







DERECHO CIVIL



CONCORDANCIAS Y COMENTARIOS

DEL

CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

POR EL DOCTOR

BALDOMERO LLERENA

TOMO CUARTO

BUENOS AIRES

CÁRLOS CASAYALLE, EDITOR

Imprenta y Librería de Mayo, Perú 191 (antes 115)

1839







# CÓDIGO CIVIL ARGENTINO

## LIBRO TERCERO

### De los derechos reales

#### TÍTULO PRIMERO

#### De las cosas consideradas en sí mismas ó en relacion á los derechos

**2311**—Se llaman *cosas* en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor. (Véase arts. 2317—2319, última parte—2400 y 2502.)

#### CONCORDANCIAS

(Freytas, 317).—Notas del codificador á los arts. 497—1327 y 2400—Marcadó, sobre el art. 526, n° 355, nota 1.

Con este art. y el 2312 nuestro Código ha dado un paso adelante con respecto á la mayor parte de las legislaciones europeas y americanas, en las cuales los derechos solo son cosas inmateriales, muebles ó inmuebles segun en la categoría en que son puestos por su origen. (Lehr, Derecho Inglés, núms. 569 y 570—Cód. Frances, art. 526 de Chile 565, de California 782, inc. 8, etc., etc.) La division de los bienes que componen el patrimonio de una persona, en *cosas muebles ó inmuebles y derechos* sobre esas mismas cosas nos parece mas clara y que facilita mas, como dice Freytas, la aplicacion de las leyes civiles, como tendremos ocasion de hacerlo notar mas adelante.



Mientras menos ficciones tengan que aceptar las leyes positivas, mas clara y mas fácil tiene que ser la aplicación práctica de la misma. El Código de Chile, ha sido de los primeros en establecer en parte la división natural de los derechos y de las cosas. Freytas, le ha seguido adoptándola mas de lleno y combatiendo directamente á los Códigos y autores europeos, siguiéndole despues nuestro actual Código, aunque algunas veces, como sucede en el art. y nota 1327, se haga comprender bajo la misma denominacion de *cosas* los objetos materiales y los derechos. La división tiene su importancia práctica, como puede verse en los arts. 2674 y 2762.

**2312**—Los objetos inmateriales susceptibles de valor, é igualmente las cosas, se llaman *bienes*. El conjunto de los bienes de una persona constituye su *patrimonio*. (Concuerda con el art. 2311 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Proemio del Tit. 17, Part. 2ª—Duranton, tom. 4, n° 3—Toullier, tom. 5, n° 510—Marcadé, sobre el art. 543, n° 402—Zachariæ, § 251)—Cód. de Chile, 565—Freytas, 320—Fallos del Juez doctor Molina Arrotea, tom. 3, p. 78—Nuestro comentario al art. 2506.

**2313**—Las cosas son muebles é inmuebles por su naturaleza, ó por accesion, ó por su carácter representativo. (Concuerda con los arts. 2314 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 525)—Freytas, 387 y 395—Cód. de California, 784—de Chile, 566 á 570—Goyena, 379—Cód. Frances. 516 y 517. (Véase comentario á nuestro art. 2315.)

**2314**—Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por si mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas ó fluidas que forman su superficie y profundidad; todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica, y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre. (Véase arts. 2315 á 2317—2331—2342, inc. 2.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 3, n° 96 y siguientes)—Freytas, 306—Cód. Frances. 517 y 518—Laurent, tom. 5, n° 478.

**Son inmuebles por su naturaleza** : La división de inmuebles por su *naturaleza* y por *acesion*, poniendo en la primer categoría todo aquello que ha sido inmovilizado sin la intervencion de la



mano del hombre, y en la segunda las que lo han sido por los hechos de éste, tiene la ventaja de que la clasificación se hace mas clara y menos arbitraria, y, aun cuando los vicios de clasificación no traigan, como dice Laurent, tom. 5, nº 478, ninguna dificultad práctica, la de nuestro Código es mas lógica. Así, un edificio, como dice muy bien nuestro codificador en la nota á este art., no puede decirse que es inmueble por su naturaleza, puesto que el edificio es la reunion de muebles que la mano del hombre, y no la naturaleza ha inmovilizado.

Nos sucede así con los minerales, fútiles, etc., etc., los cuales quedan, segun la definición de nuestro artículo, en la categoría de inmuebles por su naturaleza.

**2315** - Son inmuebles por accesion las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad. (Concuerda con los arts. 2313-2318-2319-2322-2331.)

#### CONCORDANCIAS

(L. L. 28 y 29, tit. 15, Part. 5ª)—Freytas, 998 y 402—Cód. de Chile, 570—de California, 782—Cód. Frances, 524 última parte—Lehr, Derecho Inglés, nº 607.

**Tenga el carácter de perpetuidad:** Tales como los edificios, plantas que no estén en almásigos, ó en masetas, lozas de los pavimentos, cañerías, etc., etc. Importa mucho distinguir estas cosas muebles, y que se han adherido con el carácter de perpetuidad, de los inmuebles de que hablan los arts. 2321, 2322 ú otras así, para el caso de venderse el suelo en que ellas están puestas cuando en la venta no se ha hecho especificación alguna, y tambien para determinar los derechos de los acreedores hipotecarios, cuando ejecutan el inmueble hipotecado. Véase Laurent, tom. 5, nº 479.

Los inmuebles por naturaleza, como los por accesion que tienen un carácter de perpetuidad se consideran que entra en la venta del suelo, si el propietario no se ha reservado el derecho de llevárselos; y tambien en los casos especiales determinados por la ley, como en las construcciones hechas por los locatarios ú otros poseedores semejantes. (Véase art. 2328.)

**2316**—Son tambien inmuebles las cosas muebles que se encuentran puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de éste, sin estarlo físicamente. (Véase arts. 2318-2320-2321-2322-2331 y 2332.)

## CONCORDANCIAS

(L. L. 28, 29 y 31, tit. 5, Part. 5.—Zacharie, § 251, notas 8 y siguientes—Duranton, tom. 4, n° 64)—Cód. de Chile. 570, § 3 y 5—Frances, 524—Laurent, tom. 5, n° 482.

**Por el propietario de éste :** Esto es así, especialmente cuando las cosas muebles han sido puestas con el carácter de perpetuidad, pues solo se concibe que el propietario se desprenda de una cosa para agregarla á perpetuidad como accesorio de un inmueble, puesto que él solo tiene un derecho á perpetuidad sobre ese inmueble; pero otras veces las cosas muebles se ponen como accesorios de los inmuebles por el que solo es tenedor de la cosa como el arrendatario ó el poseedor á título de usufructuario. En estos casos las cosas puestas allí, no obstante haberlo sido por los que no son dueños del inmueble, toman el carácter de inmuebles mientras dura la locacion ó el usufructo. El art. 2321 es un ejemplo de esto. (Véase Laurent, tom. 5, n° 434 y nota del codificador.)

1º ¿Tomarán el mismo carácter de inmuebles las cosas muebles que son puestas como accesorios de un inmueble por uno de los co-propietarios indivisos? Pensamos que sí: la ley no hace distincion entre el propietario esclusivo y el co-propietario; el que no sea esclusivo no quiere decir que no sea propietario en el sentido de la ley (Laurent, tom. 5, n° 435).

2º Respecto á las cosas puestas por el representante del propietario, el art. 2320 ha resuelto toda dificultad.

3º De lo dicho en los tres artículos anteriores, resulta que cuando se vende un inmueble con todos *sus accesorios* y dependencias y se trata de determinar cuáles sean éstas, hay que tomar en cuenta: 1º Si están adheridos físicamente al suelo con el carácter de perpetuidad, tales como los edificios, plantas que no están en almácigos, cercos, cañerios, etc., etc. (véase Cód. Frances, art. 523), aunque no sean puestas por el propietario, se consideran que forman parte integrante del inmueble, y como tales deberán entregarse al comprador aun cuando no se haya hecho mencion especial de ellos; 2º Las cosas que no están adheridas físicamente, aunque tengan el carácter de perpetuidad, se consideran inmuebles solo cuando son puestas por el mismo propietario; si lo son por el que no es propietario, no se consideran parte integrante, y por consiguiente pueden ser sacados, aunque hayan sido puestas intencionalmente y con mira





de facilitar el uso del inmueble á que se agregan. (Demolombe, tom. 9, nº 192 y siguientes.) Así, por ejemplo, los galpones, de madera, zinc, ú otros trabajos de esta naturaleza y de carácter provisorio (art. 2319) puestos por el locatario para su uso esclusivo, y en mira de darse mayor comodidad, pero que por el contrato de locacion no estaba obligado á construir, no se consideran como accesorios del inmueble y podrá el locatario sacarlos (art. 2320 y comentario al 2319); 3º Si estas cosas son puestas por el mismo, con la *intencion*, no de guardarlas, sino de ensanchar las comodidades del inmueble, ya sean indispensables ó no á la explotacion del mismo se consideran que forman parte de él, y que entran como accesorios; 4º La intencion del propietario de inmovilizar las cosas puestas allí, se juzgará por la naturaleza misma de la cosa en que están agregadas. El art. 525 frances, pone varios ejemplos aplicables á nuestra legislacion; así, por ejemplo, los útiles de un establecimiento industrial, sin los cuales éste no podria marchar, se juzga siempre que han sido puestos allí con la intencion de servir á perpetuidad, es decir, que son inmovilizados. (Véase § 3 de la nota del codificador á este art.) Puede verse tambien sobre lo espuesto á Goyena, comentario al art. 380.

Como complemento de lo dicho, véase comentario á los arts. 2320 á 2322, y Laurent, tom. 5, núms. 409 á 415.

**2317**—Son inmuebles por su carácter representativo los instrumentos públicos de donde constare la adquisicion de derechos reales sobre bienes inmuebles, con exclusion de los derechos reales de hipoteca y anticresis. (Concuerda con los arts 2318—2319—2503.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariae, § 256)—Véase Cód. de Chile, 560—Freytas, 404—Nota del codificador al art. 3108—Goyena, comentario al inciso 8 del art. 380—Cód. Frances, 526—de California, 782, inc. 8.

**Con exclusion de los derechos reales de hipoteca y de anticresis:** Por consiguiente, fuera de estos dos casos, los demas instrumentos públicos, en que constan derechos reales son inmuebles. (Véase Goyena, citado, y fin de nuestro comentario al art. 2319.)

**2318**—Son cosas muebles las que pueden trasportarse de un lugar á otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que solo se muevan por una fuer-

za esterna, con escepcion de las que sean accesorias á los inmuebles. (Concuerda con los arts. 2315 á 2317—2331—2332.)

## CONCORDANCIAS

(L. 4, tit. 29, Part. 3—Cód. Frances, 525—de Italia 417)—de Chile, 567—Goyena, 381—Cód. de California, 785—Freytas, 388 y 389.

**2319**—Son tambien muebles todas las partes sólidas ó fluidas del suelo, separadas de él, como las piedras, tierra, metales, etc.; las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio; los tesoros, monedas y otros objetos puestos bajo del suelo; los materiales reunidos para la construccion de edificios, mientras no estén empleados; los que provengan de una destruccion de los edificios, aunque los propietarios hubieran de construirlos inmediatamente con los mismos materiales; todos los instrumentos públicos ó privados de donde constare la adquisicion de derechos personales. (Concuerda con los arts. 2314 á 2317—2331—3195.)

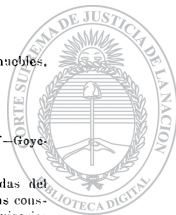
## CONCORDANCIAS

(L. 29, Tit. 5, Part. 4—Demolombe, tom. 9, núms. 111 y siguientes—Demante, *Cours analytique*, n° 362 bis—Zacharie, § 255, nota 5—La Ley Romana decia: *At que parata sunt ut imponantur, non sunt edificii. Ea que ex edificio detracta sunt, ut reponantur edificii sunt*—L. 17, § 10, Dig. De act. empt. et vend.—Cód. Frances, 531 y 532—Freytas, 393, 397 á 399—Mourlon, tom. 1, n° 1888—Cód. de California, 786 á 791—de Chile, 571 y 572—Laurent, tom. 5, n° 422.

**Separados de él, como las piedras, tierras, etc., etc.:**

Es la hipótesis contraria del art. 2314. Antes de ser estraidas, la naturaleza les da el carácter de inmuebles; una vez separados del suelo dejan de ser inmuebles por su naturaleza para ser muebles por la voluntad del hombre. En la enumeracion de las cosas de esta especie deben comprenderse tambien las plantas, fósiles, etc., etc. (De acuerdo, doctor Segovia, nota 21.)

**Con un carácter provisorio:** Esta es una cuestion de hecho que el Juez resolverá segun las circunstancias especiales que hayan mediado para su construccion. Si son hechas por el propietario, hay la presuncion de que son puestas allí, no con un carácter provisorio, sino á perpetuidad, y en tal caso toman el carácter de inmuebles. (Véase nota del codificador al art. 2316), salvo si resulta lo contrario por el destino especial con que se pusieron y que desaparece por el cambio de propietario. El Código Frances, da algunas reglas sobre esto, cuya esplicacion puede verse en Mourlon, tom. 1, núms. 1375 y siguientes.





Si son hechos por el que no es propietario, la presuncion varia, como lo hemos hecho notar en el comentario al art. 2315. Salvo un motivo especial, como un contrato entre las partes, se supone que el que las puso lo hizo puramente con el carácter de provisorio; la forma en que estén puestas, es decir, con mas ó ménos firmeza ó solidez, no hace variar su naturaleza de muebles ó inmuebles; esto sin perjuicio de lo dispuesto respecto á las construcciones hechas por el arrendatario ó tenedores del inmueble en que están hechas, cuando no se pueden sacar sin deteriorar aquello á que están adheridos, y hay obligacion de conservarlo intacto. Sobre los caminos de hierro hechos por el que no es propietario, véase Laurent, nº 410 y 411: lo espuesto por nosotros es extensivo tambien á esta clase de construcciones.

**Los que provengan de destruccion de los edificios:** ¿Se refieren estas palabras á los edificios destruidos que se tratan de reconstruir, y á los materiales separados únicamente para hacer reparacion, ó tan solo á los primeros? Pensamos que el art. se refiere á unos y otros. Algunos piensan lo contrario (1), y deciden, fundándose en la opinion de Demolombe, que los materiales separados con el objeto de hacer reparaciones no pierden el carácter de inmuebles que les da el art. 2315.

Nuestro art. no puede ser interpretado como lo ha sido por algunos el 532 frances. Desde el momento en que se separan, desaparece la razon por que la ley los pone en la categoría de inmuebles; cesando la causa cesa el efecto. "El legislador, dice Laurent, tom. 5, nº 422, habria podido indudablemente conservarles la calidad de inmuebles, y quizá habria tenido razon para consagrar esta teoría; pero esto habria sido una ficcion contraria á la realidad de las cosas, la cual no puede ser establecida sino por la misma ley."

Solo por el mandato espreso de la ley (art. 2315) son inmuebles, mientras se encuentran en las condiciones determinadas por la misma; desapareciendo esas condiciones, los materiales vuelven á la categoría á que por su naturaleza (la facilidad de trasportarlos) pertenecen (art. 2318), y solo por una disposicion espresa de la ley pueden seguir perteneciendo á una categoría á que naturalmente no pertenecen.

**Derechos personales:** Y los reales esceptuados por la última parte del art. 2317.

(1) Entre ellos el doctor Segovia, nota 25.





La mayor parte de los Códigos, siguiendo la teoría combatida por nuestro codificador en la nota al art. 2311, hablan de los derechos personales, en el sentido de cosas: así dicen: *son muebles los derechos personales é inmuebles los derechos reales*. Nuestro Código, como se ve, consecuente con el principio sostenido de que los derechos no son cosas, dice en este art. y en el 2317, que son muebles ó inmuebles *los instrumentos donde constaren esos derechos*, que es lo único á que se puede aplicar la idea de cosa en el sentido jurídico que la nueva doctrina da á esta palabra.

Indudablemente, es mas propio decir que los instrumentos, públicos ó privados (que siempre son cosas materiales) por su carácter representativo, son muebles ó inmuebles, segun la clase de derechos que representan, y no que los *derechos* (que solo representan una idea) sean derechos muebles ó inmuebles. (Véase nota de Freytas al art. 317.)

