente lo dispuesto en la última parte del art. 3222 que declara ser nula la cláusula que "prive al acreedor solicitar la venta de la cosa".

3224—No cumpliendo el deudor con el pago de la deuda al tiempo convenido, el acreedor, para ser pagado de su crédito con el privilegio que la ley le acuerda sobre el precio de la cosa, puede pedir que se haga la venta de la prenda en reinato público con citacion del deudor. Si la prenda no pasa del valor de doscientos pesos, el Juez puede ordenar la venta privada de ella. El acreedor puede adquirir la prenda por la compra que haga en el remate, ó por la venta privada, ó por su adjudicacion. (Concuerda con los arts. 3222—3223—3889—3890—3942.)



CONCORDANCIAS

(LL. 41 y sigtes., Tit. 13, Part. 5.—Cód. Frances, art. 2078—Holandes, 1200—De Luisiana, 3232—Duranton, tom. 18, n.º 556—Tropolong, desde el n.º 395)—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 1, pág. 61—Goyena, 1775.

Puede pedir que se haga la venta de la prenda en remate: La Escelentísima Cámara de Apelaciones de la Capital, ha resuelto que, con arreglo al art. 585 del Código actual de Comercio, el acreedor prendario en las deudas comerciales no tiene necesidad de recurrir al Juez para hacer vender la cosa hipotecada. "Fijándose un trámite especial, decia esa Corte, por el Código de Comercio para la efectividad de los créditos prendarios que deben prevalecer sobre el Código de Procedimientos cuando ménos en el territorio de la Capital, por tratarse de dos leyes nacionales de la que una está en oposicion de la otra sobre el punto en cuestion, y considerando que para conveniencia de ello basta que se tenga presente la modificacion introducida por el nuevo Código en su art. 585 y lo que á su respecto se dice en el informe de la Comision reformadora, pues se ha comprendido sin duda que en la rapidez y multiplicidad de las operaciones mercantiles del género indicado se imponia un procedimiento distinto del ejecutivo, esto es, mas espeditivo y en armonia con los intereses comprometidos en tales negocios".

El procedimiento indicado por la Cámara de Apelaciones, de acuerdo con el art. 585 del mismo Código de Comercio, consiste en que, dada la sentencia de remate, el acreedor entrega la prenda á un rematador público elegido por él mismo, quien procederá al remate sin mas formalidad que la de anunciarlo por lo ménos por diez dias en los periódicos. Hecho el remate, el acreedor recibe su precio y presenta la liquidacion al Juez, depositando el sobrante, si lo hay. Esto, como se ve, es un procedimiento mas rápido que el exigido por nuestro Código Civil, que obliga á pedir que el Juez ordene el remate, previo nombramiento judicial del rematador.

3225—El acreedor responde de la pérdida ó deterioro de la prenda sobrevenidos por su culpa ó negligencia. (Concuerda con los arts. 512—1482—2202—2210—2462 y sus concordantes—3228.)

CONCORDANCIAS

(LL. 20 y 31, Tit. 13, Part. 5.—Inst., § 4. Tit. 15, Lib. 3.—Cód. Frances, art.



2080—De Luisiana, 3134—Aubry y Rau, § 435, n° 1—Aunque el acreedor pignoraticio pueda ser considerado, bajo ciertos respectos, como un depositario, sin embargo su responsabilidad es mas estensa que la del depositario, porque éste hace un servicio á otro, mientras que el acreedor pignoraticio se sirve á sí mismo—Zacariæ, § 181, nota 1—Trophong, núms. 426 y sigtes.)—Goyena, 1776—Nota de nuestro codificador al art. 512.

Sobrevenidos por su culpa ó negligencia : Al acreedor le corresponde probar su falta de responsabilidad en los casos en que la cosa aparece destruida ó deteriorada, tocando entón-ces al Juez apreciar los hechos que el acreedor pueda alegar en su favor para apreciar su responsabilidad, con arreglo á los principios espuestos por el codificador en la nota al art. 512.

El acreedor está obligado adelantar los gastos de conserva-cion (art. 3228).

3226--El acreedor no puede servirse de la cosa que ha recibido en prenda sin consentimiento del deudor. (*C. Com.*, 755, 765.) (Concuerda con los arts. 2208—2209—3230—3231.)

CONCORDANCIAS

(L. 20, Tít. 13, Part. 5°—Duranton, tom. 18, n° 543—Aubry y Rau, § 434, n° 3.

No puede servirse de la cosa : Si lo hace, pagará los al-quileres en la forma establecida en el art. 2209. (Véase lo di-cho en el art. 2230.)

3227—Si el acreedor pierde la tenencia de la cosa, puede reco-brarla en cualquier poder que se halle sin exceptuar al deudor. (Con-cuerda con los arts. 887—2447—2765—2767—2772—2773—3890.)

CONCORDANCIAS

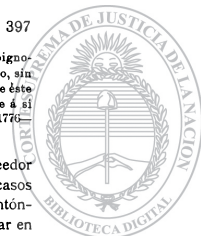
(Cód. de Chile, 2393—Duranton, tom. 18, n° 529.)

Puede recobrarla : Esta accion de reivindicacion dura tres años (art. 3890.)

3228—El deudor debe al acreedor las espensas necesarias que hu-biere hecho para la conservacion de la prenda, aunque ésta pereciese despues. El acreedor no puede reclamar los gastos utiles ó de mejoras, sino aquellos que hubiesen dado mayor valor á la cosa. (Concuerda con los arts. 2224—2309—2427—2463—3225—3258.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 434, n° 3—Duranton, tom. 18, n° 542—La L. 21, Tít. 13, Part.



5°, dice: *todas las despesas fechas para mantener la cosa y mejorarla*. Los Códigos extranjeros lo dan derecho á todas las espensas útiles y necesarias.—Cód. Frances, art. 2080—Holandes, 1203—Napolitano, 1950—De Luisiana, 3134—LL. 16, 32, 35 y 41, Dig., *De pignor. act.*—Duranton, tom. 18, n° 541)—Goyena, 1776

Aunque ésta pereciese despues; Sin culpa del acreedor, se entiende.

Que hubiesen dado mayor valor á la cosa: Y que existieren á tiempo de la entrega de ella.

Las voluntarias no está obligado el deudor á pagarlas sino cuando quiere aprovecharse de ellas.

3229—El deudor no puede reclamar la devolucion de la prenda, mientras no pague la deuda, los intereses y las espensas hechas. (Concuerda con los arts. 624 y su comentario—744—2466—3111—3218—3220—3221—3232—3233 á 3235—3879, inc. 1.—3892—3940.)

CONCORDANCIAS

(L. 21, Tit. 13, Part. 5°—LL. 9 y 11, Tit. 7, Lib. 13, Dig.—Cód. Frances, art. 2082—De Luisiana, 3131—Duranton, tom. 18, n° 545—Aubry y Rau, § 434, n° 1)—Cód. de California, 1909, inc. 2.

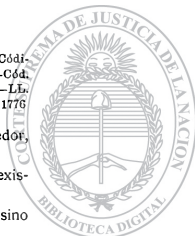
Las espensas hechas: Por los gastos necesarios, no solo tiene derecho de retencion, con arreglo á este articulo, sino que tiene privilegio (art. 3892). El Cód. de California, citado, es mas claro y espreso en este punto que el nuestro. Respecto á los útiles solo tiene derecho de retencion (art. 3892 y nota del codificador al mismo.) En cuanto á los gastos para conseguir el pago, deben considerarse en la misma categoría que la deuda principal y sus intereses, pues no sería justo establecer separacion alguna entre ellos. (Véase art. 3937, última parte.) Este no estaría, por otra parte, comprendido en ninguno de los casos enumerados por el codificador en la nota al art. 3879.

3230—Si el acreedor abusare de la prenda, ejerciendo en ella derechos que no son propios, el deudor puede pedir que la cosa se ponga en secue-tro. (Concuerda con los arts. 2226—2258—2268.)

CONCORDANCIAS

(Ley 24, tit. 7, Lib. 13, Dig.—Cód. de Holanda, 1205—Aubry y Rau, § 435)—Goyena, 1778—Cód. de California, 1911 y 1912.

El presente artículo ha podido formar uno solo con el 3225, y con el 3226, diciéndose así en un solo art. lo que ahora se





dice en tres. La doctrina de los tres podia formularse de esta manera: El acreedor debe poner en la guarda de la prenda el mismo cuidado que en los bienes propios, respondiendo de la pérdida ó deterioro causados por su culpa; tampoco puede usar de la cosa sin consentimiento del deudor. Si faltare á alguno de estos deberes podrá demandarse el secuestro de la cosa dada en prenda".

3231—Si la prenda produce frutos ó intereses, el acreedor los percibe de cuenta del deudor, y los imputará á los intereses de la deuda, si se debieren, ó al capital si no se debieren. (Concuerda con los arts. 775 á 778—3247—3248.)

CONCORDANCIAS

(LL. 2, 15 y 16, tit. 13, P.º 5.—Cód. Frances, 2081—Napolitano, 1951—De Luisiana, 3185 y 3196—Duranton, n.º 544)—Goyena, 1777—Aubry y Rau, § 494, nota 15—Cód. de California, 1913 á 1916.

El deudor los percibe de cuenta del acreedor: Respecto á los intereses que pueda producir lo dado en prenda, ninguna dificultad puede presentarse, pues para el deudor y el acreedor tiene que ser indiferente que el primero perciba los intereses de la deuda directamente del deudor ó reciba los que produce la prenda.

Puede, sin embargo, suceder que los intereses sean producidos antes de la época en que se deban pagar al deudor; en ese caso, el acreedor debe depositarlos de modo que esos intereses produzcan tambien interes. Así, por ejemplo, si se da en prenda títulos de renta, cédulas hipotecarias, por ejemplo, ú otros papeles de esta naturaleza, cuya renta se paga en épocas fijas, el acreedor no puede disponer de esa renta antes de la fecha estipulada para el pago de los intereses. Debe en tal caso depositar ese capital en un Banco para que produzca intereses, si otra cosa no se ha convenido entre las partes.

Esas rentas, sea antes de ser imputadas á los intereses de la deuda garantida, ó en lo que sobre de la imputacion, siguen siempre garantiendo el crédito como accesorios de los títulos dados en prenda (art. 3232) sin perjuicio de las disposiciones especiales del Código de Comercio.

1º Respecto á los frutos ó productos naturales de la cosa, como en el caso de darse en prenda animales de cria, ellos si-



guen perteneciendo al deudor, y no está obligado á vendérselos ni á dárselos en pago al acreedor; son suyos y este último no puede apropiárselos en compensacion de los intereses (argumento de los arts. 3222 y 3238). Quedan en la misma categoría que la cosa principal, y el acreedor solo tiene sobre esos accesorios el derecho de retencion que la ley le acuerda sobre lo principal (art. 3232—Troplong, nº 84).

3232—El derecho que da la prenda al acreedor se estiende á todos los accesorios de la cosa, y á todos los aumentos de ella, pero la propiedad de los accesorios corresponde al propietario. (Concuerda con los arts. 2566.—3110—3238.)

CONCORDANCIAS

(Leyes 2, 15 y 16, tit. 13, P.º 5º)—Nuestro comentario al art. anterior, Aubry y Rau, § 434—Troplong, nº 84.

A todos los accesorios: En el comentario al artículo anterior hemos hecho notar que las rentas producidas por los títulos de crédito, tales como las cédulas hipotecarias y otras, quedan siempre afectadas al pago de la deuda.

Corresponde al propietario: Consecuencia de esto es la obligacion impuesta por el art. 3238, el cual ha podido suprimirse, porque la jurisprudencia lo habria adoptado como consecuencia necesaria del que estudiamos.

3233—La prenda es indivisible, no obstante la division de la deuda. El heredero del deudor que ha pagado su porcion de la deuda no puede demandar su porcion en la prenda, mientras que la deuda no haya sido enteramente pagada, y recíprocamente, el heredero del acreedor que ha recibido su porcion de la deuda, no puede librar la prenda en perjuicio de los coherederos que no han sido pagados. (Concuerda con los arts. 682—2689—3112—3188—3229—3235—3941.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 3138—Frances, 2033—Napolitano, 1953—L, 65, tit. 2, Lib. 21, Dig.—Troplong, *Gage*, núms. 480 y siguientes—Domante, nº 870)—Goyena, 1780 y su comentario—Nuestro comentario al 3188.

No puede demandar su porcion en la prenda: Rige el mismo principio aun cuando la prenda sea divisible, por ser varias cosas ó por cualquier otra causa.

Nada impide, que el acreedor capaz entregue una parte de

la prenda cuando se le ha pagado una parte de la deuda (Lau-
rent, tom. 28, nº 503).

**No puede librar la prenda en perjuicio de los cohe-
rederos:** Si entrega parte de la prenda, los coherederos que
no han sido pagados tendrán una accion de reivindicacion con-
tra el mismo dueño (art. 3227); y si ha pasado á tercer posee-
dor de buena fe, contra el cual no se pueda dirigir la accion
reivindicatoria, el coacreedor tendrá una accion de garantía con-
tra el heredero que entregó la prenda ó parte de ella.

El coheredero ó coacreedor que ha entregado parte de la
prenda sin el consentimiento de los otros interesados, no puede
librarse de la responsabilidad que este hecho le impone ofre-
ciendo probar que el resto de la deuda queda suficientemente
garantido con la parte de prenda que queda en poder de su co-
acreedor, pues el artículo que estudiamos prohíbe al coheredero
entregar parte de la prenda, en virtud de ser ella indivisible, y
no por temor de que se disminuya la garantía para los otros co-
herederos.

3234—La indivisibilidad de la prenda no priva á los demas acreedo-
res de la facultad de hacerla vender, sin estar obligados á satisfacer
antes la deuda. El derecho del acreedor se limita á ejercer su privi-
legio sobre el precio de la cosa. (Concuerda con los arts. 3229—3889—
3942.)

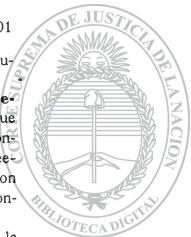
CONCORDANCIAS

(Troplong, núms. 458 á 461—Aubry y Rau, § 434, nº 1—Zachariæ, § 779, nº 3.)

La facultad de hacerla vender: Esto confirma lo que
hemos dicho anteriormente respecto de la hipoteca, es decir, que
el acreedor hipotecario no puede impedir que otros acreedores
pidan el remate de la cosa hipotecada.

Lo mismo sucede en la prenda, como se ve por este artículo;
no porque una cosa se dé en prenda deja de pertenecer al deu-
dor; de consiguiente, los acreedores que creen que con su venta
despues de pagar el valor de la prenda, quedará dinero para
pagarse ellos mismos, no pueden ser privados de este recurso.

1º Los acreedores, para ejercer el derecho que les acuerda el
presente artículo, no necesitan probar que el valor de la prenda
es superior al crédito prendario, lo cual, por otra parte, es casi



imposible desde que, como dice Troplong, el remate es el que va a demostrar el verdadero valor de la cosa.

3235—Cuando muchas cosas han sido dadas en prenda, no se puede retirar una sin pagar el total de la obligación. (Concuerda con los arts. 3112—3167—3229.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 8130.)

Sin pagar el total de la deuda: Esto tiene lugar aunque sea insignificante el valor de ella en relación al de cada una de las cosas dadas en prenda; y aunque una de ellas sea dada por un tercero.

Si el acreedor, voluntariamente entrega una de las cosas, las otras quedan siempre afectadas al pago total.

3236—La prenda se extingue por la extinción de la obligación principal a que acceda. (Concuerda con los arts. 525 y sus concordantes—2042—3187—3193—3237.)

CONCORDANCIAS

Cód. de California, 1925.

Por la extinción de la obligación: Por cualquier causa que esto suceda.

3237—Se extingue también, cuando por cualquier título la propiedad de la cosa empeñada pasa al acreedor. (Concuerda con los arts. 2931—3055—3198—3236.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2406.)

Pasa al acreedor: Y también cuando el que dió la prenda pierde el dominio de ella.

3238—Estinguido el derecho de prenda por el pago de la deuda, el acreedor está obligado a restituir al deudor la cosa empeñada, con todos los accesorios que dependan de ella al tiempo del contrato, y las acciones que después hubiese recibido. (Concuerda con los arts. 2210—2211—3232—3261—4021.)

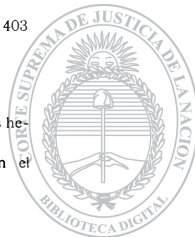


CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 435)—Cód. de California, 1908, inc 2.

Por el pago de la deuda: Y tambien de las espensas hechas en la cosa (art. 3229).

Que despues hubiese recibido: Véase lo dicho en el comentario al art. 3222.



TÍTULO XVI

Del anticresis

3239—El anticresis es el derecho real concedido al acreedor por el deudor, ó un tercero por él, poniéndole en posesion de un inmueble, y autorizándolo á percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital, ó sobre el capital solamente si no se deben intereses. (Concuerda con los arts. 2317—2503, inc. 7—2522—3231—3246 á 3248.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2080—Trolong, Anticresis, n° 524—Revista de las Revistas, tom. 15, p. 48 y sigtes.)—Aubry y Rau, § 436—Cód. de California, arts. 1927 y 1929.

El anticresis es un derecho real: El contrato de anticresis puede ser aleatorio ó no; ni una ni otra cosa son de su esencia; así puede estipularse que los intereses se compensen con los frutos en su totalidad ó en una cantidad determinada cualquiera que sea el valor de los frutos, ó puede tambien estipularse que la compensacion se haga en proporcion al valor de esos frutos ó productos (art. 3246, véase su comentario).

Poniéndole en posesion de un inmueble: Esto es de la esencia del contrato (art. 3240); sin esa posesion no puede ejercerse el derecho de retencion que la ley acuerda al acreedor por el art. 3245. El objeto mismo del contrato de anticresis demuestra la necesidad de esta posesion, como sucede en la prenda.

Para imputarlos anualmente sobre los intereses, etc., etc.: Esto no impide que las partes convengan otra cosa, ya





sea voluntariamente ú obligados por la naturaleza misma del inmueble respecto á su produccion.

Es únicamente la regla general lo que el artículo establece para determinar, en falta de una convencion espresa, la obligacion que el acreedor tiene de rendir cuenta anualmente de los productos percibidos, y poder hacer así la compensacion cuando el contrato no es aleatorio. Importa tambien decir que cuando el contrato no es aleatorio, el deudor no puede exigir antes de cumplirse cada anualidad que se haga imputacion al capital del sobrante despues de pagar los intereses.

Y en caso de exceder, etc., etc.: Toda esta última parte del artículo está reproducida con mas claridad en los arts. 3246 á 3248.

3240—El contrato de anticresis solo queda perfecto entre las partes por la entrega real del inmueble, y no está sujeto a ninguna otra formalidad. (Concuerda con los arts. 974—1142—1184, inc. 1—3205—3217—3239.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, n° 558—Troplong, n° 515—Zachariæ, § 788—Aubry y Rau, § 437, nota 3—Locree, tom. 16, p. 31, n° 10)—Laurent, tom. 28, núms. 535 y siguientes.

Y no está sujeto á ninguna otra formalidad: Esto se entiende únicamente respecto de las partes, como lo establece el codificador en la nota al presente artículo. Pero tratándose de terceros, la escritura pública es indispensable; sin esa escritura pública el contrato sería nulo respecto de los terceros que hubieran adquirido derechos sobre el mismo inmueble, aun cuando esos derechos se hayan adquirido con posterioridad al contrato privado ó verbal de las partes; este principio, de que la trasmision de derechos reales sobre inmuebles no puede hacerse en escritura privada con efecto respecto á terceros, es aceptado por todas las legislaciones.

No sucede lo mismo respecto de las partes contratantes; respecto de ellas el contrato no es solemne, y por lo mismo, su existencia se puede probar por todos los medios de prueba admitidos en derecho, y nunca puede alegarse la nulidad de las formas.

Las palabras, *entre las partes*, de que se vale el legislador en



este artículo, y que el Dr. Segovia los considera inútiles, demuestran esto suficientemente.

Y no está sujeto á ninguna otra formalidad: No necesita de ninguna formalidad *entre las partes*, ni para su perfeccion, ni para su validez. El Dr. Segovia, en nota 12 á este artículo, dice que las palabras que estudiamos no deben interpretarse como las interpreta el codificador. Si el mismo juriscónsulto que ha hecho el Código no interpreta bien sus propias palabras según el Dr. Segovia, difícilmente podríamos llegar á formar jurisprudencia sana respecto á los puntos aclarados por el mismo codificador. La nota del Dr. Velez no está en manera alguna en contradicción con el texto del artículo que estudiamos y mucho menos con el 3217 citado por el Dr. Segovia. Este autor quiere que se supriman las palabras *entre las partes*, de que se vale el texto, para hacerlo así referir á terceros, como el caso legislado el 3217.

Hay que tomar el artículo tal como está y no como cada intérprete cree que debía estar. No se trata de saber si la doctrina es buena ó mala, sino de interpretar el texto.

El codificador dice: "Cuando se habla de la necesidad de la escritura para el anticresis, es únicamente para la prueba del contrato, *y no para su validez*". Estas palabras agregadas á las de que se vale el texto no pueden ser mas espresas.

Tanto el texto del artículo, como la nota al mismo son tomadas de Aubry y Rau, y estos autores declaran espresamente lo contrario de lo que sostiene el Dr. Segovia, es decir, que entre las partes no se necesita escritura para su validez.

El error parte, como decimos antes, de no darle importancia á las palabras *entre las partes* de que se vale el artículo, y que el autor citado las cree inútiles. Tan no son inútiles que, suprimiéndolas, el artículo quedaria en contradicción con la nota, con los principios del mismo Código y con los autores citados como de acuerdo con la disposicion, tal como está redactada.

La razon que el Dr Segovia da para considerar inútiles estas palabras, es que ellas no existen en los arts. 2071 y demas citados. Esto únicamente quiere decir que ha legislado de distinta manera el codificador para el contrato de anticresis de lo que lo ha hecho respecto á otros contratos. Véase sobre la especialidad del contrato de anticresis, los autores citados.

3211—El anticresis solo puede ser constituido por el propietario que tenga capacidad para disponer del inmueble, ó por el que tenga derecho á los frutos. (Concuerta con los arts. 1302—2504—3119—3213—3242 á 3244—3601 á 3603.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 437—Ley 9, Dig. *De pignor. et ipot.*)

Por el que tenga capacidad para disponer del inmueble: Los que no la tengan podrán hacerlo con autorizacion judicial, con arreglo á los principios generales.

1º Cuando el derecho se constituye por el que no es dueño del inmueble, si lo adquiere despues, el derecho del acreedor se valida, art. 2504.

3212—El usufructuario puede dar en anticresis su derecho de usufructo. (Concuerta con los arts. 2803—2870.)

CONCORDANCIAS

(Proudhon, Usufructo, tom. 1, n° 85—Troplong, Anticresis, n° 584)—Laurent, tom. 28, n° 534.

El anticresis constituido en virtud de este artículo por el usufructuario está sujeto á todas las restricciones impuestas por el art. 2870, pues no puede trasmitir un derecho mejor y mas estenso que el que tiene.

3213—El marido puede tambien dar en anticresis los frutos del inmueble de la mujer, mientras dure el matrimonio, ó mientras no suceda una separacion de bienes. (Concuerta con los arts. 1880—1881, inc. 15—2870.)

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 783, nota 1—Troplong, n° 517.)

Los frutos del inmueble de la mujer: Como el anticresis importa la imposicion de un derecho real sobre el inmueble, segun la definicion de nuestro art. 3230 y nota del codificador al 3244, parece que, con arreglo al principio establecido en el art. 1253, el contrato debe hacerse con asentimiento de la mujer ó del Juez en caso en que ésta no lo consienta. Por lo demas, el anticresis lleva implicita la condicion de concluir si se disuel-



ve el matrimonio por muerte del marido ó si se disuelve la sociedad conyugal. Solo dura mientras dura el matrimonio ó no sucede la separación de bienes, como dice el testo.

3211—El que solo tiene poder para administrar, no puede constituir un anticresis. Concuerta con los arts. 297—435—1302—1880—1881, inc. 15—3390.

CONCORDANCIAS

(Zachariae, § 783, nota 1—Troplong, n° 519.)

No puede constituir un anticresis. Esta prohibición comprende aun el caso en que el poder sea dado con amplia y libre administración (inc. 15 del art. 1881).

3215—El acreedor está autorizado á retener el inmueble que le ha sido entregado en anticresis hasta el pago íntegro de su crédito principal y accesorio. El derecho de retención del acreedor es indivisible, como el que resulta de la prenda. (Concuerta con los arts. 744—3229—3232 á 3238—3257—3261—3942.)

CONCORDANCIAS

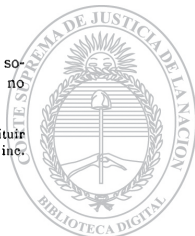
(Aubry y Rau, § 436)—Cód. de Chile, 2444—De California, 1931, inc. 1°—Nota del codificador al art. 3939—Laurent, tom. 28, núms. 552 y sigtes.

3216—El acreedor está autorizado á percibir los frutos del inmueble, con el cargo de imputar su valor sobre lo que le es debido, y dar cuenta al deudor. Las partes pueden, sin embargo, convenir en que los frutos se compensen con los intereses, sea en su totalidad ó hasta determinada concurrencia. (Concuerta con los arts. 777—1197—2566—3239—3247—3248.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2069—Ley 12, tit. 13, P.ª 5ª—Troplong, n° 567—Duranton, tom. 18, n° 556)—Laurent, tom. 28, n° 545—Nuestro comentario al art. 3239.

Está autorizado á percibir los frutos: La percepción de los frutos es, en algunos casos, para el deudor un derecho y á la vez una obligación. Cuando por el contrato, el valor de los frutos, que es indeterminado en su principio, debe imputarse á los intereses de la deuda ó al capital en proporción á su monto, el derecho á los frutos viene á ser, como dice Laurent, acordado en el interés de ambos; en el interés del deudor porque





está en sus conveniencias disminuir en cuanto sea posible su deuda, y en la del acreedor que debe disminuir el crédito en proporcion á lo que recibe. De aquí se deduce la obligación que el acreedor tiene de dar cuenta de su administracion, y el derecho del deudor para responsabilizar al primero por las pérdidas de frutos que resultaren de su culpa ó negligencia, y el de compelerlo á dar cuenta fiel de su administracion, so pena tambien de daños y perjuicios.

Las partes, pueden, sin embargo, convenir, etc., etc. :

En el caso de esta segunda parte del artículo, las obligaciones y los derechos de las partes varían completamente. En primer lugar cesa la obligación por parte del acreedor de dar cuenta de los frutos percibidos, y en segundo que el deudor no está obligado á pagar intereses, cuando se ha convenido que se compensarian en su totalidad con los frutos, aunque el acreedor no haya podido percibir frutos algunos, por causas que no sean imputables al deudor, pues este es un contrato aleatorio que produce todas sus consecuencias.

Igual cosa sucede cuando se conviene que los frutos estingan una cantidad determinada de intereses; el deudor no tendrá mas que pagar la cantidad restante, aunque el acreedor no haya percibido lo suficiente para el pago de la cantidad sujeta á ser compensada con los frutos.

Se comprende desde luego que la rendicion de cuentas en estos casos es inútil, puesto que el deudor ya no tiene interes alguno en conocer el valor de la produccion, desde que, sea como una ó como dos, su obligación no aumenta ni disminuye.

3247—Si nada hay convenido entre las partes, sobre compensacion de los frutos con los intereses, el acreedor debe, sin embargo, compensarlas y dar cuenta de ellos al deudor. (Concuerda con los arts. 775—776—3231—3239—3246—3248.)

CONCORDANCIAS

(Tropolong, n° 535.)

Y dar cuenta de ellos : En tal caso se compensan los intereses hasta el valor de los frutos, y si sobran, se imputarán al capital.

Sin convencion espresa de que los frutos se compensen en su



totalidad ó en una parte determinada con los frutos, el contrato deja de ser aleatorio, y se aplicará en todas sus partes lo dicho sobre la primera parte del art. 3246.

Por lo demas, creemos con el Dr. Segovia que el presente artículo y el siguiente han podido suprimirse por estar comprendida su parte dispositiva en los concordantes citados.

3218—Si la deuda no lleva intereses, los frutos se tomarán en deducción del capital. (Concuerda con los arts. 777—3247 y sus concordantes.

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior—Véase lo dicho allí.

3219—El acreedor puede, por todos los medios propios de un buen administrador, percibir los frutos del inmueble. Puede recogerlos, cultivando él mismo la tierra, ó dando en arrendamiento la finca; puede habitar la casa que se le hubiese dado en anticresis, recibiendo como fruto de ella el alquiler que otro pagaría. Mas no puede hacer ningun cambio en el inmueble, ni alterar el género de explotacion que acostumbraba el propietario, cuando de ello resultare que el deudor, despues de pagada la deuda, no pudiese explotar el inmueble de la manera que antes lo hacia. (Concuerda con los arts. 2463—2870—2878--2879—2892—3250—3258.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 438—Troplong, n° 533—Zacharie, § 535 y nota 3—Duranton, tom. 18)—Cód. de Chile, 2440—Cód. de California, 1937—Laurent, tom. 28, núms. 545, 549, 550.

Propios de un buen administrador: A este respecto tienen las mismas obligaciones que el usufructuario de un inmueble.

No sería un medio propio de explotacion el aniquilar de tal modo la fuerza productiva de la cosa para sacar mas provecho mientras dura el anticresis que en adelante ya no pueda servir. Si abusare de ella no conservándola bien, ó destinándola á otros usos que la dejen inutilizada para servir al destino que tenia, el deudor tendrá el derecho acordado en el art. 3258.

Recibiendo como fruto de ella el alquiler que otro pagaría: Es decir, que cuando haya que imputar estos frutos, su valor se determina por el alquiler que la cosa daría estando arrendada.



No pudiera explotar el inmueble: Estas palabras no deben tomarse en sentido absoluto; basta que desde el momento de la entrega no se pueda explotar en la forma que ántes, para que el acreedor tenga derecho á la indemnizacion correspondiente ó á exigir la entrega del inmueble. Así, por ejemplo, si un establecimiento está dedicado á la produccion de alfalfa, y el anticresista lo dedica á otra clase de productos estinguendo la alfalfa, si al entregarla no está alfalfada, el acreedor puede pedir la indemnizacion de daños, pues que si bien el establecimiento podrá ser dedicado á esta explotacion, el propietario tendria que hacer gastos de plantacion que no necesitaria hacer si no se hubiera destinado á otra cosa.

El sentido de las palabras que estudiamos es que el anticresista no puede explotar el inmueble en otra forma ó en otros productos que aquellos á que estaba destinada si al concluir el anticresis el acreedor no va á poderla seguir explotando en el ramo que antes, sin hacer gastos á que de otra manera no estaria obligado.

De manera que podrá hacer innovaciones y cambiar el género de explotacion siempre que al concluir el anticresis pueda dejarla en el mismo estado que antes.

3250—Si el acreedor hiciera mejoras en el inmueble, deben serle satisfechas por el propietario hasta la concurrencia del mayor valor que resultare tener la finca; pero la suma debida por ese mayor valor no puede exceder el importe de lo que el acreedor hubiere gastado. (Concuerda con los arts. 589 y sus concordantes—3228—3258—3259.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 438)—Laurent, tom. 28, n° 530.

Hasta la concurrencia del mayor valor: Se refiere aquí á las mejoras útiles; y el art. 3258 á las necesarias. Respecto á las primeras no debe estarse á las reglas establecidas respecto á los mejores hechos por el poseedor de buena fe, sino á lo establecido respecto al arrendatario. El poseedor de buena fe al hacer trabajos de mejoras en el inmueble que posee lo hace á titulo de dueño, y está, por consiguiente, en su perfecto derecho para hacerlo; no así el anticresista cuyo derecho es percibir los frutos de la cosa, pero no hacer construcciones que



obliguen á su dueño, como dice Laurent, lugar citado. Su posición y sus derechos á este respecto no pueden ser otros que los del arrendatario; el acreedor que da su inmueble en anticresis, lo hace porque no puede ó no le conviene pagar su deuda directamente; pero no para que el acreedor lo recargue mas en la deuda haciendo construcciones sin autorizacion alguna.

Repetimos: sus derechos se determinarán con arreglo á lo establecido respecto al arrendatario, salvo las convenciones en contrario, partiendo del principio establecido en el art. 3249 de que el acreedor no puede en regla general hacer cambios en la cosa dada en anticresis. (Véase Pont, tom. 2, n° 1240.)

3251—No pagando el deudor el crédito al tiempo convenido, el acreedor puede pedir judicialmente que se haga la venta del inmueble. Es de ningun valor toda convencion que le atribuya el derecho de hacer vender por si el inmueble que tiene en anticresis. (Concuerda con los arts. 3222 á 3224—3252—3253—3392.)

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, lugar citado)

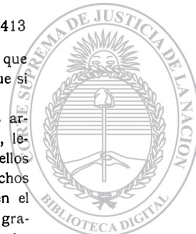
Los arts. 3252 y 3253 amplian mas el alcance de esta disposición.

3252—Es de ningun valor toda cláusula que autorice al acreedor á tomar la propiedad del inmueble por el importe de la deuda, si ésta no se pagare á su vencimiento; como tambien toda cláusula que lo hiciera propietario del inmueble por el precio que fijen peritos elegidos por las partes ó de oficio. (Concuerda con los arts. 3251 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

(Tropiong, n° 560—Aubry y Rau, § 438—Demante, n° 878)—Cód. Frances, 2088—Laurent, tom. 28, n° 557.

Por el precio que fijen peritos elegidos: El Dr. Segovia, en la nota 36 á este artículo, dice que debe entenderse esta última parte con sujecion y en armonía con lo dispuesto en el art. 3223; es decir, que debe interpretarse completamente al revés de lo que el texto espreso dice: Ese art. 3223 faculta á las partes para convenir que la cosa dada en prenda pueda ser adquirida por el deudor por la tasacion que se haga de ella al tiempo



del vencimiento de la deuda, mientras que el presente dice que este compromiso no puede hacerse. El autor citado agrega que si así no se hace, los artículos estarán en contradicción.

En primer lugar, no hay contradicción alguna entre dichos artículos, pues suponiendo, como es racional, que el art. 3223, legisle la misma hipótesis que el que estudiamos, hay entre ellos una gran diferencia—el uno legisla con referencia á los derechos del acreedor prendario sobre una cosa *mueble*, al paso que en el presente se trata de cosas *inmuebles*; en segundo lugar es un gravísimo error querer, so pretexto de interpretación, cambiar completamente el sentido preciso y terminante de una disposición como la que estudiamos.