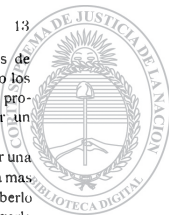
**2320**—Las cosas muebles destinadas á formar parte de los predios rústicos ó urbanos, solo tomarán el carácter de inmuebles, cuando sean puestas en ellos por los propietarios ó sus representantes ó por los arrendatarios en ejecución del contrato de arrendamiento. (Concuerda con los arts. 2315—2316—2321.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 28 y 31, Tit. 5, Part. 5.—Duranton, tom. 4, n° 47—Pothier, *De la Comun.* n° 63—Aubry y Rau, § 164—Demolombe, tom. 9, desde el n° 202)—Freytas, 403—Cód. de California, 782, inc. 7—de Chile, 570 § 4—Frances. 524—Laurent, tom. 5, núms. 433 y siguientes, y 439.

**Por el propietario:** Siendo puestas por el propietario para las necesidades de la explotación, poco importa que estén ó no adheridas; siempre se supone que son puestas á perpetuidad y que como tales forman parte integrante del fundo rústico ó urbano. El artículo no es sino una aplicación de lo dispuesto en los arts. 2315 y 2316; decimos de ambos, y no de este último únicamente, como da á entender el doctor Segovia en la nota 27, porque las cosas muebles que se destinan á formar parte de un establecimiento rústico, urbano ó de cualquier otra clase, tanto pueden serlo para que permanezcan, como las de que habla el art. 2316, sin adherirse físicamente al suelo ó para que se adhieran, como las de que habla el art. 2315, físicamente y con el carácter de perpetuidad.

● **sus representantes:** Legales ó convencionales. Es nece-



sario, sin embargo, que esta inmovilización se haga en los límites de las facultades del representante; pues que si obra traspasando los límites, sus actos no pueden considerarse como los del mismo propietario; queda en tal caso como si hubiesen sido puestos por un usufructuario. (Véase Demolombe, tom. 9, núms. 206 y 207.)

Supóngase que un administrador ha recibido orden de hacer una construcción empleando tales ó cuales materiales, éste emplea mas de las ordenadas ú otras de mas valor; el propietario sin saberlo vende el inmueble con todas sus adherencias; antes de entregarlo tiene conocimiento de la falta de su representante. En este caso, decimos, indudablemente el vendedor podrá pedir mas precio por el inmueble, en relación al mayor valor de los accesorios que entran en la venta, ó no considerarlos como accesorios y sacarlos, indemnizando por su parte el ménos valor de la cosa por la extracción, en proporción al valor que con ella tendría si el mandatario hubiese cumplido con su deber. Todo esto sin perjuicio de los derechos del comprador si la cosa no queda propia para el destino con que fué comprada, ó en las condiciones que tuvo en mira al adquirirla.

**En ejecución del contrato de arrendamiento:** Se refiere á las que el locatario debía destinar y también las que podía destinar para hacer mejoras que por el contrato estaba obligado á dejarlas una vez concluido el arriendo. (Véase lo dicho en el comentario á los arts. 2315 y 2316.)

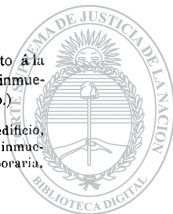
**2321**—Cuando las cosas muebles destinadas á ser parte de los predios, fuesen puestas en ellos por los usufructuarios, solo se consideran inmuebles mientras dura el usufructo. Concuerda con los arts. 2320 y sus concordantes 2946.

#### CONCORDANCIAS

(La cita anterior y Proudhon, *Del dominio privado*, tom. 1, n° 106—En contra. Duranton, tom. 4, n° 59)—Freytas, 403, § 2 —Laurent, tom. 5, n° 437—Aubry y Rau, § 146, notas 33 y 34.

**Por los usufructuarios:** Lo mismo se dirá de cualquier otro poseedor que no sea el dueño y que tenga un derecho real en la cosa como el usuario, acreedor anticresista, etc. La razón es que, como hemos dicho ántes, á menos de una estipulación expresa, ó de una obligación legal, solo el propietario se supone que inmoviliza los objetos muebles puestos en los inmuebles. (Laurent, lugar citado.)

1° Respecto á los poseedores de buena fe, todos los autores están



de acuerdo en considerarle como el propietario mismo respecto á la inmovilizaci3n de los muebles que destina á formar parte del inmueble. (Aubry y Rau, § 164, nota 35—Freytas, 403, § último.)

**2322**—Las cosas muebles, aunque se hallen fijadas en un edificio, conservarán su naturaleza de muebles cuando estén adheridas al inmueble en mira de la profesion del propietario, ó de una manera temporaria. Concuerda con los arts. 2315—2316—2320—2321.

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 402, § último del inc. 3—Aubry y Rau, § 164, nota 73.

**En mira de la profesion del propietario:** Por ejemplo, si es un fotógrafo, un carpintero, etc., etc., los útiles de que se valga, aun cuando estén adheridos al suelo, no son inmuebles. Es necesario no confundir los útiles de que el propietario se vale para ejercer su profesion, con los útiles que se introducen en prédios rústicos ó urbanos para su explotacion, de los cuales habla el art. 2320.

**2323**—En los muebles de una casa no se comprenderán: el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas ó artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, ninguna clase de ropa de uso, los granos, caldos, mercaderías, ni en general otras cosas que las que forman el ajuar de una casa. Concuerda con los arts. 2322—3763.

#### CONCORDANCIAS

(Demante, Cours analytique, n° 366—Zachariæ, § 255, notas 7 y 8)—Cód. de California, 793—Goyena, 382—de Chile, 574—Marcadé, sobre los arts. 533 y 534 Frances.

**Ni en general otras cosas, etc., etc.:** Es decir, pues, que la enumeracion hecha por el art. no es excluyente.

Nuestro Código no deja lugar á dudas sobre este punto, como en otros. (Véase Goyena, citado.)

**2324**—Son cosas fungibles aquellas en que todo individuo de la especie equivale á otro individuo de la misma especie, y que pueden substituirse las unas por las otras de la misma calidad y en igual cantidad. (Véase arts. 549—601—619—820—1499—2241—2255—2762.)

#### CONCORDANCIAS

(Maynz, § 115—Demolombe, tom. 9, núms. 42 y siguientes)—Freytas, 357—Nota del codificador al art. 2241—Marcadé, sobre el art. 536, n° 391.



**Equivale á otro individuo de la misma especie:** Esta equivalencia puede consistir en que sean de igual clase y calidad, ó en que, sin ser de igual clase puedan, por convenio de las partes sustituirse las unas por las otras. (Nota del codificador al 2241.)

1º Las cosas fungibles no son reivindicables (art. 2762, al fin.)

**2325**—Son cosas consumibles aquellas cuya existencia termina con el primer uso y las que terminan para quien deja de poseerlas por no distinguirse en su individualidad. Son cosas no consumibles las que no dejan de existir por el primer uso que de ellas se hace, aunque sean susceptibles de consumirse ó de deteriorarse después de algun tiempo. (Concuerda con los arts. 2188, inc. 1—2189, inc. 1—2260—2871.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 9, nº 40)—Freytas, 354 y 355.—Nota del codificador al art. 2241—Goyena, 383 y los autores allí citados.

**Termina con el primer uso:** Como el vino, el pan etc., etc.

**Por no distinguirse, etc.:** Como el dinero.

**Después de algun tiempo:** Un coche, un caballo, un buey, etc., etc.

Como complemento á este art. véase nuestro comentario al 2241.

**2326**—Son cosas divisibles aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo homogéneo y análogo tanto á las otras partes como á la cosa misma. (Concuerda con los arts. 667—669—681. Véase 3982 y 4000.)

#### CONCORDANCIAS

(Maynz, § 116)—Notas del codificador á los arts. 669 y 679—Savigny, *Derecho de las Obligaciones* § 29, tom. 1—Freytas, 333—Aubry y Rau, § 167, p. 93.

El mejor comentario y esplicacion de este art. es la nota puesta por el codificador al 669, tomada de Savigny; allí remitimos al lector.

**2327**—Son cosas principales las que pueden existir para sí mismas y por sí mismas. (Concuerda con los arts. 523 á 526—2328 y siguientes.



## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 9. n° 53)—Aubry y Rau, § 167. p. 34—Freytas, 368.

**2326**—Son cosas accesorias aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa, de la cual dependen, ó á la cual están adheridas. (Concuerda con los arts. 2327, y sus concordantes—2329 y siguientes—2333—2572.)

## CONCORDANCIAS

(Maynz, § 118)—Freytas, 369—Laurent, tom. 24. n° 183.

**2329**—Los frutos naturales y las producciones orgánicas de una cosa, forman un todo con ella. (Concuerda con los arts. 583—590—2314—2424 á 2426.

## CONCORDANCIAS

Véase Freytas, 372 á 374—Cod. Frances, 546—547—552—583—Goyena, 380—Lehr. Derecho Inglés. núms. 609 y siguientes.

Mas adelante tendremos ocasion de comentar este art. y de los siguientes que tratan de las cosas principales y de los accesorios, los cuales están ligados á las disposiciones sobre bienes muebles é inmuebles, con relacion al derecho de propiedad.

**Forman un todo con ella:** Se entiende que ántes de estar separadas de ellas. (Véase concordantes.)

**2330**—Son cosas accesorias como frutos civiles las que provienen del uso ó del goce de la cosa que se ha concedido á otro, y tambien las que provienen de la privacion del uso de la cosa. Son igualmente frutos civiles los salarios ú honorarios del trabajo material, ó del trabajo inmaterial de las ciencias. (Concuerda con los arts. 2329—2424.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 373—Cód. Frances. 583—Mourlon, tom. 1. núms. 1512 y siguientes—Goyena, 386.

**2331**—Las cosas que natural ó artificialmente estén adheridas al suelo, son cosas accesorias del suelo. (Concuerda con los arts. 2319—1495—2314—2315—2316—2328—2571—2594

## CONCORDANCIAS

Freytas, 376—Cód. Frances, 551 y siguientes—Aubry y Rau, § 167. p. 34.

**Son cosas accesorias al suelo:** Salvo los casos de que hablan los arts. 2320 á 2328, ú otros semejantes.

**2332**—Las cosas que están adheridas á las cosas adherentes al suelo, como á los predios rústicos ó urbanos, son accesorias á los prédios. (Concuerda con los arts. 2315—2316—2318.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 377—(Véase las concordancias del art. anterior.)

**2333**—Cuando las cosas muebles se adhieran á otras cosas muebles sin que se altere su sustancia, serán cosas principales aquellas á que las otras no se hubiesen unido sino con el fin de uso, ornato, complemento ó conservacion. (Véase arts. 2328—2594—2595 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 378—Cód. Frances, 567—Cód. de California, 904—Mourlon, tom. 1. n° 1482—Goyena, 417—(Véase la nota del codificador á este art. donde se explica su alcance)—Laurent, tom. 6, n° 315.

**2334**—Si las unas se han adherido á las otras, para formar un todo, sin poderse distinguir la accesorio de la principal, se tendrá por principal la de mayor valor. Si los valores fueren iguales, será la principal la de mayor volumen. Si los valores y volúmenes fueren iguales, no habrá cosa principal ni cosa accesorio. (Véase art. 2594 y 2597.)

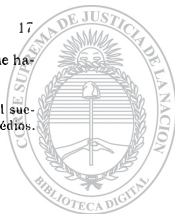
## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 567 y siguientes—Cód. Italiano, 465)—Freytas, 373, incs. 2 á 4—Cód. de California, 904—de Chile, 661—Laurent, tom. 6, n° 315.

**Sin poderse distinguir la accesorio de la principal:**

Para estas distinciones es necesario aplicar con preferencia el art. 2333 anterior, y solo cuando por la regla allí puesta no se pueda venir en conocimiento de lo principal y lo accesorio, se estará al valor, despues al volumen. Así, en el ejemplo puesto por el codificador en la nota al art. anterior del cuadro al cual se le ha puesto un marco, el cuadro es lo principal aunque el marco valga mas que el cuadro, porque el primero no se ha unido al segundo sino con el objeto de conservarlo ó guarnecerlo.

**2335**—Las pinturas, esculturas, escritos ó impresos serán siempre reputados como principales, cuando el arte tenga mayor valor é importancia que la materia en que se ha ejercido, y como accesorios la tabla, lienzo, papel, pergamino ó piedra á que se hallasen adheridos. (Véase art. anterior.)





## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, núms. 194 y siguientes—Duranton, tom. 4, n° 487—En contra, L. 87, Tit. 28, Part. 3°—Instit., L. 2, Tit. 1, § 33—La Ley Romana solo por una excelencia del arte, hacia escepcion de la pintura, § 34. En cuanto á la escritura, declaraba que si alguno hubiese escrito en papel ajeno un poema ó una historia, por excelente 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.* 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.)—Goyena, 418, 2° parte—Pothier, n° 173.

**2336**—Están en el comercio todas las cosas cuya enajenacion no fuere espresamente prohibida ó dependiente de una autorizacion publica. (Concuerda con los arts. 844—891—953—1167—1327—1501—2261—2337—2338—2459—2604.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 394.

**2337**—Las cosas están fuera del comercio, ó por su inenajenabilidad absoluta ó por su inenajenabilidad relativa. (Véase los concordantes del art. 2336.)

Son absolutamente inenajenables:

- 1° Las cosas cuya venta ó enajenacion fuere espresamente prohibida por la ley. (Véase 1327—2345.)
- 2° Las cosas cuya enajenacion se hubiere prohibido por actos entre vivos ó disposiciones de última voluntad, en cuanto este Código permita tales prohibiciones. (Véase 2612—2613—3781.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 385—Aubry y Rau, § 171 y 351, notas 33 á 34.

**Las cosas están fuera del comercio:** La palabra *cosas* dada la definicion de nuestro art. 2311, no abarca la mente del legislador, y habria sido mas propia la palabra *bienes* (art. 2312), para que entrasen tambien los derechos, en los cuales hay muchos que están fuera del comercio, como son los derechos por alimentos futuros, las pensiones militares, los derechos á herencia futuras, etc., etc. (art. 1449.)

**2338**—Son relativamente inenajenables las que necesitan una autorizacion previa para su enajenacion. (Concuerda con los arts. 434—1501 y sus concordantes—2336—2344—2345.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 386, y las concordancias del art. anterior.



## CAPÍTULO ÚNICO

### De las cosas consideradas con relacion á las personas

**2339**—Las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, ó de los Estados particulares de que ella se compone, segun la distribucion de los poderes hecha por la Constitucion Nacional; ó son bienes privados del Estado general ó de los Estados particulares. (Véase arts. 2340 y 2341.)

#### CONCORDANCIAS

Las del artículo siguiente—Fallos de la S. C. S. 2, tom. 7, p. 92—tom. 14, p. 436.

**2340**—Son bienes públicos del Estado general ó de los Estados particulares. (Véase art. 2342.)

- 1º Los mares adyacentes al territorio de la República, hasta distancia de una legua marina, medida desde la línea de la mas baja marea; pero el derecho de policía para objetos concernientes á la seguridad del país y á la observancia de las leyes fiscales, se estendiende hasta distancia de cuatro leguas marinas medidas de la misma manera;
- 2º Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros;
- 3º Los rios y sus cauces y todas las aguas que corren por cauces naturales; (Véase 2349, 2350, 2572, 2573, 2637, 2639, 2641, 2642, 2646.)
- 4º Las playas del mar y las playas de los rios navegables, en cuanto su uso sea necesario para la navegacion, entendiéndose por playas del mar la estension de tierra que las olas bañan y desocupan en las mas altas mareas, y no en ocasiones extraordinarias de tempestades; (Concuerda con los artículos 2639 y 2640.)
- 5º Los lagos navegables por buques de mas de cien toneladas, y tambien sus márgenes; (Véase 2349.)
- 6º Las islas formadas ó que se formen en el mar territorial ó en toda clase de rio, ó en los lagos navegables; (Véase 2572, 2573 y 2576).
- 7º Las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualesquiera otras obras públicas, construidas para utilidad ó comodidad comun. (Véase 2312, inc. 4).

#### CONCORDANCIAS

Número 1—(Cód. de Chile, art. 598—Kent's Comentarios, Secc. 2, núm. 29 y 30)—Freytas 828, inc. 1º—Goyena, 386, inc. 1º—de California, 802, incs. 1 y 2—Frans 538—Id. 2—Freytas, 828 inc. 2—Id. 3—(Véase L. 6, Tit. 28, Part.





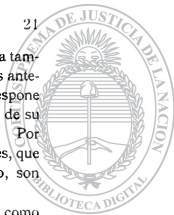
3.—La L. 5, Tit. 17, Lib. 4, Rec. de Indias, declara que los montes, pastos y aguas en América que no están concedidos á particulares, son cosas comunes á todos. Solórzano, en el Libro 6, Capítulo 11, dice que el Rey de España se reservó siempre en América el dominio de los rios como el dominio de las tierras. La Ley Romana decía: *Flumina pene omnia publica sunt*. La palabra *pene* es la que ha traído las diversas cuestiones entre los comentadores. Merlin, *Repert. verb. Rivière*, § 2; Proudhon, *Dominio público*, tomo 3, núm. 993, y Foucart, *Derecho Administrativo*, nos dicen que antes del Código Frances. los rios no pertenecían 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.)—Freytas, 328 inc. 8.—Código de California, 802, inc 8.—Cód. de Chile, 595.—Fallos de la S. C. S. 2, tom. 7, p. 258.—Núm. 4—LL 96 y 112, Dig. *De verb. signific.*—Demolombe, tomo 9, núm. 457, letra C—Merlin *Quest. verb. Rivage de la mer*.—Cód. Frances, art. 540.—Freytas, 328, inc. 3 y 4.—Cód. de Chile, 594—California, 802, inc. 5—Aubry y Rau, § 169, nota 6.—Id. 5—Freytas, 328, inc. 5.—Cód. de Chile, 596—de California, 802, inc. 6.—Id. 6—(Cód. Frances Freytas, 336, incisos 4 y 6.—Id. 7—(Cód. Frances, artículos 538 y 540—Cód Italiano, 427—Demolombe, tom. 9, núm. 457)—Freytas, 328, inc. 7.—Cód. de California, 802, inc. 4—de Chile. 599. 2ª parte.—Laurent, tom. 6, núm. 28 y 29, y siguientes:

**Los rios:** En las denominaciones de rios se comprende, tanto los que son navegables como los que no lo son, como lo dice la nota del codificador al inc. 3, y tambien la nota al art. 2644. (Véase sobre esto la exposicion que hace Goyena en el tom. 1º desde la pág. 425 adelante.

La disposicion es sin perjuicio de los derechos adquiridos antes de la promulgacion del actual Código (art. 3 y sus concordantes).

**Y sus causas:** Pero las riberas de los rios que no son navegables, no pertenecen al Estado (argumento á contrario del inc. 4 de este art. y artículos 2572 y 2573) sino á los propietarios ribereños. La razon es que, como dice muy bien Laurent, tom. 6, núm. 8, el dominio público es una cuestion de necesidad; y donde el Estado no tiene necesidad de ejercer derecho de propiedad permanente, no hay para que sustrair inútilmente una parte del suelo á la actividad humana.

Se comprenda que el Estado necesite tener la propiedad de las costas de mares, y de los rios y lagos navegables, para poder ejercer la vigilancia necesaria sobre las embarcaciones que entren y salgan; esta necesidad no existe en los rios que no son navegables:



Por una razon de necesidad y conveniencia general, se explica tambien la propiedad de los rios, sean ó no navegables; (Las citas anteriores: palabra *Rios*). Las razones que en el lugar citado espone Goyena, para sostener la disposicion del inciso y del art. 386 de su Proyecto de Código son exactamente aplicables entre nosotros. Por derecho frances se cuestiona si el cause de los rios navegables, que son los únicos que por aquel Código pertenecen al Estado, son tambien de propiedad de éste (Laurent, tom. 6, núm. 11).

No tratándose de probar la existencia de la disposicion tal como la hemos expuesto, porque los testos no dejan lugar á duda, nos abstenemos de mostrar con mas amplitud las razones que el legislador ha tenido para declarar de propiedad del Estado los rios en general sin distincion de navegables y no navegables; en este trabajo solo tratamos de interpretar la ley, y solo damos la razon de ella cuando es necesario para establecer una doctrina. Véase lo que decimos sobre esta disposicion en el comentario al inc. 4, palabra "*playas*".

1º Como consecuencia del principio que hemos sentado para demostrar que las costas de los rios que no son navegables no pertenecen al Estado, vienen los artículos 2572 y 2573, de los cuales se deduce que si el rio muda de cauce, el propietario ribereño adquiere la propiedad del antiguo cauce, siempre que el abandono se verifique en la forma que espresa el artículo 2573.

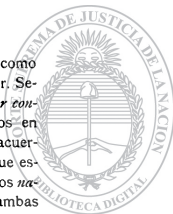
Sobre el derecho de los propietarios ribereños á alzar el agua de los rios, se estará á los reglamentos municipales, compatibles con las disposiciones del Código Civil, de las cuales nos ocupamos en otro lugar.

**Y todas las aguas que corren por cauces naturales:**

Con escepcion de las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (artículos 2350 y 2637). Las palabras que estudiamos se refieren mas especialmente á lo que entre nosotros se llaman arroyos; pero esta aplicacion es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2637.

Las palabras copiadas reciben completa aplicacion cuando se trata de arroyos que no son aprovechables por el dueño de los terrenos donde nacen. (Véase tambien á este respecto lo dispuesto en el art. 2645).

**Y las playas de los rios navegables:** El derecho del Estado á los rios navegables, es como se ve, ménos limitado que sobre



los ríos que no lo son, pues aquí el derecho es, no solo al *cauce*, como en el inc. 3 anterior, sino también a sus *playas* ó riberas. El Dr. Segovia en la nota 56, ataca esta parte de la disposición *por no ser congruente* con lo dispuesto en el inciso 3. Los derechos acordados en los dos incisos son completamente distintos. En el inciso 3 se acuerda al Estado derecho sobre el *cauce* de todos los ríos, y en el que estudiamos se acuerda también derecho sobre las *playas* de los ríos *navegables*. Es, pues, perfectamente justificable la existencia de ambas disposiciones. Una cosa es la ribera ó playa de un río y otra su *cauce* ó *álveo*.

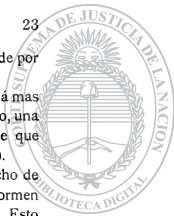
No es como el Dr. Segovia dice, que las *playas de los ríos, sean ó no navegables, formen parte de su cauce ó lecho*; todos los Códigos distinguen una y otra cosa y legislan estableciendo precisamente la separación; Goyena, por ejemplo, art. 386, incisos 3 y 4, y el mismo Dr. Velez en el art. 2582, dice que el terreno de aluvión se considera definitivamente formado cuando está *adherido á la ribera y ha cesado de hacer parte del lecho* del río.

El error del doctor Segovia es también la causa de que en su nota 53 al mismo art., inc. 7, diga que dicho inciso 3 es inconsecuente con el art. 2572.

¿Dónde está la inconsecuencia? El doctor Segovia no lo dice, pero se comprende que se refiere á la circunstancia de que por este último art. se declare que son acepciones, ó lo que es lo mismo, que son de propiedad de los ribereños los terrenos de aluvión de que allí se habla; y por el inciso 3 del art. que estudiamos que los ríos y sus causas son propiedad del Estado.

La misma inconsecuencia que resultaba ha debido hacer comprender al doctor Segovia que las disposiciones legislaban casos distintos.

Baste fijarse en la última parte del art. 2572 y en la disposición del inc. 4, que estudiamos para cerciorarse que no hay tal inconsecuencia. La primera parte del art. 2572, es una consecuencia de lo dispuesto en el inciso 4 del presente art. que declara que las *playas* ó riberas de los *ríos navegables* son del Estado, y también de lo dispuesto en el inciso 3 de que el *cauce* de todo río, aunque no sea navegable, es también del Estado; con lo cual se declara implícitamente que las *playas* ó riberas de los ríos que no son navegables pertenecen á los propietarios ribereños.



Por playas de rios debe entenderse lo mismo que se entiende por playa de mar. (Véase art. 2577 y su comentario.)

**Y tambien sus márgenes :** Esta propiedad comprende, á mas de la ribera determinada en la forma del inc. 4 y su comentario, una calle de treinta y cinco metros hasta la orilla del lago, siempre que éste sirva de comunicacion por agua (argumento del art. 2639).

**Y en toda clase de rios :** Como segun el inciso 3, el lecho de los rios corresponde al Estado, es lógico que las islas que se formen dentro de ese lecho sean tambien de propiedad del Estado. Esto viene á corroborar lo que decíamos: que dicho inciso 3 se refiere, tanto á los rios navegables, como á los que no lo son, pues no se concibe que si el lecho de los rios no navegables fuera de propiedad de los ribereños, se diese, por el inciso que estudiamos al Estado la propiedad de las islas que en él se formen.

**O en los lagos navegables :** Por buques de mas de cien toneladas (inc. 5 anterior). Si no son navegables por esta clase de buques, regirá lo dispuesto en el art. 2249. Serán, por consiguiente, esas islas, de los propietarios ribereños, cuyo derecho se estiende hasta la mitad del lago, cuando de otro modo no está determinada una estension menor, ó cuando el lago y su lecho pertenece á otro que los propietarios ribereños. Si el lago pertenece por mitad á los propietarios ribereños, es claro que la propiedad de las islas que se formen se determinará por la situacion de ella, con respecto al medio del lecho.

**Puentes :** El objeto de su construccion es lo que hace que los puentes sean propiedad pública del Estado ó propiedad privada del mismo. De este modo se concilia con la parte del inciso 4 del art. 2342 en lo que se refiere á los puentes.

**2341—**Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado ó de los Estados, pero estarán sujetas á las disposiciones de este Código y á las ordenanzas generales ó locales. (Concuerda con los arts. 2348—1502—2738—2611 á 2646.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 6, 8 y 9, tit. 28, Part. 3—Demante, n° 378, *bis* § 3)—Goyena, 387—Cód. de Chile, 598—Freytas, 328, 1ª parte y § 1 de la nota á dicho art.—Cód. de California, 801—Laurent, tom. 6, n° 4—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 258.

**Las personas particulares tienen el uso y goce :** Esta es la principal diferencia entre bienes *públicos* del Estado y bienes *pri-*



vados del Estado. El aprovechamiento de las corrientes de los ríos queda con arreglo á este art. sujeto á las restricciones impuestas por las leyes locales. (Véase sobre esto á Laurent, tomo. 6, n° 23, cuyas doctrinas son aplicables en nuestro derecho en este punto.)

**2312**--Son bienes privados del Estado general ó de los Estados particulares:

- 1° Todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño;
- 2° Las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones ó particulares sobre la superficie de la tierra; (Véase arts. 2314—2550—2551.)
- 3° Los bienes vacantes ó mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código; (Concuerda con los arts. 50—2528—2535—3539—3544.)
- 4° Los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado ó por los Estados y todos los bienes adquiridos por el Estado y por los Estados por cualquier título; (Véase art. 2340, inc. 7.)
- 5° Las embarcaciones que diesen en las costas de los mares ó ríos de la República, sus fragmentos y los objetos de su cargamento, siendo de enemigos ó de corsarios. (Concuerda con los arts. 2528—2539—2586.)

#### CONCORDANCIAS

(Proudhon, dominio público, n° 1)—Inciso 1—Cód. de Chile, 590—Freytas, 336, inc. 1 y 337, inc. 2—Inc. 2—(L. L. del tit. 19, Lib. 4, Recop. de Indias; en contra—L. L. 1 y 3, Cód. Romano—Demolombe, tom. 9, n° 647)—Cód. de Chile, 591, § 2—Freytas, 336, inc. 3—Inc. 3—(L. L. del tit. 22, Lib. 10, Nov. Rec.—Demolombe, tom. 9, n° 458, bis.)—Cód. de California, 795, inc. 4—Freytas, 336, incs. 8 y 9—Goyena, 386, inc. 5—Cód. Frances. 539—Laurent, tom. 6, n° 39 y 40—Inc. 4—Freytas, 328, inc. 7, y art. 342—Goyena, 386, incs. 2 y 6—Cód. de California, 802, inc. 4—Inc. 5—Freytas, 336, inc. 10.

#### **Del Estado general ó de los Estados particulares:**

Es decir, de la Nación Argentina ó de alguna de las Provincias que la componen. Los bienes designados serán de una ú otra, según que se encuentren en territorio de la Nación ó en territorio de las Provincias.

Inciso 1: Este inciso no importa en manera alguna, dar facultad al Estado ni á las Municipalidades para hacer indagaciones acerca de los títulos con que posean los particulares. . . . "no hay disposición legal, dice el Juez Molina Arrotea (tom. 4, p. 70 de sus Fallos), que atribuya á la Municipalidad la propiedad de las fincas ó



terrenos cuyo dominio privado no se justifique, lo que importaría darle el derecho monstruoso de hacer investigaciones sobre los títulos de todas las propiedades particulares dentro del municipio, reivindicar como propias aquellas cuyos títulos no estuviesen en regla; que contra semejante pretensión se levanta como una muralla insalvable los derechos que la ley reconoce en el poseedor; el que posee, "se presume legalmente que posee de buena fe hasta que se pruebe lo contrario (art. 2362); el poseedor no tiene obligación de producir su título á la posesión, "posee porque posee" (art. 2363), y la Municipalidad, como la Provincia, como la Nación, si pretenden reivindicar como propios bienes poseídos por terceros, tienen que justificar su derecho de dominio sobre ellos, como un simple particular, porque todos son iguales ante la ley."

De modo, pues, que las palabras que estudiamos, puestas en concordancia con los arts. 2362 y 2363, solo importan decir que los Estados son considerados como propietarios, sin necesidad de un título traslativo de propiedad ni de posesión, de todas aquellas tierras que, dentro del territorio, que carecen de otro dueño. La razón de este dominio está en el origen mismo de la propiedad. Dios, creador del universo, formó la tierra por y para el género humano, y le entregó á su dominio diciéndole á nuestros primeros padres: *Multiplacimini et replete terram et subijcite eam, et dominamini piscibus maris*, etc. Desde entonces, todos los hombres tuvieron el dominio en común de las cosas dadas por su creador. Esta comunidad, esta propiedad que solo duraba mientras uno se servía de la cosa, y que después pasaba en el mismo carácter al primer ocupante, solo podía sostenerse mientras la humanidad permaneciera en su estado primitivo. "A medida que el género humano se multiplicaba, dice Pothier, Dominio, nº 20, los hombres dividieron la tierra y la mayor parte de las cosas que existían sobre ella; lo que tocaba á cada uno empezó á pertenecerle exclusivamente; he aquí el origen del derecho de propiedad."

Regularizada y sometida cada colectividad á leyes y gobiernos propios, este último tomó á su cargo el poder de hacer cumplir las que debían regirlas. El Estado, como personalidad jurídica, fué desde entonces, el encargado de administrar, diremos así, el legado hecho por Dios á la humanidad. Reconocida esa entidad moral llamada Estado, se le atribuyó la facultad de distribuir sus tier-



ras entre sus habitantes ; y como inherente á esa facultad se le atribuyó también su dominio ; el dominio le dió la propiedad.

La conquista de América dió á los Gobiernos conquistadores la propiedad del territorio americano, y tomaron la posesion de él en nombre del Estado ; la distribucion de las tierras se hizo exclusivamente en nombre y por órden del Gobierno. Por la emancipacion, los nuevos Estados americanos adquirieron las tierras que la metrópolis poseía, dentro del territorio que abarcaba la jurisdiccion de cada nuevo Estado. Nuestro Gobierno respetó la distribucion hecha por la Metrópolis, y solo consideró como propiedad del Estado las tierras que aun no habian sido entregadas á particulares. Consecuencia de esto es el inciso que estudiamos.