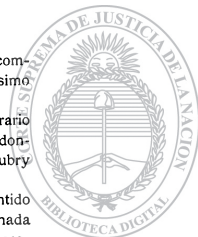
El legislador, por otra parte, ha tenido sus razones para legislar de distinto modo que en la prenda, tratándose del anticresis. En la prenda está en las conveniencias del deudor asegurar la venta de una cosa, que las mas veces llega deteriorada al fin del contrato, y por lo mismo le conviene deshacerse de ella. En el anticresis por el contrario, como se trata de cosa inmueble, está en los intereses del deudor conservarlo, ó por lo menos no verse obligado á hacer una promesa de venta que muchas veces durará años.

La opinion contraria sostenida por Troplong es combatida victoriosamente por Laurent, quien en el lugar citado, dice: "El deudor está interesado en conservar el inmueble dado en anticresis; y si el acreedor tiene el derecho de quedarse con él mediante la estimación, el anticresis conduciría casi siempre á despojar al deudor del inmueble entregado; esto es lo que el legislador ha querido evitar para mantenerlo siempre en el patrimonio del deudor".

También Pont, en el n° 1259, tom. 2, dice terminantemente que segun el art. 2088 del Cód. Frances, "sería nulo el contrato por el cual las partes convinieran en que lo dado en anticresis pasaría al acreedor por el precio que estimasen peritos nombrados al efecto".

Funda este autor su opinion en la diferencia que hace notar entre la prenda y la anticresis.

Aubry y Rau, § 438, nota 7, de donde el codificador copió letra por letra su artículo, tampoco dejan lugar á duda. Trea exactamente las mismas palabras del testo que estudiamos.



¿Es posible que so pretexto de interpretacion se cambie completamente el sentido de una disposicion? Este es un pésimo modo de interpretar la ley.

El Dr. Segovia vió solo á Troplong, que sostiene lo contrario de lo que dice nuestro Código, y no ocurrió á la fuente de donde habia sido tomado testualmente el artículo, que eran Aubry y Rau, citados.

El artículo debe, pues, entenderse tal como indica su sentido gramatical, y no por lo que dispone el 3223, que no tiene nada que ver con el presente. Lo que el Dr. Segovia encuentra inesplicable é inadmisibile, lo encuentran muy racional juriscultos como Pont, Laurent, Aubry y Rau, Duranton, Velez, etc., etc., y no es fácil que tantos juriscultos hayan caido en una contradiccion tan notable, segun el Dr. Segovia.

3253—El deudor puede, sin embargo, vender al acreedor el inmueble dado en anticresis, ántes ó despues del vencimiento de la deuda (Concuerta con los arts. 3251—3252.)

CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 18, n° 537 y sigtes.—Aubry y Rau, lugar citado)—Laurent, tom. 28, n° 560.

Puede, sin embargo, vender al acreedor : Esta no es ya una promesa de venta, ni una venta condicional, prohibida por el artículo anterior; es una venta actual, en que el dominio se transfiere desde ya mediante un precio determinado. No hay en esto el peligro que el codificador ha querido evitar por el artículo anterior al prohibir la promesa de venta á que el deudor puede ser obligado á aceptar por un acreedor inexorable, que arranque la promesa bajo la presion de la necesidad de dinero que tenga el deudor.

3254—El acreedor puede hacer valer sus derechos constituidos por el anticresis, contra los terceros adquirentes del inmueble, como contra los acreedores quirografarios y contra los hipotecarios posteriores al establecimiento del anticresis. (Concuerta con los arts. 2482—2796—3245—3942.

CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 434—Proudhon, Usufructo, tom. 1, n° 89 y sigtes.—Duran-

ton, tom. 18, n° 560—Zacharie, § 784, nota 8—Demante, n° 881)—Nota al tit. de los derechos reales”.

Y contra los hipotecarios posteriores: En todos los casos se necesita que el contrato conste de escritura pública. Ya que el codificador ha dado este efecto tan estenso al derecho del anticresista, ha debido por lo menos exigir que el gravámen se inscriba en un registro como el de hipoteca, evitando así los fraudes que el deudor puede cometer, enagenando ó hipotecando una cosa que ya estaba gravada con una deuda tan asegurada y preferente como la hipoteca, y que á los adquirentes ó acreedores posteriores les será las mas veces difícil conocer. Lo único que neutraliza esto es que el anticresista no tiene privilegio (art. 3255).

Constando el gravámen del anticresis en un registro especial, el engaño es imposible en el que no es negligente. (Véase comentario al art. siguiente.)

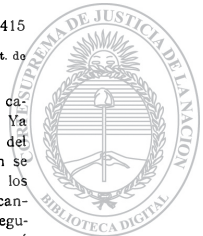
3255—Pero si él solicitare la venta del inmueble, no tiene el privilegio de prenda sobre el precio de la venta. (Concuerda con los arts. 3257—3943.)

CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 3989—Aubry y Rau, § 438, nota 10.

No tiene privilegio de prenda: Tiene únicamente el derecho de retencion; y desde el momento en que consiente voluntariamente, como dice el codificador en la nota citada, que salga de su poder, se entiende que renuncia al derecho de retencion. Esto no impide que el acreedor, restituyendo el inmueble, exija el pago de su deuda (art. 3257), pero sin ninguna clase de privilegio contra otros acreedores, mucho menos contra los hipotecarios, aunque sean posteriores al anticresista. Saliendo el inmueble de su poder por renuncia expresa del derecho de retencion ó por venta que se haga por ejecucion seguida por el mismo, el acreedor queda en la categoría de cualquier otro acreedor comun.

1° Con todo, no nos parece justa la resolucion del artículo, pues si un acreedor ha querido asegurar por medio del anticresis el pago de su deuda, resultará que no podrá cobrarla de un deudor que solo tenga el inmueble gravado, y que tengan deu-



das por mayor valor, puesto que el anticresista está en la disyuntiva de, ó conformarse indefinidamente con las rentas que produzca la cosa, para irse pagando de su crédito, ó hacerla vender, no para pagarse íntegramente, sino para repartir el valor de la venta con los otros acreedores en la proporción que alcance dicho valor.

3256—El acreedor que tiene hipoteca establecida sobre el inmueble recibido en anticresis, puede usar de su derecho como si no fuera acreedor anticresista. (Concuerda con los arts. 3139 y siguientes.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 438—Cód. Frances, 2091.

Puede usar de su derecho: En el orden que le coloca la fecha del registro de la hipoteca, y no el de la anticresis.

3257—El deudor no podrá pedir la restitución del inmueble dado en anticresis, sino después de la extinción total de la deuda; pero el acreedor podrá restituirlo en cualquier tiempo, y perseguir el pago de su crédito por los medios legales, sin perjuicio de lo que hubiese estipulado en contrario. (Concuerda con los arts. 876—1197—1203—1204—3112—3113—3245—3255.)

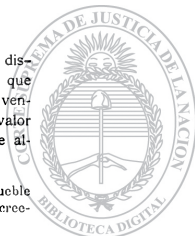
CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2444—Frances, 2087—Duranton, tom. 18, n° 564—Troppong, desde el n° 545.)

No podrá pedir la restitución del inmueble: Como el derecho de retención es indivisible, en el caso de ser dos ó mas los inmuebles dados en anticresis, el acreedor tendrá derecho á retenerlos á todos, aun cuando la deuda se encuentre disminuida considerablemente.

Y perseguir el pago del inmueble: Pero su crédito no tiene en razón de la anticresis privilegio alguno, como se ha establecido en el art. 3255.

3258—El acreedor está obligado á cuidar el inmueble y proveer á su conservación. Si por su culpa ó negligencia el inmueble sufre algún detrimento, debe él repararlo, y si abusare de sus facultades, puede ser condenado á restituirlo aun antes de ser pagado del crédito. Pero está autorizado á descontar del valor de los frutos, los gastos que hiciera en la conservación del inmueble, y en el caso de insuficiencia de los frutos puede cobrarlos del deudor, á menos que no se haya conve-



nido que los frutos en su totalidad se compensen con los intereses. En ese caso solo podrá repetir del deudor aquellas expensas que el usufructuario está autorizado á repetir del nudo propietario. (Concuerda con los arts. 2268—2427—2463—2881—2887—2899—3228—3249—3250—3259—3260.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 2094.—Troplong, *Anticresis*, n° 539—Duranton, tom. 18, n° 561—Aubry y Rau, § 439—Demante, n° 876.)

A cuidar el inmueble y proveer á su conservacion: En los mismos términos en que lo está el usufructuario, pero con la diferencia de que el acreedor anticresista está autorizado para abandonar el inmueble cuando los gastos á que está obligado los encuentra gravosos (art. 3257 y la nota del codificador á dicho art.), cosa que no puede hacer el usufructuario sino mediante la devolucion de los frutos (art. 2882).

Puede ser condenado á restituirlo: Y pagar á mas los daños y perjuicios.

¿Si el acreedor es demandado por la entrega de la cosa puede exigir á su vez el capital que se le deba? Pensamos que no, cuando el deudor tiene un plazo fijo para pagar; lo contrario sería violar lo estipulado, poniendo al deudor en la disyuntiva de dejar aumentar la ruina de su inmueble, ó evitarlo exigiendo su entrega á costa de perder el plazo que se le ha dado para pagar lo que debe. El derecho de retencion en el caso del artículo desaparece; es por esto que dice que el deudor podrá ser condenado á restituir la cosa aun *antes de ser pagado el crédito*.

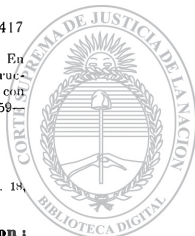
Aquellas expensas que el usufructuario, etc., etc.: Véase lo dispuesto en el art. 3259.

3259—El acreedor está tambien obligado á pagar las contribuciones y las cargas anuales del inmueble, descontando de los frutos el desembolso que hiciere, ó repitiéndolo del deudor, como en el caso del artículo anterior. (Concuerda con los arts. 2894 y siguientes.)

CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 2096—Zachariæ, § 785—Duranton, tom. 18, n° 561.)

O repitiéndolo del deudor: Esto será así cuando los frutos no alcancen para pagar los intereses y las cargas ó cuando



se haya convenido que todos los frutos se compensarian con los intereses.

3260—Es responsable el deudor si no ha conservado todos los derechos que tenía la heredad, cuando la recibió en anticresis. (Concuerda con los arts. 2880—2893.)

CONCORDANCIAS

(Troplong, n° 542)—Aubry y Rau, § 438.

Cualquier turbacion que sufra en su goce debe comunicarla al deudor, ó ejercer el mismo las acciones correspondientes. Puede ejercer la accion confesoria y la negatoria (arts. 2795 y 2801).

3261—Desde que el acreedor esté íntegramente pagado de su crédito, debe restituir el inmueble al deudor. Pero si el deudor, después de haber constituido el inmueble en anticresis, contrajere nueva deuda con el mismo acreedor, se observará en tal caso lo dispuesto respecto de la cosa dada en prenda. Concuerda con los arts. 2465—3218—3219—3238—3245—3257.)

CONCORDANCIAS

(En cuanto á la primera parte, Cód. Frances, art. 2087—En cuanto á la segunda, Duranton, tom. 18, n° 563 —Troplong, n° 549—En contra Aubry y Rau, § 439 y nota 4.)

Se observará lo dispuesto respecto á las cosas dadas en prenda: Es decir, tendrá derecho de retencion hasta ser pagado de esa segunda deuda; pero en caso de que el crédito perteneciente al mismo acreedor, lo hubiera recibido de un tercero por cesion ó por subrogacion, no habrá derecho de retencion, como no lo hay para el acreedor prendario (art. 3219).

FIN DEL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO.



LIBRO CUARTO

De los derechos reales y personales ⁽¹⁾

DISPOSICIONES COMUNES

TÍTULO PRELIMINAR

De la trasmisión de los derechos en general

3262--Las personas á las cuales se trasmitan los derechos de otras personas, de tal manera que en adelante puedan ejercerlos en su propio nombre, se llaman sucesores. Ellos tienen ese carácter, ó por la ley, ó por voluntad del individuo en cuyos derechos suceden. (Concuerda con los arts. 3279—3283—3280.)

CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 954—Zachariæ, § 344.

3263--El sucesor universal es á quien pasa todo, ó una parte alícuota del patrimonio de otra persona. Sucesor singular, es aquel al cual se trasmite un objeto particular que sale de los bienes de otra persona. (Concuerda con los arts. 3262—3281.)

(1) Como complemento al estudio de los derechos reales á que está dedicado este tomo de nuestro trabajo, nos ha parecido mas propio terminarlo con el presente título preliminar, que principiar el 5º tomo con el mismo. Por esto no hemos terminado el tomo con el libro 3º del Código.



CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 951—Nuestro comentario al art. 3135—Aubry y Rau, § 175, nota 3.

A quien pasa todo, ó una parte alicuota, etc.: Sea que la persona reciba el patrimonio por sucesion directa é inmediata, ó por cesion de los derechos hereditarios, es siempre sucesor á título universal. La ley no se refiere aquí á la herencia recibida directamente del difunto al heredero, sino á toda clase de trasmision, como se desprende de los términos generales del artículo y del inciso último, que habla de sucesores á título singular, entre los cuales está el comprador de una cosa determinada. No hay razon para decir, como lo da á entender el Dr. Segovia, que el primer inciso se refiere puramente á los herederos ó legatarios universales, y el inciso segundo á los herederos y legatarios de objetos particulares y á los terceros adquirentes de esos objetos particulares.

Tan generales son los términos de un inciso como los del otro. (Véase nuestro comentario al art. 3135, final.)

3261—Los sucesores son al mismo tiempo sucesores particulares relativamente á los objetos particulares que dependen de la universalidad en la cual ellos suceden.

CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 344)—Aubry y Rau, § 175, p. 70, testo anterior á la nota 6.

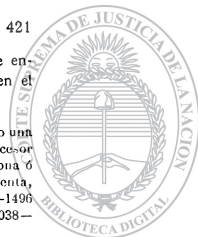
Son al mismo tiempo sucesores particulares: Es por esto que pueden reclamar de sus coherederos los derechos de todo sucesor particular respecto de cada uno de los objetos transmitidos (arts. 3505 y siguientes).

3265—Todos los derechos que una persona trasmite por contrato á otra persona, solo pasan al adquirente de esos derechos por la tradicion, con escepcion de lo que se dispone respecto á la sucesion. (Concuerda con los arts. 551—577—1371, inc. 2—1416—1417—1675—2381—2387—2391—2410—2524, inc. 4 y 6—2601—2820—2949—2977—2979—3205—3209—3240—3410—3420—3766—3771.)

CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 577 y las concordancias de dicho art.—Nuestro comentario al art. 2374.





En los concordantes, y especialmente en la nota citada, se encuentran explicados los fundamentos del principio sentado en el art. 577 del cual el presente no es sino una repetición.

3266—Las obligaciones que comprenden al que ha transmitido una cosa, respecto á la misma cosa, pasan al sucesor universal y al sucesor particular; pero el sucesor particular no está obligado con su persona ó bienes, por las obligaciones de su autor, por las cuales lo representa, sino con la cosa transmitida. (Concuerda con los arts. 562—1195—1496—1498—1584—1675—1854—2109—2310—2416—2419—3010—3024—3038—3042—3175—3270.)

CONCORDANCIAS

Zacharie, § 346—Aubry y Rau, § 176, nota 1, y § 176 *bis*, n° 1.

Respecto á la misma cosa: Es decir, en su carácter de dueño ó poseedor de la cosa sobre que directamente pesa la obligación, como la hipoteca, el anticresis, las servidumbres, la prenda, el derecho de retención (art. 3942).

Y al sucesor particular: El art. 2310 es una escepción á este principio.

Sino con la cosa transmitida: Como sucede al poseedor de una cosa hipotecada, por ejemplo, que solo está obligado en razon de la cosa y que abandonándola se libra de la obligación. (Véase sobre esto á Aubry y Rau, § 176 *bis*, notas 2 y siguientes.)

3267—El sucesor particular puede prevaleerse de los contratos hechos con su autor. (Concuerda con los arts. 1195—1458—1496—1498—1581—1589—1591—2006—2109—3268.)

CONCORDANCIAS

(Ley 7, § 8, y Ley 17, § 15, Dig. *De prat.*—Duranton, tom. 17, n° 147)—Aubry y Rau, § 176.

Puede prevaleerse de los contratos hechos con su autor: Es decir, de los contratos hechos por su autor con terceros. En los casos comprendidos en el art. no se necesita una cesión espresa. Esto no quita que la cesión espresa sea válida en los casos no comprendidos aquí.

Es necesario sin embargo distinguir cuáles son los derechos que pasan al sucesor particular sin necesidad de cesión espresa.



Aubry y Rau, han formulado el principio diciendo: "El sucesor particular goza de todos los derechos y acciones que su autor había adquirido en *el interés directo de la cosa*, corporal ó incorporeal, en la cual ha sucedido; es decir, en los derechos y acciones que se han identificado con la cosa, como cualidad activa, ó que pueden considerarse como sus accesorios".

De manera que se puede decir, en principio, que los derechos acordados en los contratos en el interés personal del que transmite una cosa aunque hayan de ejercerse sobre la cosa misma, no pasan al sucesor (art. 1195). Así, por ejemplo, una servidumbre personal al dueño de un fundo, no puede ser reclamada por el adquirente de ese fundo; pero si la servidumbre es real, pasa como derecho inherente al mismo fundo.

Si en esa servidumbre el dueño del predio sirviente se ha comprometido á hacer los gastos necesarios para que siempre pueda ejercerse, el adquirente del dominante, puede exigir al dueño del sirviente el cumplimiento de esta obligación hasta que se extinga. (Véase nuestro comentario al art. 3023, y Aubry y Rau, § citado.)

El art. 3268 y el ejemplo puesto en la nota á dicho artículo por el codificador, explican suficientemente esto. (Véase los concordantes citados.)

Todo depende de la naturaleza del derecho concedido al autor; lo cual es fácil determinar en cada caso particular. (Véase comentario al art. siguiente.)

3268—El sucesor particular no puede pretender aquellos derechos de su autor que, aun cuando se refieran al objeto transmitido, no se fundan en obligaciones que pasen del autor al sucesor, á menos que en virtud de la ley ó de un contrato, esos derechos deban ser considerados como un accesorio del objeto adquirido. (Concuerda con los arts. 498—1195—1496—1584—1675—2096—2109—3004—3267.)

CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 176—Demolombe, tom. 24, núms. 277 y sigtes.

No se fundan en obligaciones que pasen del autor al sucesor: Es decir, que no pasen por el solo mandato de la ley. Esto explica la escepcion puesta en la segunda parte de este artículo y que el Dr. Segovia en la nota 17 encuentra falta de significado.



En el comentario al art. anterior hemos dicho cuales son los derechos y las obligaciones que no pasan al sucesor particular.

Cuando en esa segunda parte se habla de derechos que pasan al sucesor, se refiere á aquellos casos en que, no obstante que por la naturaleza del contrato no debian pasar al sucesor, la ley ha querido, sin embargo, que pasen por razones de otro orden.

Por lo demas, el principio sentado en este artículo es una consecuencia de lo dicho en el anterior y en el 3266.

El mandato de esos tres artículos se encuentra reasumido por Demolombe, tom. 24, nº 278, de la manera siguiente:

"Las estipulaciones, respecto á las cuales se puede preguntar si se transmiten á los sucesores particulares son únicamente las que se relacionan con el objeto en el cual una persona sucede.

Estas estipulaciones pueden ser de tres clases, á saber:

1º Las que han creado un derecho real en favor de la cosa transmitida;

2º Las que, sin crear un derecho real, tienen, sin embargo, este carácter por haber sido creados con un interes directo para la cosa, por lo cual son accesorios inseparables;

3º Las que han creado un derecho puramente personal, del cual no parece resultar un accesorio inherente á la cosa.

Que las estipulaciones que han creado activamente un derecho real para la cosa transmitida, aprovechan al adquirente, es evidente."

Un ejemplo de esto son las servidumbres reales.

Respecto á la segunda forma establecida por Demolombe, y que es la sentada tambien por el artículo que estudiamos, se puede citar como ejemplo el de un crédito hipotecario cedido por el acreedor á un tercero; este crédito, salvo convenio en contrario, pasa al sesionario con el derecho hipotecario.

Ejemplo de la tercera, es el puesto por el codificador en la nota á este artículo.

3269—Cuando una persona ha contratado en diversas épocas con varias personas la obligacion de transmitirle sus derechos sobre una misma cosa, la persona que primero ha sido puesta en posesion de la cosa, es preferida en la ejecucion del contrato á las otras, aunque su título sea mas reciente, con tal que haya tenido buena fe, cuando la cosa le fué entregada. (Concuerda con los arts. 551—592—594—595—596—2355—2356—2358—2360—2362—2363—2601 á 2603—2791—3275.)

CONCORDANCIAS

(Ley 51, tit. 15, P.º 3º)—Véase las citas de los concordantes citados.

La persona que primero ha sido puesta en posesión: Esto es una consecuencia del principio adoptado por nuestro Código (art. 577 y sus concordantes) de que el dominio de una cosa no se adquiere sino por la tradición. Así, el que vende una cosa, aunque firme la escritura de traspaso conserva el dominio de lo vendido mientras no se desprenda de él por la tradición. Por manera que si á otro que el primer comprador le hace tradición despues de firmada la escritura, el primer comprador solo tendria una accion personal contra el enajenante; pero no una accion real para reivindicar la cosa del segundo adquirente que de buena fe entró en posesion de ella. Hecha la tradición al primer comprador, aunque el segundo tome tambien la posesion no adquirirá derecho alguno en la cosa aunque sea de buena fe, porque el tradente ya no tenía el dominio.

Por lo demas, el presente artículo no es mas que una repetición de los concordantes citados, especialmente de los arts. 592 á 596. Bien ha podido suprimirse.

3270—Nadie puede transmitir á otro sobre un objeto, un derecho mejor ó mas estenso que el que gozaba; y reciprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y mas estenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere. (Concuerda con los arts. 124—787—1388—1606—2130—2353—2354—2413—2504—2603—2663 á 2670—2776 á 2779—3125—3271—3278—3430.)

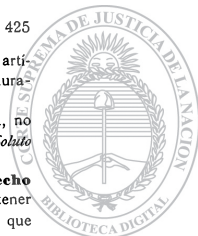
CONCORDANCIAS

Pothier, Propiedad, núms. 10 y sigtes.—Notas del codificador á los arts. 787, 2154, 3198, 3780 y 3939.—Fallos de la S. C. Nacional, tom. 11, Serie 2, p. 284—Id. del Dr. Molina Arrotea, tom. 3, p. 89.—Nuestro comentario á los arts. 548 y 2553.

Que el que él gozaba: El principio sentado en este artículo está repetido en los concordantes citados.

Cuando el Código habla de derechos que no gozaba el primitivo dueño de la cosa, no quiere decir que el adquirente no adquiriera junto con las cosas aquellos derechos de que el propietario primitivo no habia hecho uso; con tal que sean suyos y accesorios de la cosa, pasan al adquirente.





Las palabras *mejor y mas estensas* de que se vale este artículo, se refieren no solo á la estension sino tambien á la duracion.

Así, el que tiene un dominio revocable sobre una cosa, no puede transmitir sobre la misma un dominio irrevocable, *Soluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*.

Nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor: Esto no quita que el adquirente pueda llegar á tener un título mejor, fundado en su propia posesion. Así aquel que de buena fe y justo título ha adquirido una cosa de un poseedor de mala fe, puede percibir como poseedor de buena siempre que no quiera unir su posesion á la de su antecesor. Si, prescindiendo de la posesion del tradente invoca solo su propia posesion de diez ó veinte años, tendrá un nuevo título al cual no le alcanzan los vicios de la posesion del enajenante. (Nota del codificador al art. 2354—Pothier, Propiedad, nº 11.) El art. 3273 es una consecuencia de esto.

Puede, si quiere, unir su posesion á la del primero; pero entonces solo puede hacerlo con los vicios que aquélla tenía.

1º En los concordantes citados encontrará el lector algunas escepciones al principio general consagrado en este artículo.

3271—La disposicion del artículo anterior no se aplica al poseedor de cosas muebles. (Concuerda con los arts. 550—2412—2413—2671—2765—2767—2778—2780.)

CONCORDANCIAS

Zachariae, § 346.

La razon de este artículo está en que en materia de muebles la posesion equivale á título, y si es de buena fe, es un título irrevocable, escepto los casos de robo ó pérdida.

Por lo demas, el artículo es una repeticion de los concordantes citados.

3272—Igualmente, las obligaciones que incumben al propietario de una cosa mueble, no pueden ser opuestas á los que de él la tengan en su poder. (Concuerdan con los arts. 2413—2671.)

CONCORDANCIAS

Zachariae, § 346.

A los que de él las tengan en su poder: Para esto es necesario que los adquirentes sean de buena fe. (Véase los concordantes citados.)

3273—Se puede adquirir por prescripción la propiedad de un inmueble, aunque el carácter de la posesión de aquel de quien se tiene, no le permitiese adquirirla de esa manera. (Concuerda con los arts. 2354—2475—4001—4004—4005.)

CONCORDANCIAS

Zachariæ, lugar citado.—Nota del codificador á los arts. 2354 y 4005.—Nuestro comentario al art. 2475.

No le permitiese adquirirla de esa manera: Es un principio de derecho aceptado por nuestro Código que una persona no puede por sí misma cambiar la causa de su posesión (art 2354).

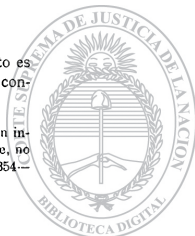
Este principio se puede decir que es absoluto tratándose de un sucesor á título universal; porque, como dice el codificador en la nota al art. 4005, el sucesor universal no hace mas que continuar la posesión del difunto, no comienza á poseer con un título nuevo, es la misma posesión con las mismas cualidades que pasa al heredero. De aquí se sigue que si el autor era poseedor de mala fe, aunque el heredero sea de buena fe, no puede adquirir por prescripción, sino en la forma y por el tiempo que podía prescribir su causante (comentario al art. 2475 y nota del codificador al mismo—arts. 2354 y 4005).

No sucede lo mismo respecto al sucesor particular, pues que éste no continúa la posesión de su autor.

Su posesión es propia, y será de buena ó mala fe según su conocimiento propio, y no según el carácter de la posesión de su autor (art. 4005).

Por esto se ve que el artículo que estudiamos se refiere únicamente al sucesor particular y no al sucesor universal. Así, por ejemplo, si yo compro un inmueble de un poseedor de mala fe, yo podré adquirir la propiedad irrevocable de la cosa por prescripción de diez años, por mas que el que me transmitió la cosa no pueda adquirir en este tiempo á causa de su mala fe.

3274—Las hipotecas que el propietario de un inmueble ha constituido, no producen su efecto contra el tercer poseedor, sino á condi-



cion de haber sido registradas en tiempo oportuno. (Concuerda con los arts. 3135—3137—3149—3150.)

CONCORDANCIAS

Nuestro comentario al art. 3135.

El presente artículo es completamente inútil existiendo los concordantes citados.

3275—El acto jurídico por el cual una persona trasmite á otra el derecho de servirse de una cosa despues de haber transmitido este derecho á un tercero, es de ningun valor. (Concuerda con los arts. 600—2256—3269.)

CONCORDANCIAS

Las de los arts. 600 y 1494.

El presente artículo se refiere á aquellos contratos en que se conceden derechos personales y que se perfeccionan ó quedan concluidos por el mutuo consentimiento, sin necesidad de tradicion, como el arrendamiento, art. 1494. En los contratos reales, por el contrario, no quedan concluidos como tales mientras no se haga la tradicion (art. 1141, 3269 y sus concordantes).

3276—Las disposiciones tomadas por el propietario de la cosa relativamente á los derechos comprendidos en la propiedad, son obligatorias para el sucesor. (Concuerda con los arts. 1866—2670—2987—3270 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 3270.

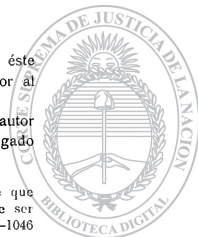
Non obligatorios para el sucesor: Asi la servidumbre establecida por el padre de familia (art. 2994) subsiste aunque la cosa pase á poder de un tercero (art. 2996).

Los artículos citados referentes á la servidumbre, son una consecuencia del principio consagrado por el que estudiamos.

Toda concesion ó carga puesta por el propietario está obligado á respetarla el sucesor en los términos que lo estaba su antecesor. (Véase el ejemplo puesto por el codificador en la nota á este artículo.)

1º Debe advertirse que para que los contratos del causante





obliguen al sucesor, no es necesario, en regla general, que éste haya tenido conocimiento de aquéllos. (Nota del codificador al art. 1498.)

2º Al sucesor le queda libre el derecho de reclamar del autor los perjuicios que sufra al respecto, cuando aquél está obligado al saneamiento.

3277—La violencia, el error, el dolo y las irregularidades de que adolezca el título del que trasmite un derecho, pueden igualmente ser invocadas contra el sucesor. (Concuerda con los arts. 787—1045—1046—1051—2413.)

CONCORDANCIAS

Véase las concordancias del art. 1051—Nota del codificador al art. 787.

Contra el sucesor: El artículo no es aplicable al adquirente de buena fe de cosas muebles (arts. 2413 y 2671). Respecto de los inmuebles, se aplica en todos los casos no exceptuados espresamente por la ley, como el caso del heredero ausente, u otros así.

3278—Un derecho revocable de-de que se constituyó, permanece revocable en poder del sucesor. (Concuerda con los arts. 2663 á 2671—3270 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Las del art. 2668.

Permanece revocable en poder del sucesor: Tratándose de cosas muebles se aplicará lo dispuesto en los arts. 2413 y 2671. (Véase art. 1856.)

Otra cosa es tratándose de inmuebles; la buena fe no impide que se ejercite contra ellos la accion de reivindicacion por el que trasmitió al tradente el dominio revocable. Pero para que la accion pueda dirigirse contra terceros es necesario que conste en la misma escritura del que trasmite la cláusula resolutoria con que éste ha adquirido el inmueble (art. 2663, sus concordantes y nota del codificador al mismo).

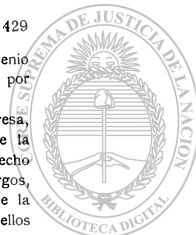
Debe tenerse presente que no se trata aquí de una accion de nulidad del título, como en el caso del artículo anterior, sino de una revocacion del dominio proveniente del título mismo en que consta la revocabilidad.

La revocacion del dominio puede tener origen en un convenio de las partes, ó resultar de la naturaleza misma del acto por que se trasmite.

En este último caso no se necesita una cláusula espresa, para que la revocacion tenga efecto contra tercero, porque la naturaleza del título es suficiente para conocer que el derecho es revocable. Así, por ejemplo, en una donacion con cargos, basta que en el título estén espresados los cargos para que la revocacion de la donacion por falta de cumplimiento de ellos pueda invocarse contra el tercero adquirente (art. 1855), pues ha debido averiguar antes si esos cargos estaban cumplidos ó no.

1º La necesidad de que conste en el mismo título la revocabilidad del derecho, es exigida en absoluto respecto de sucesor á título singular, como el comprador.

Pero respecto al heredero, por lo mismo que éste no hace mas que continuar la persona del difunto, la revocacion del dominio produce su efecto, en general, aun cuando no conste en el mismo título, con tal que se pueda probar en otra forma. En ese caso la accion es como si se dirigiera contra el mismo autor de la sucesion. (Véase comentario al art. 3270.)



NOTAS DEL CODIFICADOR

AL LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO, Y QUE COMPRENDEN
LAS DE LOS ARTÍCULOS COMENTADOS EN EL TOMO CUARTO Y QUINTO
DE ESTA OBRA



LIBRO TERCERO

DERECHOS REALES

TÍTULO PRIMERO

De las cosas consideradas en sí mismas y en relacion a los derechos

Art. 2311. Freitas pone al artículo 317 de su proyecto de Código, una larga nota demostrando que solo deben entenderse por *cosas* los objetos materiales, y que la division en cosas corporales é incorporeales, atribuyendo á la palabra *cosas* cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente, ha confundido todas las ideas, produciendo una perturbacion constante en la inteligencia y aplicacion de las leyes civiles.

La palabra *cosas*, en la flexibilidad indefinida de sus acepciones, comprende en verdad todo lo que existe (**art. 2100 y nota al mismo**); no solo los objetos que pueden ser la propiedad del hombre, sino todo lo que en la naturaleza escapa á esta apropiacion esclusiva: el mar, el aire, el sol, etc. (**art. 2518**). Mas como objeto de los derechos privados, debemos limitar la estension de esta palabra á lo que puede tener un valor entre los bienes de los particulares. Así, todos los bienes son cosas, pero no todas las cosas son bienes (**art. 2311**). La *cosa* es el género, el *bien* es una especie.



Art. 2312. Véase el proemio del Tit. 17, Part. 2ª—Duranton, tom. 4, nº 3—Toullier, tom. 5, n. 510—Marcadé, sobre el art. 543, nº 402—Hay derechos y los mas importantes, que no son bienes (**nota 2311**), tales son ciertos derechos que tienen su origen en la existencia del individuo mismo á que pertenecen, como la libertad, el honor, el cuerpo de la persona, la patria potestad, etc. Sin duda, la violacion de estos derechos personales puede dar lugar á una reparacion que constituya un bien, juridicamente hablando; pero en la accion: nada hay de personal: es un bien exterior que se resuelve en un crédito. Si, pues, los derechos personales pueden venir á ser la causa ó la ocasion de un bien, ellos no constituyen por si mismos un bien *in jure*. Lo mismo se puede decir de las facultades del hombre, de su aptitud, de su inteligencia, de su trabajo. Bajo una relacion económica, las facultades del hombre constituyen sin duda la riqueza; mas juridicamente, ellas no hacen parte de sus bienes. Así, el que hace cesion de sus bienes á sus acreedores, no comprende en la cesion, ni su libertad, ni sus facultades personales. El poder juridico que se pue le tener sobre una persona, y los derechos que de él le resulten no son bienes, aunque las ventajas que obtenga, den nacimiento á bienes. En la jurisprudencia solo se considera *bien* lo que puede servir al hombre, lo que puede emplear éste en satisfacer sus necesidades, lo que puede servir para sus usos ó placeres, lo que puede en fin entrar en su patrimonio para aumentarlo ó enriquecerlo aunque consista en un mero derecho, como un usufructo, un crédito.