**2343**—Son susceptibles de apropiacion privada:

- 1º Los peces de los mares interiores, mares territoriales, rios y lagos navegables, guardándose los reglamentos sobre la pesca marítima ó fluvial; (Concuerda con los arts. 2527—2547 á 2549.)
- 2º Los enjambres de abejas, si el propietario de ellos no los reclama inmediatamente; (Concuerda con los arts. 2545—2546.)
- 3º Las piedras, conchas ú otras sustancias que el mar arroja, siempre que no presenten signos de un dominio anterior; (Concuerda con los arts. 2527—2528.)
- 4º Las plantas y yerbas que vegetan en las costas del mar y también las que cubrieren las aguas del mar ó de los rios ó lagos, guardándose los reglamentos policiales. (Concuerda con los arts. 2527—2583.)
- 5º Los tesoros abandonados, monedas, joyas y objetos preciosos que se encuentran sepultados ó escondidos, sin que haya indicios ó memoria de quien sea su dueño, observándose las restricciones de la parte especial de este Código, relativas á esos objetos, (Concuerda con los arts. 2529—2530—2533 á 2536—2550—2551.)

CONCORDANCIAS

(L. 5, tit. 18, Part. 3)—Freytas, 327.

**De los rios y lagos:** Téngase presente lo dispuesto en los arts. 2340 y 2349.

**2344**—Son bienes municipales los que el Estado ó los Estados han puesto bajo el dominio de las municipalidades. Son enajenables en el modo y forma que las leyes especiales lo prescriban. (Concuerda con los arts. 41—1501—1502 y sus concordantes—2535.)



## CONCORDANCIAS

Freytas, 344.

**2345**—Los templos y las cosas sagradas y religiosas corresponden á las respectivas iglesias ó parroquias, y están sujetas á las disposiciones de los artículos 33 y 41. Esos bienes pueden ser enajenados en conformidad á las disposiciones de la Iglesia Católica respecto de ellos, y á las leyes que rigen el patronato nacional. (Véase arts. 2344 y sus concordantes—2346.)

## CONCORDANCIAS

Nota del codificador á los arts. 33 y 34, § 6, y nota del mismo al art. 41.

**A las respectivas Iglesias:** Pero si la iglesia ó capilla de que son accesorias las cosas sagradas son de propiedad particular, ellas pasan á las personas que adquieran las propiedades en que esas iglesias ó capillas están situadas. El Cód. de Chile, art. 587, es expreso en esto.

**2346**—Los templos y las cosas religiosas de las iglesias disidentes, corresponden á las respectivas corporaciones, y pueden ser enajenadas en conformidad á sus estatutos. (Véase los concordantes del art. anterior.)

## CONCORDANCIAS

Las del art. anterior.

**2347**—Las cosas que no fuesen bienes del Estado ó de los Estados, de las municipalidades ó de las iglesias, son bienes particulares sin distinción de las personas que sobre ellas tengan dominio, aunque sean personas jurídicas.

## CONCORDANCIAS

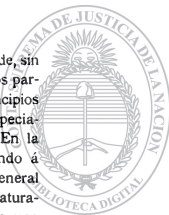
(Freytas, 345)—Cód. de California, 798.

**2348**—Los puentes y caminos, y cualesquiera otras construcciones hechas á expensas de particulares en terrenos que les pertenezcan, son del dominio privado de los particulares, aunque los dueños permitan su uso ó goce á todos. (Concuerda con los arts. 2314 á 2316—2340.)

## CONCORDANCIAS

(Freytas, 344)—Cód. de Chile, 592—Laurent, tom. 6, núms. 29 y siguientes.





**Son del dominio privado de los particulares:** Sucede, sin embargo, muchas veces que una construcción es hecha por los particulares, y que sin embargo su uso está sujeto, no á los principios generales que rigen la propiedad sino á reglamentaciones especiales. Nos referimos á los caminos de hierro, por ejemplo. En la República las concesiones de ferrocarriles, se hacen imponiendo á los constructores, reglas especiales á que no está sujeta en general la propiedad privada. Esta propiedad, dice Laurent, es de naturaleza especial; por lo mismo que tiene un destino público, es una propiedad limitada, subordinada al servicio público para lo cual la misma ha sido hecha."

Solo en lo que no se oponga á las leyes especiales sobre ferrocarriles, podrá aplicarse para estas propiedades particulares que tienen un destino público, las disposiciones del presente Código sobre los derechos que se derivan de la propiedad.

**2349**—El uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenece á los propietarios ribereños. (Concuerda con los arts. 2340, incs. 5 y 6—2578.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 506, 2ª parte—Goyena, comentario al inc. 3 del art. 386—Freytas, 333, incs. 2 y 3.

**El uso y goce:** Pero no tienen la propiedad de estos lagos por el hecho solo de ser ribereños (art. 2578). Es por esto que el art. citado no les da derecho á los terrenos descubiertos por la disminución de las aguas; y por lo mismo el art. que estudiamos solo habla de *uso y goce*, y no de *propiedad*, *uso y goce* como declara espresamente el art. 2350 refiriéndose á las vertientes. (Véase Rogron, sobre el art. 558.) Esos lagos pertenecen, pues, según este art., al Estado, si los ribereños ú otros que no sean tal no tienen títulos de propiedad (art. 2342, inc. 1, y argumento del art. 2347.)

Las islas que se formen en esos lagos pertenecerán tambien á los dueños de los lagos, y no á los ribereños, pues no son dueños del lecho.

**2350**—Las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, pertenecen en propiedad, uso y goce, al dueño de la heredad. (Concuerda con los arts. 2340, inc. 3—2637—2638.)

## CONCORDANCIAS

(L. 19, tit. 15, Part. 3)—Cód. de Chile, 595, 2.ª parte—Freytas, 338, inc. 1.

El comentario de este art. como el de muchos de los del presente título los encontrará el lector en el comentario al art. 2637, y demás artículos del título VI de este libro y en el Cap. III del título V del mismo.

---



## De la posesion y de la tradicion para adquirirla (1)

**2351**—Habrá posesion de las cosas, cuando alguna persona, por sí ó por otro, tenga una cosa bajo su poder, con intencion de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad. (Concuerdia con los arts. 2352—2373—2374 y siguiente—2400.)

## CONCORDANCIAS

(L. 47, tit. 28, Part. 3—L. 1, tit. 30, Part. 3—Cód. Frances, 2228—Savigny, de la posesion, §§ 1, 5 y 6—Maynz, Lib. 2, § 162—Demolombe, tom. 9, núms. 479 y siguientes—Troplong, sobre el art. 2228, frances—Molitor, núms. 3 y 4)—Freytas, 3709 y 3710—Cód. de California, 919—Cód. de Chile, art. 700—Goyena, 425—Laurent, tom. 6, n° 82 y tom. 32, núms. 162 á 165.

**Con intencion de someterla al ejercicio de un derecho de propiedad:** Es decir, con ánimo de propiedad. Esto es lo

(1) Savigny, en el párrafo 6° de su obra *De la Posesion*, pregunta á qué clase de derechos pertenece la posesion. Espone y discute las diversas opiniones de los jurisconsultos antiguos y modernos de Alemania, sosteniendo los unos que la posesion es un derecho real por relacion de las cosas sobre que versa, y otros que es un mero derecho personal. Dice que la cuestion no puede presentarse sino respecto á las acciones posesorias, pues que en cuanto á la prescripcion, la posesion no es mas que una parte, lo mismo que la *justa causa* no es sino una parte de la tradicion que trasfiere la propiedad; y que sería absurdo preguntar á qué especie de derecho pertenece la *justa causa*. Lo mismo sería querer determinar á qué clase de derechos pertenece la posesion mientras se la considere como uno de los elementos de la prescripcion para adquirir. La cuestion no se presenta, pues, sino respecto á los interdictos, á las acciones posesorias, y como éstas nacen de las obligaciones *ex maleficiis*, deben colocarse entre las obligaciones *ex delictis*. En apoyo de su opinion, cita la L. 1ª, Tit. 1º, Lib. 48, Dig., donde se dice *interdicta omnia, licet in rem videantur concepta, vi tamen ipsa personalia sunt*. En cuanto á la posesion misma, como ella no es sino una condicion requerida para el ejercicio de las acciones posesorias, no es un derecho, y no puede por lo tanto pertenecer á ninguna clase de derechos.





que caracteriza y distingue la posesion de la tenencia material de una cosa. Consecuencia de ello son los arts. 2352 y siguiente. (Véase comentario al art. 2352—Véase tambien Introduccion al “Estudio de las acciones Posesorias”, de Bourcart.)

Es por esto que el doctor Velez, en la nota al art. que estudiamos, ha dicho . . . “definimos la posesion por la que tiene la mayor importancia jurídica, 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 interdictos ó acciones posesorias. La definicion, del Código Frances no es contraria á la nuestra, pues define lo que regularmente se llama posesion natural, y nosotros definimos la que por lo comun se llama posesion civil.”

Mas adelante tendremos ocasion de hacer notar la importancia práctica de distinguir bien lo que por nuestro derecho se llama posesion.

Téngase presente que nuestro codificador acepta la teoría de Molitor, de que la posesion es un derecho no un hecho.

**2352**—El que tiene efectivamente una cosa, pero reconociendo en otro la propiedad, es simple tenedor de la cosa, y representante de la posesion del propietario, aunque la ocupacion de la cosa repose sobre un derecho. (Concuerda con los arts. 2265—2351—2364—2365—2445 á 2450—2461—2462—2480.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 5, Tit. 30, Part. 3ª, y L. 1, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.—L. 22, Tit. 29, Part. 3ª—L. 1, Tit. 30, Lib. 7, Cód. Romano—Savigny, *De la posesion*, § 23—Duranton, tom. 21, n° 181)—Cód. de Chile, 714—Cód. de California, 923—Laurent, tom. 32, n° 263—Bourcart, “*Acciones posesorias*”, núms. 1 á 5.

**Reconociendo en otro la propiedad:** El Juez podrá apreciar si los hechos ejecutados por el tenedor, importan ó no reconocimiento del derecho de propiedad. Hay ciertos hechos incompatibles con el derecho de propiedad y que por lo mismo importan necesariamente demostrar que el tenedor no posee con ánimo de dueño; por ejemplo, el pago de alquileres de la cosa poseída, demuestra que el poseedor que hace el pago no se cree dueño del inmueble porque paga el alquiler; lo mismo será, dice Marcadé, tom. 12, n° 180, si el poseedor de un inmueble, pide permiso á su dueño



para seguir en él, pues el hecho de pedir el permiso importa reconocer en otro el derecho de propiedad. Si el tenedor pretende comprar el inmueble que posee, tal hecho es mas que suficiente para considerarse que la posesion del proponente es precaria, es decir, que reconoce en otro la propiedad.

Sin embargo de esto, que parece tan natural, en una sentencia del Superior Tribunal de Córdoba, dictada el 28 de Noviembre de 1878, en la página 173 del tomo 3 de la coleccion de Fallos, se afirma que el hecho de proponer el poseedor comprar el inmueble que posee al que se dice dueño de él, no *excluye necesariamente la idea de tener el proponente el derecho de propiedad en el mismo inmueble, especialmente cuando la propuesta ha sido hecha estrajudicialmente.*

Como se ve, este fallo está muy lejos de las bien meditadas consideraciones del Ilustre Tribunal, cuyos considerandos nos han servido otras veces para resolver cuestiones mucho mas complicadas que la presente. No entramos á juzgar ese fallo, que por otras razones puede ser justísimo; pero sostenemos que la razon apuntada seria el mejor argumento para resolver lo contrario. Si la proposicion de comprar el inmueble que se posee á aquel que se dice dueño, no importa confesar categóricamente que se posee á nombre de otro, difícilmente podrán presentarse otros hechos que supongan el reconocimiento de que habla la ley; el que quiere comprar una cosa es porque cree que no es suya, es porque posee á nombre de otro, pues á nadie se le ocurre *comprar* lo que es suyo ó que posee en su carácter de dueño. Lo de que siendo *estrajudicial* la propuesta de compra no puede importar reconocimiento de propiedad en aquel á quien se le propone comprar, es algo que uno se inclina á creer que es mas bien un error de imprenta que de apreciacion en aquel alto tribunal. Repetimos, el fallo puede ser muy justo dados los antecedentes del asunto, por cualquier otra consideracion, ménos por la espresada. ¿Qué importa que la propuesta *sea estrajudicial* (suponiendo que se pueda poner una hipótesis de propuesta judicial) si se tiene certeza que ha tenido lugar? El Tribunal da por sentado que la propuesta de compra *ha existido*, siendo así, las consecuencias que de tal hecho resultan, no pueden ser ménos ciertas que cuando desde un principio se haya contratado en una forma auténtica. La forma en que se haya hecho es indiferente; no es cuestion de prueba, es cuestion de explicarse por qué ha tenido lugar la propuesta; su explicacion no puede ser otra que la duda, es decir, que el que propone comprar una cosa



cree que no es suya. Sería hacer poco honor á los tribunales argentinos pensar que una persona prefiere comprar lo propio antes de demandar su entrega judicialmente. Solo de este modo podria esplicarse que la propuesta de compra no implicase necesariamente reconocimiento de posesion precaria en el que la hace; pero como esto no es posible que piense un Tribunal sin ofenderse á sí mismo, resulta que el fundamento del fallo citado es de todo punto inadmisibile.

1º Para constatar los hechos que importen reconocer en otro la propiedad, se admitirá, con arreglo á los principios generales, toda clase de prueba.

**Es simple tenedor :** El simple tenedor, aunque en realidad tiene la posesion material de la cosa, no es poseedor en el sentido de la ley; es decir, no tiene la posesion civil, el *animus domini* que es en lo que deben fundarse los derechos del propietario; el tenedor, por regla general es un poseedor precario (nota del codificador al art. 2480), que, por lo mismo de ser tal, su posesion material no le da derecho á las acciones posesionarias (art. 2480), acordadas á todo propietario; la intencion de poseer la cosa con ánimo de dueño es indispensable para que haya posesion (art. 2373, Leon Wodon, Posesion, nº 30), y para poder percibir (Fallos de la C. de la C. de la R., tom. 2, p. 39, Com.—id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 1, p. 166.—Nota del codificador al art. 2351 y 3999, y nota á dicho art. y art., 4015), pues sin posesion civil no se prescribe.

“La simple detencion de una cosa, dice Domat, *Leyes civiles*, p. 281, no se llama propiamente posesion; no es bastante para poseer lo que se tenga en su poder; es necesario poseer con derecho y con calidad de dueño, ó por lo ménos con motivo para creer que es tal.”

Debe tenerse presente que el simple tenedor no puede, por su propia voluntad cambiar su tenencia en posesion civil, aunque desconozca el derecho de aquel por quien ó á nombre de quien posee (art. 2353, su comentario, y art. 2447).

Sobre el *constitutum possessorium*, véase lo dicho en el comentario al art. 2378.

**2353**—Nadie puede cambiar por sí mismo, ni por el trascurso del tiempo, la causa de su posesion. El que comenzó á poseer por sí, como propietario de la cosa, continúa poseyendo como tal, mientras no se pruebe que ha comenzado á poseer por otro. El que ha comenzado á

poseer por otro, *se presume que continúa poseyendo por el mismo título, mientras no se pruebe lo contrario* (Concuerda con los arts. 2354—2447 y siguientes—2387—2458.)

## CONCORDANCIAS

(L. 10, Tit. 14, Part. 3.—Cód. Frances. arts. 2230 y 2231.—Napolitano, 2137.—De Luisiana, art. 3404—L. 3, § 19, Tit. 2, Lib. 41, Dig. Otra ley del mismo título pone el ejemplo de una mutación en la causa de la posesión: *Si colonus a domino emerit, aut a domino heredes institutus fuerit*. Savigny, desde la página 69, explica estensamente la difícil regla, *que nadie puede cambiar por sí la causa de su posesión*. Lo mismo Molitor en su *Tratado de la Posesión*, desde el n° 39.—Véase también Troplong, sobre el art. 2231)—Freytas, 3712—Cód. de Chile, 730—Frances, 2240—de California, 924—Goyena, 427 y 1948—Cód. Italiano. 687, 2ª parte—(Fallos de la C. de la C., tom. 2, p. 157 y p. 200.)

**Nadie puede cambiar por sí mismo, etc., etc. :** La voluntad del tradente es un elemento indispensable para que el mero tenedor adquiera la posesión (véase Bourcart, *Acciones Posesorias*, núms. 3 y 4); el solo *animus* del tenedor, sin ninguna otra manifestación exterior que ponga al propietario en la necesidad de ejercer su derecho de tal, no basta para convertir su tenencia en posesión civil y con la cual pueda percibir (Fallos de la S. C., S. 2, tom. 14, p. 118 y arts. 2379 y 2380). Es necesario que el propietario pierda su posesión para que el tenedor pueda adquirirla, puesto que no pueden existir dos posesiones de la misma naturaleza sobre la misma cosa (art. 2401), porque, como dice Savigny, la idea de que uno tenga la posesión excluye la de que otro la tenga también (nota del codificador al art. 2407 y art. 2508); y como el propietario solo pierde la posesión, en el caso del art., cuando el que tenía la cosa a nombre del poseedor, manifiesta por actos *exteriores* la intención de privar al poseedor de disponer de la cosa, y cuando sus actos producen ese efecto (art. 2458), tenemos que solo por voluntad del propietario ó por el mandato de la ley, en los casos determinados, se pierde la posesión.

No pudiendo el tenedor cambiar la causa de su posesión material, la transmisión que de ella haga á sus herederos ó sucesores es en el mismo carácter (art. 3270). Ni unos ni otros podrán invocar un título para la prescripción. Aun cuando el comodante, ó el depositante, dice Molitor, n° 39, hayan dejado el depósito ó el préstamo durante treinta años ó mas en poder del comodatario ó del depositario, sin reclamarla, aun cuando el usufructo se haya extinguido y los herederos del usufructuario hayan poseído la cosa mas





de treinta años despues de la estincion del usufructo; aunque el acreedor esté mas de treinta años en posesion de la prenda despues del pago; aunque el arrendatario, el enfiteuta, el superficiario hayan dejado por mas de treinta años de pagar el arriendo, el cánon ó el *salarium*, jamas ni ellos ni sus herederos podrán pretender haber adquirido la propiedad de la cosa que han principiado á poseer reconociendo en su título el derecho de propiedad de otro; jamas podrán oponer al propietario reivindicante la escepcion de prescripcion. Sin duda la accion del depósito, del comodato, del arriendo, pueden prescribirse por el trascurso de treinta años á contar desde el dia que la accion ha podido ser intentada, y resultará que las personas sujetas á esta accion, con el trascurso de este tiempo, se habrán librado de las obligaciones nacidas del contrato, de la restitution de frutos, de los daños y perjuicios debidos por la pérdida ó deterioro causados por sus faltas. Pero no es de la accion personal del contrato de la que aquí se trata; se trata de la accion de reivindicacion y de la escepcion que podria oponerse á esta accion, escepcion que no puede fundarse sino sobre una posesion *cum animo domini*."

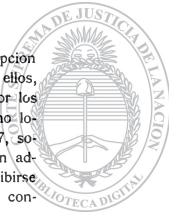
Respecto á los actos exteriores propios para cambiar la causa de la posesion, véase nuestro comentario al art. 2458.

Cambiada la causa de la posesion, ó mas bien dicho, principian-do el tenedor á poseer *animo domini*, ya sea porque el actual poseedor le acuerde un título para poseer ó que el primero deje de poseer por alguno de los hechos enumerados en el comentario citado, el que antes solo tenía la posesion material y no la civil, adquiere la segunda, y por consiguiente puede prescribir. (Pothier, de la posesion, nº 32.)

2º El simple tenedor de la cosa tampoco puede ejercer acciones posesorias á nombre propio (art. 2480), sino cuando entra á tener la posesion civil.

3º Tales son los resultados inmediatos de la regla, de que nadie puede cambiar por sí mismo la causa de su posesion. (Véase Leli-gois, Posesion, p. 151.) Haremos notar que cuando se dice que la posesion precaria no da título para adquirir por prescripcion, es únicamente, como declara Molitor en la trascripcion hecha, respecto á la propiedad de la cosa que se posee, pero no respecto á las obligaciones que tienen por causa ó que son una consecuencia de esa posesion precaria. Así, el arrendatario, el usufructuario, el





depositario, el comodatario, etc., etc., podrán oponer la prescripción liberatoria, por las acciones que el propietario tenga contra ellos, ya por el pago de las sumas á que estaban obligados, ó por los perjuicios por la falta de cumplimiento de sus obligaciones como locatario, comodatario, etc., etc. Si bien, dice Marcadé, n° 137, sobre el art. 2240 frances, los tenedores precarios no pueden adquirir los bienes cuyo goce les da su título, pueden prescribirse las obligaciones personales que ese mismo título hace nacer contra ellos."

Al tratar de las acciones posesorias completaremos el estudio de los tres artículos precedentes.

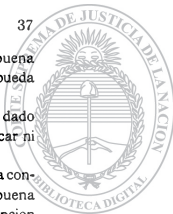
**2354**—Tampoco se pueden cambiar por la propia voluntad, ni por el trascurso del tiempo, las cualidades ni los vicios de la posesion; tal como ella comenzó, tal continúa siempre, mientras no se cree un nuevo título de adquisicion. (Concuerda con los arts. 2353—2355—2361—2469 y nota del codificador á dicho art.—3270—3271—3418—4001—4015—4016.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 11, Cód. Rom., *De acq. poss.*—Pothier, Posesion, n° 33)—Véase la nota á este art.—Marcadé, sobre el art. 2235 frances, núms. 110 á 122—Laurent, tom. 82, núms. 327, 361 y siguientes.

**Tal continúa siempre:** Tanto para el que empezó á poseer con tal ó cual vicio, como para sus herederos y los herederos de sus herederos aunque éstos no conocieran los vicios y fueran por lo mismo poseedores de buena fe. La razon es que, como dice Pothier, lugar citado, "siendo los herederos la continuacion de la persona del difunto, siendo *successores in universum jus defuncti*, la posesion en la cual han sucedido al difunto, es la misma que éste tendria, la cual continúa con las mismas cualidades y los mismos vicios que tenia en su principio." *Vitia possessio num a majorilius contractu perdurant*, dice la Ley Romana citada. (Véase nuestro art. 2475.)

Tenemos entónces que el autor de la posesion viciosa la trasmite á sus herederos con el mismo vicio, y que éstos, aunque sean de buena fe, no pueden prescribir con la posesion de diez ó veinte años si el causante de sus derechos no podia invocar esta prescripcion. Solo podrán, en tal caso, adquirir por la prescripcion trinitaria, para la cual no se necesita título ni buena fe (art. 4015 y 4016.)



"Si el autor, dice Marcadé, nº 113 procede de mala fe, la buena del sucesor no impide que únicamente la prescripcion trinitaria pueda invocar."

Esto es cuando la posesion no es precaria, en el sentido dado en el comentario al art. 2353, pues entónces no puede invocar ni la prescripcion trinitaria.

Por lo mismo que la posesion del sucesor universal es solo la continuacion de la de su autor, resulta que si este último es de buena fe, aunque el primero sea de mala fe, podrá invocar la prescripcion de diez ó veinte años como la podia invocar su causante (art. 4004, Marcadé, nº 114, 1º.)

2º Otra cosa será si se trata de un sucesor á título singular: en tal caso, como dice el doctor Velez en la nota á este art., siguiendo á Marcadé, la posesion que ha principiado en su persona (la del comprador, por ejemplo), le es propia y no la continuacion de la de su autor."

Aquí las consecuencias son muy distintas; por mas que la posesion del vendedor, donante, etc., etc., sea viciosa y aun precaria, el adquirente, si es de buena fe, puede invocar la prescripcion de diez ó veinte años (art. 4005, véase su comentario.)

La disposicion del art. que estudiamos de que la causa de la posesion no se puede cambiar, no es pues aplicable al sucesor particular; su trasmision no importa un cambio en el origen de la posesion de su autor, sino que el adquirente adquiere una nueva posesion. Tan es así que no puede invocar para la prescripcion el tiempo de la posesion de su autor sin quedar sometido á solo prescribir por el tiempo que aquel podia hacerlo. Así, por ejemplo, Pedro, poseedor precario, ó de mala fe, trasmite por venta á Juan el inmueble poseido en tales condiciones. Supóngase que su posesion (la del vendedor), ha durado nueve años, y que despues de otros nueve de posesion del comprador, se entabla accion de reivindicacion; en este caso, el sucesor á título singular no podria unir su posesion, de nueve años con la de su autor para excepcionarse con la prescripcion de diez años, por mas que juntando la suya y la de su autor resulte una posesion de diez y ocho años; no siendo legales ambas posesiones no puede unirse (fin del art. 4005 y art. 2475).

Puede suceder, sin embargo, que la posesion del tradente unida á la del adquirente, formen un total de treinta años; entónces, como el sucesor á título singular tiene la eleccion, entre prescribir por



treinta años, contando con la posesion de su antecesor, ó prescindir de ella, y prescribir por diez ó veinte años, puede invocar la prescripcion trinitaria completada con el tiempo que él ha poseído. (Véase fin de la nota del codificador al art. que estudiamos.)

Esta eleccion no la tiene el sucesor á título universal, que solo puede adquirir por la posesion trinitaria. (Pothier, nº 34.)

En el estudio del Capítulo *"de la prescripcion para adquirir,"* y especialmente en los arts. citados, completaremos el del presente.

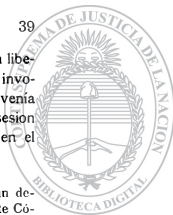
3º Lo que se dice de los vicios es aplicable tambien á las condiciones bajo los cuales el enajenante adquirió el título de la cosa que trasmite. Si su derecho estaba sujeto á una condicion resolutoria, el segundo adquirente se encuentra en las mismas condiciones que lo estaba su enajenante respecto á la accion de rescision. (Véase art. 4014.)

4º Debe aplicarse el mismo principio, ó mas bien dicho, las mismas consecuencias del principio, sentado en el art. que estudiamos cuando el sucesor, sea á título universal ó singular, deja de poseer por habérsele quitado la cosa por causa de espropiacion por utilidad pública, por ejemplo.

Supóngase que el sucesor á título singular no ha completado ni la posesion de diez ó veinte años ni la trinitaria, y que el sucesor á título singular tampoco ha completado la prescripcion trinitaria hasta el momento de la espropiacion.

Hecha la espropiacion, el pago se hace al actual poseedor; despues de haber pasado un tiempo que unido al de la posesion sería suficiente para prescribir la propiedad, se presenta el verdadero dueño pidiendo la entrega de lo pagado. ¿Podrá en este caso el espropiado invocar la prescripcion, valiéndose de la posesion de aquel que ha hecho la espropiacion? indudablemente que no. El poseedor puede invocar la posesion de su autor para completar la prescripcion, pero no puede el autor invocar la posesion de su sucesor para prescribir y hacer desaparecer la causa que anulaba su propiedad, con lo cual adquiriria el derecho de retener el valor de la espropiacion. (Laurent, tom. 32, nº 363.)

El pago del valor de la cosa debe hacerse forzosamente al propietario; luego, como el poseedor en la hipótesis puesta, no era el propietario á la época de la espropiacion, es claro que él no es dueño de su valor. Lo sería si el primitivo propietario se presen-



tase despues de pasado el tiempo necesario para la prescripcion liberatoria de que habla el art 4022, única prescripcion que podria invocar para retener lo recibido en virtud de la espropiacion; esto venia á ser ya un nuevo titulo, que nada tenía que ver con su posesion anterior; su prescripcion quedó interrumpida, como lo queda en el caso del art. 3984.

**2355**—La posesion será legitima, cuando sea el ejercicio de un derecho real, constituido en conformidad á las disposiciones de este Código. Ilegitima, cuando se tenga sin titulo, ó por un titulo nulo, ó fuere adquirida por un modo insuficiente para adquirir derechos reales ó cuando se adquiriera del que no tenía derecho á poseer la cosa, ó no lo tenía para trasmitirla. (Concuerda con los arts. 2392 á 2399—2112—2503 á 2505—2601 á 2603—2778—3270—4007 y nota del codificador á dicho art. —4010 á 4013.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 21, n° 192—Pothier, Posesion, n° 9)—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 9, p. 399—Tom. 14, p. 118—Laurent, tom. 32, n° 274—Marcadé, tom. 12, n° 80—Freytas, 3714.

Las consecuencias de este art. se determinan en los concordantes citados.

Las condiciones exigidas para que la posesion sea legitima ó legal, son indispensables en el que quiere prescribir por diez ó veinte años. La posesion ilegítima solo da derecho al poseedor para invocar la prescripcion de treinta años; mientras que la legitima da derecho á prescribir en diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

Importa, pues, distinguir cuándo la posesion es legitima y cuándo no lo es; pero como esta clasificacion es principalmente para determinar el justo titulo para la prescripcion, el estudio de este punto lo hacemos al tratar esa materia. (Véase comentario al art. 4010.)

**2356**—La posesion puede ser de buena ó de mala fe. La posesion es de buena fe, cuando el poseedor, por ignorancia ó error de hecho, se persuadiere de su legitimidad. (Concuerda con los arts. 923—929 y sus concordantes—2212—2272—2273—2357—2397—3428—4006 á 4009—nota del codificador al 4007.

## CONCORDANCIAS

(L. 9, tit. 29, Part. 3—L. 9, tit. 33, Part. 7—Cód. Frances, art. 550—de Luisiana, 495—L. 109, tit. 50, Dig.—Duranton, tom. 21, n° 199)—Freytas, 3716—Goyena, 428—Cód. de Chile, 706—Italiano, 701—Fallos de la C. C. de Buenos Aires, tom. 1, p. 384—Cód. de California, 928 y 929.

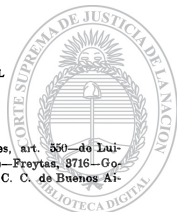
**Se persuadiere de su legitimidad:** En el art. anterior se ha establecido que posesion legítima es la que se funda en un título constituido con arreglo á las disposiciones del Cód. Civil. Si el título en virtud del cual se posee no es con arreglo á esas leyes, la posesion no será legítima; pero esto no quita que aun sin ser el título con arreglo á derecho, la posesion pueda ser de buena fe.

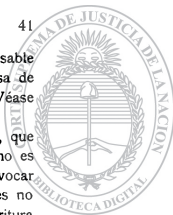
Si el poseedor ignora con razon los vicios de que adolece su título, su posesion es de buena fe, pero para que esa ignorancia no le perjudique es necesario que sea de hecho y no de derecho; es decir, que suponiéndole conocedor de la ley, esté persuadido de que se han llenado sus requisitos. Esta circunstancia es la que decide si hay buena ó mala fe. La clase de vicio de que el título adolezca no tiene influencia alguna.

“Respecto de los vicios que el título contenga, dice la nota 2, al art. 701 del Cód. Italiano, concordado por Aguilera, es indiferente su naturaleza: sean de sustancia ó de forma, produzcan la nulidad absoluta ó relativa del título, no excluye la buena fe si son en absoluto desconocidos para el poseedor, pero aquélla se interrumpe desde el momento en que se conoce el vicio.”

El error, pues, que dé ocasion para considerar al poseedor como de buena fe no debe consistir en creer que es válido lo que por derecho es nulo, sino en creer que el título no tiene vicio alguno y que esta creencia nazca de un error de hecho.

Supóngase que una persona compra un inmueble á una mujer casada que lo vende sin autorizacion de su marido; el adquirente cree que la vendedora es viuda, y como tal, capaz para contratar. En este caso, si no se le puede imputar al comprador una negligencia culpable en averiguar el estado de su vendedora (art. 929), la posesion que adquiere es de buena fe; pero, si sabiendo que es casada compra en la creencia que la ley permite vender á la mujer casada sin autorizacion de su marido, su error es de derecho, y su posesion no puede ser de buena fe en el sentido de la ley, aun cuan-





do, conociendo que la autorizacion era un requisito indispensable creyese, y aun pretendiese, salvar en oportunidad la causa de nulidad. (Fallos de la C. de la C. de la R., tom. 5, p. 396. Véase art. 2357 y su comentario.)

Si compra un inmueble y acepta un título nulo en su forma, que no es hecho en escritura pública, por ejemplo, y que á mas no es del que lo vende, hay un error de derecho que no le permite invocar su buena fe cuando el propietario reivindique el inmueble, pues no ha debido ignorar que su título debió estenderse por escritura pública; pero si se han llenado las formalidades y su error consiste únicamente en creer, siempre con razon fundada, que quien le vende es el propietario, su error es de hecho, y su posesion es entónces de buena fe.

Por derecho frances no está decidido este punto, en razon de que el art. 550 no distingue entre el error de hecho y el de derecho, en lo cual aventaja nuestro Cód. al Frances. (Véase Rogron, comentario al art. 550 citado—Laurent, tom. 6, n° 218—Demolombe, tom. 9, n° 609.)