El *patrimonio* de una persona es la universalidad juridica de sus derechos reales y de sus derechos personales, bajo la relacion de un valor pecuniario, es decir, como bienes. Es la personalidad misma del hombre puesta en relacion con los diferentes objetos de sus derechos. El patrimonio forma un todo juridico, una universalidad de derechos que no puede ser dividida sino en partes alicuotas, pero no en partes determinadas por si mismas, ó que puedan ser separadamente determinadas (**art. 2761 y nota al mismo y art. 2910**). Una pluralidad de bienes exteriores tal, que pueda ser considerada como una unidad, como un todo, se llama *una universalidad* en este Código. Si es por la intencion del propietario, es *universitas facti* (**art. 2101**), si por el derecho, *universitas juris*. El patrimonio de una persona presenta una universalidad de la segunda especie. Una universalidad de derecho puede ser trasformada en una universalidad de hecho por la voluntad del propietario, por ejemplo, cuando un testador lega, á titulo singular una parte de su sucesion.

El Derecho Romano distinguia el patrimonio del peculio. El patrimonio era *pecunia hominis sui juris*, el peculio era *pecunia hominis alieni juris*. La teoria del peculio es estraña á este Código. Véase Zachariæ, § 251.

Art. 2313. Marcadé sobre el art. 525. critica los términos de los artículos 522 al 525 del Código Frances, que dividen los inmuebles en inmuebles por su naturaleza é inmuebles por su destino, pues que es imposible designar la linea de demarcacion entre ellos. Mas lógico y mas



jurídico sería decir, *inmuebles por accesion* (**art. 2571 y nota al mismo**). En todos los casos en que las cosas muebles se encuentran inmovilizadas, es porque son accesorias de los inmuebles (**art. 2572 y sigtes.**) Cuando una paloma del palomar vecino anida en el mío, es por accesion que viene á ser mía, y se encuentra inmovilizada con el palomar. No se puede decir que es por el destino, pues que nadie la habia destinado al palomar (**art. 2592 y nota al mismo, y 2593**). Los edificios son solo accesorios del suelo, y por esa razón vienen á ser inmuebles (**art. 2587 y nota al mismo, y al 2311**).

Art. 2314. Los edificios son designados en el Código Frances como inmuebles por su naturaleza, cuando en verdad solo lo son por un hecho de accesion (**nota 2313—2587 y nota al mismo**), tal es en efecto el origen que el Derecho Romano asigna á esta especie de inmovilizacion de los materiales que por su naturaleza eran muebles. *Omne quod solo inaedificatur solo cedit*—*Instit., De rer. divis.*, § 29. Sobre este artículo véase Demolombe, tomo 9 desde el n° 96 (**art. 2581 y 2581**).

Art. 2315. LL. 28 y 29, Tit. 5, Part. 5ª. Así las plantas de un almáximo, aunque estén inmediatamente adheridas al suelo, no son inmuebles, pues solo temporalmente están unidas al suelo (**art. 2588**).

Art. 2316. LL. 28, 29 y 31, Tit. 5, Part. 5ª—Zachariae, § 254 y notas 8 y siguientes. En el caso del artículo, el principio de la accesion no está en la naturaleza de las cosas, como cuando se trata de la parte que sirve á componer el todo; existe únicamente en la voluntad de la persona que, colocando sobre el fundo objetos muebles, los ha consagrado al uso perpétuo de ese fundo (**art. 2315**). Esta voluntad, que diversas circunstancias deben hacer presumir cuando es el propietario del fundo quien ha hecho la colocacion, no debe sin embargo presumir jamás cuando la colocacion emana de un tercero, que no tiene ningun derecho sobre el fundo, como el arrendatario ó usufructuario (**arts. 2320, 2321, 2322**).—Véase Demolombe, tomo 9.

La accesion moral, la relacion íntima entre el inmueble y el objeto mueble, dice Marcadé, existe algunas veces por la naturaleza misma de las cosas. Los pescados de un estanque, las llaves de una casa, forman un todo con los inmuebles; son inmuebles con ellos y por ellos. Comúnmente al contrario, esta accesion moral que debe inmovilizar el objeto, solo existe cuando ese objeto ha sido colocado sobre el fundo por el propietario mismo, pues no es presumible que nadie mas que él lo dejase allí por siempre.

Así, son inmuebles por accesion, las semillas echadas á la tierra ó que se tienen con ese destino, los utensilios de labranza ó minería, los animales destinados al cultivo ó beneficio de una finca, las prensas, alambiques, toneles, etc., que forman parte de un establecimiento industrial adherente al suelo, y todos los útiles, instrumentos, máquinas, etc., sin los cuales esos establecimientos no podrian funcionar y llenar



bien su destino, aunque no estuviesen soterrados, como lo exigía la L. 29, Tlt. 5, Part. 5ª (**nota 2315, art. 3763**).

Zacharie enseña que si los objetos muebles pueden ser considerados como inmuebles por razón de su destino, es cuando el uso que se hace de ellos tiene un carácter inmóvil, es decir, cuando son empleados en una explotación para la cultura del suelo, ó la cosecha de los productos del suelo. Si al contrario son empleados para la explotación de una industria de manufacturas, que se tiene dentro de los edificios que reposan en el suelo, pero que no explota ni los edificios ni el suelo, y en la cual el suelo y los edificios no entran sino como accesorios y lo principal es formado de los útiles á la explotación, que no son llevados allí para servicio del edificio, sino para la industria de la persona, es fuera de duda que ellos deben conservar su naturaleza propia, y que no pueden participar de la del suelo, y de la de los edificios, á los cuales son extraños y meros accesorios, § 254, nota 3—Lo mismo Duranton, t. 4, nº 64.

Á pesar de la razón que acompaña á la opinión de los autores citados, los escritores de Derecho en general, y todos los Códigos conocidos, resuelven en conformidad del artículo.

Es entendido que cuando decimos que esos diferentes objetos unidos á perpetuidad á un fundo por el propietario, vienen á ser inmuebles, suponemos que el propietario del fundo tenía derecho á colocarlos allí. Sin esto, continuarían siendo muebles, permaneciendo en la propiedad de aquel á quien pertenecían antes de la reunión.

En el artículo hemos puesto un principio general, según el cual el Juez y juriscónsulto pueden fácilmente resolver cualquiera cuestión que se presente sobre una especie dada (**comentario al art. 2535, nº 9**). Regularmente los Códigos de Europa y América entran en prolijas enumeraciones de los objetos que deben considerarse como accesorios de un inmueble; pero este sistema es por sí incompleto, pues no puede abrazar todas las cosas que deben reputarse accesorias, y da lugar á juzgar como escluidas de esa calidad las que no se encuentren designadas en la ley.

Art. 2329. Mas adelante diremos que los frutos no son accesorios de las cosas (**art. 2522**). Frutos son los que la cosa regular y periódicamente produce sin alteración ni disminución de su sustancia (**art. 2424**): producto de la cosa son los objetos que se separan ó se sacan de ella y que una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir ó alterar su sustancia, como las piedras sacadas de una cantera, ó el mineral sacado de las minas. Ninguna distinción hay que hacer entre frutos y productos en cuanto al derecho del propietario; pero sí en cuanto al derecho del usufructuario, como en adelante veremos (**art. 2566 y 2573, y nota del codificador á este último**).

Art. 2333. Un diamante de precio, engarzado en oro para formar un anillo, constituye la cosa principal y el oro el accesorio. Un galón de oro aunque valga mas que el paño á que se ha unido para adorno, es



accesorio del paño. Un marco para contener un cuadro, aunque valga mas que éste, es accesorio del cuadro, porque ha sido hecho para contener y conservar el cuadro (**arts. 2591 á 2600**).

Art. 2335. Demolombe, tom. 10, núms. 194 y siguientes—Duranton, tom. 5, n° 437—En contra, L. 37, Tit. 28, Part. 3ª—Institut., Lib. 2, Tit. 1, § 33—La Ley Romana solo por una escelencia del arte, hacia escepcion de la pintura, § 34. En cuanto á la escritura, declaraba que si alguno hubiese escrito en papel ageno un poema ó una historia, por escelente que fuese la obra, el papel era lo principal, lo escrito lo accesorio y la obra pertenecia al dueño del papel. L. 9, Dig. *De adq. rer. dom.* (**art. y nota 2333**). Nosotros consideramos que el papel y la tela son hechos para el uso de la escritura ó de la pintura; y no la escritura ó la pintura para el uso del papel ó de la tela.

Art. 2340, n° 1º—Cód. de Chile, art. 593—*Kent's Commentaries*, Lecc. 2, núms. 29 y 30. La Inglaterra, segun este autor, ha sostenido siempre su dominio en los mares territoriales, hasta la distancia de 4 leguas marinas.

N° 3º Véase L. 6, Tit. 28, Part. 3ª—La L. 5, Tit. 17, Lib. 4, Rec. de Indias, declara que los montes, pastos y aguas en América que no están concedidos á particulares, son cosas comunes á todos. Solórzano en el Lib. 6, Cap. 11, dice que el Rey de España se reservó siempre en América el dominio de los rios como el dominio de las tierras. La Ley Romana decia: *Flumina pene omnia publica sunt*. La palabra *pene* es la que ha traido las diversas cuestiones entre los comentadores. Merlin, *Repert. verb. Rivière*, § 2; Proudhon, *Dominio público*, tomo 3, n° 933, y Foucart, *Derecho Administrativo*, nos dicen que antes del Código Frances los rios no pertenecian á los ribereños, como en él se declaró. En la mayor parte de los Reinos de España, los rios siempre han sido del dominio público—Goyena, art. 386. Podemos decir que todos los rios, navegables ó no, son de la mayor importancia por la multitud de usos necesarios á la vida, á la industria y á la agricultura, que puede hacerse de sus aguas, y que es conveniente á la paz, á los intereses generales, que el Estado sea el único propietario y regulador del uso de ellos. (**Folleto del Dr. E. Costa, titulado “Los Rios y sus riberas”, 1890.**)

Art. 2341. LL. 6, 8 y 9, Tit. 23 Part. 3ª—El simple derecho de goce es esencialmente temporario; la existencia á perpetuidad de un derecho tal, no seria una simple modificacion sino una verdadera destruccion de la propiedad. La concesion perpétua del goce, debe ser considerada como una enajenacion completa—Véase Demante, n° 378 bis, § 3. (**Nota del codificador al 2407, y arts. 2508, 2511.**)

Art. 2351. Véase L. 47, Tit. 28, Part. 3ª—La L. 1, Tit. 30 de la misma Partida dice: *que posesion es tenencia derecha que ome ha en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo ó del entendimiento* (**arts. 2373 y siguientes**). Esta definicion está enteramente conforme con la nuestra. El Cód. Frances, art. 2228, dice: « La posesion es la tenencia, ó goce de una cosa ó de un derecho que tenemos, ó que ejercemos por no-



sotros mismos, ó por otro que lo tiene y ejerce en nuestro nombre». «El Código, dice Troplong, toma la posesion en el sentido mas general, y en su elemento mas simple, es decir, es el primer grado, que tiene por resultado poner al individuo en relacion con la cosa. En cuanto á las variedades de esa relacion, que son muy numerosas, por ejemplo, posesion á título de propietario, posesion precaria, etc., el Código aun no se ocupa. En los artículos siguientes, el legislador designará las cualidades de que ella debe revestirse á medida que venga á ser la fuente de derechos particulares».

Lo contrario de Savigny, enseñan: Maynz, Lib. 2º, § 162—Demolombe, tomo 9º, desde el nº 479, Zachariæ y Belime, sosteniendo que la posesion es un derecho real—Troplong, sobre el artículo 2228 trata extensamente esta materia.

Molitor en su tratado *De la Posesion* no sigue ni una ni otra de las opiniones espresadas. Dice que la posesion no es un derecho puramente real, porque aunque la cosa esté inmediatamente sometida al poseedor, este derecho no puede ser demandado contra los terceros poseedores, sino solo contra aquellos que han violado la posesion. Si B ha despojado á A y en seguida B ha sido despojado por C, B tendrá solo el *interdicto unde vi* contra C, A no lo tendrá sino contra B—L. 1ª, Tit. 16, Lib. 43, Dig.

Por otra parte, la posesion no es un derecho puramente personal: no es mas que un *jus ad rem*, en este sentido, que para tener la cosa es preciso el hecho, es preciso el intermediario de una tercera persona obligada á entregarla ó á darla. La posesion, por lo tanto, no es así, ni un derecho puramente real, ni un derecho puramente personal; pero como el derecho manifiesta sobre todo su carácter y su energia por la accion, diremos que pertenece mas bien á la clase de los derechos personales. Podemos llamarlo un derecho real-personal, real porque el derecho sobre la cosa es directo ó inmediato, motivo por el cual las acciones posesorias son ó aparecen ser *concepta in rem*, y personal, porque la accion posesoria no se intenta sino contra el autor de un hecho, del hecho del despojo ó de la turbacion en la posesion, sin que pueda dirigirse contra terceros poseedores.

Nosotros seguimos el orden inverso: definimos la posesion por la que tiene la mayor importancia juridica, la que presenta todos los caracteres indispensables para los derechos posesorios, la posesion que sirve para la prescripcion, y la que da acciones posesorias *adversus omnes*, dejando para otro lugar tratar de la posesion que solo sirve para los interdictos ó acciones posesorias. La definicion, pues, del Código Frances no es contraria á la nuestra, pues él define lo que regularmente se llama posesion natural, y nosotros definimos la que por lo comun se dice posesion civil (**art. 2265**).

La definicion del Código Frances supone que la posesion puede no ser de cosas corporales, sino de meros derechos, lo que en la jurisprudencia se llama *cuasi-posesion* (**art. 2100 y nota al mismo**). Las Leyes Romanas declaraban que solo podian poseerse las cosas corpo-



rales. . . *quia nec possideri intelligitur jus incorporale* (L. 4, § 27, Tit. 3, Lib. 41, Dig.) *Possidere autem possum*, decía otra ley, *quæ sunt corporalia* (L. 3, Tit. 2, Lib. 41, Dig.) Pero mirada la posesion en sus relaciones con el derecho de propiedad, la posesion se manifiesta como el ejercicio de los poderes comprendidos en ese derecho. Bajo este punto de vista práctico, la idea ha parecido susceptible de ser extendida á otros derechos reales, especialmente á los derechos de servidumbre, que son desmembraciones del derecho de propiedad; y se ha considerado como poseedor de una servidumbre al que ejerce los poderes contenidos en el derecho de servidumbre. Esta es la *juris possessio* ó la *quasi-posessio* (art. 2977). Los Romanos habian restringido la cuasi-posesion á las servidumbres, y no la habian extendido á otros *jura in re*, y menos á los derechos personales y á los derechos de las obligaciones, respecto de los cuales la idea del ejercicio de un poder fijo no es admisible bajo relacion alguna. El Cód. Frances, como se ha visto, estiende la posesion á todos los derechos. Molitor se empeña en demostrar que la cuasi-posesion no puede estenderse sino á las servidumbres. (*De la posesion*, nº 14.)

Savigny, en su *Tratado de la posesion*, desde el nº 7, enseña que la posesion no es sino un hecho, y solo un derecho por sus efectos, que son la prescripcion y las acciones posesorias: *Así, dice la posesion es un hecho y un derecho á la vez*. Molitor ha combatido esta opinion, á nuestro juicio victoriosamente, demostrando que toda posesion es un derecho (**nota al 2170**).

En el rigor de los principios, lo que otro tiene en mi nombre yo no lo poseo realmente, no lo tengo actualmente en mi poder, pues que él es quien lo tiene en el suyo. Mas, siendo la posesion precaria respecto de mí, las leyes me consideran como poseedor, como que ejercito la posesion por su ministerio, y á él, como que solo está en una posesion ajena (art. 2101 y nota al mismo, art. 2111 y nota al mismo, arts. 2116 y siguientes).

Art. 2354. L. 11, Cód. Romano, *De adq. poss.*—Pothier, *Posesion*, nº 33. Por ejemplo, si la posesion ha comenzado por ser una posesion violenta, clandestina ó de mala fe, continúa con la misma cualidad, no solo en la persona del que principió la posesion, sino tambien en la de sus herederos y los herederos de sus herederos (arts. 2175, 3277, 3118 y 1001). No sucede lo mismo con el que ha obtenido la posesion por un título singular. La posesion que ha comenzado en su persona, le es propia y no la continuacion de su autor. Es verdad que el sucesor singular puede unir á su posesion la de su autor, y cuando la une, no puede hacerlo sino con sus cualidades y sus vicios; pero como solo es una facultad, puede ó no hacer uso de ella (arts. 2176, 3273, 1005 y nota del codificador al mismo, nuestro comentario al 3273).

Art. 2358. En la prescripcion basta que la buena fe haya existido en el momento de la adquisicion (art. 1008 y nota del codificador al mismo). La razon es, que la prescripcion para adquirir,



reposa sobre la posesion, es decir, sobre un estado de cosas permanente, cuyo carácter se determina en general de una manera invariable. Al contrario, cuando se trata de la posesion para la adquisicion de frutos, porque tal adquisicion reposa sobre una percepcion hecha de buena fe, cada acto de percepcion constituye un hecho aislado, cuyo carácter es independiente de las percepciones anteriores (**art. 2123, 2132 y 2133**). El poseedor, pues, no podria prevalecerse de la buena fe originaria—Véase Aubry y Rau, § 206, nº 5, y L. 58, Tit. 1, Lib. 41, Dig.

Art. 2361. Aubry y Rau, § 181 y nota 12. Para so-tener la opinion contraria, se dice que la posesion del difunto se continua con el vicio de mala fe en la persona del sucesor universal, y que lo mismo debe ser, aunque se trate de la percepcion de los frutos, como lo prueba la L. 2, Tit. 51, Lib. 7, Cód. Romano (**nota al 2351**). Que por otra parte, admitiendo que el sucesor universal ganase los frutos por su buena fe personal, estaria obligado á restituirlos, como obligado por todos los hechos de su autor y principalmente por todas las obligaciones que gravasen á éste por su indebida posesion. Este doble argumento nos parece infundado. Si el sucesor universal de un poseedor de mala fe, no puede, á pesar de su buena fe personal, valerse de la prescripcion, es, por una parte, porque la prescripcion exige la buena fe al hacerse la adquisicion (**art. 4008**); y por otra, porque la sucesion no es sino un título traslativo de las cosas de que el difunto era propietario. En ese sentido y respecto á la prescripcion es una verdad que la mala fe del autor se continúa en la persona de su sucesor universal (**art. 1001 y concordantes**). Mas otra cosa es, cuando se trata de la percepcion de los frutos. Estando acordada la dispensa de restituir los frutos á toda persona que los ha percibido de buena fe, no puede haber embarazo alguno para que el sucesor universal pueda por sí mismo invocar este beneficio respecto á los frutos que ha percibido. La Ley Romana que se cita, no es contraria á esta doctrina, porque ella no se ocupa, sino de los frutos percibidos despues de la demanda.

En cuanto al segundo argumento, parte de una idea demasiado absoluta, pues pretende hacer responsable al poseedor de mala fe de las consecuencias de su indebida posesion, aun posteriores á su muerte. Se comprende que tal poseedor esté obligado á re-tituir, no solo los frutos percibidos por él, sino aun los que no hubiese percibido, y tambien los percibidos por un tercero á quien hubiese con dolo trasmitido la posesion. Pero no se comprende que la obligacion de restituir los frutos, subsista despues de su muerte, y se transmita á su heredero, cuando la cesacion de su posesion, mera consecuencia natural de su muerte, no se encuentre viciada por ninguna especie de dolo—Duranton, tom. 4, nº 357—Marcadé, sobre el art. 550, nº 2—Pothier, *De la propiedad*, nº 340—Aubry y Rau, § 206, nº 4 y nota 18.

Art. 2374. La posibilidad fisica de tomar la cosa ó de disponer de ella, dice Savigny, puede existir sin el contacto; pues el que puede á cada momento poner su mano sobre una cosa que está delante de él, es

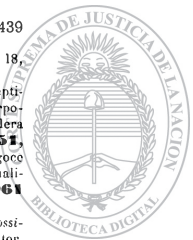


sin duda tan dueño de ella como el que la ha tomado. Esta posibilidad física es el hecho esencial de toda adquisición de la posesión (**art. 2365 y nota del codificador al mismo**). La Ley Romana dice, que el contacto personal no es necesario para la adquisición, y que basta la sola vista de una cosa presente. *Non est enim corpore et tactu necesse adprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu* (L. 1, § 21, Dig. De adquir. poss.) Por otra parte, la necesidad del contacto personal, no es exigida de una manera general. La Ley nos dice que para tomar la posesión de un fundo, no es preciso entrar en él, porque el que se encuentra próximo y lo abraza con la vista, tiene sobre ese fundo el mismo poder que el que hubiese entrado. *Si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuunque se possessionem tradere dicat, non minus possidere xpi, quam si pedem finibus intulissem* (L. 18, Dig. De adquir. vel omitt. posses.) Es pues la presencia corporal la que nos pone en estado de disponer de la cosa á nuestra voluntad. En la adquisición de la posesión de cosas muebles, la presencia inmediata puede, sin ninguna ficción, reemplazar la aprehensión real (**art. 2376**). Esta especie de aprehensión es la mas común, cuando la estensión ó el peso de la cosa es tan considerable que no se puede remover fácilmente. Esto se encuentra comprendido en los pasajes siguientes: *Pecuniam quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et ut statim libereris et mea esse incipiet* (L. 79, Dig. De solut.) *Si jussertim venditorem procurator rem tradere, cum ea in presentia sit, videri mihi traditam* (L. 1, § 21, Dig. De adq. vel omitt. posses.)

Savigny sigue demostrando la proposición con innumerables testos —Véase Duranton, tom. 21, n° 195—Molitor, Tratado de la posesión, n° 29.

Art. 2385. L. 1, Tít. 30, Part. 3ª—Savigny, dice: « no hay necesidad de ocurrir á la tradición *brevi manu*, ni á la tradición *facta* de los glosadores. Nosotros partimos de un principio verdaderamente general: la posibilidad física de disponer de la cosa; y la entrega de las llaves no es una tradición *facta*, ni una tradición *brevi manu*, sino el medio de crear la posibilidad física (**art. 2371 y nota del codificador al mismo**). » De la posesión, § 16.

Art. 2386. Nosotros podemos, dice Savigny, adquirir la posesión de una cosa tan solo porque haya sido puesta en nuestra casa, aun estando nosotros ausentes. Cada uno tiene sobre su casa un imperio mas cierto que sobre cualquiera de sus bienes, y este imperio le da al mismo tiempo la custodia de todas las cosas encerradas en la casa. Esta adquisición de la posesión no depende de la posesión jurídica del edificio. Así, el que ha alquilado una casa ó un almacén, aunque no tenga respecto del edificio, ni la propiedad, ni la posesión jurídica, adquiere la posesión de las cosas que se introducen en ella, porque tiene la custodia de todo lo que se encuentra en el edificio. Y á la inversa, la adquisición de la posesión es imposible para el que no tiene el uso propio de la casa, aunque tenga la propiedad y la posesión jurídica de ella.



La resolución del artículo está fundada en el texto espreso de la L. 18 Dig. *De aquir. vel omitend. possess.* (**art. 2356**).

Art. 2400. Hemos dicho ya que solo las cosas corporales son susceptibles de una posesión verdadera y propiamente dicha; las cosas incorpóreas, aquellas *quæ in jure consistunt*, no son susceptibles de la verdadera posesión, mas lo son de una cuasi-posesión (**notas 2311, 2351, art. 2312**). Esta cuasi-posesión de un derecho, consiste en el goce que tiene aquel á quien pertenece, y es susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión (**art. 3961 y nota al mismo**).

Art. 2401. La Ley Romana dice: *plures eandem rem in solidum possidere non possunt*. L. 3, § 5, Dig. *De adq. poss.*—Una cosa, dice Molitor, puede ser para muchas personas un objeto de posesión, en el sentido que la una sea *corporis*, y la otra *juris* (**art. 2352 y nota al mismo**). El usufructo no hace sino tener la cosa á nombre del propietario, él no tiene una *juris possessio*. El usufructo es considerado como una parte intelectual, como un elemento separado de la propiedad. En este caso, solo aparentemente la misma cosa se presenta poseída por muchos; por una parte el *corpus* y por la otra el *jus*.

El principio que establece el artículo no se opone á la regla, dice Troplong, que muchas personas pueden poseer en comun la cosa indivisible que les pertenece, pues que ellas no la poseen separadamente, sino que forman una persona colectiva que obra en un solo interes (**nota 2107**). La regla que dos posesiones se excluyen, no es aplicable sino cuando se trata de posesiones del mismo género, emanadas de causas opuestas, y obrando cada una en un interes separado (**art. 2676**). Sobre el art. 2228, nº 244.

Art. 2405. Savigny, *Posesion*, § 22. Una casa no puede ser poseída sin el terreno sobre el que reposa, porque es inseparable del suelo. De una estatua, uno no puede poseer la cabeza y otro los brazos.

Art. 2407. El artículo es la confirmación de la regla que dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre el mismo objeto. Muchas personas pueden poseer una misma cosa *pro indiviso*: su posesión es en ónces comun (*compossessio*) (**nota 2101 y art. 4009**). En este caso, solo aparentemente la misma cosa se presenta poseída por varios. Pero en realidad cada uno no posee sino su parte y no la parte de los otros. Poco importa que las partes sean solo intelectualmente separadas, pues no por eso dejan de ser partes, y estas partes intelectuales son las que cada uno posee (**art. 2676**). Véase Molitor, *De la posesion*, nº 25.

Art. 2411. Troplong, sobre el art. 2228, nº 277, agrega: «puesto que el título es la regla ordinaria de la posesión, se debe concluir que si el mismo acto contiene muchos derechos conexos y eventuales, y se ha poseído uno solo porque los otros no estaban presentes, el goce del uno habrá conservado el goce de todos los otros» (**art. 2110**).

Art. 2412. Aubry y Rau, estensamente en el § 183. La necesidad de la buena fe para que la posesión valga como título, es sostenida por



Troplong, *Prescript.*, tomo 2, n° 1061. (**Nota al 2111**)—Por Marcadé, sobre los arts. 2279 y 2280—Por Duranton, tomo 4, n° 433; pero Aubry y Rau enseñan en el § 183, nota 26, que aun respecto al poseedor de mala fe, la posesion de las cosas muebles vale por el título.

Art. 2414. Así el depositario, el comodatario, y los otros tenedores precarios, no pueden valerse del principio de que en materia de muebles la posesion vale por el título. Así tambien, el tercero al cual el tenedor precario de un objeto mueble lo ha trasmitido, y que lo ha recibido de mala fe, es decir, sabiendo que su autor no tenía derecho de disponer de él, está, en razon de su mala fe, sometido á una accion personal sobre la restitucion de ese objeto (**art. 597, art. y nota 2352—Nota 2412**).

Art. 2431. Consecuencia de la regla 137, Dig. *De reg. juris*, y L. 45, Tit. 1, Lib. 6, Dig. Una Ley Romana da la razon de la disposicion principal del artículo, *quia quasi suam rem neglexit, nulli querellæ ante petitam hæreditatem subjectus est*. L. 31, § 3, Lib. 5, Dig. Otra ley del mismo Código dice: «El Senado ha querido proveer con equidad á la suerte de los poseedores de buena fe, de manera que no les sea imputado ningun daño hecho en la cosa, y que por otra parte ellos no puedan enriquecerse reteniendo parte alguna de la cosa de que sufran una eviccion. Así cualesquiera que sean los gastos que ellos hubiesen hecho en los bienes de la sucesion de que estaban en posesion, todo lo que en ellos hubiesen dissipado ó perdido en la opinion en que estaban de que abusaban de sus propios bienes, no se les puede tomar en cuenta ni hacorles cargo alguno. Aunque hubiesen donado los bienes de la herencia para recompensar á alguno por obligaciones que tenían, no se juzgará que se han enriquecido con esos bienes; pero si hubiesen recibido presentes en reconocimiento de sus liberalidades, serán considerados haberlos enriquecido, como una especie de cambio, y esos objetos deben ser restituidos (**art. 124**).» L. 25, § 11, Tit. 3, Lib. 5, Dig.—Véase Aubry y Rau, § 219, letra C—Proudhon, *Dominio privado*, tom. 2, núms. 569 y siguiente—Duranton, tom. 4, n° 366.

Art. 2433. El Cód. de Austria, art. 338, declara: Que el poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia á restituir la cosa, debe ser considerado como poseedor de mala fe desde el dia en que se le hizo saber la demanda, resolucion con no puede fundarse en razones jurídicas. La opinion de los autores es muy varia. Pothier trata largamente la materia en el *Tratado de la propiedad*, parte 2ª, cap. 1, §§ 3 y 4—Lo mismo Aubry y Rau, § 219. No-otros seguimos á Molitor en su *Tratado de la reivindicacion*, n° 19. Para fundar el artículo basta presentar las condenaciones que debe sufrir el poseedor de mala fe, que no pueden ser aplicados al poseedor de buena fe condenado á restituir la cosa.

Si el poseedor ha hurtado la cosa, ó es un violento poseedor, está obligado por la pérdida fortuita, aunque esta pérdida la hubiese tambien sufrido el propietario si la cosa no hubiese salido de su poder; y á mas, está obligado por todos los frutos que el propietario hubiese podido obtener de la cosa (**arts. 2436 á 2439 y nota á este último**).



Si se trata de un poseedor de mala fe, pero cuya posesion no es violenta, ni furtiva, despues de la demanda que lo constituye en mora, este poseedor está obligado como el poseedor precedente, salvo que no es de su cargo la pérdida fortuita de la cosa, sino en el caso en que ella no hubiese perecido, si se la hubiese restituído al propietario (**art. 2435**).

En cuanto á las obligaciones del poseedor de mala fe, ántes que se le intime la demanda, se limitan á la devolución de lo que posee. Si la cosa, ántes de la demanda ha perecido sin dolo, no la debe. Debe restituir los frutos existentes y los que ha consumido de mala fe, pero no aquellos que el propietario hubiese podido percibir (**art. 2431 y nota al mismo**).

Estas condenaciones, decimos, no pueden pesar sobre el poseedor de buena fe, condenado á la restitution de la cosa. Despues de la intimacion de la demanda, sin duda que no puede tener esta buena fe que reposa sobre la ignorancia completa del derecho de otro; y debia prever la posibilidad de una eviccion (**art. 2412**). En este sentido es que las leyes romanas dicen que despues de la notificacion de la demanda, el poseedor de buena fe comienza á ser poseedor de mala fe; pero ninguna ley atribuye á la demanda los efectos de la mora, cuando se trata de un poseedor de buena fe, porque no hay mora sin culpa, y el poseedor de buena fe que se defiende no comete sin duda culpa alguna. Por esto, él jamás responde de la pérdida fortuita de la cosa, mientras que el deudor moroso es responsable de esa pérdida. La Ley Romana misma halla justo que el poseedor de buena fe se defienda. *Nec debet possessor propter metum possidendi temere indefensum jus suum relinquere*—L. 40, Tit. 3, Lib. 5, Dig. La L. 63, Tit. 17, Lib. 50, Dig., declara positivamente que no hay mora para defenderse de buena fe. *Qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur morum facere*.

No es necesario, dice Demante, para impedir la adquisicion de frutos, que la buena fe del poseedor haya cesado enteramente. Basta que el vicio de su posesion le haya sido revelado por una demanda en forma. Esta demanda no es, sin embargo, sino una presuncion que el demandado puede creer mal fundada, y á la cual podrá oponerse de buena fe. Por esto no se le debe asimilar en todas las relaciones de derecho al poseedor de mala fe, principalmente en cuanto á los peligros de la cosa durante la instancia (nº 385 bis, § 6).

Molitor enseña tambien que es un error creer que todo poseedor de mala fe está constituido en mora. Cuando se examinan las condiciones requeridas para que haya mora, se encuentra que solo hay mora en el poseedor de mala fe que ha contestado á la demanda, y cuando su posesion está viciada por el hurto ó la violencia. Sigue demostrando la proposicion—Sobre la materia, Maynz, § 205, obs. 1.

Art. 2441. L. 41, Tit. 28, Part. 3ª. Vers. *Empero*—Demolombe, tom. 9 desde el nº 682—Aubry y Rau, § 219, letra E. Hablamos en el artículo del *mayor valor* que la cosa tenga al devolverla al propietario: es decir, que si las mejoras útiles ó las reparaciones necesarias han perecido por



cualquier causa, el propietario no está obligado á los gastos que hizo el poseedor. Es verdad que para apreciar si un acto de gestion ha sido útil, se le considera en la época en que ha tenido lugar; y si en efecto en esa época la gestion ha tenido lugar, si la reparacion ha sido necesaria, el dueño de la cosa está obligado desde ese momento; y á la pérdida ulterior de la obra reparada, por caso fortuito, no puede tener por resultado librarlo respecto del gerente (**art. 2297 y nota al mismo**). L. 10, Dig. *De negot. gest.* Pero no se trata de un mandatario, ni de un gestor de negocios. El poseedor, en el caso del artículo, ha hecho mejoras ó reparaciones sobre una cosa que miraba como suya; las ha hecho para él, y por su solo interes. Desde entonces, la única obligacion del propietario que vuelve á tomar su cosa, de no enriquecerse con lo ajeno, no puede tener lugar, porque la obra ya no existe (**arts. 2309, 2127**). La Ley Romana hacia una diferencia entre el poseedor de buena fe y poseedor de mala fe. . . *Plane potest in eo differentia esse ut bonæ fidei quidem possessor omnimodo impensas deduct, licet res non existet in quan fecit, sicut tutor vel curator consequuntur: prædo autem non aliter quan si res melior sit.* L. 38, Dig. *De heredit. petit.*

Art. 2444. Aubry y Rau, § 219, letra C. Como, por ejemplo: la piedra que hubiese en vendido de la heredad, lo que hubiesen obtenido de minas, canteras, etc., que no estaban abiertas cuando entraron en posesion (**art. 2866 y comentario al art. 2559**); los árboles que hubieron cortado que no eran de bosque de corte; la mitad del tesoro reservado al propietario del fundo en que se ha encontrado (**arts. 2556 y 2559**), y aun la totalidad del tesoro que ellos hubiesen descubierto por diligencias hechas con este objeto (**art. 2561 y comentario**), etc., etc. Si el poseedor de buena fe está autorizado á hacer suyos los frutos que ha percibido, es solo por un beneficio que no puede entenderse á objetos que no tienen el carácter de frutos (**art. 2129**).

Los juriconsultos, dice Demolombe, distinguen los frutos propiamente dichos de los otros productos. Llamam frutos lo que la cosa produce sin alteracion de su sustancia; los que está destinada á producir por su naturaleza misma, ó por voluntad del propietario. Los productos son al contrario lo que la cosa no está destinada á producir, y cuya produccion no es periódica ni tiene regularidad alguna. Los productos no son sino una porcion desprendida de la sustancia misma de la cosa, tales como las piedras estraidas de canteras que no se esplotan (**art. 2329 y nota al mismo**).

Art. 2445. Para conservar la posesion, no es preciso tener una voluntad positiva y formal. Cuando una persona ha perdido el uso de la razon y es incapaz de voluntad, no puede dudarse, que aun ántes que se le ponga un curador, conserva la posesion que tenia, pues basta que no se haya manifestado una voluntad contraria (**art 2116**). Esta doctrina forma el artículo 3407 del Cód. de Luisiana.

Art. 2449. Pothier, *De la posesion*, n° 62. El heredero no puede variar



la causa de la posesion en que ha sucedido (**art. 2353**), y continúa la de su autor con la calidad que ella tenía.

Art. 2455. L. 3, § 9, Dig. *De adq. poss.*—Troplong, sobre el art. 2228, nº 270—Pothier, *De la posesion*, nº 73. Somos desposeídos, y perdemos la posesion de una heredad, cuando es echado de ella el que posea por nosotros, aun antes que tengamos noticia del hecho (**art. 2154**). L. 1, § 22, Dig. *De vi et de vi arm.* Se juzga que somos arrojados de nuestra heredad, no solo cuando por fuerza se nos obliga a salir, sino tambien cuando estando ausentes, se nos impide por la fuerza entrar en ella (L. 1, § 24 del mismo Título), y aun basta para juzgarnos arrojados de la heredad propia, saber que otros la ocupan con intencion de usar de la violencia para impedirnos entrar, y nos abstenemos por esto de volver a ella—L. 3, § 8, Dig. *De adq. poss.*—L. 17, Tit. 30, Part. 3ª—Véase Pothier, *De la posesion*, núms. 74 y 75.

Art. 2470. Sobre los tres artículos anteriores, Cód. de Austria, arts. 320, 339 á 344—L. 3, § 9, Dig. *De vi et de vi arm.* Se ha pretendido, dice Savigny, que las acciones posesorias han nacido de la presuncion de la propiedad en el poseedor; mas esta presuncion no tiene ningun fundamento jurídico, porque las acciones posesorias se conceden tambien al que manifestamente no es dueño de la cosa, al que no tenga el derecho de poseer, y contra el que tenga derecho á la posesion, y aun contra el verdadero propietario. La posesion se nos presenta en su primer aspecto como un poder de hecho sobre la cosa, como un no derecho, algo en fin, completamente extraño al derecho; sin embargo, ella es protegida contra ciertas violaciones. El motivo de esta proteccion y de esta asimilacion de la posesion á un derecho, es la conexion intima que existe entre el hecho de la posesion y el poseedor. El respeto debido á la persona refleja indirectamente sobre el hecho. La persona, en efecto, debe ser garantida contra toda violencia. Hay en la posesion de la persona algo cambiado en su perjuicio, cuando se ataca la posesion que tiene; y el agravio que le es causado por la violencia, no puede ser enteramente reparado sino por el restablecimiento ó la proteccion de ese estado de hecho al cual la violencia ha atacado. (*De la posesion*, § 6, pág. 37).

Para nosotros que juzgamos que la posesion es un derecho, es con mas razon un principio la resolucion del artículo (**nota del codificador al art. 2351**).

Art. 2473. El Derecho Romano no requería sino la posesion actual para intentar la accion posesoria. La accion posesoria era admitida, importando poco que la posesion fuese viciosa ó no, con tal que el vicio no fuera respecto al adversario (**arts. 2176 á 2180 y 2190**).

La L. 3, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec. para eximir al poseedor de la cosa por año y día, de la obligacion de responder por la tenencia de ella, requiere la buena fe y justo título. Lo mismo la L. 1, Tit. 11, Lib. 2, F. R. y las leyes 192 y 242 *Del Estilo*.

La ley, dice Troplong, ve un cierto número de hechos de goces públicos, no interrumpidos y pacíficos, ella los ve continuar durante un año;



y de estos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejerce es propietario. Asimilado el poseedor anual al propietario, quiere que no sea turbado hasta que se pruebe que el poseedor no es propietario (**art. 2493, nota al 2477**). (Sobre el art. 2228, n° 337).

Art. 2476. Si A hubiese ocupado por violencia una cosa que después hubiese abandonado, y que B hubiese venido á ocuparla, B no podría prevalerse de la posesion de A: él no podría invocar sino su propia posesion. De aquí concluye Molitor que para que haya lugar á la union de dos posesiones, son necesarias tres condiciones (**art. 2475**):

1° Que las dos posesiones no sean viciosas;

2° Que se liguén inmediatamente, sin que estén separadas por una posesion viciosa;

3° Que se liguén por un vínculo de derecho entre el autor y el sucesor.

Art. 2477. Una posesion actual dice Garnier, es siempre respetable: nadie puede turbarla, ni despojar al que la tiene, á no ser que él mismo tenga una posesion mas antigua que no haya sido interrumpida durante un año. (*Tratado de las acciones posesorias*, pág. 36.) Una heredad está vacante, yo tomo posesion de ella, la poseo durante tres meses: he cultivado y sembrado el campo y se me turba en esta posesion. Es claro que si el autor de la turbacion es poseedor anual, yo no puedo ser mantenido en la posesion respecto de él, pero si él nunca hubiese poseido la heredad ¿no tendria yo accion contra él? El Código Frances la niega, pues exige en todo caso para la accion posesoria que la posesion sea de un año, contra lo cual están muchos escritores de esta nacion.

Art. 2478. Zachariæ, § 287.—Es preciso entender por violencia no solo las vias de hecho, sino tambien la violencia moral (**arts. 937 y 2365**). La violencia comprende esencialmente las amenazas graves y serias que se hubiesen empleado respecto al legitimo poseedor. Esta aun es la única que es susceptible de ser continuada y de cesar, pues que la violencia física no es sino un hecho pasajero. En todos los casos es preciso no confundir la violencia que vicia el título, con la que vicia la posesion misma.

El título, el contrato traslativo de la propiedad, puede ser viciado por la violencia sin que lo sea la posesion. El título es entonces rescindible, pero la posesion no dejaria de ser protegida por la accion posesoria, si exenta de violencia, hubiese durado un año reuniendo los otros caracteres requeridos por la ley.

En cuanto á la cuestion de saber respecto de quién la posesion debe ser exenta de violencia, debe observarse que la violencia no es un vicio absoluto, y basta que la posesion esté exenta de ese vicio respecto del adversario. Si el demandado no ha sufrido en efecto violencia alguna, no podrá defenderse con hechos que se refieran á otra persona. (Molitor, *De la posesion*, n° 102—Troplong, sobre el art. 2228, n° 370.)

Art. 2479. Exigir la publicidad de la posesion, no es exigir que sea conocida del propietario, basta que sea tal que el propietario haya podido conocerla. Los actos aunque no sean públicos pueden constituir



una posesion válida, si hubiesen sido conocidos del propietario, porque la publicidad requerida no tiene por objeto sino establecer la presuncion de que los actos han sido conocidos por él. Los actos posesorios son reputados públicos ó clandestinos, menos por razon del número de testigos que los han presenciado, que por razon de la facilidad con que cada uno ha podido conocerlos (**art. 2369**). Así, los actos posesorios ejecutados de noche siempre son reputados clandestinos, y lo mismo los trabajos subterráneos. Molitor, *De la posesion*, nº 103—Pothier, *De la prescripcion*, nº 37—Proudhon, *Dominio privado*, nº 472.

Art. 2480. La palabra precario tiene hoy una significacion mas estensa que la que le daba el Derecho Romano, porque no solo significa una concesion revocable á voluntad del propietario (**art. 2285**), sino que se aplica á toda concesion que no es hecha á titulo de propietario, á toda concesion en la cual los derechos de propiedad son reservados al que ha concedido la tenencia ó posesion de la cosa. Se dirá que el usufructuario sin ser propietario, tiene las acciones posesorias (**arts. 2276, 2880 y nota al mismo**), pero el usufructuario es *juris possessor*: es un poseedor precario respecto á la cosa que posee á nombre de otro, y no precario en su calidad de *juris possessor*, pues que ejerce su derecho como un derecho distinto, como una fraccion de la propiedad, que para él constituye un *dominio juris*. Molitor, nº 104—Proudhon, *Dominio privado*, nº 474.

Art. 2481. Es preciso no confundir la discontinuidad de la posesion, con la interrupcion de la posesion. Sin duda que una posesion puede ser discontinua, cuando ha sido interrumpida, pero una posesion puede ser discontinua, sin haber sido interrumpida (**art. 2178**). La discontinuidad tiene por causa la omision del que posee, mientras que la interrupcion supone un hecho positivo, sea el hecho del poseedor, por ejemplo, el reconocimiento que hiciere del derecho del propietario, sea el hecho de un tercero, como una desposesion ó una citacion á juicio (**arts. 3981 y sigtes.**).

La posesion que ha durado un año no puede ser interrumpida por actos aislados; puede serlo solamente por una posesion de un año igualmente no interrumpida (**art. 2177**). La posesion que no cuenta un año es interrumpida, al contrario, por actos que impidan al poseedor gozar de la cosa, y que son ejecutados con esa intencion.

Toda interrupcion de la prescripcion de la posesion, hace considerar á la posesion anterior como si no hubiese existido (**art. 3998**).

Art. 2482. Las Leyes Españolas y Romanas admitian el concurso acumulativo de las dos acciones —L. 27 y 28, Tit. 2, Part. 3ª y L. 4, Tit. 3, Lib. 11, Nov. Rec.—L. 18, Lib. 43, Tit. 16, Dig. Las acciones petitorias son las que tienen por fin un derecho real. L. 28, Tit. 7, Lib. 44, Dig.—L. 178, Lib. 50, Tit. 16, Dig. Para que haya lugar á la accion posesoria, es preciso que haya por parte del demandado una turbacion de la posesion, es decir, un acto exterior contrario á la posesion del demandante (**art. 2192**), sea como acto de posesion sobre el mismo objeto, sea en sus consecuencias; en otros términos, directa é individual-



mente (**comentario al 2155**). Si la turbación es directa ó inmediata, no es preciso que haya sido tal que haga cesar enteramente la posesión del demandante, basta que la limite (**art. 2196**). La naturaleza exterior ó material de los actos por los cuales la posesión ha sido turbada, no influye en el derecho de interponer la acción posesoria (**art. 2197**); poco importa que la turbación sea pública ó clandestina, que haya sido cometida con violencia ó sin ella; que haya constituido una simple turbación ó una desposesión, que haya sido solo comenzada ó llevada á su término. En general, basta para que la turbación autorice la acción posesoria, que el demandado haya tratado la cosa como suya por vías de hecho (**arts. 2198 y 2199**). Las simples palabras no pueden suprimir ni modificar el hecho de la posesión, y ellas por lo tanto, no son suficientes para autorizar una acción posesoria, aunque muchos juriconsultos enseñan lo contrario.

La acción posesoria es intentada válidamente contra el que ha cometido personalmente un acto de turbación, aunque él pretenda no haber obrado sino en el interés y por orden de un tercero (**art. 2191**).

El demandado no puede librarse del juicio, exceptuándose con el mandato que hubiese recibido. Debe llamarse á que lo garantice aquel á cuyo nombre pretende haber obrado.

Art. 2499. Ha existido una cuestión muy controvertida sobre la similitud entre la denuncia de obra nueva y las otras acciones posesorias. «Nosotros creemos, dice Zachariæ, que si ella recibe una denominación particular, no difiere en nada de las otras acciones posesorias, y no puede ser subordinada á condiciones que no resultan de la naturaleza de las cosas» (285, nota 6)—Troplong entró de lleno en la cuestión, en el comentario al art. 2228 desde el n.º 317, y al fin en el n.º 323 se pone como él dice en un justo medio, enseñando que la denuncia de obra nueva puede ser una acción petitoria ó una acción posesoria. Sin embargo, reconoce que en el Derecho Romano la denuncia de una obra nueva era un interdicto, es decir, una acción posesoria (L. 20, Dig. *De operis novis nunt*); que ni el Código Civil de Francia ni en el de procedimientos se han ocupado de la denuncia de obra nueva; que ese silencio en la legislación demuestra que esa acción es exclusivamente posesoria. La opinión de Zachariæ, es sostenida por Merlin, *Q. verb. Denoet.*—Favard, *Rep. verb. Complainte*—Belime, *De la posesion*, núms. 361 y siguiente—De Hautefeuille, tomo 4, páginas 35 y siguientes números y tomos de la *Revisita de Legislación*, de Fœlix.

Art. 2501. Los interdictos del Derecho Romano fueron transformados en acciones, y estas acciones se juzgaban sumariamente como negocios urgentes. Instituta, proemio y § último, *De interdict.*—L. 4, *Cód. De interdict.*—Lo mismo por la legislación de España para el juicio de despojo. L. 18, Tit. 10, Part. 7.ª, y L.L. 5 y 6, Tit. 34, Lib. 11, Nov. Rec. Para la denuncia de obra nueva, las leyes citadas en el artículo anterior.

Art. 2502. Demolombe, en el tom. 9, desde el número 511, sostiene extensamente la resolución del artículo, contra muchos juriconsultos franceses.



El Derecho Romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Mas desde la edad media las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpétuo ó por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del cánón tenía derecho para perseguir la cosa á qualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habian producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario, y el del censalista, pues las propiedades iban á su ruina. En otros casos, se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho (**arts. 2504 y 2518**). La multiplicación de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho á la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas (**nota 2503**), cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica á una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida (**comentario al art. 2521**) y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar á la división entre los comuneros, ó á la licitación.

Art. 2503. No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar (**art. 2611**). El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc. (**art. 2617**), adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía á otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno (**nota 2502**).

En Roma, segun las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no solo que el propietario del suelo venía á ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, ó que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino tambien que el propietario de suelo no podía enajenar la superficie en todo ó en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía á ser propietario de ella.

Mas despues el Derecho Pretoriano concedió al adquirente de la su-



perficie una accion y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesion á perpetuidad ó por un largo tiempo.

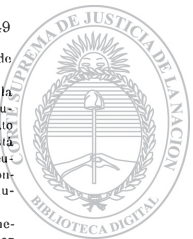
El derecho de superficie desde entonces, como una desmembracion del derecho de propiedad (**art. 2508**), podia ser transmitido y enajenado en todo ó en parte, gravado con usufructo ó servidumbre, venir á ser el objeto de una accion de particion entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripcion—L. 1, §§ 6, hasta 9, Dig. *De adq. vel amitt. possess.*

Hemos juzgado que era mas conveniente aceptar el derecho puro de los Romanos y estar á las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraria los bienes raíces y traeria mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos (**art. 2587**).

Suprimimos tambien el derecho enfiteutico, ó lo que en España se llamaba censo enfiteutico. La enfiteúsis era la concesion de un fundo que una de las partes entregaba á la otra á perpetuidad ó por un largo tiempo, con cargo de mejorarlo por construcciones ó plantaciones, y de pagar un cánon anual. La enfiteúsis se distingue por un doble efecto: por una parte, el enfiteúta se obliga á pagar al cedente del terreno el cánon enfiteutico, lo que parece demostrar que la propiedad permanece en poder de éste, y por otra parte el enfiteúta adquiere un derecho real. Ejerce las acciones posesorias y petitorias; puede enajenar su derecho, constituir hipotecas en el fundo, ó imponerles servidumbres. Y ciertamente que estos otros derechos semejantes no se derivan de un arrendamiento. Ellos demuestran al contrario la trasmision de un derecho real. No es venta de un usufructo, pues éste se estingue por la muerte del usufructuario (**art. 2920**), y el derecho enfiteutico pasa á los herederos. No es venta tampoco de una propiedad, porque se debe pagar una pensión anual, y el acreedor lleva el nombre de señor directo en quien el enfiteúta mismo reconoce el derecho de propiedad.

Así, dice Demolombe, la enfiteúsis es una convencion *sui generis*, un poco de arrendamiento, un poco de usufructo, un poco de propiedad; pero verdaderamente no es arrendamiento, ni usufructo, ni propiedad. Esto mismo ya lo decia la Ley Romana. *Jus emphyteuticarum neque conductionis, neque alienationis esse titulus adjiciendum, sed hoc jus tertium esse constitimus*, L. 1, Cód. *De juri emphyt.*—Instit. § 3, *locati conduct.* La singularidad de este derecho ha hecho que las leyes, la jurisprudencia y la doctrina estén llenas de incertidumbres y de controversias.

La conveniencia de este contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas, de las instituciones políticas que permitian los feudos, la inenajenabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos que constituian el derecho sucesorio al arbitrio de los padres. Entre nosotros ha existido, y la experiencia ha demostrado que las tierras enfiteuticas no se cultivan ni se mejoran con edificios. Suprimiendo la enfiteúsis, evitamos los continuos y difíciles pleitos que necesariamente trae, cuando es preciso dividir por nuestras leyes de sucesion el derecho enfiteutico y el derecho del señor directo. El contrato de arren-



damiento será entre los propietarios y los cultivadores ó criadores de ganado, un intermediario suficiente.

En virtud, pues, de lo dispuesto en este artículo y en el anterior, la Comisión que proyectó el Código Civil para España, suprimió la enfiteusis, y Goyena, en la nota al art. 1547, espone los males que ese contrato habia causado en aquel reino. En casi todos los Códigos modernos está prohibida la enfiteusis. En el Código Frances no hay la palabra enfiteusis. Si se hace pues un contrato de enfiteusis, valdrá solo como contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como de usufructo, y durará solo por el tiempo que puede durar la locacion (*diez años*).

Art. 2505. Muchos escritores han pretendido establecer reglas generales sobre la adquisicion y pérdida de los derechos reales—Maynz, en el § 163, ha demostrado la inutilidad de este empeño, porque los diversos modos de adquirir ó perder la propiedad, ó el derecho real constituido en ella, varian segun la naturaleza de los hechos, por los cuales se hace la adquisicion ó se causa la pérdida. Mejor será que al tratar de cada uno de los derechos reales, se disponga sobre el modo de adquirirlos, y las causas por qué se pierden.

Art. 2506. La L. 1, Tit. 28, Part. 3ª, define el dominio ó la propiedad: *poder que ome ha en su cosa de facer de ella ó en ella lo que quisiere, segun Dios ó segun fuero*; pero otra Ley dice: *maquer el home haya poder de facer en lo suyo lo que quisiere, pero debelo facer de manera que non faga daño ni tuerto á otro*—L. 13, Tit. 32, Part. 3ª—El Cód. Frances, art. 544, define la propiedad diciendo que: «la propiedad es el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la manera mas absoluta». Este artículo en lugar de dar una verdadera definicion, hace mas bien por una enumeracion de los principales atributos de la propiedad, una descripcion de ese derecho (**art. 2513**). Los Romanos hacian una definicion empirica de la propiedad, *jus utendi et abutendi*, definicion que no tiene relacion sino con los efectos y no con las causas, ni con los orígenes, porque ellos debian ocultar los orígenes de sus propiedades.

La propiedad debia definirse mejor en sus relaciones económicas: el derecho de gozar del fruto de su trabajo, el derecho de trabajar y de ejercer sus facultades como cada uno lo encuentre mejor. Para la legislacion aceptamos la definicion de los juriscultos Aubry y Rau, § 190.

Art. 2507. Pothier, *De la propiedad*, n° 8—Proudhon, *Dominio privado*, n° 13—Cód. de Luisiana, art. 482—Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil; en otros términos, en dominio eminente y dominio civil (**art. 2339 y 2317**). La Nacion tiene el derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado, tiene, respecto á los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislacion, de jurisdiccion y de contribucion, que aplicado á los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberania territorial interior. Á este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de propiedad ó dominio, corresponde solo el deber de los propietarios de someter sus derechos á las restricciones necesarias



al interes general y de contribuir á los gastos necesarios á la existencia, ó al mayor bien del Estado. (Véase Zacharie, § 274.)

Hay otro dominio que se llama *dominio internacional*. Todo lo que antes hemos dicho de los derechos absolutos y de los derechos reales, es exactamente aplicable al dominio internacional, ó propiedad de Estado á Estado. No consiste en una relacion especial de acreedor y de deudor entre una nacion y otra, sino en una obligacion general de todas las naciones, obligacion pasiva, como to-la la que es relativa á los derechos reales, obligacion de inercia, de respetar la accion de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno. La nacion considerada en su conjunto, tiene respecto á las otras naciones los derechos de un propietario. El pueblo considerado como poder soberano, tiene sobre su territorio una accion aun mas alta, el ejercicio de un derecho de imperio, de legislacion, de jurisdiccion, de mando y de administracion, en una palabra, un derecho de soberania en toda la estension del territorio. Se puede decir entonces, que el dominio internacional es el derecho que pertenece á una nacion, de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusion de las otras naciones, de mandar en él como poder soberano, independiente de todo poder exterior; derecho que crea, para los otros Estados, la obligacion correlativa de no poner obstáculo al empleo que haga la nacion propietaria de su territorio, y de no arrogarse ningun derecho de mando sobre este mismo territorio.

Los civilistas han creado otro dominio que llaman *dominio natural*, fundados en la L. 30, Cól. *De jure dotium*. Justiniano declara en ella que aunque los bienes dotalcs de la mujer pasen al dominio del marido, puede ella en caso necesario reivindicarlos *cum eadem res*, dice, *et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio*. La espresion *rindicar* y *naturaliter* habian creado este dominio natural. Pero obsérvese que Justiniano habla solo del caso en que los bienes se hallasen en poder del marido, es decir, que la mujer no podia reivindicarlos si hubiesen pasado á otro poder, lo que demuestra que no es en virtud de un derecho de propiedad que ella puede volver á tomar sus bienes dotalcs pues que entonces podria tambien reivindicarlos de todo otro poseedor, sino virtud de un derecho de obligacion estremadamente privilegiado.

Véase á Maynz, § 180, n° 2.

Art. 2508. L. 5, § 15, Tit. 6, Lib. 13, Dig. Esta es una de las diferencias entre el derecho real y el personal. Muchas personas pueden ser, cada una por el todo, acreedores de una misma cosa, sea por una misma obligacion, cuando ha sido contratada para con muchos acreedores solidarios, sea por diferentes obligaciones de un mismo deudor ó de diferentes deudores. La razon es, porque es imposible que lo que me pertenece en el todo, pertenezca al mismo tiempo á otro; pero nada impide que la misma cosa que me es debida, sea tambien debida á otro. (Pothier, *De la propiedad*, n° 16.)

Decimos que el derecho de propiedad es esclusivo. El propietario puede impedir á cualquiera disponer de la cosa que le pertenece; pero la



manifestación de este poder puede ser modificada de diferentes maneras. Es posible desmembrar ciertas manifestaciones y erigirlas en derechos separados, los cuales, llamados *jura in re*, nos dan el poder de disponer de una manera mas ó ménos estensa de la cosa de otro, como cuando tenemos el uso ó el usufructo de la cosa ajena. Pero estas desmembraciones no hacen participe al que las obtiene de la propiedad de la cosa, ni el propietario es privado por ellas de disponer de su propiedad.

Cuando establecemos que el dominio es esclusivo, es con la reserva que no existe con este carácter, sino en los límites y bajo las condiciones determinadas por la ley, por una consideración esencial á la sociedad: el predominio, para el mayor bien de todos y de cada uno, del interes general y colectivo, sobre el interes individual.

Art. 2509. Siendo la propiedad la reunion de todos los derechos posibles sobre una cosa, un derecho completo, ninguna cosa nueva de adquisicion puede agregársele cuando él existe en su plenitud y perfeccion. L. 159, Dig. *De regulis juris*, L. 3, § 4, Dig. *De adq. poss.*—Cód. de Luisiana, art. 487—Pothier, *De la propiedad*, n° 18. Pero no hay impedimento para que una cosa que es debida á alguien por un título, no pueda serle debida en adelante por otro título, como cuando la cosa ha sido vendida, y en seguida la misma cosa ha sido legada á la misma persona por el propietario de ella.

Art. 2511. LL. 2, Tit. 1, Part. 2ª, y 31, Tit. 18, Part. 3ª—Cód. Frances, art. 545—Holandes, art. 625—De Luisiana, art. 489—Demolombe, tom. 9, desde el n° 556 trata estensamente la materia del artículo. Lo mismo Toullier, tom. 3, desde el n° 252.

Es preciso no tomar en cuenta, por ejemplo, el valor de una casa en sí mismo, sino tambien la ventaja particular que ella ofrece por su situacion para la industria del propietario. Recíprocamente si de la ejecucion de los trabajos que hacen necesaria la espropiacion, debe procurar un aumento de valor inmediato y especial á la porcion no espropiada, este aumento debe tomarse en consideracion para la avaluacion del importe de la indemnizacion. La indemnizacion debe consistir esclusivamente en una suma de dinero: debe ser previa á la desposicion (**art. 2512 y nota al mismo**), y no puede subordinarse á una eventualidad. Tampoco la indemnizacion podrá nunca compensarse con el mayor valor que tome la parte no espropiada de la finca (**art. 1321**). (Véase Zachariæ, § 277, nota 13.)

La espropiacion por utilidad publica no es tratada sino muy accessoriamente en las Leyes Romanas. La espropiacion por utilidad pública tenia lugar, no solo respecto de los inmuebles, sino tambien respecto de los muebles de primera necesidad, por ejemplo, grano, aceite, etc. (Véase Maynz, § 292, nota 33.)

Art. 2512. Demolombe, tom. 9, n° 564. Así, en una ciudad en estado de guerra, una orden del jefe del pueblo, y aun en caso de urgente necesidad, del jefe de las tropas, basta para autorizar la demolicion de un edificio.

Art. 2513. Pothier, *De la propiedad*, n° 5—Demolombe, tom. 9, desde



el n.º 543—Zacharie, § 277. Importa, sin embargo, observar que los sucesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconozcan y aprueban. La palabra *abuti* de los Romanos expresaba solamente la idea de la disposicion y no de la destruccion de la cosa. *Expediit Republica*, dice la Instituta, *ne sua re quis male utatur* (§ 2, de *his qui sui, vel alieni*). Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restriccion preventiva tendrá más peligros que ventajas. Si el Gobierno se constituye Juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse Juez del uso, y toda verdadera idea de libertad y propiedad sería perdida—**(nota del codificador al art. 54)**.

Art. 2514. Demolombe, tom. 10, n.º 27—Zacharie, §§ 276 y 277, nota 3—Duranton, tom. 4, núms. 408 y sigtes.—Pardessus, *Servitudes*, tom. 1, núms. 80 y 81. La ley romana dice que puedo abrir un pozo en mi casa, aunque por eso se corten las aguas que filtran al fundo vecino, y le traiga el perjuicio de secar los pozos ó las fuentes de la propiedad contigua—L. 24, § 12, Tit. 2, Lib. 39, Dig. La Ley de Partida copió la Ley Romana, con una notable adicion: *fuera de ende*, dice, *si este que lo quisiere fuer, non lo hubiese menester, mas se moviese maliciosamente por fuer mal á otro*. L. 19, Tit. 32, Part. 3.ª, y véase L. 25 del mismo título.

La resolucion del artículo no importa decir que el dueño de una finca pueda poner en ella establecimientos industriales que hagan desmerecer en sus valores y en sus alquileres los predios vecinos, como mas adelante quedará establecido **(arts. 2618 y siguientes)**.

Art. 2519. Cód. Frances, art. 553, y sobre él, Marcadé—Italiano, art. 448—Demolombe, tom. 9, n.º 697 bis—Aubry y Rau, § 192—Zacharie, § 297—Porque en el caso de la prueba, no se trata de un hecho jurídico sino de un hecho puro y simple, al cual no se aplica lo dispuesto sobre la prueba de los actos jurídicos.

Art. 2525. LL. 5 y 49, Tit. 28, Part. 3.ª—Instit. Lib. 2, Tit. 1, § 46. Por la L. 50 del mismo Título y Partida, la invencion comprende aun las cosas raíces. L. 3, Dig. *De adq. rer. Dom.*—Pothier, *De la propiedad*, n.º 20—Es preciso no confundir las cosas que no tienen dueño conocido, con las cosas que no tienen dueño. De las primeras trataremos mas adelante **(arts. 2531 y siguientes)**. Es preciso tambien no confundir la ocupacion con la posesion. La ocupacion, y por ella la aprehension, no tiene lugar sino en las cosas sin dueño. La posesion, al contrario, puede tener lugar en cosas sin dueño y en las que tienen dueño; pero está subordinada á las condiciones determinadas en el Título *De la posesion*.

Art. 2539. Muchos autores enseñan aunque la aprehension de una cosa hallada fuese acompañada de la intencion de apropiársela, no constituiría un robo, porque en tal hecho no existia el elemento material de este delito, la sustraccion de la cosa ajena **(art. 2531)**. Pero esos autores han restringido de una manera arbitraria la sustraccion de la



cosa ajena, sustracción que se comprende, aun cuando el propietario de la cosa no tuviese la posesión en el sentido del derecho civil. Chauveau Hélie, *Teoría del Código Penal*—Aubry y Rau, § 201, nota 41.

Art. 2551. L. 45, Tit. 28, Part. 3ª—Aubry y Rau, § 201—Duranton, tomo 4, nº 311—Proudhon, *Dominio privado*, nº 398—Zachariae, § 294, y nota 7—La Ley Romana es la fundamental en la materia. La Instituta dice: «El Emperador Adriano, siguiendo la equidad natural, ha querido que los tesoros pertenezcan al que los hubiese encontrado en su fundo. Ha querido también que pertenezcan al que los hubiese encontrado en un lugar religioso ó sagrado; pero respecto de aquellos tesoros que se encuentran en un fundo ajeno por casualidad, y sin haberlos buscado, los ha dividido entre el propietario del fundo y el que los hubiese encontrado. Ha ordenado que si alguien encuentra un tesoro en un fundo del dominio imperial, la mitad pertenezca al inventor y la otra mitad al Emperador; y por esto, si alguno encuentra un tesoro en un fundo perteneciente al fisco, al pueblo ó una villa, la mitad será para el que lo hubiese hallado, y la otra mitad pasará al dominio del pueblo, ó de la villa, al cual el fundo pertenezca (art. 2559)». (Lib. 2, Tit. 1, § 39.)

Art. 2567 al 2570. Sobre los cuatro artículos anteriores, Maynz, § 185—L. 33, Tit. 28, Part. 3ª—La razón de los primeros artículos, la tomamos de las Leyes Romanas. La cosa trasformada se juzga haber perecido, como cuando de las uvas ajenas se hace vino, y por consiguiente, se ha extinguido el derecho de propiedad (art. 2606) que se tenía en ella. El especificante, pues, hace un acto de ocupación. Una ley del Digesto dice: «*Sed si meis tabulis navem fecisse, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana, vestimento facto*». L. 26, Dig. De acq. rer. dom.—Otra ley dice: «*Nam mutata forma, prope interimit substantiam rei*». L. 9, § 3, Tit. 4, Lib. 10, Dig. Pero siguiendo estrictamente estos principios, se llegaría en algunos casos á la injusticia. La equidad es la que debe dirigir la resolución de los Jueces. El Derecho Romano y el Derecho de la Partidas no daban ninguna indemnización al especificante de mala fe. Nosotros no le concedemos el derecho sino al mayor valor que hubiese adquirido la cosa por su trabajo, por el principio de moral que nadie debe enriquecerse con el trabajo ajeno (nota al 2589).

Puede decirse que existe hasta hoy sobre la especificación, la controversia entre las escuelas de los Sabinianos y Proculyanos. Estos últimos enseñaban que la materia era un accesorio de la forma, pues que la materia primera había perecido civilmente; y que el ser nuevo que el trabajo había producido, debía pertenecer al creador, al especificador. Los Sabinianos, al contrario, decían que la materia debía triunfar sobre la industria, ya porque la materia existía siempre, y la nueva forma que ella había afectado no había hecho mas que modificarla sin destruir su sustancia, ya porque la materia era en todos los casos lo principal, ó ya porque la forma no tenía una existencia propia é independiente.

Justiniano procuró resolver la cuestión, y no hizo sino crear otras nuevas. La Instituta dice que si el nuevo objeto puede tomar la primitiva



forma de la materia, pertenece al dueño de la materia, lo que importa hacerle dueño contra su voluntad (**art. 2570**). Que si el objeto nuevo no puede tomar la primitiva forma, pertenece al especificante. En todo caso, vendrá éste á ser el propietario, si ha empleado parte de otra materia que le pertenecía, lo que destruye el principio general que acababa de establecer.

El Cód. Frances en los artículos 570 y 571, resuelve: «que el dueño de la materia *puede* reclamar la nueva especie, satisfaciendo al otro el valor de su trabajo, á no ser que éste sea muy superior al valor de la materia, en cuyo caso la materia accede al trabajo indemnizando al dueño de ella de su valor». Lo mismo dispone el Código de Nápoles, arts. 495 y 496—El de Luisiana, arts. 517 y 518—El de Holanda declara que el que ha empleado materia ajena en formar una cosa de una nueva especie, puede apropiársela, pagando el precio de la materia, y los daños é intereses, art. 661. Tal resolución no distingue si ha habido buena ó mala fe en el especificante.

Goyena, en el art. 424, proyecta así: «Si la materia es mas preciosa que la obra en que se emplea, ó superior en valor, el dueño de ella tendrá la eleccion de quedarse con la nueva especie, indemnizando el valor de la obra, ó de pedir indemnizaciones por la materia. Si la especificacion se hizo de mala fe, el dueño de la materia tiene derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, ó de exigir de éste que le indemnice del valor de la materia y de los perjuicios que se le han seguido.

En la primera parte, el artículo de Goyena está conforme con el nuestro; pero no es la segunda.

Cuando la propiedad mueble de una persona se ha confundido con la de otra, ó de ambas se ha hecho un solo cuerpo, ó es el caso de la especificacion, la jurisdiccion de la causa en Inglaterra y en los Estados Unidos, corresponde á la Cortes de equidad, las cuales, sin violar abiertamente las leyes, disponen lo que sea debido al dueño de la materia empleada sin su consentimiento; y lo mismo respecto á las cosas mezcladas ó confundidas. Story, *Equity jurisprudence*, § 923. En nuestro país los Jueces ordinarios tienen por las leyes las mismas facultades que las Cortes de equidad, como la tienen en los varios Estados de la Union donde no hay establecidas Cortes de equidad.

Art. 2571. L. 35, Tit. 28, Part. 3ª, y véase L. 16, Tit. 2. Part. 3ª—En los escritores del Derecho, y en casi todos los Códigos, se encuentra como un principio al tratar de la accion, que pertenecen al dueño de la cosa por derecho de accesion los frutos naturales de ella (**nota del codificador al art. 2313**), y lo lo que ella produce. Este es un grave error en los principios ó una confusion de éstos. ¿En qué momento, pregunta Marcadé, adquiero yo por accesion los frutos ó productos de la cosa que es mia? No es sin duda cuando ellos se separan de la cosa principal para tomar una existencia distinta, porque entonces habria contradiccion en los términos (**art. 2581**). Seria absurdo decir que una cosa viene á ser mia por accesion, cuando ella se separa.