La determinacion de si la posesion es de buena ó mala fe cuando hay error de hecho, es una cuestion de hecho tambien que el Juez apreciará por las circunstancias especiales en cada caso particular. (Aubry y Rau, § 206, nota 13. Véase Goyena, lugar citado.)

El caso en que hay error sobre la existencia del título cuando no existe ninguno, está resuelto por el art. 2357. (Véase su comentario.)

1° La buena ó mala fe en la posesion no tiene influencia alguna para el efecto de ejercer las acciones posesorias acordadas á todo poseedor; tanto la puede ejercer el poseedor de buena como el de mala fe. Esto es así desde el Derecho Romano, (Leon Wodon, Posesion, n° 6); la razon es que una cosa es el derecho á la posesion y otro el derecho á poseer. (Véase art. 2472 y su comentario.)

La importancia principal de esta division se nota cuando se trata de adquirir por prescripcion, ó en la restitution de frutos, como tendremos ocasion de notar lo mas adelante.

**2357**—El título putativo equivale á un título realmente existente, cuando el poseedor tiene razones suficientes para creer en la existencia de un título á su favor, ó para estender su título á la cosa poseida. (Concuerda con los arts. 786—787—2212—2273—2356—2358—4011.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 206, n° 3, notas 15 y 16)—Pothier, núms. 94 y siguientes—Demolombe, tom. 9, n° 597 á 599—Cód. de California, 927.

**Equivale á un título realmente existente:** Una cosa es tener un título nulo, creyendo, por un error de hecho que es bueno, y otra es no tener título alguno y poseer en la creencia de que existe un título legal. Estos dos casos distintos son los que legisla el presente art. y el anterior. La primer hipótesis es la que se resuelve por aquél y la segunda por el presente.

En el primer caso, bajo la denominacion de título *pro suo*, se comprenden todos los títulos por que se puede adquirir la posesion, tales como el *pro emtore*, *pro herede*, *pro soluto*, etc., etc., y tambien los que por Derecho Romano no tenían un nombre especial. Cuando esos títulos reunen las condiciones legales y hay buena fe por parte del poseedor, se dice que éste tiene un *justo título*. (Pothier, n° 57—Nota del codificador al art. 3999.)

Pero sucede á veces que ese título no existe, y que el poseedor, por el contrario, cree que existe; en tal caso nuestro artículo denomina á esta creencia *título putativo*, dejándolo así comprendido para ciertos efectos bajo la denominacion general de *pro suo*.

Este título putativo no produce, sin embargo, los mismos efectos que el justo título; así el primero es suficiente para la adquisicion de frutos y para entablar acciones posesorias; pero no sirve para fundar la prescripcion de diez ó veinte años, para lo cual no solo se exige buena fe sino la existencia de un título (art. 4011). En esto se ha separado el codificador de Pothier, como lo declara en la nota al citado art. 4011, quien en el n° 96 piensa "que aun respecto del título *pro emtore*, cuando la creencia que tiene el poseedor de que posee una cosa á título de venta, aunque tal venta no haya existido, no deja de tener un justo fundamento; esta creencia, que descansa sobre un fundamento justo, equivale á un título, y puede ser comprendida bajo el título general *pro suo*, pudiendo, en consecuencia, dar principio á la prescripcion." Por nuestras leyes, como hemos dicho, de acuerdo con el art. 4011, el título putativo no es suficiente para prescribir por diez ó veinte años, sino por treinta.

**Cuando el poseedor tiene razon suficiente:** Esto es una cuestion de hecho, que el Juez apreciaría segun las circunstancias que puedan influir para que el poseedor adquiera conviccion de que





existe un título á su favor cuando no existe ninguno. Como ejemplo de un caso de esta naturaleza, se pone generalmente el del Derecho Romano, de un mandante que encarga comprar una cosa y su mandatario se la entrega sin haberla comprado. En este caso no existe título alguno puesto que la compra no se ha realizado, pero el mandante tendría razon en creer que el mandatario habia cumplido con su encargo, y que, por consiguiente, existe un título á su favor.

Lo mismo sería si alguno poseía una casa á título de legatario, siendo que el testamento en que se contenia estaba revocado, ignorando el poseedor esta nueva determinacion del testador.

Para resolver con acierto todas las cuestiones que se puedan presentar sobre las consecuencias ó derechos que acuerda una posesion de buena fe, es necesario distinguir bien los casos en que hay un justo título y en los que hay un título putativo, de aquellos casos en que no hay justo título ni tampoco título putativo.

El justo título está definido y explicado por el art. 2356 y el título putativo por el presente.

1º El Derecho Frances, no habla nada sobre el título putativo; pero la mayor parte de los jurisconsultos, creen que el art. 550 lo rechaza; ellos deciden que la buena fe no puede existir sin título. (Laurent, tom. 6, nº 209).

**¶ para estender su título á la cosa poseída:** Ejemplo de esto son los arts. 2212 y 2272 citados, pero sin perjuicio de lo dicho en el comentario al art. 2354.

Si se compra un inmueble con límites y estension determinadas, y despues resulta que la estension es mayor que la especificada, el comprador es poseedor de buena fe respecto á la mayor estension que ha poseído.

Como los artículos del presente título sirven los unos de complemento de los otros, en los distintos comentarios encontrará el lector la confirmacion de los principios sentados en los cinco artículos anteriores.

**2356**—1.ª buena fe del poseedor debe existir en el origen de la posesion, y en cada hecho de la percepcion de los frutos, cuando se trate de frutos percibidos. (Concuerda con los arts. 1833—2361—2423—2432 á 2434—4008.)



## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 206, n° 5—L. 58, tit. 1, Lib. 41, Dig.)—Cod. de California, 981 y 983—Rogron, comentario al art. 2269 frances—Laurent, tom. 6, n° 220, tom. 32, núms. 416 y 417—Nota del codificador al art. 2361—Pothier, *Dominio*, n° 340.

**En el origen de la posesion :** Véase comentario al art. 4008 y comentario al 2354, n° 2.

**En cada hecho de la percepcion :** De suerte que aun cuando la posesion sea de buena fe en su origen, si ántes de la percepcion de frutos ha dejado de ser de buena fe, esta circunstancia le imprime el mismo carácter á las percepciones posteriores (ar. 2423).

Para resolver cuando se entienden percibidos los frutos, se estará á lo dispuesto en el art. 2425.

Por lo demas, creemos inútil este art. en razon de que los arts 2423 y 4011 resuelven las mismas hipótesis.

**2359**—Cuando dos ó mas personas poseyeren en comun una cosa, cada una de ellas responderá de la buena ó mala fe de su posesion. (Concuerta con los arts. 2361—4000—4004 y 4005—Véase art. 2360.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3725—Cód. de Guatemala, 535.

**Responderá de la buena ó mala fe de su posesion :**

Se refiere á cuando se trata de la percepcion de frutos y á las pérdidas ocasionadas en la cosa poseída, lo mismo que al pago de mejoras. Si uno solo de los poseedores ha percibido los frutos y éste es el de buena fe, el poseedor de mala fe no responde por ellos; el poseedor de mala fe solo responde de los frutos percibidos por él. (Véase última parte al 2360.) Sobre la prescripcion de la cosa poseída en comun, véase el comentario al título respectivo.

**2360**—En la posesion de las corporaciones y sociedades será la posesion de mala fe, cuando la mayoría de sus miembros, sabía la ilegitimidad de ella. Si el número de los miembros de buena fe fuere igual al número de los miembros de mala fe, la posesion es de mala fe. Los miembros de mala fe deben indemnizar á los de buena fe de la privacion de la posesion. (Concuerta con los arts. 2132—2133 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3726.



**2361**—En la percepcion de los frutos, la buena ó mala fe del que sucede en la posesion de una cosa, será juzgada solo con relacion al sucesor, y no por la buena ó mala fe del antecesor, sea la sucesion universal ó sea singular. (Concuerda con los arts. 2354—2358—2432—2475.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 181 y nota 12—L. 2, tit. 51, Lib. 17, Cód. Romano—Duranton, tom. 4, n° 357—Marcadé, sobre el art. 550, n° 2—Pothier, de la propiedad, n° 340—Aubry y Rau, § 206, n° 4, nota 18)—Freytas, 3727—Laurent, tom. 6, n° 221—Nuestro comentario al art. 2354.

El mejor comentario de este art. es la nota puesta al pie por el codificador.

**2362**—Todo poseedor tiene para sí la presuncion de la buena fe de su posesion, hasta que se pruebe lo contrario, salvo los casos en que la mala fe se presume. (Concuerda con los arts. 2356—2363—2770—2771—4007—4008—4009.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, de la posesion, n° 18)—Freytas, 3728—Cód. Frances, 2268—Aubry y Rau, § 218, nota 30—Goyena, 1957—Boudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 1696—Fallos de la C. de la C. de la R., tom. 1, p. 199 y 328, tom. 4, p. 292 y 412, tom. 5, p. 512.

**Hasta que se pruebe lo contrario:** Esta prueba se hará en la forma indicada en el comentario al art. 4008, del cual el presente es una repeticion que la juzgamos inútil.

**Que la mala fe se presuma:** Véase concordantes citados.

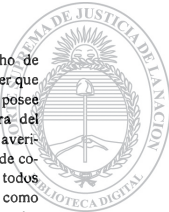
**2363**—El poseedor no tiene obligacion de producir su título á la posesion, sino en el caso que deba exhibirlo como obligacion inherente á la posesion. Él posee porque posee. (Concuerda con los arts. 2215—2276—2362—2417—2789—2468 á 2470.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3715, 2ª parte—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 11, p. 327—Id. Beláustegui, tom. 1, p. 111, 243 y 244—Id. de la C. de la C. de la R.,—Tom. 3, p. 68 y 562—Tom. 4, p. 292—Id. de Molina Arrotea, tom. 4, p. 71—Leon Wodon, Posesion, tom. 1, n° 40.

**No tiene obligacion de producir su título á la posesion:** La posesion es en cierto modo, la manifestacion del derecho de propiedad; es el ejercicio del derecho que el título le acuerda; de aquí nace la presuncion de la ley de que todo aquel que posee lo hace





en virtud de un título, acordándole en consecuencia el derecho de protegerse en la posesion propia (art. 2470). Puede suceder que esta presuncion de la ley sea infundada, es decir, que el que posee no sea el verdadero propietario; pero como la posesion, fuera del caso en que dos personas se creen poseedoras sin poderse averiguar cuál sea la verdadera ó la mas antigua, no tiene nada de comun con el derecho de poseer (art. 2472), la ley le acuerda todos los derechos, de tal hasta que se pruebe lo contrario. Mas como esa prueba no puede recaer sobre si el poseedor tiene ó no derecho á la posesion, resulta que quien debe probar derecho á poseer, es el que pretende adquirir la posesion. Mientras esa prueba no se produzca en juicio ordinario, debe resolverse en favor del que tiene la posesion. (Fallo de la S. C. citado. Véase lo espuesto sobre el juicio posesorio y el juicio petitorio.) En éste caso, dice, Leon Wodon, lugar citado, se comprende que la ley, en el interes general, por motivos de órden público, asegure la suerte de la posesion, garantiendo á los poseedores contra los vejámenes y espulsiones á que pueden estar espuestos, sin que éstos tengan necesidad de probar sus derechos de propiedad. (Véase comentario al inciso 1, del art. 2342 y considerandos de la sentencia de Molina Arrotea allí transcritos.

De suerte que el que se dice propietario de una casa poseída por otro es quien debe probar en juicio ordinario, no que el poseedor no tiene título á la posesion, es decir, que no tiene derecho de propiedad, sino que el demandante es el verdadero propietario; de nada serviría la prueba de que el demandado no es propietario, puesto que esto no probaría que lo era el demandante.

Justificado por parte de este último el derecho de propiedad anterior á la posesion del demandado, este último estaria en el deber, ó de probar que los títulos del demandante no son suficientes, ó que los suyos son los verdaderos, y aun despues de todo esto le quedaria el derecho de alegar la prescripcion, lo cual puede hacer sin presentar título alguno en el caso del art. 4016. Los títulos del demandante que demuestren que el demandado no tiene derecho á poseer, deberán ser con arreglo á los arts. 2788 y 2789. (Véase nuestro estudio al Cód. Civil, p. 303 y siguientes.)

**2364**—La posesion será viciosa, cuando fuere de cosas muebles adquiridas por hurto, estelionato, ó abuso de confianza; y siendo de inmuebles, cuando sea adquirida por violencia, ó clandestinamente; y siendo

precaria, cuando se tuviese por un abuso de confianza. (Concuerda con los arts. 1091—2272—2274—2352—2353—2365—2367—2369—2371—2372—2382—2478—1479—1016.)

## CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 21, n° 199)—Freytas, 3717 y 3718—Cód. de Chile, 708 á 713.— Véase los concordantes citados.

**2365**—La posesion es violenta, cuando es adquirida ó tenida por vías de hecho, acompañadas de violencias materiales ó morales, ó por amenazas de fuerza, sea por el mismo que causa la violencia, sea por sus agentes. (Concuerda con los arts. 936 á 943—2366—2367—2473.)

## CONCORDANCIAS

(Véase L. 1, Tit. 8, Lib. 11, Nov. Rec.—L. 4, Tit. 29, Part. 3°—L. 7, Tit. 32, Lib. 7, Cód. Romano—Aubry y Rau, § 180, n° 3—Sobre la posesion violenta, véase Pothier, *Posesion*, desde el n° 19)—Freytas, 3719—Cód. de Chile, 710 á 712—De Guatemala, 520 á 522—Marcadé, sobre el art. 2229 frances—Leon Wodon, *Posesion*, n° 145 y 146—Boudry Lacantinerie, n° 1608.

**Acompañada de violencias materiales ó morales:**

Véase nota del codificador al art. 2478 y comentario á los concordantes citados.

Sobre la accion que corresponde al despojado, véase art. 2490—2491 á 2494.

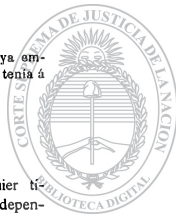
**2366**—La violencia existe, bien sea que se ejecute por la persona ó por sus agentes, ó que se ejecute con su consentimiento, ó que despues de ejecutada se ratifique expresa ó tácitamente. (Véase los concordantes del art. anterior.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, *Posesion*, n° 26—L. 1, § 14. *Dig. de vi et de vi arm.*)—Véase las concordancias del art. anterior.

**O que se ejecute con su consentimiento:** Es decir, con el de la persona que adquiere la posesion violenta. La razon de esta disposicion es porque, como dice Pothier, n° 23, lo que ha sido hecho por mi órden ó con mi consentimiento, equivale á lo que yo mismo hubiera hecho. Si entra en posesion de la cosa en ausencia del dueño, y despues se le impide por la fuerza entrar en ella, la posesion del que repele es violenta (Pothier, n° 20), y aquél puede reclamar ántes del año (art. 2473 y concordantes).





**2367**—Existe igualmente el vicio de violencia, sea que se haya empleado contra el verdadero dueño de la cosa, ó contra el que la tenía á su nombre (Véase los concordantes del art. 2365.)

#### CONCORDANCIAS

Las del art. 2365—Pothier, Posesion, núms. 21 y 22.

**O contra el que la tenía en su nombre** : Por cualquier título que fuese, como locatario, comodatario, usufructuario, dependientes ó mandatarios.

Debe tenerse presente que la posesion viciosa por razon de violencia, no es suficiente para la prescripcion de diez ó veinte años (art. 3999 y 4006).

**2368**—La violencia no constituye sino un vicio relativo respecto de aquel contra quien se ejerce. (Concuerda con los arts. 1045—1048—2491.)

#### CONCORDANCIAS

Pothier, Posesion, n° 96—Baudry Lacantinerie, tom. 3, n° 1609—Laurent, tom. 32, n° 285—Aubry y Rau, § 180, nota 27.

**Respecto de aquel contra quien se ejerce** : Es decir, que el que adquirió la posesion violentamente puede oponer su posesion á un tercero que no sea el mismo á quien se la quitó; la razon es que respecto á ese tercero la posesion no es violenta. (Véase nota del codificador al art. 2279.)