Mis derechos sobre los productos separados de la cosa que los ha producido, no pueden ser sino la continuacion del Derecho que yo tenia antes de su separacion, cuando estaban verdaderamente unidos á la cosa que los ha producido. No es ciertamente cuando las manzanas caen del árbol, cuando las adquiero por accesion; ellas ya me pertenecian. Los frutos, como las hojas, mientras están unidos, no son una cosa distinta del árbol. No puedo decir, que ante todo tengo la propiedad del árbol, y separadamente la propiedad de los frutos. Tengo simplemente la propiedad de un árbol cargado de hojas y de frutos. No puedo entonces decir que tengo primero un bien inmueble, el terreno en que está el árbol: un primer bien mueble, que seria el árbol; y despues, otros bienes muebles como frutos haya. No tengo sino un bien inmueble que es el suelo y el árbol con todos sus frutos, los cuales forman un solo todo, un solo y mismo objeto de mi propiedad (**art. 2329 y nota del codificador al mismo**). Pero pues que no tengo sino un solo bien inmueble, que comprende indivisiblemente, el suelo, el árbol y los frutos y que despues de la formacion de estos frutos en ramas del árbol, no tengo un bien nuevo, no hay por qué hablar de adquisicion alguna. Nada he adquirido, no tengo en mi patrimonio una cosa nueva. Conservo y continuo en tener lo único que tenia; luego no hay adquisicion de propiedad (sobre el art. 546).

Pothier se empeña en sostener que hay dos cosas distintas, el terreno y los frutos (*De la propiedad*, nº 151).

Art. 2572. La Ley Romana dice: *Quod per alluvionem agro tuo flumen adjectif, jure gentium tibi acquiritur. Est autem alluvio incrementum latens*. Inst., Lib. 2, Tit. 1, § 20—El lecho del agua corriente no tiene un limite invariable. Este limite, por el contrario, es inmovible; avanza ó se retira. Los terrenos, pues, que lindan con los rios, pueden unas veces perder, y es justo que otras puedan por las mismas causas, ganar para conservar su limite señalado (**arts. 2573 y 2581**). Por otra parte, nadie puede justificar un derecho de propiedad sobre los sedimentos que la corriente de las aguas ha puesto á las orillas del cauce del rio, *quia a nullo vindicari possunt, quia unde veniant, nescitur*.

Art. 2582. La Instituta dice: *Primado latitudines eujusque fundi, quæ latitudo prope ripam sit. De rer. divis.*, § 22. Los escritores de derecho están completamente divididos sobre el modo de repartir el terreno de aluvion entre varios ribereños—Véase Toullier, tom. 3, nº 152—El Cód. de Chile establece lo siguiente: «Siempre que prolongadas las antedichas líneas de demarcacion (de las heredades), se corten una á otra antes de llegar al agua, el triángulo formado por ellas y por el borde del agua, accederá á las dos heredades laterales. Una linea recta que las divida en dos partes iguales, tirada desde el punto de interseccion hasta el agua, será la linea divisoria entre las dos heredades».

Demolombe defiende con mucha razon el Cód. Frances de la critica que se le ha hecho de haber guardado silencio sobre el modo de dividir entre los ribereños el terreno de aluvion. Las aguas corrientes, dice, son infinitamente caprichosas: nunca siguen una linea recta, ni una di-



reccion regular: todo lo contrario, sea por la configuracion natural de los terrenos ribereños, sea por la accion incesante de las aguas, sus corrientes forman figuras irregulares, sobre las cuales las teorías mas racionales en apariencia, son en la práctica imposibles.

Nosotros nos reducimos á lo establecido por la Ley Romana. Las cuestiones sobre los terrenos de aluvion, islas, etc., son para nosotros mas fáciles, desde que no reconocemos á los ribereños la propiedad de los terrenos sobre los cuales corren los ríos.

Art. 2587. Muchos juriscónsultos enseñan la solucion negativa de lo que dispone el artículo respecto al derecho de reivindicar las semillas, plantas, ó materiales, si ulteriormente se separan, porque, dicen, que el propietario de los materiales ha perdido absolutamente su propiedad por el empleo que se habia hecho de ellos (Duranton, tom. 4, nº 374). Cuando el artículo decide que el propietario de los materiales pierde la propiedad de ellos y la adquiere el que los emplea, supone que los materiales están incorporados al suelo. El derecho de propiedad debe revivir para el que no habia consentido perderlos, pues podria tener motivos particulares para desear recuperarlos como se hallasen. Demante, tom. 1, nº 559—Marcadé, sobre el art. 554—Demolombe, tom. 9, nº 661.

Art. 2589. Cód. Frances, art. 555—Ortolan, sobre el § 25, Tit. 1, Lib. 2, Inst., 2ª cuestion—La L. 42, Tit. 28, Part. 3ª, dice: *Qual homo quier que labrase edificio, ó sembrase en heredad ajena, habiendo mala fe, pierde todo cuanto y labró ó sembró.* La Ley Romana dispone lo mismo: *Si quis in alieno solo ædificaverit... si scit, alienum solum esse, sua voluntate amississe proprietatem materię competit.* L. 7, Tit. 1, Lib. 41, Dig. Esta disposicion la confirmó Justiniano en la Inst., Lib. 2, Tit. 1, § 30—Pothier la sostiene en el nº 277 de su obra. Tratado *Du donaire*, sobreponiéndose al principio: *Neminem æquum est cum alterius danno locupletari*, y la razon que da, es por haber en tal caso una donacion presunta. El Cód. Frances en el artículo citado se separa de ese falso antecedente de una donacion presunta. El Código ha querido, dice Marcadé, y ha sabido ser justo. Ha dicho que nadie debe jamás enriquecerse á costa de otro, aunque éste sea un hombre de mala fe (**nota al 2570**). Declara que si las construcciones son hechas sobre nuestro terreno, sabiendo el que las hacia que el terreno no le pertenecia, podemos hacerlas alzar, ó reembolsarle todo lo que ha gastado. El dueño del terreno, teniendo el derecho de hacer destruir la obra, es claro que podrá ofrecer por ella mucho menos que lo que ha costado. (Véase Zachariæ, § 297.)

Art. 2591. En cuanto á las relaciones de derecho que en el caso del artículo se establecen por el hecho de la construccion, entre el constructor y el propietario de los materiales, véase Marcadé sobre el art. 565, nº 7.

Art. 2591. L. 35, Tit. 28, Part. 3ª, menos cuando la union de las dos cosas se ha hecho con diversa materia; por ejemplo, una mano de oro se ha unido con plomo á una estatua de oro. No es entonces un solo cuerpo, pues que una materia estraña separa las cosas unidas (**art.**



2333 y nota al mismo, y art. 2334). En tal caso, cada uno retiene su propiedad—LL. 26 y 27, Tit. 1, Lib. 41, Dig.—El Cód. de Chile y el proyecto de Goyena, art. 416, exigen espresamente que la union se haya hecho de buena fe, y lo mismo debe croerse de la disposicion del Derecho Romano y de la Ley citada de Partida, pues estos Códigos hacen perder la materia al que de mala fe la empleó al edificar en terreno ajeno. Pero nosotros no exigimos la buena fe (**art. 2569 y nota al mismo**), porque en to-to caso el dueño de una de las cosas no debe enriquecerse con la cosa del otro. Podrá exigir daños y perjuicios, y tambien la accion criminal, si hubiere lugar. Marcadé, por otra razon, supone que todo lo que se establece en el Código Frances es suponiendo que ha habido mala fe. «Es de necesidad, dice, penetrarse para la inteligencia de esta materia (de la accesion relativa á las cosas muebles), que las reglas de esta seccion no se aplican sino cuando la union ó trasformacion de la cosa ha sido hecha de mala fe, ó sobre cosas perdidas ó robadas. Cuando las cosas no son ni perdidas ni robadas, y han sido empleadas de buena fe, no hay que ocuparse de las reglas de la accesion. No hay que indagar cuál cosa será la principal para atribuir á su dueño la propiedad de la cosa accesoria. Todo está reglado por el artículo del Código que declara que en estos casos las dos cosas unidas pertenecen al que las posee. La posesion vale por el título. . . . «Á nuestro juicio, las observaciones de Marcadé son perfectamente fundadas.

En cuanto al artículo, el Cód. Frances, art. 566, dispone aun en el caso de ser separables las cosas. Lo mismo el de Nápoles, art. 491—de Luisiana, art. 513.

Art. 2604. Para el primer caso tenemos el ejemplo en el dinero que lo juzgamos consumido desde que lo entregamos á otro, aunque la materia exista. Para el segundo, cuando, un rio forma un nuevo lecho en un terreno de propiedad privada (**art. 2567 y nota al mismo**).

Art. 2611. Las restricciones impuestas al dominio por solo el interes público, por la salubridad ó seguridad del pueblo, ó en consideracion á la religion, aunque se ven en casi todos los Códigos, son estrañas al Derecho Civil. La Ley de Partida, por ejemplo, prohibe que ningun edificio se arrine á las iglesias, *porque, dice, la iglesia es casa santa de Dios*. L. 24, Tit. 33, Part. 3.—La Ley Romana prohibe edificar cerca del palacio de los principes por una razon muy singular: *Nam imperio magna ab universis secreta debentur*—Las leyes ó ordenanzas sobre la alineacion de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden, por lo tanto, entrar en un Código Civil.

Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el unico objeto de este Título. Y si agregamos disposiciones sobre la libre trasmision de los bienes, es en el interes de esos mismos bienes.



En casi todos los Códigos y libros de derecho, esas restricciones se cuentan en el número de las servidumbres, lo que es equivocar los antecedentes indispensables y todas las condiciones de las servidumbres (**notas a los arts. 2970 y 3097**). Las restricciones y límites que en este Título imponemos al dominio, son recíprocamente impuestos á los propietarios vecinos por su interés respectivo, y no suponen una heredad dominante, ni una heredad sirviente. Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, ó de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos. (Véase Maynz, § 210—Zachariæ, § 316, nota 3—Marcadé, sobre el art. 630.)

Art. 2615. Toullier, tom. 3, n° 227—Duranton, tom. 5, n° 394—Aubry y Rau, §§ 194 y 198—No es posible determinar las distancias de los edificios vecinos á los cuales puedan hacerse excavaciones, ó abrirse fosos (**art. 2622 y 2621**). El peligro que puede sobrevenir á los edificios, depende en mucha parte de la clase del terreno, ya sea piedra ó tierra sólida, ó por el contrario, arena ó tierra deleznable; y también de la clase del edificio vecino que puede ser de un gran peso, ó solo tener por ese lado paredes sencillas, y meramente divisorias. En un caso dado, los Jueces con informes de peritos, resolverán sobre la distancia á que puede abrirse un foso y el género de calza que debe tener para evitar derrumbes.

Art. 2617. La mayoría de los Códigos extranjeros lo permiten, entrando luego á legislar sobre las escaleras ó pasadizos de las diversas partes del edificio. La division horizontal, dando á uno los bajos y á otros los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, ó sobre servidumbres, ó sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio (**nota 2503**). En tales casos, la propiedad del que ocupa el suelo no puede ser definida, y sin duda que no podría mudar sus formas.

Art. 2619. Aubry y Rau, § 194—Demolombe, tom. 12, n° 653. Este último autor ha tratado extensamente la materia—La autoridad administrativa en virtud de la cual la obra ó el establecimiento se hubiese hecho, no priva, ni puede privar al vecino del derecho de ocurrir á la autoridad judicial con una demanda de indemnización. La autorización para establecer manufacturas, máquinas ó una empresa cualquiera, incómoda ó insalubre, no se concede sino bajo la condicion implícita de no atacar los derechos de un tercero, y de reparar el perjuicio á los edificios vecinos ó á las personas que los habitan. Una cosa puede perder mucho de su valor locativo ó venal por el establecimiento inmediato de una fábrica incómoda ó insalubre, perjuicio que no hay autoridad que pueda hacerlo sufrir. Los tribunales, conociendo y resolviendo sobre la reparacion de perjuicios causados (**art. 2620**) por un establecimiento insalubre ó incómodo, no se ponen en oposicion con el acto administrativo que lo autorizó, porque necesariamente llevaba la condicion implícita de no causar perjuicio á tercero.

Art. 2631. Cuando por las costumbres de Roma era permitido al ve-



cino echar las goteras de su tejado sobre el terreno ajeno, era preciso, para privarlo de este derecho, una servidumbre convencional, *stillicidio non acertendi*. Si por las costumbres de otros pueblos no podía el vecino echar las goteras de su tejado sobre el suelo ajeno, para tener el derecho de hacerlo, era también preciso una servidumbre convencional (**art. 2630**). La Ley de Partida como necesaria la convención entre los vecinos, para que una casa tenga la servidumbre de recibir el agua de los tejados de la otra que vengán por canal ó por caño, ó de otra guisa—L. 2, Tit. 31, Part. 3a—En los pueblos de la República, por la construcción de las casas, que concluyen en dos planos inclinados, ha habido la costumbre de echar sobre el terreno vecino, las goteras de los tejados, sin constituirse por esto una servidumbre.

Art. 2644 y anteriores. Las disposiciones de los artículos anteriores son muy diversas en verdad, de las de las Leyes Romanas y Códigos publicados hasta ahora, porque en esos Códigos se declara que los ríos no navegables pertenecen á los ribereños, mientras que en este Código los reconocemos como del dominio común (**art. 2310, Inc. 3 y 4**).

Art. 2663. Zachariæ, § 278—El dominio es por su naturaleza irrevocable (**art. 2510**); pero por una escepcion es revocable en los casos del artículo; por ejemplo cuando el vendedor se ha reservado durante un plazo, la facultad de dejar sin efecto el contrato, ó la facultad de volver á tomar la cosa vendida devolviendo el precio recibido—Maynz, en el § 164, y principalmente en el § 180, n° 3, sostiene, al parecer con buenas razones, que el dominio es irrevocable, y que las convenciones de revocacion, en los casos convenidos por las partes, no pueden dar nunca acciones reales contra terceros á quienes el adquirente hubiese transmitido su derecho. Sea cual fuere la lógica de la jurisprudencia, no puede oponerse razon alguna para que las partes que contratan la enajenacion de una cosa no puedan poner condiciones ó plazos resolutorios del dominio que trasmite la una y adquiere la otra. Esas cláusulas revocatorias, debiendo estar en el mismo instrumento público por el cual se hace la enajenacion, no pueden dejar de ser conocidas por el tercer adquirente, pues constan del mismo instrumento que crea el dominio del que lo trasmite (**art. 2668**). Hablamos de escrituras públicas, porque solo por ese medio puede transferirse el dominio de los bienes raíces; pues respecto de los muebles, el dominio solo será revocable en el caso que se determina en uno de los artículos de este Título (**art. 2671**).

Art. 2664. Aubry y Rau, § 220 bis—Zachariæ, § 278—En estos diferentes casos de nulidad ó de la accion paulina, el título del adquirente se halla con un vicio que trae no solo la revocacion, sino su aniquilamiento completo ó parcial.

Art. 2669. Zachariæ, § 278—Aubry y Rau, § 200, bis—Zachariæ, en el lugar citado, propone la regla siguiente: «La revocacion de la propiedad tiene lugar *ex nunc*, usando ocurre en virtud de un derecho perteneciente al propietario, y *ex tunc*, cuando tiene lugar en virtud de un derecho perteneciente á otro que al propietario». Sin embargo, de la justicia de esta regla, la cuestion de si en el caso de una eviccion la resolucio



propiedad debe tener lugar *ex nunc*, ó *ex tunc*, y si los actos jurídicos que hasta entonces ha efectuado el poseedor, relativos al objeto sobre que se verifica la evicción, conservan ó no su validez, es una de las mas controvertidas. (Véase la nota 18 del § citado.)

Art. 2711. Aubry y Rau, § 221 ter, n° 1.—La situacion de las cosas que supone el artículo es ordinariamente calificada de servidumbre de indivision—Pardessus, *Servitudes*, tom. 1, num. 190 y siguientes—Duranton, tom. 5, n° 149—Pero esta calificación puede conducir á consecuencias completamente erróneas, pues la indivision forzosa no constituye una carga impuesta á la cosa indivisa, sino una simple restriccion á la facultad de pedir la division. Es verdad que el uso de la cosa comun está restringido á la utilidad que pueden obtener las heredades en el interes de las cuales la cosa ha quedado indivisa, pero no es esta una razon para decir que este uso se ejerce á título de servidumbre—Véase Demolombe, tom. 11, núms. 444 y 445.

Art. 2713. Así, el propietario de un patio comun, puede alzar su edificio que de sobre él hasta donde quiera, y abrir puertas y ventanas, arrojar al patio comun las aguas pluviales de su edificio, y aun las aguas de que se hubiese servido en los usos domésticos.

Art. 2719. Aubry y Rau, § 222—Duvergier, tom. 3, n° 187, nota A—Marcadé, sobre el art. 653, n° 2—Pothier, n° 202—Duranton, tom. 5, n° 303—Algunos autores enseñan, sin embargo, que en los lugares donde el cerramiento es forzoso (**art. 2726**), la pared del edificio contiguo á un patio ó á un jardin debe presumirse medianera hasta la altura fijada para los muros de encerramiento—Merlin, *Rep. verb. Mitoyenneté*, § 1, n° 3—Toullier, tom. 3, n° 187—Pardessus, tom. 1, n° 158. Mas para refutar la opinion de estos autores, bastará observar que ellos elevan á presuncion legal, una mera conjetura, cuya exactitud las mas veces será cuestionable, pues que no es probable que el propietario de un patio ó de un jardin, simplemente obligado á concurrir á la construccion de un muro cualquiera de encerramiento, haya contribuido á los gastos de levantar una pared que desde su origen estaba destinada á sostener un edificio.

Art. 2746. L. 10, Tit. 15, Part. 6ª—Marcadé, sobre el art. 646—Zacharic, § 320—Sobre la materia de este capítulo, Curasson, *Traité des actions possessoires et du bornage*—Maynz, § 363—La accion conocida bajo el nombre de accion *finium regundorum*, tiende solo á reglar los limites de dos fundos que no son comunes. La accion de deslinde es muy distinta de la accion reivindicatoria, que se da cuando los limites no estuviesen confundidos, y los terrenos se hallan en ya demarcados (**art. 2747**). La accion por confusion de limites es una de esas acciones en las cuales cada una de las partes es á la vez demandante y demandado, y debe por consiguiente probar su derecho (**arts. 2750 y 2755**).

Art. 2758. Pothier, *Propriété*, n° 281—Molitor, *De la reivindicacion*, n° 1, —Inst., Tit. 6, Lib. 4, § 1—La palabra *poseer*, *poseedor* se aplica en el caso del artículo y respecto al demandado, tanto al que posee como dueño de la cosa, como al que meramente la tiene: puede hacerse pues la



escepcion de la Ley Romana (Institut, Lib. 4, Tit. 6, § 2), en que la accion sea intentada por el propietario contra el simple tenedor que la posee á su nombre. Supóngase que una cosa ha sido depositada: el depositante tiene dos acciones, la del depósito y la de reivindicacion: puede suceder que le sea mas difícil probar el depósito que la propiedad, y preferia intentar la reivindicacion. Puede suceder tambien que el propietario, verdadero poseedor, no tenga otra accion contra el tenedor de la cosa, que la accion de reivindicacion. Tal seria el caso del nudo propietario que al fin del usufructo reivindicla la cosa.

Se ve, pues, que si por regla general, el que posee la cosa no puede intentar la reivindicacion, lo puede cuando la posesion le es disputada. Por lo tanto, no se puede hacer de la pérdida de la posesion, una condicion absoluta de la reivindicacion. (Véase Molitor, *De la reivindicacion*, nº 5.

Art. 2762. El Derecho Romano decia que la fórmula de la accion era *fórmula certa*, y que por lo tanto era indispensable determinar el objeto preciso de la reivindicacion—L. 6, Dig., *De reivindicacione*.

Art. 2764. L. 1, § 3, Dig., *De reivindic.*—Pothier, *Propriété*, nº 283—Las universalidades de cosas como un rebaño, una biblioteca, son siempre consideradas como cosas particulares y no como universalidades. Para que haya lugar á la accion de reivindicacion es preciso que el objeto sea una cosa corporal. La herencia es inseparable de la calidad de heredero. Es preciso, pues, llamarse heredero, para pretender el todo ó una parte de la herencia (**art. 3122**). No se puede reivindicar sino *res singula* que se encuentra en la herencia, ó en el patrimonio de una persona cualquiera. Las cantidades que hemos llamado cantidades de cosas, no podrian ser el objeto de una reivindicacion, porque no se puede tener sobre una cantidad, sino un derecho de crédito, y no un derecho de propiedad.

Art. 2765. Cód. Frances, art. 2279—Italiano, 2146—Aubry y Rau, § 183, nº 1.

Art. 2766. Troplong. *Prescrip.*, tom. 2, nº 1070—Merlin, *Repert. verb. Reivindic.*, § 1, nº 6—Duranton, tom. 5, nº 286—Toullier, tom. 14, núms. 118 y siguientes—Respecto á las cosas sustraídas por engaño ó cualquier clase de estafa, en contra, Marcadé, sobre los artículos 2279 y 2280.

Art. 2773. Pothier, nº 302—Véase Motitor, núms. 7, 8 y 21. Hay total diferencia entre la accion de reivindicacion y las acciones personales. Las acciones personales nacen de alguna obligacion contraída por el que está obligado al demandante. Sucediendo los herederos del obligado en todas las obligaciones de éste por la parte de que son herederos, es una consecuencia necesaria que estén obligados por esta parte y por las acciones que nacen de dichas obligaciones (**nota al 197 y 2778**). Al contrario, la accion de reivindicacion no nace de ninguna obligacion que el poseedor hubiese contraído con el propietario de la cosa, sino solamente de la posesion que tiene de esta cosa; por consiguiente, su heredero no puede ser responsable de esta accion, sino en cuanto él mismo



sea poseedor de la cosa que se reivindica, y solo por la parte de que lo sea (**arts. 3191 y siguientes**).

Art. 2784 y 2785. Sobre los dos artículos, Pothier, núms. 301 y 306. Se puede ser demandado, dice Molitor, por la accion de reivindicacion sin poseer y aun sin tener la cosa, cuando por el dolo propio se ha perjudicado ó paralizado la accion del propietario. Esta máxima tiene su aplicacion en dos casos, que constituyen lo que se llama *ficta possessio* en las Leyes Romanas (**art. 2161**). Si alguno se dice poseedor de una cosa que no posee, y que yo quiero reivindicar, es responsable del perjuicio que pueda resultarle de su falsa asercion, á no ser que su falta de posesion me fuese conocida (**art. 1111**). En todos los casos, el que se ha presentado al sercitado á juicio como poseedor, y engaña al demandante, debe ser considerado y condenado como tal, al pago de todos los perjuicios sufridos por el demandante, y si despues es conocido el verdadero poseedor, la accion contra éste queda á salvo. El segundo caso de la *ficta possessio* se espresa por la regla: *semper qui dolo fecit quominus haberet, pro eo habendus est, ac si haberet*. El que siendo poseedor de una cosa, procura deshacerse de ella, para hacer imposible la reivindicacion, es considerado, á causa de su dolo, como poseedor. El propietario tendria la eleccion de pedir contra un tal poseedor, la estimacion de la cosa al arbitrio del Juez, ó el valor que se fijase por su juramento. Así, cuando un poseedor, aunque fuese de buena fe en el principio de su posesion, cosa de poseer por dolo, sufre la condenacion como si aun poseyese, sea que secretamente haya enajenado la cosa, sea que la haya transformado en otra especie, ó unidola inseparablemente á otra cosa, pues que deja de poseer en la especie en que puede ser la cosa reivindicada. Cuando el poseedor ha perdido la posesion de la cosa enajenándola fraudulentamente, el propietario tiene dos acciones: la reivindicacion de la cosa contra el *verus possessor*, ó la estimacion de ella contra el *fictus possessor*. Si obtengo el valor que el Juez ha fijado á la cosa, y los daños y perjuicios, tal estimacion no equivale á una venta, y conservo la reivindicacion contra el verdadero poseedor: no estoy obligado á hacer cesion de la accion al *fictus possessor* que ha sido condenado; pero si he obtenido el valor y los daños y perjuicios fijados por mi propio juramento, la ley me niega toda accion contra el *verus possessor*. El valor que he recibido me ha desinteresado completamente, y se juzga que he cedido todos mis derechos sobre la cosa.

Art. 2787. Pothier, *Propriété*, núms. 304 y 305. La disposicion del artículo no es en manera alguna contraria á lo dispuesto en el art. 2773. Nuestro principio era que los herederos del poseedor de la cosa, objeto de la reivindicacion, no están obligados por esa accion sino en cuanto son ellos mismos poseedores de la cosa y que esto solo tiene lugar respecto á los herederos de un poseedor de buena fe. Otra cosa es de los herederos de un poseedor de mala fe, contra el cual el propietario tenia derecho á demandar no solo la entrega de la cosa, sino tambien la restitution de los frutos que habia percibido, y la indemnizacion de los daños y perjuicios resultantes de los deterioros que hubiese hecho en la



cosa. Siendo las demandas accesorias á la accion de reivindicacion, demandas que nacen de obligaciones personales que el poseedor ha contraido de volver los frutos que ha percibido, los herederos de éste por la calidad de tales, son responsables de estas obligaciones en cuanto á la parte por que sean herederos (**nota 2773, 3190, nota al mismo y art. 3192**), y deben por consiguiente serlo tambien en razon de la parte de que sean herederos, de las demandas accesorias por la restitution de los frutos, y por los deterioros que haya sufrido la cosa.

Art. 2800. Aubry y Rau, § 219, n° 2—Esta accion, dice Maynz, no difiere de la reivindicacion, sino por la estacion de la lesion que nuestro derecho de propiedad ha sufrido de parte del demandado. Para que podamos intentar la reivindicacion, es preciso que se nos haya impedido enteramente usar de nuestra cosa, es decir, que seamos privados de la posesion. Todo ataque de una importancia menos grave, basta para darnos la accion negatoria. Comunmente, semejante lesion proviene de que otro pretende tener un *jus in re*, particularmente una servidumbre sobre nuestra propiedad. Es por esto que las mas veces se representa esta accion como destinada á hacer cesar una servidumbre que otro ha usurpado. Pero su uso es mas general, y puede ser intentada, toda vez que alguno nos impida obrar como propietario, en la estension que el derecho nos permite, con tal que la lesion que sufrimos no sea demasiado grave para que podamos intentar la reivindicacion (**arts. 2195 á 2198**). Debe observarse, sin embargo, que si el hecho de que nos quejamos debe contener necesariamente una lesion es indiferente. Así, para que podamos intentar la accion negatoria á fin de hacer declarar que el adversario no tiene el derecho de usufructo, no es necesario que esté en posesion del usufructo, basta que haga un acto de lesion, por pequeno que sea, con intencion al hacerlo de que el usufructo le pertenece (§ 207, y nota 4).

Art. 2802. Por ejemplo, en un inmueble cuyo usufructo está dado, cuando el propietario quiere constituirle otra servidumbre—Molitor, *Servidumbres*, n° 136.

Art. 2805. Aubry y Rau, 219, n° 2—Maynz, § 207, n° 2. Porque la propiedad es por su naturaleza un derecho libre, absoluto y esclusivo (**art. 2508 y sus concordantes**), y el demandado es el que debe probar la carga ó servidumbre que pretenda que reconozca el inmueble.

Art. 2808. Cód. de Luisiana, art. 526—Zacharie, § 306—Proudhon, núms. 121 y 1010. Aunque el cuasi usufructo se aplica á las cosas de que no se puede hacer uso sin consumirlas, sin embargo, el autor de la constitucion del usufructo, ó las partes, pueden entenderlo á las cosas mismas que serian susceptibles del *usufructus* propiamente dicho, porque segun el caso puede parecer mas conveniente considerarlas como cantidades (**nota al 2811**). Esta intencion aun no podria ser expresa, sino inducirse de las circunstancias; así es que la ley Romana considera los vestidos ya como objeto de un cuasi usufructo, ya al contrario como el objeto de un verdadero usufructo. Inst., *De usufruct.*, § 2—L. 15, § 4,



Fig., *De usufruct.*—Demante, *Cours analytique*, n° 426 bis, § 4—Molitor, *Servidumbres personales*, n° 72.

Art. 2811. Cód. de Luisiana, art. 528. Puede decirse que esto es contrario á la naturaleza del usufructo, pero siendo cosas fungibles pueden ser reemplazadas las unas por las otras, en lo cual no hay perjuicio al propietario (**nota al 2808**).

Art. 2818. Cód. Francés, art. 579—Demante, *Cours analytique*, n° 418, bis—Toullier, tom. 3, n° 391—Duranton, tom. 4, n° 489—Marcadé, sobre el art. 579, n° 2—Demolombe, tom. 10, n° 232.—Por Derecho Romano el usufructo podia ser establecido por la autoridad del Juez en las particiones judiciales, adjudicando el goce del fundo al uno, y la nuda propiedad al otro, cuando el cuerpo de la herencia no era susceptible de dividirse sin deteriorarse. L. 6, Tit. 1, Lib. 7, Dig. Sin duda una division de esa clase seria regular y válida si las partes interesadas, siendo capaces y mayores, consintiesen en ella espresa ó tácitamente (**art. 2812**).

Podria decirse en tal caso que el usufructo era constituido por convenccion entre las partes. Lo que importa el artículo es, que el Juez no pueda de oficio, ó á solicitud de una de las partes ordenar una particion de esa clase, contra la voluntad de las otras. La igualdad es la base legitima de toda particion. Atribuir el usufructo al uno y la propiedad al otro, seria salir de esta base, por el valor del usufructo no puede ser estimado sino segun su duracion, que precisamente es desconocida, pues acaba con la muerte del usufructuario, aunque esté constituido por un número determinado de años (**art. 2921**).

Art. 2824. Lo contrario seria prolongar casi indefinidamente la separacion de la propiedad de la del usufructo (**nota 2825**), lo que juzgamos que en la República debe limitarse cuanto sea posible (**arts. 2921 á 2923**). Los jurisconsultos franceses, como Duranton, tom. 4, n° 491—Demolombe, tom. 10, núms. 247 y siguientes—Aubry y Rau, § 228, ensenian que el usufructo puede constituirse llamando á gozar sucesivamente los unos despues de los otros, y para que no se juzgue que en tal caso habria una verdadera sustitucion contraria á la naturaleza del usufructo, dicen que el usufructuario en segundo ó tercer lugar, deriva su derecho directamente del constituyente, y no por via de sucesion del usufructuario primeramente llamado. Pero no se puede negar que hay en verdad una sustitucion real, aunque sea hecha al tiempo de constituirse el usufructo. El Cód. de Holanda es el único conforme con la doctrina de los autores citados, y Goyena, en su proyecto, art. 437.

Art. 2825. El usufructo no es una cosa de para convenccion: su naturaleza está fijada por la ley, por las consecuencias en el órden social del establecimiento de la propiedad en los bienes inmuebles, y porque consiste en la facultad especial concedida á alguno de gozar de las cosas de otro. Esta facultad debe ser esencialmente intransmisible por via de herencia, pues que se refiere á hechos del hombre, y todo lo que tiene relacion con los actos y los hechos de las personas, ó con el ejercicio de las facultades humanas, se estingue necesariamente con la muerte. El usufructo,



pues, no puede ser hereditariamente trasmisible por el efecto de la voluntad del hombre porque eso sería imprimirle una calidad inconciliable con su naturaleza (**art. 2821 y notas al mismo**).

Por el Derecho Romano podía estipularse un derecho de usufructo tanto para sí como para sus herederos, L. 38, § 12, tit. 1, Lib. 45, estipulación que podría aprovechar no solo á los herederos en el primer grado, sino á los herederos de los herederos, en todos los grados. Estas disposiciones se comprenden bajo el imperio de una legislación que no había limitado la duración del usufructo sino en el interés privado del nudo propietario; pero esas mismas leyes comprendían que alguna vez debía extinguirse el usufructo, *nec in universum inutilis essent proprietates*, Instituta, § 1, *De usufruct*.

Art. 2826. Proudhon, tom. 1, n° 455. Si el testador, haciendo un legado semejante, ha acordado á su legatario el derecho de elegir entre dos objetos comprendidos en la disposición, la elección le pertenecería. Si no hubiese dispuesto nada á este respecto, la facultad de elegir corresponde al heredero, porque, en tésis general, en las obligaciones alternativas la elección corresponde al deudor, y esta regla se aplica aun á las liberalidades testamentarias (**art. 637**).

Art. 2828. Según el Derecho Romano y Español, el usufructo que hubiese sido legado á una municipalidad, ó á un establecimiento público, debía durar cien años, porque el período de un siglo es considerado en el Derecho como el término estremo de la vida humana. L. 26, Tit. 31, Part. 3ª Pero esto era tomar la escepcion por el fundamento de la regla general. Los actos y contratos particulares no podrían derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales en general, y especialmente la del usufructo, está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares—Aubry y Rau, § 228, nota 4—Demolombe, tom. 10, n° 244—Marcadé, sobre el art. 617, n° 4—En contra, Proudhon, n° 331—Duranton, tom. 4, n° 663.

Art. 2842. Proudhon, tom. 1, núms. 370 y siguientes—Demolombe, tom. 10, n° 261 bis.—Marcadé, sobre el art. 581, n° 3.—Pero este último autor añade: «Pues que el usufructo puede existir sobre toda clase de bienes, se puede establecer un usufructo sobre otro usufructo. Así podeis concederme el usufructo de un campo que teneis en usufructo. En este caso, yo recogería en vuestro lugar todos los frutos del terreno, de modo que bajo esta relacion el resultado sería el mismo que si me hubiéseis vendido ó cedido vuestro usufructo. Pero habría esta diferencia, que mi derecho sobre vuestro usufructo, no siendo mas que un usufructo, se extingue necesariamente con mi muerte, la cual si sucediere antes que la vuestra, se os volvería el uso y goce de la cosa hasta que sucediere vuestro fallecimiento, mientras que si yo hubiera adquirido la propiedad de vuestro usufructo, mis herederos, despues de mi muerte, habrían continuado gozando del campo hasta vuestro fallecimiento». Mas á renglon seguido, Marcadé demuestra lo estravagante que sería un usufructo que existiese sobre otro usufructo. Sin embargo, la L. 12, Tit. 31, Part. 3ª,



pone el caso de la enajenacion de una servidumbre sin la enajenacion de la heredad.

Art. 2861. Aubry y Rau, § 229 al fin—La disposicion de este artículo se explica por la consideracion de que la espropiacion por causa de utilidad pública, es un hecho que por lo general no entra en las previsiones de las partes, ó de los testadores, y que por ella el usufructo de una finca se convierte en el usufructo de su precio.