**2369**—La posesion es clandestina, cuando los actos por los cuales se tomó ó se continuó, fueron ocultos, ó se tomó en ausencia del poseedor, ó con precauciones para sustraerla al conocimiento de los que tenían derecho de oponerse. (Véase art. 2364.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 6, Dig. De adq. poss.—Pothier, Posesion, 26 y siguientes)—Freytas, 3721 y 3722—Cód. de Chile, 713—de Guatemala, 543.

**Fueron ocultos** : Estas palabras están esplicadas por la nota del codificador al art. 2479. (Véase Baudry Lacantinerie, tom. 3, n° 1610—Bourcart, Posesion, n° 94, p. 217.)

**O se tomó en ausencia del poseedor** : Si despues éste vuelve, y queriendo tomar la posesion es rechazado por la fuerza, la

posesion degenera en violenta. (Comentario al 2366, Cód. y autores citados en el 2365.)

**2370**—La posesion pública en su origen, es reputada clandestina cuando el poseedor ha tomado precauciones para ocultar su continuacion. (Véase art. 2371.)

#### CONCORDANCIAS

(En contra, L. 40, § 2, Dig.—*De adq. poss.*—En favor, Troplong, sobre el art. 2229, n° 357)—Baudry Lacantinerie, tom. 3, n° 1610, al fin—Leligois, palabra *Posecion pública*, núms. 7 y 8.

**Ha tomado precauciones, etc., etc.**: Es una cuestion de hecho que el Juez apreciará segun las circunstancias; como rara vez sucede que una posesion que en su origen ha sido pública tenga necesidad el poseedor de ocultarla despues del propietario ó anterior poseedor, en la duda de si ha continuado siendo pública ó clandestina, se estará á lo primero, que es lo que con mas frecuencia sucede.

**2371**—El vicio de la posesion clandestina es asimismo relativo al anterior poseedor solamente. (Concuerda con el art. 2368.)

#### CONCORDANCIAS

Baudry Lacantinerie, tom. 3, n° 1610—En contra, Laurent, tom. 32, n° 289.

**Al anterior poseedor solamente**: Es decir, al inmediatamente anterior, y no respecto á los anteriores ó á terceros, aunque no hayan conocido la posesion á causa de la ocultacion hecha por el poseedor.

Esta disposicion, como la del art. 2368, ha resuelto puntos que hasta ahora es materia de largas cuestiones entre los jurisconsultos franceses.

**2372**—La posesion es por abuso de confianza, cuando se ha recibido la cosa con obligacion de restituirla. (Concuerda con los arts. 2364 y sus concordantes—2462—2465—2467.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3723 - Véase comentario al art. 2353.





## CAPITULO I

## De la adquisicion de la posesion

**2373**—La posesion se adquiere por la aprehension de la cosa con la intencion de tenerla como suya; salvo lo dispuesto sobre la adquisicion de las cosas por sucesion. Concuerna con los arts. 1816—2351—2352 y su comentario—2374—2377 y siguientes—2400—2401—3410—3414—3418.)

## CONCORDANCIAS

(Maynz, § 170—Molitor, *Tratado de la posesion*, desde el n° 26—Aubry y Rau, s. 179—Tropolong, sobre el art. 2228, n° 251—La L. 3. Tit. 2, Lib. 41, Dig., dice: *Et adipsiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore, aut per se animo*—L. 6, Tit. 30, Part. 3°)—Freytas, 3811—Potbier, *Posesion*, núms. 39 á 43—Bourcart, *Posesion*, n° 1 y siguientes—Leligois, *Repertorio*, p. 135, n° 11—Laurent, tom. 32, n° 266—Nota del codificador al art. 577.

**Por la aprehension de la cosa con la intencion de tenerla como suya**: En el comentario al art. 2352 hemos distinguido la *posesion natural* de la *posesion civil*. En el presente art. se trata de la posesion civil, para la cual es indispensable la *aprehension*, en el sentido del art. 2374 y el *animus* de poseer á título de dueño. “Es imposible, dice Leon Wodon, tom. 1, n° 186, imaginarse una posesion jurídica sin la reunion de estos dos elementos.”

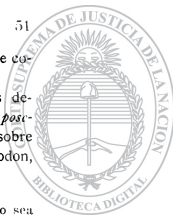
La falta de cualquiera de ellos hace imposible la posesion. Así, la aprehension, ó el *corpus* sin el *ánimo* da únicamente la *detencion*, ó la posesion natural, pero no la civil; vice-versa el *animus* sin el *corpus*, no da lugar ni á una ni á otra.

Así como el que no tiene la tenencia material, ó por lo ménos la posibilidad de tomarla sin obstáculo legal, no puede adquirir la posesion, tampoco puede adquirirla por sí mismo el que no puede tener el *animus*, como los dementes, fátuos y menores de diez años (art. 2392), ó las personas jurídicas (art. 2393).

La aprehension material es definida por Wodon, diciendo, “que es la relacion física de la persona con la cosa, indicando que tenemos la posibilidad material de disponer de ella.” (Véase nuestro art. 2374.)

Desde el momento en que la persona se encuentra en la posibilidad de ejercer cualquier acto de dominio, sin obstáculo legal, se dice que hay aprehension, como lo declara el art. 2374. (Véase su comentario.)

Respecto al *animus* es, como dice el art. 2352, la intencion de so-



meter una cosa al ejercicio de un derecho de propiedad. (Véase comentarios á los arts. 2352 á 2354.)

1º La posesion obtenida por los medios y con los requisitos determinados por la ley positiva, y que generalmente se denomina *posesion civil*, es el medio de adquirir la propiedad. (Véase lo que sobre esto decimos en el comentario siguiente, y tambien á Leon Wodon, Posesion, nº 199.)

**2374**—La aprehension debe consistir en un acto que, cuando no sea un contacto personal, ponga á la persona en presencia de la cosa con la posibilidad fisica de tomarla. (Concuerda con los arts. 1816—2373 - 2375—2376—2379—2380 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Savigny, § 14—Duranton, tom. 21, nº 195—Molitor, Tratado de la Posesion, nº 29)—Pothier, Posesion, 41—Bourcart, Acciones posesorias, nº 2—Leon Wodon, tom. 1, nº 187—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 347.

**Ponga á la persona en presencia de la cosa:** El contacto material, es solo uno de los medios de adquirir la posesion, pero no el medio único. Si el adquirente se traslada á la finca y entrando en ella, manifiesta á los tenedores ser dueño de la cosa ó emprende cualquier trabajo, se adquiere la posesion de todo el fundo, sin necesidad de constituirse, como dice Pothier, sobre todos los pedazos de tierra de que está formado. En este caso la aprehension consiste en el contacto personal, que bien puede ser hecha por el mismo adquirente ó por un representante suyo (art. 2394). Si solo se tiene á la vista el fundo adquirido, y se manifiesta la intencion de adquirir la posesion, hay tambien aprehension en el sentido de la ley. (Véase comentario al art. 2379.)

Pero como la época exacta en que se ha tomado posesion de una cosa será en muchas otras de gran influencia, es de todo punto conveniente que la que tome haga constatar ó adquiera los medios de probar en juicio el acto de la posesion, especialmente cuando se trata de cosas trasmitidas por otro.

Sabido es que por nuestras leyes el acreedor no adquiere ningun derecho real sin la tradicion (art. 577 y nota del codificador); y como la tradicion es uno de los medios de adquirir la posesion (art 2377), en muchos casos, como el del art. 594, el adquirente se encontrará en concurrencia con otros que aleguen el mismo derecho: en





semejante hipótesis, el que prueba que primero ha entrado en posesion de la cosa es el preferido para acordarle la propiedad. (Véase Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 347.)

De aquí la necesidad que se haga constar de una manera real, el hecho de la toma de posesion, librándose así de cuestiones de difícil solucion.

Por lo demas, es sabido que la posesion de lo principal implica ó importa posesion de lo accesorio (art. 2403). De modo que para resolver las cuestiones que puedan presentarse de sí con la posesion de un inmueble se adquiere tambien la de las cosas puestas en él, habrá necesariamente que resolverse como cuestion previa si es ó no accesorio aquello cuya posesion es dudosa ó cuestionada. Esto no decidirá naturalmente si hay ó no posesion, puesto que existiendo la aprehension y el ánimo, la posesion está adquirida; pero servirá sí para decidir si el título en virtud del cual se tomó posesion de lo determinado ó incuestionable es el mismo que da derecho á la posesion de las cosas puestas en lo principal, ó tomadas justamente con ésta.

Una cosa es la propiedad y otra es la posesion. El que tiene un título de propiedad, puede indudablemente entablar la accion correspondiente para que se le ponga en posesion la cosa de cuyo título de propiedad posee (arts. 2468 y 3275. Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 19; tom. 13, p. 347), pero con solo ese título no puede entablar acciones posesorias. (Véase comentario al art. 2407.)

**2375**—Si la cosa carece de dueño, y es de aquellas cuyo dominio se adquiere por la ocupacion segun las disposiciones de este Código, la posesion quedará adquirida con la mera aprehension. (Concuerda con los arts. 2343—2376—2525—2527—2528—Véase art. 577.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3826—Pothier. Propiedad, n° 20—Nota del codificador al art. 2525—Molitor, Posesion, núms. 27 y 30, p. 71—Leon Wodon, tomo. 1, n° 198.

**Si la cosa carece de dueño:** Ó que no tiene dueño conocido; no se trata aquí de la propiedad, como algunos creen (1), sino únicamente de la posesion; con la aprehension se adquiere la posesion (que, aunque tenga lugar por un actó unilateral, puede llegar á crear un título de propiedad y rechazar con él toda accion de reivindicacion), de las cosas sin dueño, y tambien de las cosas que no

(1) Entre esto está el doctor Segovia, nota 42.



tienen dueño conocido, pero no la propiedad, pues que esa aprehension solo da la propiedad de las cosas sin dueño, y no de las que no tienen dueño conocido, sobre las cuales solo se adquiere un título á la propiedad. Es preciso no confundir, dice el doctor Velez en la nota al art. 2525, 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 las cosas sin dueño y en las que tienen dueño, pero está subordinada á las condiciones determinadas en el *Título de la Posesion*.

En el capítulo que estudiamos se trata únicamente de la *adquisicion de la posesion*; por consiguiente, si bien es cierto en principio lo que el doctor Segovia dice en la nota 42 al art. que estudiamos, nuestro art. no tiene la esplicacion dada por este autor. Lo que quiere decir es que la posesion de las cosas muebles (para los inmuebles rige el art. 2528), sin dueño solo se adquiere por la aprehension. (Véase autores citados.)

**Con la mera aprehension:** Esto viene á ser hasta cierto punto una escepcion al principio general contenido en el art. 2379.

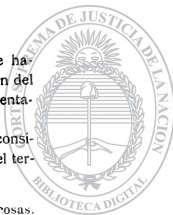
**2376**—Tratándose de cosas muebles futuras, que deban separarse de los inmuebles, como tierra, madera, frutos pendientes, etc., se entiende que el adquirente ha tomado posesion de ellas desde que comenzó á sacarlas con permiso del poseedor del inmueble. (Concuerda con los arts. 577—2375—2389—2402—2425—2426.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3779—Nota del codificador al art. 2405—Pothier. *Propiedad*, n° 197—Cód. de Chile, art. 685.

**Con permiso del poseedor del inmueble:** Este permiso se presume cuando, conociendo el poseedor el hecho, no se opone pudiéndolo hacer.

**Desde que empezó á sacarlas:** Una vez separadas, aunque se deje en el mismo terreno á que han pertenecido la posesion corresponde al que las ha estraído. Así, si se arrenda por un año la explotacion de un bosque, las maderas ó leñas cortadas y recogidas, aunque al terminar el arrendamiento se encuentren apiladas en el mismo terreno arrendado, corresponden al locatario. Las palabras que estudiamos no se refieren, pues, á cuando las cosas han sido sacadas del inmueble á que han correspondido, sino á cuando han sido



separadas y recogidas del punto en que estaban á tiempo de hacerse el arriendo. (Véase art. 2425.) "Desde que se separan del suelo, árboles ó plantas que los producen," dice Goyena, comentario al art. 429.

Desde ese tiempo el que las saca es propietario y puede, por consiguiente, disponer libremente de esos objetos, sin que el dueño del terreno pueda oponerse.

**2377**—La posesion se adquiere tambien por la tradicion de las cosas. Habrá tradicion, cuando una de las partes entregare voluntariamente una cosa, y la otra voluntariamente la recibiese. (Concuerda con los arts. 577—1816—2318—2379—2386—2524—Véase art. 2460—2601 á 2603.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3744—Cód. de Chile, 670—Nota del codificador al art. 577—Pothier, *Propiedad*, n.º 195—Fallos de la S. C., S. 1, tom. 9, p. 368—Id. del doctor Drago, p. 351—Comentario al art. 2374—Cód. de Chile, 672 á 674.

**Habrá tradicion, etc., etc.:** Para explicar esto, véase las concordancias y los concordantes citados, especialmente el art. 2379 y su comentario. Sobre la tradicion hecha á un mandatario, cuando el mandato es nulo por vicio de forma. (Véase comentario al art. 2394.)

**2378**—La tradicion se juzgara hecha, cuando se hiciere segun alguna de las formas autorizadas por este Código. La sola declaracion del tradente de darse por desposcido, ó de dar al adquirente la posesion de la cosa, no suple las formas legales. (Concuerda con los arts. 1816—2377—2379—2380—2385—2386—2387—2388—2390—2391—2462, inc. 3.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3752 y 3753—Pothier, *Propiedad*, núms. 204, 208 á 213—Savigny, *Possession*, § 27—Nota del codificador al art. 1816—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 347—353 y 360—Tom. 21, p. 452.

**En algunas de las formas autorizadas por este Cód.:** Estas formas se encuentran determinadas por los arts. concordantes.

**No suple las formas legales:** Es indispensable que se realicen los hechos de que habla el art. 2384. (Véase su comentario y tambien art. 2380.) Esto es sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 2387, segun el cual basta el acto jurídico para que la posesion se adquiera, en el caso allí mencionado.



Quando la enajenacion se hace en venta forzada por decreto del Juez á peticion de acreedores ó por cualquier otra causa, el Juez debe dar la posesion judicial del inmueble; el auto aprobando el remate y mandado poner en posesion al comprador, es suficiente por su parte; pues en este caso el Juez es el representante del tradente; entónces la tradicion queda definitivamente hecha con que el adquirente ejecute actos posesorios, como en el caso del art. 2380. (Véase Cód. de Chile, art. 671, § 3.)

Sobre si existe ó no por nuestras leyes el *constitutum possessorium*, véase lo dicho en nuestro comentario al art. 2394, donde sostenemos que por nuestras leyes solo existe la *brevi manu traditi*, pero no el *constitutum*.

En un fallo de la S. C., S. 2, tom. 5, p. 18, se declara que es indispensable que en la escritura de venta se haga espresamente la tradicion del dominio por medio de la cláusula de *constitutum*, especialmente por la legislacion antigua española. (L. 56, tit. 18, Part. 3. Véase comentario al 2379.)

**2379**—La posesion de los inmuebles solo puede adquirirse por la tradicion hecha por actos materiales del que entrega la cosa con asentimiento del que la recibe; ó por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega. (Concuerda con los arts. 577—1816—2377—2378—2380—2383—2386—2387.)

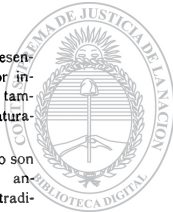
#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3762, inc. 1 á 3, 3815, 3816 á 3818—Cód. de Chile, 672 y 673—Pothier. Propiedad, n° 196—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 14, p. 118.

#### Hecha por actos materiales del que entrega la cosa :

Se ha dicho en el art. anterior que la tradicion para ser válida era necesario hacerla en algunas de las formas autorizadas por el Código; una de esas formas son los actos materiales del que la entrega, con ánimo de trasmitir la propiedad.

Como la tradicion no es sino el signo visible, ó el signo material, diremos así, de manifestar públicamente el traspaso de la propiedad (véase nota del codificador al art. 577), esos hechos de que habla nuestro art. son todos aquellos que tienen lugar como una consecuencia de la voluntad anteriormente manifestada (un contrato, por ejemplo); cualquiera que ellos sean bastan para presumir la intencion de hacer la tradicion en cumplimiento de actos jurídicos anteriores. Así, si un propietario vende su casa y principia á sa-



car sus muebles para entregársela al comprador ó á su representante con conocimiento de éste, hay tradicion; si el comprador introduce sus muebles con conocimiento del vendedor, hay tambien tradicion. El art. 2384, da muchos ejemplos de esta naturaleza.