Art. 2863. LL. 20 y 23, Tit. 31, Part. 3ª—L. 9, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Cód. Frances, art. 582—Italiano, 470—Napolitano, 507—de Luisiana, 536—Véase Marcadé, sobre el art. 578—El derecho del usufructuario es, sin duda, el derecho de gozar de los bienes como el propietario mismo: es decir, con las mismas prerogativas y con las mismas cargas; pero únicamente en lo que concierne al uso ó á la percepcion de los frutos, pues él no podría recoger los productos que no son frutos (**art. 2869, nota —2329**). Es preciso no tomar en un sentido absoluto la expresion *como el propietario mismo*. No podría covertir una viña en un campo de pastos, ni transformar el bosque en una tierra de labor (**art. 2878**). Sobre todo, está obligado á conservar la sustancia ó condicion de la cosa (**art. 2807 y su comentario**).

Art. 2864. Cód. Frances, art. 585—Italiano 480—Holandes, 809—De Luisiana, 538—L. 27, Tit. 1, Lib. 7, Dig., y L. 8, Tit. 1, Lib. 33, id.—Demante, nº 423—Molitor, *Servidumbres personales*, nº 56, sostiene con los mejores fundamentos la doctrina que forma el artículo. El Derecho Español guarda silencio á este respecto—Aubry y Rau, § 230, enseñan que si los gastos eran debidos á tercero, el usufructuario debia, sin duda, satisfacerlos, pero que tendria derecho á reclamarlos del propietario. ¿De dónde le naceria ese derecho?—De la misma opinion son Marcadé, sobre el art. 585, nº 4—Proudhon, tom. 3, nº 1150—Toullier, tom. 3, nº 402—Pero ninguno de estos autores fun'a el derecho del usufructuario para repetir lo que reconoce que él debia pagar al que hubiese hecho el trabajo, ó empleado su dinero para la produccion de los frutos.

Art. 2869. Un vecino, por ejemplo, del inmueble tenido en usufructo, paga un precio por adquirir la medianería de una pared divisoria: tal precio corresponde al usufructuario universal.

Art. 2870. Zachariæ, § 308—Demolombe, tom. 10, nº 364—Molitor, *Servidumbres personales*, nº 60—En cuanto al fiador, en contra, Proudhon, núms. 851 y siguientes—Demolombe, tom. 10, nº 363, bis. Estos autores se fundan en que la fianza no puede estenderse mas allá de los límites en los cuales ha sido contratada; pero demandando al fiador la ejecucion de las obligaciones que incumben al usufructuario, y á las cuales éste no ha podido sustraerse por la cesion del usufructo, el nudo propietario no escude en manera alguna los límites de la fianza. En el caso de cesion del ejercicio del usufructo, el fiador podría sin duda demandar su liberacion para en adelante, salvo al nudo propietario el derecho de exigir una nueva fianza al usufructuario; pero no hay razon alguna para que la fianza se estinga á consecuencia de un hecho, al cual el nudo propietario es



completamente extraño, y que tal vez no ha llegado a su conocimiento, ó que no podía impedir.

En cuanto á la última parte del artículo, en contra, Cód. Frances, art. 595—Italiano, 492, y lo siguen el Napolitano, 520, y el Holandés, 819 y 820—Pero esto nace de las costumbres de esas naciones sobre los arrendamientos que no pasen de diez años—Leclerq trata estensamente esta materia, tom. 2, desde la pág. 384.

Art. 2871. El propietario no conserva ningun derecho real sobre el objeto del *cuasi usufructo*. No tiene sino un derecho de obligacion para obtener una cosa igual acabado el usufructo, cuya eficacia le está asegurada por una fianza (**art. 2811**). El cuasi usufructo es por naturaleza un verdadero préstamo de consumo; un mutuo con fianza. Hay, sin embargo, algunas diferencias entre el cuasi usufructo y el préstamo de consumo. El cuasi usufructo, cuando no tiene tiempo señalado, es por la vida del usufructuario, mientras que al mutuario se le pueda demandar muy luego el préstamo de consumo que se le hubiese hecho. El cuasi usufructo, se extingue de manera muy diversa que el mutuo. El mutuo puede llevar intereses y no el cuasi usufructo. Pero ninguna de las particularidades del cuasi usufructo es contraria á la esencia de préstamo de consumo—Véase Maynz, § 214, y nota 48.

En casi todos los Códigos se dice que el usufructuario de cosas consumibles debe volver otras iguales en la misma cantidad, de la misma calidad y valor. Es preciso borrar la palabra *valor* (**art. 2809**). El que ha recibido en usufructo, sin tasacion, diez fanegas de trigo de una determinada calidad, solo está obligado á devolver diez fanegas de trigo de la misma calidad del que recibió, cualquiera que fuese su valor al tiempo de constituirse ó de acabarse el usufructo. La Ley Romana no manda, sino aconseja que se estimen las cosas de consumo dadas en usufructo. *Aut æstimatis rebus certæ pecuniæ nomine cavendum, quod et commodius est*. L. 7, Tit. 5, Lib. 7, Dig.—Véase Marcadé, sobre el art. 587—Zachariæ, § 306, y la larga nota 8—Demolombe, tom. 10, desde el nº 285—Demante *Cours analytique*, nº 426, bis.

Art. 2872. Cód. Frances, art. 589—Italiano, 484—Napolitano, 514—Demolombe, tom. 10, nº 302—Muchos juriscultos enseñan que la fianza del usufructuario debe comprender aun la devolucion de las cosas que el uso continuo deteriora ó consume, doctrina contraria al fin que puede tener el que constituye el usufructo de tales cosas (**art. 2851**). El propietario cediendo el usufructo de muebles que se deterioran por el uso, permite al usufructuario servirse de ellos, sin lo cual la cesion no tendria objeto. Sabe que el uso los va á deteriorar. Así, reservándose la propiedad de esos muebles, se la reserva tal como estén al fin del usufructo, ó como estarian si él mismo se hubiese servido de los muebles, pues que pone al usufructuario en su lugar para gozar de ellos como él mismo lo habria hecho. (Véase Leclerq, tom. 2, pág. 373.)

Art. 2873. Proyecto de Goyena, art. 446—L. 22, Tit. 31, Part. 3ª—Cód. Frances, arts. 590 á 594—Molitor, *Servidumbres personales*, nº 64. Las Leyes Romanas hablan tal vez demasiado, pues e-specifican los cañaverales,



saucos, etc. Dispone que, legado el usufructo de un campo de que forma parte el monte tallar, cañaveral ó sauzal, puede el usufructuario, no solo cortar, á arbitrio de buen varón, lo que necesite, sino tambien vender como frutos, porque frutos, dicen, deben reputarse las cosas que se reproducen. De los árboles que se caen por el viento ú otras causas puede tomar lo necesario para su uso y el de la heredad, y obligar al propietario á que alcance lo demás. LL. 11, 12, 18 y 19 del mismo Título. En una heredad donde por mero recreo haya bosque ó paseos con árboles infructíferos, no puede cortarlos. L. 13, respecto á los planteles. La L. 9, § 6, dice: *Seminarii autem fructum ad fructuarium pertinere ita tamen ut et vendat ei, et seminare liceat debet: tamen conservandi agri causa, seminarium paratum semper renovare, quasi instrumentum agri, ut finitus usufructus domino restituitur.*

Todos los casos relativos al usufructo *deben resolverse á buena fe, así como buen omc*, segun la espresion de la Ley de Partida. (Véase Goyena, sobre el art. 446—Demolombe, desde el n° 387.)

Art. 2880. Cód. Frances, art. 614—Italiano, 511—Holandes, 849—Napolitano, 539—De Luisiana, arts. 584 y 585—L. 2, Dig. *Usufruct. quemad.*—Proudhon, n° 1672—Demolombe, tom. 10, n° 338—Demante, n° 457—La obligacion impuesta al usufructuario de denunciar las usurpaciones al propietario, tiene solo el objeto que éste pueda obrar contra los usurpadores, sin obstar á que el usufructuario pueda hacerlo por derecho propio, ó á que la accion que intente aproveche al propietario (**nota al 2160**). De cualquier manera que el usufructuario consiga hacerse mantener ó restablecer en el ejercicio de su derecho, mantiene ó restablece tambien la posesion del propietario á cuyo nombre posee. De todo esto se deduce, que el usufructuario que ha satisfecho la obligacion de denunciar las usurpaciones, no carga con ninguna responsabilidad por abstenerse de obrar él mismo ante los tribunales, porque esto es para él una facultad, y no una obligacion.

Art. 2885. Cuando se dice que las reparaciones estraordinarias son á cargo del propietario, es simplemente para libertar de ellas al usufructuario, y no porque el propietario deba hacerlas.

Art. 2902. L. 22, Tit. 31, Part. 3ª.—Cód. Frances, art. 616—Italiano, 513—Napolitano, 541—Holandes, 851—De Luisiana, 587—Instit., Lib. 2, Tit. 1, § 38—La Ley citada de Partida solo dice: *si fuesen ganados é si muriesen algunos, que de los fijos ponga y erie otros en lugar de aquellos que así pereciesen.* Acabado el usufructo por muerte de los animales, la Ley Romana no cuenta los cueros de ellos como frutos. *Corium mortui, pecoris in fructu non est.* L. 30, Tit. 4, Lib. 7, Dig.—Proudhon y otros escritores enseñan que el usufructuario debe reponer los animales que muriesen aun con el valor de los que antes hubiesen vendido—Marcadé, sobre el art. 615, combate con buenas razones esta opinion.

Art. 2919. L. 12, tit. 6, Lib. 12, Dig.

Por *revocacion demandada de los acreedores* en los casos en que pueden ser revocados los actos jurídicos. La donacion ó la venta de un dere-



cho de usufructo es una verdadera enajenacion, pues importa una desmembracion de la propiedad. L. 7, Tit. 51, Lib. 4, Código.

Por resolucion de los derechos del constituyente. El poseedor de un fundo que no tiene la propiedad, ó que solo tiene un derecho resoluble, no puede establecer sino la apariencia de un derecho de usufructo, ó ~~en~~ derecho resoluble, bajo la misma condicion á que estaba sujeto el suyo (**art. 2918**). Sobre todo el artículo, Proudhon, tom. 4, desde el n° 1925 hasta el 1958.

Art. 2921. L. 24, Tit. 31, Part. 3.—Los artículos citados de los Códigos extranjeros—Toullier, tom. 3, n° 449—Proudhon, tom. 4, n° 1965—Demolombe, tom. 10 n° 680. En todos los casos en que se pone un término al usufructo, sea por el hombre, sea por la ley, ese término no es un punto hasta donde debe alcanzar el usufructo, sino un punto del cual no puede pasar, y antes de cuyo vencimiento cesará si se realiza otra causa de estincion, como si antes de este término muriese el usufructuario (**art. 2923**), ó se destruyese la cosa. El punto de partida para contar el tiempo de la duracion del usufructo, es desde la apertura del derecho de usufructo: si se trata por ejemplo del usufructo constituido por un legado, á partir desde la muerte del testador; y así en los demás casos.

Art. 2924. Demolombe, tom. 10, núms. 689 hasta 691. Este modo de estincion no es en el fondo mas que una prescripcion. Así, no se exige del que ella se prevale ninguna condicion de posesion, aunque hayamos establecido que el usufructo es un derecho real.

La cosa que os pertenece, dice Marcadé, no puede seros quitada, y atribuida á otro, porque haya pasado mucho tiempo sin usarla: es preciso ademas que otro la haya usado. Al lado de la falta de posesion que puede hacer presumir de nuestra parte una renuncia de nuestro derecho, es preciso encontrar la posesion efectiva de un tercero que, en lugar nuestro, aparezca ser poseedor de la cosa (**art. 2510**). Cuando al contrario, se trata, no de la adquisicion de una propiedad, sino de la liberacion de un deudor, es natural que esta liberacion resulte de la falta de ejercicio y de reclamacion del derecho de parte del acreedor (**art. 1017**). Cuando quedais por largo tiempo sin reclamar vuestro derecho contra mí, la ley me declara libre, porque ella ve en el largo silencio, ó la renuncia de vuestro derecho, ó la confesion que esos pretendidos derechos no existen (**art. 3919**). Siendo el usufructo verdaderamente una deuda impuesta sobre los bienes en que se establece, la ley declara que por el no uso del derecho del usufructo, se pierda sin necesidad de acto alguno del propietario. Véase Zachariæ, § 311, nota 16—Demolombe, núms. 689 y 690—Duranton, tom. 4, n° 671.

Art. 2927. Esta es la diferencia de la estincion del usufructo por el vencimiento del término, y la que sucede por el cumplimiento de una condicion resolutoria. Vencido el término del usufructo, acaba *ipso jure* sin que sea necesario demandar en juicio su revocacion (**art. 2665**); mas cuando el usufructo ha sido sometido á una condicion resolutoria, no espira por el cumplimiento de la condicion. Es preciso ocurrir en-



tonces á la autoridad del Juez para hacer decidir la estincion del usufructo (**arts. 2666 y 2667**), porque es necesario que se declare realmente que el hecho previsto ha sucedido, y que la condicion se ha cumplido conforme con la intencion del que la impuso, si así no lo reconoce el usufructuario. (Véase Proudhon, tom. 4, n° 257.)

Art. 2931. L. 24, Tit. 31, Part. 3ª—Inst., Lib. 2, Tit. 4, § 3. Esta causa de estincion se llama generalmente *renuncia* del derecho del usufructuario. Estando el dominio de la cosa dividido entre dos personas, el usufructuario y el nudo propietario, es claro que la enajenacion que cada uno haga de su derecho, es estraña al derecho del otro y que en nada modifica su posicion. Puede sin embargo suceder que el usufructuario enajene su derecho al mismo tiempo y á la misma persona que el nudo propietario enajena el suyo, y entonces sucede la consolidacion en una tercera persona. (Véase Marcadé, sobre el art. 622.)

Art. 2933. Véase Cód. Frances, art. 622—Aubry y Rau, § 234, letra C—Demolombe, tom. 10, n° 735. La última parte del artículo es solo referente á la renuncia del derecho del usufructuario, conforme con lo que se ha dispuesto sobre los hechos en fraude de los acreedores (**arts. 961 y sigtes. y 3352**), contrario á las disposiciones del Derecho Romano, que solo daba accion revocatoria cuando hubiese habido fraude del deudor, y no cuando meramente renunciaba á un derecho. Nosotros hemos establecido en el lugar citado, que para que un acto sea juzgado como fraudulento, no es indispensable que haya sido ejecutado con el fin de dañar á los acreedores, sino que basta que el deudor lo haya hecho sabiendo que los daña (Marcadé, sobre el art. 622, n° 2).

Art. 2934. Inst., Lib. 2, Tit. 4, § 3. Si la pérdida de la cosa hubiere sido causada por culpa del nudo propietario ó del usufructuario, el usufructo continúa y las consecuencias de esa pérdida serán juzgadas por las reglas relativas á las obligaciones de las partes.

Si hubiese sido ocasionada por un tercero, el usufructo no se estingue, y el usufructuario tendria derecho, tanto al goce de lo que quedare de la cosa bajo cualquier forma, como á las indemnizaciones debidas por el tercero—Aubry y Rau, § 234, n° 4—Proudhon, n° 2527—Demolombe, tom. 10, n° 713.

Cuando hablamos de la pérdida de la cosa, no debe entenderse solamente de la pérdida fisica, que nada deja despues de ella, sino tambien de la pérdida que consiste en el aniquilamiento de las funciones á que la cosa estaba destinada en la época de la constitucion del usufructo (**comentario al 2931**). La cosa sobre la cual el usufructo está establecido ha perecido segun el sentido de nuestro artículo, no solo cuando sus elementos materiales han desaparecido, sino tambien cuando la sustancia juridica de la cual tomaba su nombre, su forma y su destino ha cesado de ser. La cosa ha perecido con su aptitud á prestar tal género determinado de servicios que el usufructuario tenia derecho á gozar, pues que ella no puede llenar el destino en el cual únicamente el usufructuario tenia el derecho de emplearla (**art. 2878 y nota 2910**).



No sucede así con el propietario, que aun destruida la cosa puede decir, *meum est quod ex re mea superest*. L. 49, Dig. *De reivindicat.*

El derecho de usufructo por el contrario, depende de la forma actual de la cosa y el destino que de ella resulta, y se extingue con esta forma y este destino, y no se conserva ni sobre los restos de la cosa, ni sobre los accesorios, que pueden sobrevivir á la destruccion de la forma característica en la cual se personificaba la cosa que estaba gravada con el usufructo. Así, el usufructo establecido sobre un animal, se extingue por la muerte de este animal, y el usufructuario no tiene ningún derecho sobre el cuero que no es la cosa sobre la cual su derecho se había establecido, y que no puede en efecto llenar el mismo destino. Así tambien el usufructo establecido sobre un edificio, se extingue por la ruina total del edificio, y el usufructuario no tiene ningún derecho sobre el suelo ni sobre los materiales, ni tampoco sobre las cosas accesorias al edificio, como el jardín, la bodega (**véase sin embargo art. 2936, nota al 2935**), etc. (Véase Demolombe, tom. 10, núms. 700 y siguientes.)

Art. 2935. Cód. Frances, art. 624—Aubry y Rau, § 234, n° 4. Así, el usufructuario de un edificio destruido por un incendio no tiene derecho á gozar ni del suelo ni de los materiales (**art. 2936 y nota al mismo**).

Art. 2936. El seguro por su constitucion jurídica nunca es para el asegurado una fuente de ganancias, sino una indemnizacion de la pérdida sufrida. Así, el usufructuario no puede asegurar la propiedad sino *procuratorio nomine*. La indemnizacion que recibiese le pertenece solo por el goce de la cosa; y debe á la cesacion del usufructo, ser restituida al nudo propietario, contribuyendo éste en la medida de su derecho al pago de las primas de seguros.

Art. 2940. L. 34, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Proudhon, n° 2534—Demolombe, tom. 10, n° 704.

El mayor número de Códigos y sus principales comentadores establecen otra causa de estincion del usufructo, cual es todo cambio que sobrevenga en la forma de la cosa que la haga impropia al uso para el cual el usufructo habia sido establecido (**nota 2931**). Pero no es posible fijar una regla para poder decidir cuál sea el cambio en la forma que extingue el usufructo, si el cambio no es tan grave que produzca la estincion de ella. En cada negocio, los tribunales deberian examinar la gravedad del cambio y llegaríamos á lo arbitrario y vago. A lo ménos, debia suceder en la cosa una modificacion profunda, un cambio de forma, de tal manera grave, que en el lenguaje de todos no se llama cambio de forma, sino destruccion de la cosa. Cuando se ha concedido el usufructo de una casa que el usufructuario debe habitar, y solo hay escombros en el suelo, es claro que el usufructo se ha extinguido (**nota 2931**). Pero cuando el usufructo sea de un hectárea de tierra en que exista una viña, poco importa que esta viña se haya destruido, y que en adelante el terreno se destine á siembras de granos.

Art. 2941. Cuando una casa que forma el objeto único del usufructo



se ha incendiado por caso fortuito, la reconstrucción de ella por el nudo propietario ó por el usufructuario no haría renacer el usufructo. Si la reconstrucción hubiere sido hecha por el usufructuario, la posición de las partes sería reglada por lo se ha dispuesto respecto del edificante en terreno ajeno. L. L. 25, Tit. 31, Part. 3ª, niega al usufructuario el derecho de reedificar la casa á sus expensas contra la voluntad del nudo propietario. Sobre el artículo, Marcadé, art. 617, nº 8—Demolombe, tom. 10, nº 713, ter.

Art. 2942. Marcadé, en el apéndice que sigue al comentario del art. 624, dice: « Si una tercera persona sin título y de mala fe, entra en posesión de un fundo que reconoce que no le pertenece, pero del cual pretende tener el usufructo, y lo posee durante treinta años, habrá adquirido por usucapion el usufructo de ese fundo, con perjuicio del usufructuario, si existía alguno, ó con perjuicio del propietario, que en lo sucesivo no tendrá sino la nuda propiedad (**arts. 4015 y 4016**). Si existía un usufructuario de ese fundo, su usufructo se habría extinguido por la prescripción para adquirir. Esto proviene de que el usufructo de un inmueble forma por sí un inmueble incorporal, el cual es susceptible de prescripción, como los inmuebles corporales. Si el tercero que viene á poseer el usufructo que os pertenece lo hace en virtud de un justo título y con buena fe, ya no sería por una posesión de treinta años sino de diez ó veinte que él lo adquiere por prescripción, y el vuestro sería extinguido. Suponed que el nudo propietario del fundo que tenéis en usufructo, viendo que dejáis de ejercer vuestro derecho, **aprovecha** fraudulentamente esta circunstancia para venderlo en plena propiedad como si no existiese vuestro usufructo, ó bien para venderme el usufructo solo, habré adquirido el usufructo del fundo por una posesión de diez ó veinte años, por medio de mi título de compra y de la buena fe que he tenido en la adquisición (**art. 3999**) ».

Art. 2943. Proudhon, art. 2570.

Art. 2944. No se opone al artículo que se ha establecido sobre los intereses moratorios. Las relaciones del usufructuario con el nudo propietario, no son las de un deudor y un acreedor común, pues en el caso del usufructo se trata menos de pagar una suma de dinero, que de restituir un capital usufructuario, cuyo goce no puede extenderse mas allá del usufructo. Demolombe, tom. 10, nº 636—Aubry y Rau, § 235, nota 2.

Art. 2948. Véase Proudhon, tom. 5, nº 2739—El uso, como el usufructo, es un derecho puramente personal, en el sentido de que no es debido sino á la persona, sin ser accesorio á la posesión de alguna heredad, para utilidad de aquel á cuyo beneficio se ha establecido, y que no pasa á los herederos del usuario. Pero considerado en el objeto á que se aplica, el uso es un derecho real en la cosa que le está sometida, derecho que lo asocia en el dominio de esa cosa, pues que no queda íntegro en poder del dueño. Hay una desmembración de la propiedad desde que el usuario puede percibir la totalidad ó una parte de los productos de un fundo.



El derecho de uso establecido por las Leyes Romanas era mas limitado que el que hoy se encuentra establecido en los Códigos modernos. Demolombe, en el tom. 10, desde el n° 751, compara el Derecho Frances con el Derecho Romano sobre la materia.

Art. 2949. Cód. Frances, art. 625—Italiano, 529—Demolombe, tom. 10, n° 759.

Art. 2950. La Ley Romana dice: *et Iulianus scribit hanc actionem adversus quem vis possessorem competit*; porque es el efecto necesario del derecho que se encuentra asociado en el dominio de la cosa—Proudhon, núms. 2744 y 2748.

Art. 2951. Si se estableciese en cosas fungibles, degeneraría en usufructo. (Véase Demolombe, tom. 10, n° 785.)

Art. 2956. L. 10, § 4, Tit. 8, Lib. 7, Dig.—Proudhon, tom. 5, n° 2761—Demolombe, tom. 10, n° 775—Siempre que en los artículos de este Título nombramos al usuario, comprendemos en su caso al habitador, porque el derecho de habitación y el de uso no son diferentes sino en relación á los objetos á que se aplican. Asimilados en las cargas que le son inherentes, lo son en las ventajas que pueden derivarse de sus derechos, de manera que el que tiene un derecho de habitación, es realmente usuario en todo ó en parte de la casa sobre la cual ese derecho ha sido establecido, segun que él la ocupe en todo ó en parte (**art. 2966**). Por esto, el que ocupa una casa á título de derecho de habitación, debe tener facultad de gozar de los albiges, pozos, graneros, jardines, bodegas, etc., porque todos esos objetos son accesorios del inmueble, para cuya comodidad han sido establecidos, y porque por otra parte, el derecho de habitación no es un simple derecho de alojamiento personal, sino un derecho de uso sobre el inmueble que lo faculta para gozar de todos los accesorios del fundo. Véase Proudhon, n° 2806—Demolombe, tom. 10, n° 753—Aubry y Rau, § 237, nota 18.

Art. 2958. La atribucion de frutos al usuario en la medida de sus necesidades, no debe entenderse sino de la necesidad relativa á la naturaleza de cada producto. Los frutos que él puede tomar son los destinados á su consumo, y no para procurarle, vendiendo ó cambiándolos, el medio de proveer á su subsistencia. Así tomará del trigo, por ejemplo, lo que pueda consumir en trigo, y no podría exigir mas porque tuviese necesidad de vino ó de leña que la heredad no producía en cantidad suficiente. (Véase Demante, n° 476, bis, § 2.)

Art. 2960. La Ley Romana decía que en una heredad podía haber tres derechos: el del propietario, el del usufructuario y el del usuario; *poterit autem apud alium esse usus apud alium fructus sine usu, apud alium proprietas*. L. 14, Tit. 8, Lib. 7, Dig.—En tal caso decimos que el derecho del usuario es preferente al del propietario, porque es una servidumbre que la heredad reconoce; y preferente tambien al derecho del usufructuario, porque entre éste y el usuario hay la relacion de un legado general, y un legado particular que se ejecuta desmembrando el primero, si fuese necesario. (Véase Proudhon, n° 2742.)

Art. 2962. L. 21, Tit. 31, Part. 3ª—El Derecho Romano limitaba de-



masiado el derecho de uso de los animales. *Sed neque lana, neque lacte usurum etiam modico lacte usurum puto.* L. 12, Tit. 8, Lib. 7, Dig.—En cuanto á las crías, ciertamente que el usuario no puede, como el usufructuario, apropiárselas, pero puede usar de las que necesita para sí y su familia.

Art. 2970. Molitor, *Les servitudes*, n.º 1—Zacharie, § 302. Decimos *inmueble ajeno*, porque, como dice la Ley Romana: *Nemo ipse servitutem debet*, ó por el precepto de la Ley de Partida: *Ca los omes hanse de servir de sus cosas, non como en manera de servidumbre, mas usando de ellas como de lo suyo*—L. 13, Tit. 31, Part. 3.ª. Decimos tambien que la servidumbre es un derecho real (**art. 2503, Inc. 4**). El objeto de una servidumbre es atribuir á quien ella pertenece un derecho sobre el fundo gravado. Este fundo en algunos respectos, como dice Pothier, es considerado como su propiedad. (*Tratado de las cosas*, §§ 2 y 23)—La mutacion de los propietarios no trae cambio alguno en las relaciones reciprocas de las heredades.

El que por un título cualquiera adquiera un fundo, al cual es debida una servidumbre, puede usar de ella, aunque no fuese indicada en el contrato de venta, LL. 47 y siguientes, Tit. 1, Lib. 18, Dig. (**art. 3006**).

El nuevo propietario de una heredad gravada con una servidumbre, debe sufrirla aun cuando hubiese adquirido la heredad sin cargas.

La muerte del que ha constituido una servidumbre no la estingue, lo que demuestra que la servidumbre, en su constitucion, no es una obligacion personal de hacer ó de no hacer (**art. 3010**).

Si el dueño del predio sirviente se niega á sufrir la servidumbre, el derecho del dueño del predio dominante no se resuelve en obtener los daños y perjuicios. Puede exigir que los tribunales le hagan dar el goce efectivo de la servidumbre (**art. 2795 y siguientes**). Todo esto demuestra que la servidumbre es un derecho real.

Decimos que el derecho es perpétuo ó temporario. Sin duda que la naturaleza de las cosas no permite que la duracion de las servidumbres que se derivan de la situacion de los lugares ó impuestas por la ley, sea limitada; pero en cuanto á las que se constituyen por contrato, ó por actos de última voluntad, el derecho siempre ha permitido que sean á perpetuidad, ó por un tiempo, sea durante la vida del que la goza (**art. 2972**), ó de la de un tercero, ó sea aun bajo una condicion resolutoria.

Bastará decir que toda servidumbre cuyo título no indica el término de ella, debe subsistir hasta que llegue la estincion por una de las causas que se señalan en este Título.

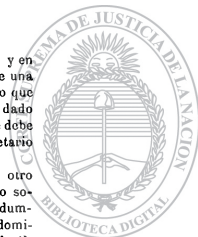
Art. 2971. LL. 1 y 13, Tit. 31, Part. 3.ª. La palabra servidumbre nos dice ya la naturaleza de esta carga, ó de este derecho. Indica una restriccion de la libertad. Aplicada á las cosas corporales, significa que la propiedad de estas cosas está sujeta á ciertas restricciones que tienen por efecto disminuir la libertad ilimitada, que es de la naturaleza de la propiedad (**arts. 2504 y 2523**). Toda desmembracion del derecho de propiedad constituye pues una servidumbre. Para que haya una servidumbre, es preciso por lo tanto, que el ejercicio del derecho de propie-



dad haya si lo restringido por la desmembracion de ciertos elementos contenidos en la idea originaria de este derecho. Tal desmembracion puede hacerse de dos maneras: 1ª El ejercicio de nuestra propiedad puede ser restringido, porque no tengamos el derecho de hacer todo lo que podríamos hacer, si no existiese otro derecho constituido en la cosa. La restriccion consiste en no hacer alguna cosa, *non faciendo*; 2ª El ejercicio de nuestro derecho de propiedad, puede ser limitado, obligándonos a sufrir que otro haga alguna cosa que tendríamos derecho á impedirle hacer, si no existiese otro derecho en la cosa. La restriccion consiste en sufrir alguna cosa, *patiendo*. Esta es la verdadera naturaleza, y el verdadero carácter de las servidumbres. La Ley Romana dice: *servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis, sed ut aliquid patiatur, aut non faciat*. Pero ¿no podría una persona convenir con el dueño de un predio que á tiempos determinados renovaría las zanjas de su heredad? ó ¿no podría constituirse el derecho de cazar en una quinta ajena? Estas convenciones serian licitas, aunque la primera solo sería una obligacion de hacer, imponiendo á la persona una carga á favor de la heredad (**art. 2010**); y la segunda una carga á la heredad á favor de la persona. Los derechos de uso ó de usufructo, son perfectamente licitos, y hoy son considerados no como servidumbre, sino como cargas impuestas á las heredades á favor de las personas. El nombre de servidumbre, á nuestro juicio, debia solo darse á las servidumbres prediales, á las cargas existentes entre dos inmuebles, á las servidumbres reales (**nota 2972**). «En otro tiempo, dice Marcadé, se inventaron fenómenos bajo las formas jurídicas de servidumbres reales, que no eran en el fondo sino servicios impuestos al fundo para la persona, ó por el fundo sobre la persona. Asi por ejemplo, si nosotros convenimos en que el fundo y cada propietario sucesivo de ese fundo tenga el derecho de cazar sobre el fundo B, ó que el fundo B tenga el derecho de hacer moler el trigo que produzca, en el molino del fundo A, tales convenciones, territoriales en la forma, y personales en el fondo, son verdaderamente servidumbres de las personas ó á favor de las personas. El servicio que ellas proporcionan no es á la heredad sino á las personas.

Para saber, pues, si el derecho que se presenta, como que constituye una servidumbre real, merece ó no esta clasificacion, es preciso examinar no solo si está establecido sobre los inmuebles, sino tambien si la carga á uno de los fundos es á beneficio de otra heredad.

Art. 2972. Hablando con exactitud, tales servidumbres no son verdaderamente servidumbres. Las llamamos así porque el derecho que por ellas se constituye se llama en el lenguaje comun de los escritores, servidumbre personal (**nota 2971**). El art. 686 del Cód. Frances prohibió las servidumbres en favor de las personas, y nosotros no las establecemos por este artículo. El Código, dice Massé y Bergé, § 332, no prohibe por el art. 686 ciertos derechos que pueden ser acordados á una persona sobre un inmueble, por ejemplo, el derecho de cazar ó el de pescar. Estos son derechos que segun su estension y las circunstancias pueden ser considerados como un derecho de uso, ó como un derecho de



usufructo que no tiene en sí nada que no sea perfectamente lícito, y en el cual no puede entrar la idea de servidumbre que supone siempre una relación, no entre un fundo y una persona, sino entre dos fundos. Lo que el artículo del Cód. Frances se ha propuesto prohibir, es el derecho dado á un fundo sobre otro, cuando este derecho es de tal naturaleza que debe ceder no á beneficio del fundo mismo, sino en provecho del propietario de ese fundo.

Tal sería el derecho de caza que perteneciese á un fundo sobre otro fundo. Este sería una servidumbre real, porque el derecho ejercido sobre un fundo sería inherente al otro. Este derecho sería una servidumbre establecida en favor de la persona del propietario del fundo dominante, pues que el propietario solo y no el fundo sacaría provecho de él. Sucede en la constitución de lo que se llama *servidumbre personal* lo mismo que en la prohibición de los servicios impuestos á la persona. Una persona puede, sin duda, obligarse á hacer á otra ciertos servicios relativos á determinado fundo, pero no se puede imponer á un fundo á beneficio de otro un servicio que por su naturaleza recaiga, no sobre el fundo mismo, sino sobre el propietario de ese fundo; tal sería, por ejemplo, la carga impuesta á un fundo de limpiar ó recorrer las zanja de otro fundo. Por la aplicación de esta distinción se ha decidido siempre que el vendedor puede reservarse sobre el fundo vendido un derecho de caza para él y sus herederos; que el propietario de una casa que vende un terreno adyacente á ella, puede imponer al comprador la obligación de no edificar sobre ese terreno. (Véase Marcadé, sobre el art. 686—Duranton, tom. 5, n.º 449.)

Art. 2975. L. 15, Tit. 31, Part. 3.ª—Molitor, *Servidumbres*, n.º 4—Pardessus, *Servidumbres*, n.º 28. La definición que damos de servidumbres discontinuas es la del Cód. Frances, aceptada por todos los Códigos y escritores posteriores. Los jurisconsultos romanos calificaban de discontinuas, las servidumbres cuyo ejercicio se hacia á ciertos intervalos, fuesen determinados ó dependientes del acaso. En esta materia es preciso que la definición sea muy precisa y exactamente entendida, pues las servidumbres que son á la vez continuas y aparentes, pueden establecerse por prescripción (**art. 3017 y su comentario**), y llegar á ser desde entonces, objeto de una acción posesoria, mientras que otra cosa se dispone para aquellas á las cuales les falta el uno ó el otro de estos dos caracteres.

De la definición del artículo, resulta que el carácter de servidumbre continua consiste, no en el ejercicio continuo, en un hecho continuo del ejercicio de la servidumbre, sino en la *posibilidad* que hubiere para que la servidumbre se ejerza continuamente y por sí misma; mientras que la servidumbre discontinua es la que no se ejerce, sino por el hecho del hombre. Una servidumbre de paso, ó de tomar agua de la fuente ajena es discontinua, pues que su ejercicio no dura sino mientras el hombre pasa ó saca agua.

Este hecho del hombre constituye el ejercicio del derecho; pues que tal servidumbre no puede funcionar por sí misma. Al contrario, una ser-



vidumbre de acueducto es una servidumbre continua, pues que no es por el hecho perseverante del hombre, por una serie de actos del hombre, sino por sí misma y por la naturaleza de las cosas, que el derecho se ejerce y funciona. El agua corre por el acueducto mientras que los dos propietarios están ausentes del lugar, desde que en sí y sin necesidad de un hecho continuo del hombre haya posibilidad de un hecho continuo: la servidumbre es desde entonces continua. Conserva este carácter aunque el agua no pueda correr, hasta que la mano del hombre haya quitado un obstáculo que se opone. Así, cuando el agua de un canal artificial no puede correr del fundo A sobre el fundo B, sino á condición de levantar una compuerta, entonces es necesario cierto hecho del hombre para el ejercicio del derecho; mas este hecho no es del que habla el artículo. Cuando despues de haber abierto el paso al agua, la servidumbre funciona y se ejerce sin ningún hecho *actual*, el hecho del hombre que abrió la compuerta no constituye el ejercicio de la servidumbre, pues que el agua seguirá corriendo de un predio á otro, aunque ningún hombre aparezca en el lugar.

Art. 2976. L. 16, Tit. 31, Part. 3ª.—Los escritores de Derecho, las Leyes Romanas y otros Códigos, hacen otra division de las servidumbres, en urbanas y rústicas, y en afirmativas ó negativas (**art. 3036**), pero tales divisiones no presentan utilidad alguna, ni para la legislación ni para la doctrina.

Art. 2978. El Cód. Frances prohibió la adquisicion de las servidumbres por la posesion de diez y veinte años. Aunque en otros Códigos este modo de adquisicion se encuentra establecido, seguimos en esta parte al Código de Napoleon. Creemos que con razon el legislador no debe aplicar los principios de la prescripcion de las propiedades á las servidumbres (**art. 3017**). La prescripcion de la propiedad supone de parte de aquel á cuyo beneficio corre, la posesion esclusiva del inmueble y por consiguiente la privacion de todo goce de parte de aquel en cuyo detrimento debe cumplirse. En tales circunstancias, el silencio guardado por este último durante diez años puede ser considerado, ó como una renuncia de un derecho preexistente, ó como un reconocimiento del derecho de otro. Mas otra cosa sucede en las servidumbres que comunmente se ejercen á favor de las relaciones que crea la vecindad, sin que resulte perjuicio real para el propietario de la heredad sirviente, y sin que éste haya tenido siempre y necesariamente un interes serio en oponerse á su ejercicio. Sobre la materia, Toullier, tom. 3, nº 630—Pardessus, nº 268—Marcadé, sobre el art. 690, nº 2—Demolombe, tom. 12, nº 781—Aubry y Rau, § 251, nota 1.

Art. 2979. Solo pueden, por lo tanto, consentir en el establecimiento de una servidumbre, los que tengan el ejercicio de la plenitud de sus derechos. Los tutores ó curadores de menores ó incapaces, y todos los administradores de los bienes de un individuo, ó de establecimientos públicos, no pueden constituir servidumbres sobre los inmuebles sujetos á su administracion, ni los mandatarios, si no tienen poderes especiales (**arts. 1253, 3012 á 3016**). El marido por sí solo tampoco



puede imponer servidumbres sobre los bienes propios de su mujer. Véase Pardessus, nº 246, y por otra parte, según la regla general establecida en el artículo, todos los que pueden conceder servidumbres sobre sus heredades, pueden adquirirlas.

Art. 2985. ¿Se puede tener una servidumbre sobre un fundo de que la persona es copropietario pro indiviso? ¿Se puede tener á favor de un fundo de que la persona es propietaria pro indiviso, una servidumbre sobre su propio fundo? Estas cuestiones se resuelven de distintos modos, según la época en que la indivisión ha comenzado. Es preciso ante todo, averiguar si la constitución de la servidumbre es anterior ó posterior á la indivisión, porque cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, la resolución es diferente á cuando se trata de la conservación de una servidumbre ya establecida.

Cuando se trata del establecimiento de una servidumbre, la regla de que no hay servidumbre en cosas propias, combinada con el carácter de individualidad de que son afectas todas las servidumbres, produce esta consecuencia, que no se puede adquirir ni para el fundo propio una servidumbre á cargo de un fundo del cual es copropietario pro indiviso, ni para el fundo que se posee pro indiviso, una servidumbre á cargo de su propio fundo (**art. 3058**).

La razón es, que cuando es uno copropietario del uno ó del otro fundo, no podría haber servidumbre sino sobre una porción indivisa, lo que fundadamente es imposible porque la servidumbre, siendo indivisible no se adquiere por una porción indivisible.

Art. 2994. Cód. Frances, art. 692 y 693—Italiano, 632—Marcadé, sobre dichos artículos—Aubry y Rau, § 252—Pardessus, *Servidumbres*, nº 288—Este modo de constituir una servidumbre se llama *destino del padre de familia*, que es la disposición ó el arreglo que el propietario de varios fundos ha hecho, ó cuando las causas son muy antiguas, ha dejado subsistir por un uso respectivo. L. 36, Tit. 3, Lib. 8, Dig. Este arreglo debe ser el resultado de signos permanentes; sin ser así no se podría inducir la voluntad de crear una verdadera servidumbre de un fundo respecto del otro. Si después estos fundos vienen á pertenecer á dueños diferentes, sea por enajenación, sea por partición entre los herederos, el servicio que el uno obtenía del otro por simple destino del padre de familia, cuando ellas le pertenecían, se convierte en una servidumbre. Se comprende bien que el estado de los lugares no debe ser una distribución pasajera y solo al objeto de una comodidad momentánea, para valer como título á fin de considerar ese estado de los lugares como una servidumbre, debida por un fundo al otro.

Art. 2995. Cód. Frances, art. 694—Por Derecho Romano y de las Partidas, la conjunción ó reunión de dos predios en una misma persona, extinguía de tal modo la servidumbre (**art. 3057**), que enajenándose después uno de ellos, no revivía á menos de pactarse especialmente—L. 17, Tit. 31, Part. 3ª—L. 30, Tit. 2, Lib. 8, Dig., y L. 10, Dig., *Com. Pred.*—Lucase ha escrito una excelente memoria sobre el establecimiento tácito de las servidumbres, que se halla en la *Revista de Legislación*, Wo-



lowski, año 1851, tom. 3, pág. 247, en la que espone los fundamentos de los artículos que ponemos sobre la materia.

Art. 3002. Los inmuebles que están fuera del comercio, como los que hacen parte del dominio público, son inalienables, y no pueden por lo tanto ser gravados con servidumbres, pues que gravar una cosa con servidumbres es enajenarla en parte. Sin embargo, Zachariæ, § 334; Toullier, tom. 3, nº 473, y Proudhon, *Dominio público*, núms. 363 y siguientes, enseñan que el inmueble que está fuera del comercio puede ser el objeto de una servidumbre, si esta puede conciliarse con el fin para el cual ha sido puesto fuera del comercio. Estos autores, para sostener su doctrina, consideran como servidumbre el derecho de tránsito por las calles y plazas públicas, y el de vista en los edificios contiguos á ellos. Pero este derecho no es sino el uso mismo de esos inmuebles conforme á su destino, y que en nada disminuye su utilidad en perjuicio de uno de los inmuebles á beneficio de otro, lo que forma el carácter distintivo de las servidumbres. (Véase la nota 2, § citado de Zachariæ.)

Art. 3006. Decimos que una servidumbre no puede ser gravada con otra servidumbre porque ella no es un fundo. Sin embargo, si alguien recibiese activa ó pasivamente las aguas de una heredad superior, podría válidamente obligarse á trasmitir esas mismas aguas á otra heredad: por cualquier título que este uso hubiese sido adquirido, no hay derechos contra la heredad gravado á beneficio del que hubiese obtenido esa concesion. Si por un medio cualquiera el primero se libra respecto de aquel á cuyo fundo está sujeto el suyo, el que secundariamente aprovechaba, no puede continuar ejerciéndolo por decir que la liberacion no ha sido adquirida directamente contra él.

Art. 3007. L. 8, Tit. 1, Lib. 8, Dig.—Aubry y Rau, § 247, letra C—Duranton, tom. 5, núms. 466 y siguientes—Demolombe, tom. 12, núms. 701, 775 y 775, bis. La regla de la indivisibilidad de la servidumbre es inflexible. Nada importa que el predio dominante ó sirviente mude de dueño, y que se reparta en varias manos en lugar de estar en las de un solo dueño, porque cada uno de los que lo sean del predio dominante, se aprovechará de toda la servidumbre, como cada uno de los del predio sirviente tendrá que tolerarla, aunque por la division que hubiesen hecho de la finca no haya condominio (**arts. 2998 y 3008**). Cada una de las fincas nuevas, salida de la finca gravada, quedará tambien gravada con la servidumbre á que estaba afectada la antigua. Pero entiéndase esto en el caso que la servidumbre gravara por igual á toda la finca antigua; porque si no fuera así, y estuviese circunscrita á una parte determinada de ella, entonces solo continuaria en la finca nueva sobre cuyo terreno gravitaba, y en los términos á que antes estaba limitada (**arts. 3028 y sus concordantes**). Lo mismo debe decirse, en el caso en que se unan dos fincas de las cuales una tenga contra sí servidumbre y otra no, ó que ambas tengan servidumbres diferentes, porque, como queda dicho, pueden lo la servidumbre gravar una parte determinada de la propiedad, es claro que cada parte de la nueva finca estará en las mismas condiciones de libertad ó de servidumbre en que



se hallaba antes de la reunion, y que ni los derechos del predio dominante, ni los del sirviente cambiaban de condicion.

Por lo demas, una servidumbre es como todo otro derecho, divisible o indivisible, segun que el hecho que la constituye es susceptible ó no de division. Si este hecho es tal que pueda ser ejercido en parte por una persona y en parte por otra; si consiste en tomar, por ejemplo, un número de fanegas de tierra de un fundo, ó de hacer pasar un número de termino de animales, siendo ambas cosas divisibles, la servidumbre lo es igualmente. (L. 2, Tit. 1, Lib. 45, Dig.)

Es al contrario indivisible, si este hecho es tal que no pueda ser ejercido en parte por uno y en parte por otro, tal seria el derecho de paso para ir á un punto determinado. Las servidumbres son obligaciones de de un fundo hácia otros fundos, y debe aplicárseles los principios que rigen las obligaciones convencionales (**art. 667 y sus concordantes**). La indivisibilidad de las obligaciones no consiste simplemente en que el hecho que es el objeto no sea susceptible de division, sino principalmente, en que este hecho, aun cuando fuese susceptible de division, hubiese sido estipulado para ser ejecutado íntegramente. Véase Pardessus, núms. 23 y siguientes, y Molitor, desde el nº 17 (**art. 3013**).

Art. 3018. L. 6, Tit. 31, Part. 3.—L. 3, § 3, Tit. 3, Lib. 8, Dig.—L. 20, Tit. 2, Lib. 8, Dig.—Cód. Frances, art. 606—Napolitano, 617—De Luisi una, 770—Demolombe, tom. 12, nº 832—Toullier, tom. 3, nº 646—Pardessus, nº 54. Así, el propietario de una heredad á la cual la servidumbre es debida, tiene el derecho de ir sobre la heredad que la debe con sus obreros al lugar donde tenga necesidad de construir ó de reparar las obras que le son necesarias para el ejercicio de la servidumbre, y poner allí los materiales que deba emplear en esas obras (**art. 3056**).

Art. 3022. Molitor, *Servidumbres*, nº 9—Pardessus, nº 57—Aubry y Rau, § 253—Véase Cód. Frances, arts. 697 y 698. La servidumbre no puede consistir *in faciendo*, lo que quiere decir que la servidumbre no es sino una restriccion impuesta á la propiedad y no á la libertad del propietario; en otros términos, que ella obliga al fundo y no á la persona del propietario ó poseedor. Cuando se hace la concesion de servidumbre, e. decir, cuando un derecho se ha establecido á cargo de un fundo y á favor de otro fundo, las partes pueden derogar la regla general que prescribe que el que goce del derecho de servidumbre debe hacer todo lo que es necesario para que la servidumbre se ejerza. Aun esa derogacion no seria sino una cláusula accesorio de la convencion de la servidumbre, y no obligaria absolutamen al poseedor del fundo sirviente, el cual podrá libertars de la carga de conservacion abandonando el fundo (**art. 3023**).

En Derecho Romano el propietario de un muro gravado con la servidumbre *oderis ferendi* estaba obligado á mantener el fundo en estado de soportar la carga del edificio dominante. L. 6, Tit. 5, Lib. 8, Dig.—Véase la nota al art. 207 de este Título. En cuanto á la primera parte del



artículo debemos decir, que de su resolución no se puede sacar la consecuencia de que aquel á quien se debe la servidumbre, esté obligado á hacer las obras propias para impedir que ellas no sean para el fundo gravado un origen de perjuicios. Así, cuando se ha constituido el derecho de hacer pasar animales en una parte del fundo, y es necesario abrir fosos, ó hacer cercos para que los animales no pasen del terreno que reconoce la servidumbre, tales medidas de precaucion son á cargo del fundo gravado—Pardessus, nº 54.

Art. 3023. Pardessus, tom. 1, nº 67—Demolombe, tom. 12, nº 883. Este último autor sostiene, que el propietario de la heredad sirviente, no puede exonerarse de la obligación de conservarla en estado de sufrir la servidumbre, porque, dice, «la obligación que se ha impuesto forma una consecuencia inseparable de su derecho de propiedad, consecuencia que el abandono de ese derecho no puede hacer desaparecer respecto al tiempo pasado». Pero en verdad, la obligación creada por el contrato no deriva del derecho de propiedad del dueño del predio sirviente, sino de la convencion en que se impuso. Ella le crea solo una obligación que supone el dominio del predio, acabado el cual acaba tambien la obligación en que lo tenía por antecedente necesario. (Véase Aubry y Rau, § 273.

Art. 3038. L. 6, §§ 5 y 7, y LL. 12 y 12. Tit. 3, Lib. 39, Dig.—La solución contraria es defendida por Demolombe, tom. 12, nº 895, fundándose en que la obligación de no hacer nada contrario al derecho de servidumbre, afecta á la cosa como el derecho de donde deriva, y se transmite con todas sus consecuencias aun á los sucesores particulares (art. 3266). Este argumento se apoya en una confusion de principios. La obligación de no hacer nada que sea contrario á la servidumbre, afecta sin duda á la cosa en el sentido de que el sucesor particular no debe contravenir á ella, y que él mismo está obligado á sufrir la destruccion de los obstáculos que su autor ha puesto al ejercicio de la servidumbre. Pero otra cosa es la obligación de reparar el perjuicio causado por un hecho ilícito de este último. El cumplimiento de la obligación meramente personal que de él nace, no puede perseguirse sino contra el que ha causado el perjuicio; y sería contrario á los principios generales del derecho hacer al sucesor particular, responsable de un hecho que él no ha cometido, y someterlo á la obligación positiva de hacer desaparecer sus resultados. (Véase Aubry y Rau, § 254, nota 3.)

Art. 3050. Así, la servidumbre *altius non tollendi vel non ædificandi*, dice Demolombe, no cesa porque una via pública llegue á separar el fundo sirviente del dominante, pues puede serle conveniente al fundo dominante no tener á su frente un edificio muy alto, tom. 12, nº 967.

Art. 3051. L. 25, Tit. 31, Part. 3ª. Una servidumbre, por ejemplo, de sacar agua de un pozo, cesa cuando el pozo gravado con ella llega á secarse, sea por causas puramente naturales, sea por efecto de escavaciones que un tercero haya practicado en su fundo—Toullier, tom. 3, nº 684—Demolombe, tom. 12, núms. 695 y 696—Pardessus, nº 294.

Art. 3052. Pardessus, tom. 2, nº 294—Demolombe, tom. 12, nº 974. Estos autores no hacen entrar en el caso del artículo, la hipótesis de que el



ejercicio de la servidumbre hubiese venido á ser imposible por cambios hechos por el propietario de la heredad dominante. Este punto de vista no es exacto. El propietario del fundo dominante, es dueño de hacer desaparecer de un momento á otro el obstáculo que se opone al ejercicio de la servidumbre.

Art. 3053. Cód. Frances, arts. 703 y 704—Napolitano, 624 y 625—De Luisiana, 780 y 781—LL. 34 y 35, Tit. 3, Lib. 8, Dig.—Aubry y Rau, § 255—Demolombe, tom. 12, nº 974.

Por las Leyes Romanas revivía la servidumbre, aun cuando hubiese pasado el tiempo necesario para la prescripción, porque no había culpa ó negligencia en el no uso. La libertad natural de las fincas reclamaria contra el efecto de la vuelta al primer estado, si pudiese tener lugar después de una duración indefinida.

Art. 3055. L. 17, Tit. 31, Part. 3ª y L. 1, Tit. 6, Lib. 8, Dig.—Cód. Frances, art. 705—Italiano, 664—Napolitano, 626—De Luisiana, 801 y 802.

(**Art. 2985**) Para causar la confusión es preciso que las dos heredades pertenezcan en su totalidad al mismo propietario. Así, si uno de los fundos estaba sujeto á los dominios separados de dos particulares que lo comprasen en comun, no habría confusión (**art. 3058**). Diferente cosa sería, si todos los copropietarios del objeto indiviso, al cual la servidumbre fuese debida, comprasen en comun el fundo que la debe, y reciprocamente, porque no quitaba ninguna parte del fundo sirviente que no perteneciera á los mismos propietarios.

Art. 3058. Pardessus, nº 300. La confusión supone la propiedad perfecta de las dos heredades en mano de uno solo. Así, cuando uno de los fundos no es poseído sino á un título resoluble, la confusión no tiene lugar. Un marido y una mujer, por ejemplo, no causan confusión de la servidumbre que la heredad del uno tiene sobre la del otro. (L. 7, Tit. 5, Lib. 23, Dig.)

Art. 3059. L. 16, Tit. 31, Part. 3ª—Cód. de Luisiana, art. 786.

El Cód. Frances señala treinta años para la prescripción de toda clase de servidumbres. Por el Derecho Romano las servidumbres se perdían por el no uso de diez y veinte años. L. 13, Tit. 34, Lib. 3, Cód. Si la servidumbre no era de uso cotidiano se doblaba el tiempo del no uso, L. 7, Tit. 6, Lib. 8, Dig. Pero la ley 13 citada lo fijó para la servidumbre en veinte años sin distinción de presentes y ausentes. En las servidumbres urbanas no bastaba el simple no uso para perderse, era necesario además que el dueño del predio sirviente prescribiese la libertad de éste, haciendo lo que á virtud de la servidumbre no podía hacer (**nota 3065**); por ejemplo, alzando el edificio, si la servidumbre era de no alzarlo. Nosotros hemos establecido que los derechos no se pierden tan solo porque no se ejerzan (**art. 2510**); sin embargo, está dispuesto en otra parte de este Código que la pérdida del derecho de propiedad puede resultar indirectamente por falta del ejercicio de ella, cuando otro ha adquirido por prescripción la cosa que nos había pertenecido (**art. 2606**). El mismo resultado podía producirse según la Legislación



Romana respecto de las servidumbres, si durante el tiempo requerido para la prescripcion, la persona á quien una servidumbre compete no la ejerce, y durante ese mismo tiempo, el dueño de la heredad sirviente ejerce el derecho de propiedad en toda su estension bajo las condiciones requeridas para la prescripcion (**nota 2912**); es evidente que habria adquirido la propiedad libre é ilimitada de su heredad, *Usucapio libertatis*. Esta prescripcion tendrá necesariamente el efecto de extinguir la servidumbre que coartaba la libertad, como la prescripcion de una cosa corporal tiene el efecto de aniquilar el derecho del antiguo propietario. Mas en estos casos la prescripcion es la que produce este resultado y no el no uso accidental del que pierde su derecho.

Mas la práctica demostró que comunmente era mas difícil distinguir la posesion de la libertad del no uso en las servidumbres discontinuas, porque las manifestaciones exteriores de estas ideas no presentan ninguna diferencia sensible. En efecto, desde que el acto positivo necesario para el ejercicio de la servidumbre no tiene lugar, la heredad sirviente se encuentra en libertad, sin que el propietario tenga necesidad de ejecutar un acto cualquiera que compruebe que toma posesion de esta libertad. En otros términos, el simple no uso de la servidumbre, tiene necesariamente el efecto de dar al propietario de la heredad el ejercicio ó la posesion de la libertad. Desde entonces ha debido abandonarse la idea de la prescripcion de la libertad, que en sí misma es muy abstracta, y que ofrece menos interes práctico que la estincion de la servidumbre discontinua por el no uso de ella, sin que el dueño del predio dominante pueda hacer algo para alcanzar esa libertad. (Véase Maynz, § 231.)

Decimos que la servidumbre se estingue por el no uso, aunque sea causado por caso fortuito ó fuerza mayor. El principio antiguo *contra non valentem agere non currit prescriptio*, está formalmente abolido por la teoria moderna de la prescripcion. Hoy puede decirse que la prescripcion corre contra todas las personas, á no ser que se hallen en el caso de alguna escepcion establecida por la ley (**arts. 3980 y 3981**). Por otra parte, el artículo dispone sobre una prescripcion de la libertad de los fundos. Si se ha secado una fuente en la que se habia constituido el derecho de sacar agua, la servidumbre no revive porque el agua vuelva á brotar despues de diez años: pasado este tiempo, el predio prescribió su libertad. Ademas, los fundos en que una servidumbre ha cesado durante diez ó veinte años, pueden pasar á terceros poseedores sin ese gravámen que no existe al tiempo de la enajenacion, y se hallaria con una servidumbre que puede decirse que recién nacia, y de la cual podia ser responsable el que hubiera cedido el predio. El sabio jurisconsulto Demante ha tratado estensamente la materia en una memoria que se halla en la Revista de Félix, año 1850, pág. 550.

Art. 3061. L. 18, Tit. 31, Part. 3a—L. 10, Tit. 6, Lib. 8, Dig.—Cód. Frances, art. 710—Napolitano, 621—De Luisiana, 897. Los derechos á una servidumbre no son personales, sino una consecuencia de la propiedad del fundo para el cual se han establecido. El copropietario que usa de ella no puede hacerlo únicamente por su parte que aun no está deter-



minada, y por consiguiente usa por el todo. (Véase Pardessus, n° 303.)

Art. 3065. Aubry y Rau, § 255 y nota 23. La materia de los tres artículos anteriores es fecunda en dificultades, y fecunda tambien en consecuencias y aplicaciones. Los escritores de derecho regularmente establecen:

1° Que si durante diez ó veinte años, y para los escritores franceses treinta años, el propietario del fundo dominante ha gozado de un derecho mas estenso que el que le daba su título, habrá adquirido esa estension, siempre que se trato de una servidumbre continua y aparente. Si se trata de cualquiera otra servidumbre, el derecho se habrá conservado solo en los limites del título, y no se adquirirá la estension de la servidumbre;

2° Que si al contrario, se ha ejercido el derecho de una manera limitada, la servidumbre será reducida por la prescripcion, sin ninguna distincion entre servidumbres aparentes ó no aparentes, continuas ó discontinuas (**nota 3059**);

3° Que cuando la servidumbre que se ha usado por diez ó veinte años difiere del derecho concedido por el lugar ó por el tiempo de su ejercicio, se estingue el derecho primitivo y se adquiere el derecho ejercido (**art. 3059**).

No puede haber cuestion alguna respecto á la estension de las servidumbres continuas y aparentes. La posesion en tal caso, constituye en verdad una usurpacion del derecho ajeno; pero teniendo esta usurpacion todos los caracteres de apariencia y continuidad, requeridos por la ley, debe con el tiempo convertirse en derecho, con tal que no exista un obstáculo á la prescripcion, como la minoridad del propietario del fundo sirviente. Pero serias dificultades se presentan cuando se quiere aplicar el principio de la prescripcion á la restriccion de la servidumbre por el modo del ejercicio de ella.

El Derecho Romano no admitia que una servidumbre pudiese ser reducida por prescripcion. Para conservar entera la servidumbre, no era necesario hacer todo lo que el título permitia, bastaba usar del derecho de una manera cualquiera. Así, el que teniendo el *iter* y el *actus* se hubiese limitado á pasar á pié durante el tiempo requerido para prescribir, no perdía por esto el *actus*. L. 2, Dig. *Quemad serv. amitt.*

Así tambien, el que habia usado de un camino mas estrecho que el que le permitia su concesion, conservaba todo su derecho, y el que pasaba por una parte de la senda conservaba la senda entera. L. 9, Dig. *Si serv. vind.*, y L. 8, Dig. *Quemad serv. amitt.*

¿Mas el artículo tendrá por consecuencia inevitable que el derecho sea siempre restringido, cuando no se hubiese ejercido en toda su estension, cuando no se han ejecutado todos los actos que eran permitidos? En cuanto al derecho de propiedad la respuesta es negativa. Si el propietario de un terreno se ha abstenido de edificar en él durante cincuenta años, el vecino no podrá oponerse á que lo haga cuando él quiera, porque todos los actos del propietario son facultativos, y su omision no puede servir de fundamento á ninguna prescripcion (**art. 2510**); pero



cuando se trata de servidumbres, la solución parece que debe ser afirmativa. El derecho de servidumbre constituye una disminución del derecho de propiedad. Cuando el derecho de servidumbre se ejerce, el fundo pierde su libertad, y la recupera y posee cuando ya no se ejerce; por consiguiente, si no se ha usado de la servidumbre sino en parte, el fundo sirviente ha poseído una parte de su libertad, y se ha librado en parte del gravamen por la prescripción.

Este raciocinio peca, en cuanto presenta al fundo sirviente en el goce de su libertad, tan solo porque el propietario del fundo dominante no ha ejecutado todos los actos que tenía derecho á ejecutar. Si vuestro título, por ejemplo, os autoriza á pasar por mi heredad en todo tiempo, y pasáis solo en verano, habéis indudablemente ejercido vuestro derecho de pasar en todo tiempo, es decir, cuando lo tuviésteis á bien.

Nosotros decimos, pues, que el derecho de servidumbre puede restringirse por la prescripción, pero que no será necesariamente restringido porque no se hayan ejercido todos los actos que autorizaba. Nuestra fórmula es: que el derecho se conservaba íntegro siempre que la posesión está conforme con el título, y no haya encontrado limitación sino en la voluntad, las necesidades ó conveniencias del propietario del fundo dominante (**art. 3067**).

Por el contrario, el derecho será restringido, cuando la posesión presente caracteres que la hagan considerar como si hubiese sido reglada sobre un derecho menor que el derecho establecido. Esto sucederá, cuando la posesión hubiese tenido por límites ciertos intereses ó necesidades del propietario del fundo sirviente. En este caso, se puede decir que el propietario ha poseído la libertad, resultante del modo nuevo en el ejercicio de la servidumbre; sus necesidades ó intereses repetidos durante diez ó veinte años se convierten en derechos. Por ejemplo, yo tenía el derecho de pasar por vuestro fundo, y se ha probado que me he abstenido de hacerlo, cuando el terreno estaba sembrado. Esto tendrá también lugar cuando la posesión modificada concurre con una mejora permanente del fundo sirviente. Esta mejora mantenida durante diez ó veinte años constituye un goce ó posesión que puede servir de base á la prescripción de un estado de cosas mas ventajoso de lo que lo hubiese hecho el título constitutivo de la servidumbre. (Véase sobre la materia un largo é importante escrito de Dupret, en la Revista de Felix, año 1846, pág. 817.)

Art. 3067. A falta de una designación verdaderamente limitada, no se puede decir que la servidumbre, aunque ejercida por un lugar diferente del que había sido indicado, sea otra servidumbre que la que se había constituido, ni que, por consiguiente, se haya extinguido por el no uso. Aubry y Rau, § 255—Demolombe, tom. 12, n.º 1031.—En contra, Duranton, tom. 5, n.º 607—Pardessus, tom. 2, n.º 304—Por Derecho Romano el que usaba de la servidumbre en otro tiempo del que debía usarla, por ejemplo, de noche cuando debía usarla de día, se entendía que absolutamente no la había usado, y la perdía pasado el tiempo de la prescripción, sin adquirir lo que había usado. L. 10, Tit. 6, Lib. 8, Dig. Si la



diferencia consistía, no en el tiempo sino en el modo de usar de la servidumbre, dándole mayor ó menor latitud, se consideraba tal como había sido constituida. (L. 11, Tit. 6, Lib. 8, Dig.)

Art. 3068. Cód. Frances, art. 682—Napolitano, 603—De Luisiana, 696—De Chile, 847—Pardessus, *Servidumbres*, n° 221. Esta servidumbre es mas bien una restriccion puesta al derecho de propiedad de los particulares. Tratamos de ella en este lugar, para reunir en un solo capítulo todo lo que se dispone sobre servidumbres de tránsito, aunque sacrificamos la exactitud del método. Los fundamentos de este artículo y de los que seguirán sobre la materia, se hallan perfectamente espuestos por Leclercq en el tomo 2, desde la página 505 de su importante obra, *El Derecho Romano en sus relaciones con el Derecho Frances*, y por Pardessus, *Servidumbres*, desde el n° 218.

Art. 3081. Si el encerramiento es necesario para el establecimiento de la servidumbre, no lo es para su permanencia, porque este establecimiento se ha consolidado por hechos posteriores, á saber, por la indemnización que el propietario del fundo encerrado ha pagado, ó se juzga que ha pagado al propietario del fundo que debe el paso. (Véase Zachariæ, § 331, nota 3.)

Art. 3110. Durantón, tom. 19, n° 259—Véase Pont, *Privilegios*, n° 1114. Lo contrario sucede en el caso del usufructo. Si la nuda propiedad ha sido hipotecada, y el usufructo llega á extinguirse, la hipoteca entonces se estingue al goce, y cubre la plena propiedad. El acrecimiento resultante de la estincion del usufructo, es considerado por los juriconsultos romanos como el que resulta del aluvion. *Endem causa est aluvionis*, dice la Ley 18, Dig., *De Pignor. act.*—L.L. 15 y 16, Tit. 13, Part. 5ª—Goyena, desde el art. 1800—Tropolong, *Hypothèques*, núms. 551 y siguientes—Aubry y Rau, § 284.

Art. 3112. El carácter de indivisibilidad inherente á la hipoteca no es de su esencia, y por consiguiente se puede modificar por el contrato los efectos de la indivisibilidad. Como ese carácter es independiente de la divisibilidad ó indivisibilidad de la deuda, el heredero del deudor ó un tercero que posee solo una parte de los bienes hipotecados, puede ser perseguido en la cosa que tenga, por el todo de la deuda aunque ofrezca pagar la parte que en ella le corresponda (art. 3188). Pero el deudor, en prevision de su muerte ántes del pago, puede convenir con el acreedor que no podrá cobrar con accion hipotecaria á cada uno de sus futuros herederos sino en proporcion de su parte hereditaria. Así lo decidió Justiniano en la ley última del Código, *communis tan legatis quam fideicommissis*, que los legatarios, á los cuales concedia una hipoteca sobre los bienes de la sucesion, no pudiesen perseguir hipotecariamente á los herederos deudores del legado, sino por la parte porque cada uno estuviere personalmente obligado.

La indivisibilidad de la hipoteca es pasiva y activamente. Tiene lugar pasivamente, por ejemplo, cuando el deudor deja dos herederos, y el uno paga la porcion viril de la deuda, mas por esto, la hipoteca no se habrá purgado por mitad. El acreedor conservará su hipoteca sobre to-



do el inmueble, y podrá hacerlo vender para pagarse de lo que aun se le deba. Activamente, si el acreedor tiene dos herederos, y el deudor paga al uno su porcion viril, el otro conservará la totalidad del inmueble bajo la hipoteca originaria, la cual no sufre disminucion alguna, porque se haya pagado una parte de la deuda. (Véase Troplong, *Hypot.*, tom. 2, núms. 388 y siguientes.)

La hipoteca es un accesorio de la obligacion del deudor, y no puede, por lo tanto, alterar la naturaleza de la obligacion principal, que tiene por objeto la entrega de cosas divisibles, y que es por eso una obligacion divisible. La indivisibilidad, pues, no impide la division de la obligacion principal. Así, el ejercicio de la accion hipotecaria contra uno de los herederos, no interrumpe la prescripcion respecto de los otros. El heredero demandado hipotecariamente por el todo, puede ofrecer solo su parte para satisfacer la demanda; y lo mismo el heredero del acreedor puede demandar su parte y porcion viril del crédito. Pont, n° 333—Duranton, tom. 19, n° 246.

Art. 3115. Quedan pues concluidas todas las hipotecas tácitas ó legales y derogadas las Leyes 14, 23, 24, 26, 28 y 33, Tit. 13, Part. 5ª—En Inglaterra no hay hipoteca convencional ó por contrato. Para garantizarse el acreedor, se usa de un contrato que alguna semejanza tiene con la venta bajo el pacto de retroventa. Para garantir la restitution de la cantidad prestada, el deudor trae fiere al acreedor la posesion legal de un inmueble, y estipula que hecho el pago de la deuda al tiempo convenido, la posesion del inmueble le será restituida. Este contrato se llama *mortgage*. El acreedor ó *mortgager* no entra siempre en posesion real del inmueble, pues esta circunstancia no es indispensable, pero puede serle dada. No cumpliendo el deudor al vencimiento de la deuda, el inmueble queda adquirido definitivamente por el acreedor; pero á fin de que el deudor no sea despojado de un inmueble valioso por una deuda menos importante, las Cortes de equidad están autorizadas para interponer su autoridad. Si el *mortgager* ofrece el pago efectivo de la deuda, los intereses y gastos, hace citar al acreedor ante una de esas Cortes para obtener la restitution de su inmueble, y si no se presenta otra causa de detencion del inmueble por el acreedor, se le hace justicia á su demanda. Verdaderamente el inmueble que garantiza la deuda es solamente una prenda en seguridad del crédito. Per el Estatuto 3 y 4, de Guillermo IV, Seccion 28, Cap. 22, la accion ó la demanda del deudor no es admisible despues de pasados veinte años, desde el dia que, conforme al contrato, entró el acreedor en posesion del inmueble, ó desde que reconoció por escrito el derecho del deudor para reclamar la restitution del inmueble, debiendo el acreedor dar cuenta de los frutos percibidos. Ademas, le es permitido á éste, mientras que el préstamo no ha sido reembolsado, intentar una accion contra las Cortes de equidad, con el objeto de que el deudor le satisfaga la deuda en un término fijo, y de no hacerlo así, para que sea privado de la facultad de reclamar la restitution del inmueble.

El propietario de un inmueble puede constituir muchos *mortgages* fin-



gidos que segun su fecha gozan de preferencia. No hay obligacion de hacer públicos los *mortgages*. La represion de los fraudes á que den lugar pertenece á las Cortes de equidad. (Véase Laya, *Derecho Inglés*, tom. 1.)

La hipoteca legal á favor de las mujeres casadas por los bienes introducidos al matrimonio, ó que adquieren despues, tampoco existe en Inglaterra. Ni es concedida á los menores sobre los bienes de sus tutores ó curadores.

Existe una especie de hipoteca judicial. El acreedor puede pedir que el escribano competente haga un cuadro general de las deudas, que han sido juzgadas contra el deudor, y despues de publicado, los que han obtenido sentencia á favor de sus créditos son preferidos á los *mortgages* posteriores.

El Estado goza de preferencia sobre los bienes de los administradores públicos, sin ninguna mencion del crédito en registros públicos.

La doctrina de los *mortgages* ha sido admitida en casi todos los Estados Unidos. Por el nuevo proyecto de Código para el Estado de New-York, trabajado por orden del Gobierno y publicado en 1865, se adopta un nuevo sistema diferente del nuestro y del de Inglaterra, para asegurar los créditos sobre bienes muebles ó raíces.

Art. 3117. Aubry y Rau, § 266. El que ha vendido, por ejemplo, una casa con el pacto de retroventa, no puede hipotecarla hasta que no vuelva á adquirir la propiedad de ella. En vano se dirá que la propiedad adquirida bajo una condicion resolutoria, implica por una correlacion necesaria, otra propiedad bajo una condicion suspensiva. Esto es inexacto; el vendedor en el caso supuesto no tiene un derecho de propiedad condicional. Un derecho semejante supone un título de adquisicion cuya eficacia esta subordinada á un acontecimiento futuro é incierto, y ese título no puede resultar en favor del vendedor, del acto mismo por el cual él ha transmitido su propiedad. El propietario que enajena una cosa bajo una condicion resolutoria, se despoja completamente de su propiedad, y en caso de resolucion, no habria en el hecho una consolidacion de un derecho adquirido bajo condicion, sino simplemente vuelta de la cosa al antiguo propietario que en el intervalo habia cesado de serlo (art. 1371).

Art. 3118. Duranton, tom. 19, núms. 343 y siguientes.—Grenier, tom. 1, nº 42.—En contra, Aubry y Rau, § 266 y nota 29.—Toullier, tom. 7, nº 524.—Troplong, tom. 2, nº 487, trata la cuestion tan agitada entre los juriscónsultos, de si la ratificacion solo produce su efecto desde el día que se haga, ó si tiene efecto retroactivo á la época en que se celebró el contrato. Cuando hablamos del efecto retroactivo de la ratificacion, suponemos en el contrato una nulidad meramente relativa, que es la única que puede ser confinada, y no una nulidad absoluta. La nulidad relativa solo puede ser opuesta por el incapaz, y no por el tercero con quien el incapaz hubiese contratado, y así, un segundo hipotecario no podria alegar un perjuicio á su derecho, cuando un menor ratificase en la mayor edad la hipoteca que hubiese constituido en la minoridad.



Se entiende que la ratificación es sin perjuicio de tercero: por consiguiente, si un tercero, antes de la ratificación y después que el deudor ha adquirido la capacidad de contratar, hubiese recibido de él una hipoteca sobre el mismo inmueble, el primer acreedor no podría prevalerse de la ratificación para pretender que su hipoteca era anterior (**nota al 1936**).

Art. 3119. L. 6, Tit. 16, Lib. 8, Cód. Romano—L. 7, Tit. 13, Part. 5ª—L. 10, Tit. 33, Part. 7ª.

En cuanto a la última parte, en contra, Duranton, tom. 19, nº 347, que sostiene que la hipoteca no es una manera de enajenación sino en ciertos casos excepcionales. Es indiferente que el acreedor sea personalmente incapaz de adquirir la cosa sobre la cual se constituye la hipoteca. *In quorum fin*, dice la Ley Romana, *meri quis, prohibetur, pignus accipere non prohibetur*. L. 24, Tit. 1, Lib. 20, Dig.

Art. 3120. La L. 11, Tit. 1, Lib. 20, Dig., dice: *jura prædiorum, urbanorum pignori dari non possunt nec conventire possunt ut hypothecæ sint*. Pero casi todos los comentadores del Derecho Romano enseñan que las servidumbres rústicas pueden ser objeto de las hipotecas. Sus fundamentos en verdad son muy atendibles, suponiendo la existencia de las hipotecas generales, es decir, de todos los bienes. Pueden verse en Troplong, tom. 2, desde el nº 401. Pero el fin de la hipoteca, según nuestro derecho, es que la cosa hipotecada puede ser vendida para pagar el crédito, y una servidumbre no puede ser vendida en remate. Una venta tal supone que todos pueden pujar la cosa en venta, lo que no podría tener lugar en una servidumbre, porque no es útil sino a los fundos vecinos. Además, no podría ser vendida sino con licencia del propietario del fundo dominante, porque la servidumbre no se debe sino a ese fundo. Una servidumbre rústica, por ejemplo, la de vía, podría pertenecer a otro fundo, pero entonces ya no sería la misma servidumbre. (Véase Duranton, tom. 19, nº 269.)

Los derechos de usufructo, uso y habitación no pueden enajenarse ni cederse porque son concedidas a determinadas personas, siempre de incierto valor, pues esos derechos acaban con la persona (**art. 2870**). El Cód. Frances resolvió que el derecho de usufructo podía ser hipotecado; pero no siendo cosa sino un derecho, no entra en nuestro sistema admitir la hipoteca del usufructo; hipoteca puede decirse imposible en la práctica, porque su eficacia dependería de la vida del usufructuario.

Por las Leyes Romanas se podía establecer hipoteca sobre hipoteca. L. 1, Cód., *si pignus pignori datum*. Para explicar este derecho extraordinario, se decía que cada uno puede transferir a otro el derecho que tiene, y que no se presenta inconveniente alguno para que el acreedor hipotecase la hipoteca que le pertenecía, con tal que esta segunda hipoteca no existiese mientras existiese la primera, y que el derecho del segundo hipotecario fuese solo el del primero. Así, en el lenguaje romano el *pignus pignori datum* daba a nuestro acreedor el derecho de hacer valer la hipoteca en nuestro nombre, pues que podemos ceder a otro la facul-



tad de ejercer en nuestro nombre los poderes contenidos en nuestro derecho.

Un ejemplo hará comprender mejor el sistema romano en esta materia. Pedro me ha dado hipoteca en su casa para seguridad de un crédito que tengo contra él. Llego luego á ser deudor de Pablo y le doy un derecho de hipoteca sobre el derecho que Pedro me ha concedido. Este acto tiene el efecto de privarme de hacer ejecutar la casa de Pedro, mientras yo sea deudor de Pablo. El derecho de ejecucion solo corresponde en adelante á Pablo y puede hacerlo valer por medio de mi accion hipotecaria.

En el sistema hipotecario moderno y en el que seguimos en este Código, las acciones, de cualquier naturaleza que sean, no son susceptibles de hipoteca, porque una accion es un derecho incorporeal sin base sólida. El sistema romano se extendia á la generalidad de los bienes y acciones, á todo el patrimonio de una persona, y era consiguiente que el derecho hipotecario pudiera ser comprendido en la hipoteca general; pero en la hipoteca especial las acciones no pueden tener lugar.

Art. 3121. Cód. Frances, arg. de los arts. 2077 y 2090—A tal obligacion la jurisprudencia le niega con toda razon, el carácter y los efectos de una fianza propiamente dicha. Así es que, al que consiente una hipoteca en seguridad de un crédito sin obligarse él mismo al pago subsidiariamente, se le niega el derecho de ser subrogado en las acciones del acreedor, cuando con el precio del bien hipotecado se hubiese pagado la deuda (*Pont, Privil. et hypoth.*, n° 608.)

Art. 3126. Aubry y Rau, § 266—*Pont, Privil. et hypoth.*, núms. 626 y siguientes—En contra, Troplong, tom. 2, desde el n° 517—*Zachariæ*, § 326. La propiedad del inmueble en la persona del constituyente de la hipoteca, no es una simple condicion de capacidad personal, sino una condicion de la posibilidad legal de la constitucion de la hipoteca en si (**art. 3119**). Faltando esta condicion, falta la materia para la imposicion del gravámen, y se encuentra el acto con un vicio real y sustancial que no pueden hacer desaparecer las circunstancias indicadas. Por otra parte, si de algun modo pudiera valer la hipoteca de una propiedad ajena, tendríamos una hipoteca de bienes futuros.

Art. 3127. Duranton, tom. 10, n° 367—Aubry y Rau, § 266—En contra, Troplong, tom. 1, núms. 522 y siguientes—*Merlin, Qq. verb. hypoth.*, § 4, bis—No refiriéndose la adquisicion que el constituyente hiciera anteriormente del inmueble, á ningun titulo anterior en su persona, no se puede atribuir á esa adquisicion el carácter y los efectos de una confirmacion tácita de la constitucion hipotecaria. Las condiciones y formalidades necesarias á la validez y eficacia de las hipotecas, se prescriben no solo en el interés del deudor, sino tambien en el de los terceros con las cuales pudiere él contratar posteriormente, y no se puede decir, por lo tanto, que éstos no tienen derecho para deducir los medios de nulidad tan solo porque el vendedor no pudiere hacerlo él mismo.

Art. 3128. L. 4, Tit. 16, Lib. 10, Nov. Rec.—Art. 3 de la ley hipot-



caria de España—Duranton, tom. 17, núms. 354 y siguientes. Véase L. 114, Tit. 18, Part. 3^a. Decimos los documentos que *sirven de títulos del dominio*, etc., y á esa clase pertenecen entre otros la concesion de los caminos de hierro, y todo documento auténtico expedido por el gobierno ó á nombre del gobierno que trasmita derechos reales.

En varias naciones, sin rechazar la escritura pública, se ha establecido que á la par de ella se puede constituir la hipoteca por documentos privados reconocidos judicialmente ó que estén autorizados con la firma de dos testigos.

Art. 3129. Véase el comentario de Gomez de la Serna al art. 5 de la ley hipotecaria de España. Hablamos de causa lícita de la obligacion, porque hay algunos actos ó contratos que al mismo tiempo que están autorizados, ó que por lo menos no están prohibidos por la ley en un Estado son ilícitos en otros, y hasta se reprimen por sanciones penales. Supóngase que el origen de la obligacion hipotecaria fuese la introduccion de contrabandos en la República, para asegurar una cantidad de peso debido á uno de los partícipes en esos actos, ó de juego, en un Estado en que son lícitos los juegos de suerte y de azar, y que en virtud de compromiso, el jugador, para asegurar el pago de una suma perdida al juego, hipoteca una casa que tiene en este país. Escrituras de tales orígenes no producirían ningun efecto en la República Argentina, por fundarse en una causa ilícita, segun nuestras leyes, y no podria tomarse razon de ellas en la oficina de hipotecas (**arts. 2057 y 2058**).

Art. 3131. Cédula para América, de 25 de Setiembre de 1802—Véase Duranton, tom. 19, desde el n° 363—Despues de la especialidad del inmueble que crean las designaciones prescritas, será por demas ordenar que no pueden hipotecarse propiedades futuras, como lo permitia la L. 5, Tit. 13, Part. 5^a.

Art. 3139. El Cód. Frances, art. 1071, dispone lo contrario. Dice así: «El defecto de inscripcion no podrá ser suplido ni considerado como subsanado por el conocimiento que los acreedores pudiesen haber tenido de la constitucion de la hipoteca, por otras vías que la de la inscripcion». Pero una doctrina mas razonable y mas moral prevalece en Inglaterra y en los Estados Unidos, segun lo dice Kent en su *Comentario á las Leyes Americanas*, Seccion 28, n° 169, y es la de nuestro artículo, pues juzga que sería un deshonor de la ley, que los Jueces cerrasen sus ojos ante una conducta fraudulenta y permitieran que ésta triunfara.

Art. 3140. N° 3. Á mas de los representantes legales, puede tambien pedirle un mandatario especial por instrumento privado, porque el objeto no hace indispensable un instrumento público.

N° 4. Hay personas que, sin ser tramitantes ó adquirentes de derechos hipotecarios, pueden ser perjudicadas por la omision de la toma de razon, tales son, por ejemplo, el acreedor y el fiador, á los cuales conviene la adquisicion de derechos reales por parte de sus deudores.

Art. 3145, 3146 y 3147. Véase la Cédula para América, de 25 de Setiembre de 1882—La responsabilidad del conservador de hipotecas, dice



Grenier, no importa una garantía del derecho hipotecario, sino cuando la omisión ó negligencia es una contravención positiva de lo que está prescrito, y cuando de ella resulte un perjuicio irreparable al acreedor ó al adquirente de un inmueble. Tomo 1, n.º 53—Lo mismo Tropolong, *Hypoth.*, tom. 4, n.º 1091—Véase Duranton, tom. 20, núms. 425 y siguientes.

Art. 3151. Código Frances, art. 2154—De Luisiana, art. 3383—La hipoteca considerada como un derecho accesorio que sigue la suerte del derecho principal, parece que debía durar tanto como el derecho al cual está adherida, sin que el titular del derecho estuviese en peligro de perderlo; pero por lo mismo que es solamente un derecho accesorio, puede limitarse sin perjudicar el derecho principal (**art. 2016**). Cuando el término de diez años parece suficiente para extinguir las acciones de nulidad ó rescisión, para fundar el derecho del poseedor de un inmueble con título y buena fe contra el propietario, nada tiene de riguroso limitar á diez años el derecho hipotecario (**nota al 3197**). Véase en Fenet, tom. 15, pág. 380, y en Loaré, tom. 16, pág. 273 y siguientes, la importante discusión tenida sobre la materia, al establecerse el artículo citado del Cód. Frances. (Véase Pont, *Privil. hypoth.*, núms. 1034 y siguientes.

Art. 3153. Duranton, tom. 19, n.º 243. En las obligaciones condicionales es indiferente que la condición sea suspensiva ó resolutoria (**art. 527**). Si es suspensiva, el efecto de la hipoteca se suspende como la obligación misma, pero una vez cumplida la condición, tiene efecto retroactivo para una y para otra, y si falta, falta también para una y para otra; si la condición es resolutoria, suspende el efecto de la obligación y de la hipoteca; pero si se realiza, todo está concluido, la obligación y la hipoteca, y las cosas vuelven al estado que antes tenían (**art. 554, 555 y 3116**).

Art. 3157. L. 35 Tit. 7, Lib. 13, Dig.—Aubry y Rau, § 286—Zachariæ, § 824—Así, por ejemplo, cuando el propietario de una casa ó de un bosque de corte emprende la demolición de la casa ó procede, antes del término normal, á cortar los árboles del bosque, los acreedores hipotecarios podrán pedir el secuestro de esas propiedades, para que sean mantenidas en el estado en que se encuentren, y que el precio de los materiales de la demolición ó de los árboles cortados se ponga en depósito; pero no tendrán acción contra los terceros de buena fe, á los cuales esos objetos hubiesen sido vendidos y entregados (**art. 2112**). Cuando el propietario del inmueble gravado, en lugar de proceder por sí á la demolición de la casa ó al corte de los árboles, hubiere vendido la casa para ser demolida, ó los árboles para ser cortados, los acreedores hipotecarios tendrán derecho para oponerse á la ejecución de la venta. Este derecho les pertenece igualmente, cuando el propietario del inmueble hipotecado ejerce actos de disposición jurídica que, sin disminuir el valor del inmueble, tiene sin embargo por resultado hacer más difícil ó más dispendiosa la realización de la garantía hipotecaria. Esto tendría lugar, por ejemplo, cuando el propietario ena-



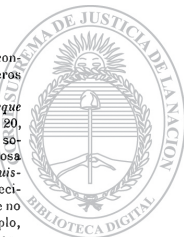
jena una parte ó el todo del inmueble á personas diferentes; pues una enajenacion parcial entre muchos, pondria al acreedor en la necesidad de perseguir separadamente á varios terceros poseedores, y de recibir por partes lo que le era debido. Véase, sin embargo, sobre este último punto, Duranton, tom. 11, núms. 136 y siguientes.

Art. 3172. Véase Troplong, t. 3, nº 813—Pont, nº 1180—Aubry y Rau, § 287, nº 3—Cuando hubiese contratado con el vendedor de los inmuebles hipotecados, la obligacion de pagar el precio á los acreedores delegados por este último; y los acreedores, aceptando espresa ó implícitamente la delegacion hecha á su favor por el vendedor, le pidiesen el pago del precio, no podrá hacer abandono de los inmuebles hipotecados y sustraerse á la accion personal dirigida contra él. Si al contrario los acreedores, prescindiendo de la delegacion hecha á favor de ellos, persiguen al tercer poseedor, como á tal, éste está obligado á pagar la deuda ó á hacer abandono de los bienes hipotecados, sin poder exigir que se reciba el precio estipulado en el contrato.

Art. 3189. Duranton, t. 20, nº 290—La hipoteca seguramente se extingue por el pago de la deuda hecho por un tercero; mas sin embargo, si el tercero que ha pagado se ha hecho subrogar, ó si la ley lo ha subrogado, la hipoteca subsiste para el cobro de lo que ha pagado (**art. 771**). L. 1, Dig., *Quib. modis pig. solv.* El pago de la deuda en este caso, tiene mas bien por efecto hacer un cambio de acreedor, que causar la estincion de la deuda, la cual no está estinguida sino respecto del acreedor pagado, que *quodam modo nomen debitorum vendidit*, como decia la Ley Romana. L. 36, Dig. *De fidejuss et mand.*

Art. 3193. Véase L. 40, Tit. 13, Part. 5ª—L. 9, Tit. 7, Lib. 13, Dig.—Para que la renuncia sea tal, exigimos mas que el Derecho Romano, que sea espresa y constante en escritura pública, pues el crédito para ser hipotecado debe constar de escritura pública (**art. 3126 y 3129**). Por el Derecho de Justiniano la renuncia podia ser espresa ó tácita. Se presumia que el acreedor renunciaba á su derecho de hipoteca, si entregaba al deudor los títulos de la hipoteca, si le permitia vender la cosa hipotecada ó hipotecarla á favor de otro. (Véase Maynz, § 253, nº 4.)

Art. 3197. No designamos la prescripcion como medio de extinguir las hipotecas desde que señalamos solo diez años al derecho hipotecario. La posesion adquirida en virtud de un justo título, y con buena fe, es decir, sin que la existencia del derecho de hipoteca fuese conocida del adquirente, bastaba para dar despues de diez ó veinte años, la propiedad libre de la cosa adquirida. L. 8, Tit. 39, Lib. 7 (**nota al 3151**). Cód. Romano. Faltando el justo título, ó cuando las condiciones requeridas para la *longi temporis prescriptio* no se encontraban reunidas, la *prescriptio longissimi temporis* producía el mismo efecto, con tal que la posesion hubiese sido adquirida de buena fe (ley citada). Resultaba de aquí que el deudor, sus herederos ó los terceros poseedores que sabian que la cosa estaba hipotecada, no podian adquirir la libertad de la cosa, ó prescribir el derecho hipotecario. Sin embargo, aun los poseedores de mala fe podian, despues



de treinta años, oponer la prescripción á la acción hipotecaria dirigida contra ellos. El tiempo de cuarenta años era para el deudor y sus herederos (L. 7, Tit. 39, Lib. 7, Código Romano).

Art. 3198. L. 29, Tit. 7, Lib. 13, Dig.—L. 30, Tit. 2, Lib. 44, id. *Neque enim potest pignus persequere domino constituto creditore*—Duranton, t. 20, núms. 331 y siguientes—Así como yo no puedo adquirir una hipoteca sobre una cosa que me pertenece, así se extingue la que tenía sobre una cosa que he adquirido después, *quia res in casum incidit aquo incipere non potuit*—L. 29, Dig. *De pign. act.* y L. 45, Dig. *De reg. juris*. Hablamos precisamente de la calidad de irrevocable en el dominio adquirido, porque no siéndolo así, la hipoteca no se extingue. La dación en pago, por ejemplo, no extingue el crédito antiguo y sus accesorios, sino cuando hay una traslación irrevocable del dominio. Podemos decir en principio, que las hipotecas que afectan los bienes posteriormente vendidos á terceros, no han sido canceladas por el acreedor sino bajo la condición tácita de adquirir irrevocablemente la cosa que se le ha dado en pago. Bajo esta misma condición el deudor transmite sus derechos á tercero, pues no puede transmitir otros derechos que los que tiene. Regla 12, Tit. 34, Part. 74 (art. 3270).

Así podría decirse generalizando el artículo, que cuando la obligación se extingue por la dación en pago y con ella la hipoteca, ésta debe revivir si el acreedor es vencido en el dominio de la cosa recibida en pago. Los principios del derecho confirman sin duda esta consecuencia, pero ella está completamente modificada por otro principio en materia de hipotecas, cual es la publicidad de éstas y su registro en la oficina especial para ese objeto. Desde que el registro de la hipoteca es cancelado, el derecho hipotecario no existe aunque hubiese revivido la obligación principal, y los terceros han podido constituir hipotecas en el mismo inmueble, y no pueden ser perjudicados por hipotecas que no estaban registradas (art. 3152). Si el dominio llega á revocarse, el acreedor que ha hecho la cancelación de la hipoteca por haber recibido las cosas en pago, tiene la acción de evicción de la cosa en cuyo dominio ha sido vencido, ó la de que se le garantice nuevamente con otra hipoteca el antiguo crédito. En el caso del artículo, las circunstancias son diversas, pues no hay cancelación de la hipoteca: queda registrada como lo estaba, su extinción no depende de acto alguno, sino que sucede *ipso jure* desde que el acreedor adquiere el dominio del inmueble sometido á la hipoteca. Si este dominio se revoca por cualquiera causa, la hipoteca queda anotada y registrada en el registro de hipotecas, y revive entonces sin perjuicio de los derechos de tercero. Troplong y Duranton han tratado perfectamente la materia, el primero en el tom. 4, desde el n.º 847, y el segundo en el tom. 20, desde el n.º 335.

Art. 3209. Troplong, *Gage*, n.ºs 261 y 278—Zachariæ, § 779 y nota 12—El privilegio del acreedor pignoraticio solo existe en la posesión del crédito. Lo mismo que en materia de cesión de créditos, la notificación al deudor del crédito cedido, es la que hace tomar al cesionario posesión de la deuda respecto de terceros (arts. 1159 y 1160), así también el acree-



por pignoraticio solo toma posesion del crédito por la notificacion al deudor del derecho de prenda constituido, y le confiere un privilegio que puede oponerse á terceros. Cuando se trata de valores transmisibles por endoso, ellos son válidamente dados en prenda por el simple endoso, sin ser necesario un acto que constituya la prenda, ni la notificacion al deudor (**art. 1156**). En cuanto á los titulos y billetes al portador, que son transmisibles por la simple tradicion manual, pueden, de la misma manera, ser dados en prenda. La entrega que de ellos se haga, tiene el mismo efecto que el endoso en las obligaciones á la órden (Troplong, nº 287.—Duranton, tom. 18, nº 527).

Art. 3217. Zachariæ, § 779, notas 7 y 8. Los escritores franceses, siguiendo al Código de Francia, enseñan que el derecho de prenda puede oponerse á terceros, aunque la prenda esté constituida por escrito, cuando el valor de ella no pasare de ciento cincuenta francos. Con tal doctrina, un deudor fallido podria suponer haber dado en prenda muchos de sus muebles. La prenda produce un doble efecto, el uno relativamente, al deudor que no puede tomar la cosa dada en prenda, sino despues de haber pagado al acreedor (**art. 3229**); el otro relativo á terceros que no pueden ejercer ningun derecho en la cosa dada en prenda, sino cuando el acreedor pignoraticio ha sido pagado de su crédito (**art. 3559**). Así las condiciones suficientes para la constitucion y la prueba de la prenda entre las partes contratantes, pueden no bastar para su constitucion y prueba, respecto de terceros, es decir, para que el acreedor pignoraticio tenga sobre la prenda un privilegio que pueda oponer á terceros (**nota al art. 3559**). Si se trata solo del interés del deudor ó del acreedor, la prenda se establece y se prueba en los términos del derecho comun. Al contrario, cuando la cuestion nace entre el acreedor pignoraticio que reclama un privilegio y los terceros á quienes este privilegio se opone, ella no puede establecerse y probarse sino en las formas determinadas para las obligaciones en general. (Véase Zachariæ, lugar citado, nota 4.)

Art. 3218. Véase L. 22, Tit. 13, Part. 5ª.—L. única, Tit. 27, Lib. 8, Cód. Romano—Cód. Frances, art. 2082—Napolitano, 1952—Holandes, 1205—Troplong, *Gage*, núms. 463 y siguientes—Duranton, tom. 18, nº 546—Aubry y Rau, § 434, nº 1—Demante, nº 869—Por el Derecho Romano bastaba para la retencion de la prenda que hubiese otra deuda, aun cuando ella fuese anterior á aquella por la cual la prenda se hubiese dado, y aun cuando fuese pagadera despues de ésta.

Art. 3222. LL. 12, 41, 42 y 48, Tit. 13, Par. 5ª—Cód. de Austria, art. 1371—Duranton, tom. 18, 537—Troplong, nºs 378 y siguientes.—Demante, nº 861.—Aun cuando se probase que la cosa no tiene un valor superior á la deuda que garantiza, no seria esta una razon para autorizar el pacto comisorio. El precio de las cosas es variable, y si el objeto dado en prenda no valia tanto como la deuda á la época del contrato, puede valer mucho mas á la época del pago. Si se autorizase el pacto comisorio bajo pretexto de que la prenda valia menos que la deuda, se daria margen á que los acreedores insertasen siempre esta circunstancia en los contratos. La toleran-



cia de la ley provocaría el dolo y haría multiplicar las convenciones que ocultasen los mas graves abusos (**art. 3233**).

Art. 3225. LL. 20 y 36, Tit. 13, Part. 5^a—Inst., § 4, Tit. 15, Lib. 3—Cód. Frances, art. 2080.—De Luisiana, 3134—Aubry y Rau, § 435, n° 1.—Aunque el acreedor pignoraticio pueda ser considerado, bajo ciertos respectos, como un depositario, sin embargo su responsabilidad es mas estensa que la del depositario porque este hace un servicio á otro, mientras que el acreedor pignoraticio se sirve á si mismo (Zacharie, § 181, nota 1—Trop-Long, núms. 426 y siguientes).

Art. 3239. Cód. Frances, art. 2080. En el Derecho Romano, el fin característico del anticresis era la compensacion hasta la debida concurrencia de los intereses y de los frutos. Toda vez que el crédito no producía interes, y que el inmueble empeñado producía frutos que eran percibidos por el acreedor para estinguir el principal, no era anticresis, sino un contrato de prenda que no tenía nombre particular.

Troplong y el Juez Camouilly se empeñan en demostrar que el anticresis no da un derecho real, porque no reposa en la cosa misma sino en los frutos; el fundo no es tocado y penetrado por el contrato; los frutos y no el inmueble son el asiento de esa prenda (Troplong, *Anticresis*, n° 524, y véase la *Revista de las Revistas*, tom. 15, desde la pág. 48).

Estos escritores parten de un antecedente equivocado de que hemos hablado antes de ahora, que en un fundo los frutos son accesorios del terreno, cuando en verdad los frutos y el terreno forman una sola cosa. Por consiguiente, la prenda que se constituye por el anticresis es sobre una parte de la propiedad inmueble, y no puede negarse que hay una desmembracion del derecho de propiedad, cuando los frutos futuros de un inmueble se dan en prenda, en seguridad y para pago de una deuda.

Art. 3240. Duranton, tom. 18, n° 558.—Troplong, *Anticresis*, n° 515—Zacharie, § 783—Aubry y Rau, § 437 y nota 3. Como contrato real no necesita la escritura para su perfeccion. Puede ser probado, cualquiera que sea la importancia del crédito, por la confesion del deudor ó del acreedor. Cuando se habla de la necesidad de escritura para el anticresis, es únicamente para la prueba del contrato, y no para su validez.—El Cód. Frances, art. 2085, dice: «La anticresis no se establece sino por escritura»; pero Berlier, en la *Exposicion de los motivos*, explica el pensamiento del artículo diciendo: «que se referia á la prueba y no á la validez del contrato». (Véase Locré, tom. 16, pág. 31, n° 10.)

Art. 3244. Zacharie, § 783, nota 1—Troplong, n° 519—El anticresis obliga el porvenir, contiene una cesion de frutos que puede percibir el acreedor. Es un acto de disposicion, y no de administracion. La venta de frutos es meramente un acto de administracion, mientras que solo se enajena los frutos recogidos ó por recoger. Una enajenacion de frutos futuros entra en la categoria de los actos de disposicion, y mas cuando el inmueble que los produce, sale de la posesion del propietario.

Art. 3246. Cód. Frances, art. 2089—Segun las disposiciones de algunos Códigos que fijan el interes mayor que los acreedores pueden perci-



bir, la segunda parte del artículo no es admisible, cuando se reconoce que la renta anual del inmueble excedería el importe de los intereses. Nosotros seguimos la disposicion de la L. 12, Tit. 13, Part. 15, que dice: *Todo plico que no sea contra derecho, ni contra buenas costumbres puede ser puesto sobre las cosas que dan los omes á peños.* Por otra parte, en el contrato de compensacion de los frutos con los intereses, hay mucho de aleatorio para el acreedor, pues no es segura la produccion de los frutos. En unos años pueden ser éstos mayores que los intereses, y en otros menores ó no haber frutos. (Véase Troplong, *Anticresis*, n° 567—Duranton, tom. 18, n° 556.)

Art. 3254. Aubry y Rau, § 438—Proudhon, *Usufructo*, tom. 1, núms. 89 y siguientes—Duranton, tom. 18, n° 560—Zachariæ, § 781, nota 8—Véase Demante, n° 881—De otra manera, dependeria del deudor destruir los efectos legales del anticresis, y no tendria éste el carácter de prenda de la deuda. Troplong, *Anticresis*, desde el n° 573, combate estensamente la resolucio que damos en el artículo, respecto á los acreedores hipotecarios posteriores á la entrega del inmueble en anticresis, fundado en lo que él cree un principio de que ántes hemos hablado, que el anticresis no crea un derecho real sobre un inmueble. Ha necesitado de toda su ciencia para dar una apariencia de razon á su singular opinion muy diferente de la de casi todos los escritores de derecho. En el lugar citado espone los argumentos que se propone destruir, pero, á nuestro juicio, no ha alcanzado á hacerlo. Zachariæ, en el lugar citado, contesta victoriosamente á todos los argumentos de Troplong.

Art. 3257. Cód. de Chile, art. 2444—Frances, 2087—Duranton, tom. 18, n° 564—El contrato de anticresis no es perfectamente bilateral. Es una convencion accesoria, en proteccion y seguridad de los derechos del acreedor; y por lo tanto si éste encuentra que la obligacion de proveer á los gastos, pagar los impuestos y hacer las reparaciones necesarias, le es onerosa, y no le deja en lugar de las ventajas que se prometia sino la carga de una administracion incómoda, podrá exonerarse de ello entregándole á su deudor el goce del inmueble. Solo podria ser privado de este derecho, si al constituirse la anticresis hubiese renunciado á esta facultad. (Véase Troplong, desde el n° 545.)

Art. 3268. Así, el comprador de un terreno no tiene accion contra el empresario, para hacerle cumplir la obligacion de una construccion en el terreno que el empresario hubiese contratado con el vendedor Zachariæ, § 348).

Art. 3269. L. 51, Tit. 5, Part. 5°.

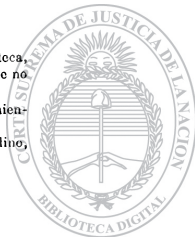
Art. 3270. El Derecho Romano y el Derecho de las Partidas no daban al principio que establece el artículo, un sentido tan general, pues que la venta de una heredad hacia cesar el arrendamiento consentido por el vendedor (**nota al 3276**).

Art. 3271. El poseedor de cosas muebles es legalmente reputado propietario (**art. 2412**), y no puede sufrir una eviccion por la razon de que su autor no era propietario.

Art. 3274. Por el artículo 3135, hemos establecido que la hipoteca, aunque no se registre, obliga como tal al que la constituyó, aunque no obligue á terceros.

Art. 3274. Así, el arrendamiento anterior, es preferido al arrendamiento posterior.

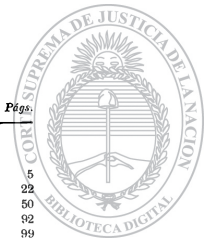
Art. 3276. El que compra una casa no puede espulsar al inquilino, mientras el arrendamiento no concluya (**art. 3270**).



FIN DEL TOMO QUINTO

ÍNDICE DEL TOMO QUINTO

Págs.



TITULO X

Capítulo	II	De las obligaciones del usufructuario ántes de entrar en el uso y goce de los bienes.	5
Capítulo	III	De los derechos del usufructuario	22
Capítulo	IV	De las obligaciones del usufructuario	50
Capítulo	V	De las obligaciones y derechos del nudo propietario.	92
Capítulo	VI	De la estincion del usufructo y sus efectos.	99

TITULO XI

Del uso y de la habitacion	135
--------------------------------------	-----

TITULO XII

De las servidumbres.	151	
Capítulo I	Cómo se establecen y se adquieren las servidumbres.	158
Capítulo II	De los derechos del propietario del predio dominante.	197
Capítulo III	De las obligaciones y derechos del propietario de la heredad sirviente	227
Capítulo IV	De la estincion de la servidumbre.	235

TITULO XIII

De las servidumbres particulares	256
Capítulo I De la servidumbre de tránsito.	256
Capítulo II De la servidumbre de acueducto.	268
Capítulo III De la servidumbre de recibir las aguas de los predios ajenos	278

TITULO XIV

De la hipoteca	287
Capítulo I De los que pueden constituir hipotecas y sobre qué bienes pueden constituirse	301

	<i>Págs.</i>
Capítulo II De la forma de las hipotecas y su registro.	312
Capítulo III Efecto de la hipoteca respecto de terceros y del crédito.	337
Capítulo IV De las relaciones que la hipoteca establece entre el deudor y el acreedor.	345
Capítulo V De las relaciones que la hipoteca establece entre los acreedores hipotecarios y los terceros poseedores propietarios de los inmuebles hipotecados.	348
Capítulo VI Consecuencias de la espropiación seguida contra el tercer poseedor.	362
Capítulo VII De la extinción de la hipoteca.	366
Capítulo VIII De la cancelación de la hipoteca.	376

TÍTULO XV

De la prenda	391
------------------------	-----

TÍTULO XVI

Del anticresis.	404
-------------------------	-----

DE LOS DERECHOS REALES Y PERSONALES

TÍTULO PRELIMINAR

De la terminación de los derechos en general	419
Notas del codificador al libro tercero del Código.	480