El hecho de manifestar á los actuales poseedores que no son propietarios, que el adquirente es el propietario sin que el anterior lo contradiga, basta para que quede hecha la tradicion.

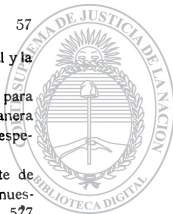
Como, segun el art. 2374, la posesion se adquiere cuando el tradente pone al adquirente en presencia de la casa con la posibilidad física de tomarla, es decir, libre de toda otra posesion, debemos deducir que entre los modos de adquirirla enumerados en el art. que estudiamos, debe comprenderse tambien el caso en que el propietario entrega al adquirente las llaves de la casa cuya posesion se quiere transmitir.

Este caso queda tambien comprendido en el art. que estudiamos, puesto que la entrega de las llaves vendria á ser un acto material de la clase de los que allí se exigen para la tradicion, y el hecho de entrar en la casa con las llaves proporcionadas por el tradente, es otro acto material de la misma naturaleza. (Pothier, Propiedad, nº 200.)

El art. 2385, espreso para las cosas muebles ofrece tambien argumento en favor de esta tradicion tratándose de inmuebles. En el mismo sentido legisla Freytas en su art. 3816, que ha servido de base á la redaccion de nuestro art. 2379. "Júzgase hecha, dice el art. brasilero, la tradicion de los inmuebles por *actos materiales* de ambas partes, entregando el tradente y recibiendo el adquirente de mano á mano las llaves de la casa."

Con la entrega de las llaves se reúne á la voluntad de las partes la posibilidad material de entrar en ella, y si á esto se agrega que el adquirente entre realmente en la cosa, es indudable que la posesion queda adquirida.

**Con asentimiento del que la entrega:** Este consentimiento puede ser dado en el acto de tomar la posesion material, ó manifestado anteriormente. Así, si Pedro vende una casa á Juan, y despues de hecha la escritura entra en posesion de la casa instalándose en ella, ó haciendo cualquier acto de propiedad, el derecho real que-



da adquirido desde ese momento, pues hay el hecho material y la voluntad manifestada en la escritura.

Por lo dicho, se ve que si bien la tradicion es indispensable para la adquisicion de derechos reales, ella puede efectuarse de la manera mas fácil y cómoda para las partes, sin necesidad de fórmulas especiales.

Cuando el art. 2378 dice que la sola declaracion del tradente darse por desposeído, no suple la tradicion tal como la entiende nuestro Código, no hace mas que confirmar lo dispuesto en el art. 577 y en el presente. En el caso allí supuesto solo hay la voluntad por parte del tradente, lo cual, por las razones espuestas por el codificador en la nota al art. 577, no basta para la tradicion, si á esta voluntad no se agrega el hecho material. (Véase comentario á dicho art. 2378.)

**2380**—Puede tambien hacerse la tradicion de los inmuebles, desistiendo el poseedor de la posesion que tenia, y ejerciendo el adquirente actos posesorios en el inmueble en presencia de él, y sin oposicion alguna. (Concuerda con los arts. 577—2378—2379—2387—2462, inc. 3.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3818—Pothier, Propiedad, núms. 110 y siguientes—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 347.

El presente art. es un caso de aplicacion práctica del anterior ; (véase su comentario y el del art. 1378).

**2381**—La posesion de las cosas muebles se toma únicamente por la tradicion entre personas capaces, consintiendo el actual poseedor en la trasmision de la posesion. (Concuerda con los arts. 577—592—593—597—598—2387—2392—2399—3265.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3818—Molitor, tom. 3, p. 61, n° 27—Fallos de la S. C., S. 2, tom 7, p. 347—Tom. 11, p. 414—Toin, 12, p. 117—En contra, Cód. Frances, art. 1606.

**Únicamente por la tradicion** : Antes de esa tradicion el adquirente no tiene ningun derecho con respecto a tercero acreedor, del enajenante, aun cuando el primero haya pagado el precio.

En los fallos citados de la S. C. se resuelven dos casos en que los compradores de muebles salen en terceria de dominio alegando propiedad del os muebles embargados á sus enajenantes. La Suprema



Corte no hace lugar á la tercería fundándose en que no habiendo tenido lugar ni la tradicion real ni la simbólica de los muebles vendidos, no se ha adquirido el dominio. "Que para que sea perfeccionado el contrato, dice, la sentencia de 1ª Instancia, confirmada por la Corte, y se adquiriese el dominio tratándose de bienes muebles, era necesario la tradicion al comprador, que no solamente no ha tenido lugar por verdadera entrega, sino que ni aun la simbólica, *ó sea la confesada de darse por recibido de ellos*, sin lo que la obligacion del comprador es solo de entregar la cosa." Sobre la tradicion simbólica, véase comentario al art. 2385.

De modo que el comprador en caso de concurso, tendrá que entrar, si hubiere pagado el precio, como uno de los acreedores.

**Entre personas capaces:** Para conciliar este art. con el 2392, 2399, etc., etc., debe entenderse que no se refiere á la capacidad en general, sino á la capacidad especial para transmitir y adquirir muebles.

1º ¿Cuándo se juzga que hay tradicion de las cosas muebles?  
¿Es necesario la aprehension material de la cosa que se transmite?

Nuestro Cód., en materia de tradicion, ha seguido el Derecho Romano; es necesario remontarnos á esas leyes para resolver estas cuestiones siempre que no se choque con los principios generales establecidos por nuestro Cód. La ley 79 de *solutionibus* dice: *Nam tum quod a nulla corporaliter ejus rei possessio detinetur, adquisita, mihi et quodam modo manu longa tradita existimanda est.*

Se ve por esta ley que por derecho romano no era necesario la aprehension material de la cosa; bastaba solo que en presencia de los objetos se declarase la voluntad de hacer la tradicion, poniéndolos á disposicion del adquirente, para que hubiese tradicion. Esto se ha convertido en ley como principio general por nuestro art. 2374.

Es como se ha entendido siempre la tradicion, tanto de los inmuebles como de los muebles. Si una persona vende á otra una cantidad de maderas, y despues de hecha la venta el vendedor lleva al comprador en presencia de ellas y se las enseña y el último se da por recibido, de modo que los riesgos corran desde ese momento de su cuenta, indudablemente que hay tradicion. "Es la presencia corporal, dice el doctor Velez en la nota al art. 2374, la que nos pone en estado de disponer de la cosa á nuestra voluntad."



"En la adquisicion de la posesion de cosas muebles, la presencia inmediata puede, sin ninguna ficcion, *reemplazar la aprehension real.*"

Pero si en vez de esta presencia material, solo existe el contrato, si, por ejemplo, Pedro vende á Juan una cantidad de maderas que el primero tiene en sus depósitos, hasta que esas maderas no sean entregadas, las pérdidas son de cuenta del vendedor, y por lo mismo no se puede decir que hay tradicion; sin la presencia en el depósito y el recibo del comprador no hay tradicion. (Véase Savigny, Posesion, § 16.)

Si se vende una cantidad de ganado, aunque haya sido separado y contado; si el vendedor queda con el ganado para entregárselo al comprador en una época dada y en un punto determinado, la tradicion solo se considerará hecha con la entrega en el lugar determinado para el recibo.

El hecho de trasportar el tradente los objetos á casa del adquirente, constituye tambien tradicion: "el solo transporte, dice Savigny, Posesion, § 17, á la casa constituye el hecho atributivo de posesion."

Savigny, § citado, trae innumerables ejemplos que pueden tener aplicacion por nuestras leyes.

**Consintiéndole el actual poseedor:** En los eruditos fallos del doctor Drago, p. 41, se encuentra resuelto un caso práctico de consentimiento tácito.

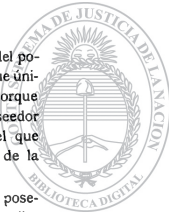
**2382**—La posesion de cosas muebles no consintiendo el actual poseedor la trasmision de ellas, se toma únicamente por el acto material de la ocupacion de la cosa, sea por hurto ó estelionato; y la de los inmuebles en igual caso por la ocupacion, ó por el ejercicio de actos posesorios, si fué violenta ó clandestina. (Concuerdia con los arts. 2364 á 2372—2455—2456—2458.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3824 y 3825, inc. 1.—Pothier, Posesion, núms. 41, 75 y siguientes.

**Se toma únicamente por actos materiales:** Cuando se trata de adquirir la posesion, como en el caso del articulo anterior, con asentimiento del actual poseedor, basta, como hemos dicho ántes, la presencia de la cosa y la posibilidad física de poder disponer de ella en cualquier momento para que ésta quede adquirida.





No sucede así tratándose de adquirirla contra la voluntad del poseedor ó sin su consentimiento; aquí es el hecho material lo que únicamente hace entrar la cosa en posesion del que la toma, porque no existiendo relacion jurídica alguna entre el dueño ó poseedor y el tomador de ella, es solo el hecho material, visible, el que muestra que este último está en la posibilidad de disponer de la cosa.

Hay pues una gran diferencia entre el modo de tomar la posesion derivada ó transmitida, y la que se adquiere por un acto unilateral. "Cuando la posesion, dice Molitor, tom. 3, § 27, siguiendo á Mühlenbruch, es adquirida de otro modo que la tradicion, la presenencia de la cosa no basta, es necesario el contacto inmediato."

"Si la posesion originaria, continua el mismo autor, y en general toda posesion adquirida por un acto unilateral exige, para que la intencion se traduzca en realidad, un contacto inmediato de la persona y de la cosa, *occupatio, contrectatio, vis*, no es lo mismo en la posesion transmitida, es decir, la posesion que adquirimos por un concurso la voluntad del poseedor y de la nuestra."

Si en ese hecho material falta el elemento constituyente, diremos así, de la posesion por acto unilateral.

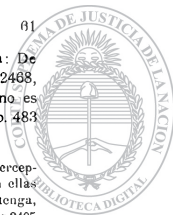
La distincion entre las dos clases de posesion queda establecida por el artículo que estudiamos y el anterior; complementándose el uno con el otro, resulta claramente la distincion que acabamos de explicar.

Cuando hablemos de la pérdida de la posesion, que es uno de los requisitos indispensables para que otra la adquiera, en razon de no poder existir dos posesiones iguales (art. 2401), completaremos el estudio del presente artículo.

**2353**—Para juzgarse hecha la tradicion de los inmuebles, no estando el adquirente en la simple tenencia de ellos, es necesario que el inmueble esté libre de toda otra posesion, y sin contradictor que se oponga á que el adquirente la tome. (Concuerda con los arts. 2387—2409.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas. 3620—Molitor. tom. 3. § 27. p. 60—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 6, p. 473.



**Que el inmueble esté libre de toda otra posesion:** De lo contrario se chocaría con el principio establecido por el art. 2468, salvo cuando lo que se transmite es indivisible, en cuyo caso no es necesario hacer tradiciones parciales. (Véase fallo citado, p. 483 del to.n. citado.)

**2384.1**—Son actos posesorios de cosas inmuebles: su cultura, percepcion de frutos, su deslinde, la construccion ó reparacion que en ellas se haga, y en general, su ocupacion de cualquier modo que se tenga, bastando hacerla en algunos de sus partes. (Concuerda con los arts 2405—2408.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3821—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 18, p. 267—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 1. p. 33—Comentario al art. 2379.

**Bastando hacerlo en alguna de sus partes:** ¿Se refiere esto únicamente á la posesion adquirida por la tradicion, ó debe comprenderse tambien á la que es adquirida por actos unilaterales como los de que habla el art.? La ley no distingue, y no vemos la razon para que la jurisprudencia distinga tampoco. Por el contrario, el art. 2382, dice que la posesion de un inmueble, cuando no es consentida por el dueño, se toma por la ocupacion ó por actos posesorios, sin distinguir ó restringir esta posesion á la parte que materialmente abarca en el momento de la ocupacion. Así, si se echa violentamente al poseedor de una casa, no será necesario que este mismo hecho se ejecute en cada habitacion de la casa para que se tome posesion de toda ella; basta que el poseedor haya sido espulsado de una de las habitaciones, del patio y de cualquier punto de la casa.

Si es un establecimiento de campo, bastará que se tome posesion de la casa para adquirir la de todo el campo comprendido bajo la misma denominacion en que se comprende la casa; ó si es de un campo, solo bastará que se le espulse de una parte de él para que se tome posesion de todo el inmueble.

De lo contrario, nunca llegaría á tener aplicacion el art. 2382, puesto que sería necesario disputar palmo á palmo, é ir adquiriendo cada pedazo de tierra cubierta por la planta del ocupante, lo cual sería materialmente imposible determinar cuando se tratase de averiguar qué parte habia sido la ocupada por el adquirente de la posesion.



Otra cosa sería, si el ocupante se limitase á ejercer actos posesorios en una área determinada, con ánimo de poseer solo esa parte.

Por derecho romano, la teoría contraria, pero sin llevarla hasta la exageracion, puede tener lugar, y Pothier (nº 41), la sostiene fundándose en un testo espreso.

Pero ese testo no es ley entre nosotros, y con el art. citado ni como argumento de doctrina puede servirnos para interpretar el que estudiamos. (En contra, Savigny, nota 54.)

**2385**—Si la cosa cuya posesion se trata de adquirir estuviere en caja, almacén ó edificio cerrado, bastará que el poseedor actual entregue la llave del lugar en que la cosa se halla guardada. (Concuerda con los arts. 2206—2378.)

#### CONCORDANCIAS

(Savigny, Posesion, § 16)—Freytas, 3763, inc. 2, y 3817, inc. 1—Nuestro comentario al art. 2379—Pothier, *Propiedad*, n° 199—Molitor, tom. 3, p. 62, n° 27 y 29—Cód. de Chile, 684, inc. 3—Véase nota á este art.

#### **Bastará que el poseedor actual entregue la llave:**

De suerte que no será necesario que uno y otro se trasporten al lugar donde están los objetos que se quieren transmitir. Por lo demas el art. supone que la cosa está libre de toda otra posesion, y que si se debía recibir por cuenta, medida ó peso estaba ya pesada, medida ó contada. (Véase art. 2389.) Si estas operaciones no se han ejecutado, la tradicion no se efectúa mientras el adquirente no las verifique. Por derecho frances, estos puntos son materia de cuestion. (Véase Laurent, tom. 24, n° 139 y siguientes.)

La tradicion de que habla este artículo es la que por Derecho Romano se llama simbólica. Es el mismo caso de tradicion de que habla el 2388.

Si las cosas estuviesen depositadas en poder de una tercera persona, creemos que la tradicion quedaria efectuada con la órden dada por el tradente al depositario para que las entregue al adquirente.

El art. 2388 suministra argumento para esto, cuando dice que la entrega de los conocimientos, facturas, etc., es suficiente para que la tradicion se juzgue hecha. Los conocimientos ó guías endosa-



dos á otros no son sino órdenes para que el tenedor de los objetos los entregue al endosatario de esas guías.

Sobre todo, en el caso propuesto, como el de que habla el art. que estudiamos se reúnen todos, los requisitos necesarios para la tradicion, voluntad y hecho material del tradente, como es el de dar la orden, que es lo que constituye, como dice el codificador en la nota á este artículo, la *posibilidad física* de disponer de la cosa.

Otro caso de tradicion es el citado en la sentencia de la S. C., de que hemos hablado en el comentario al art. 2381. Nos referimos á cuando, habiéndose hecho la venta de muebles por escritura pública, el vendedor se da por desposeído y el comprador se da por recibido de lo comprado.

La Suprema Corte parece aceptar que en este caso hay tambien tradicion, quedando por consiguiente adquirido el dominio desde que se firma la escritura en los términos indicados. La razon es que la declaracion del adquirente aceptada por el enajenante importa una prueba del hecho material de la tradicion, el cual debe juzgarse sincero mientras no se pruebe lo contrario en los casos de fraude.

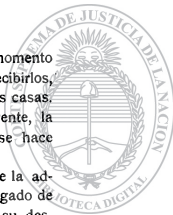
Lo dicho en este comentario es, por supuesto, sin perjuicio de los derechos de los acreedores cuando la tradicion ha sido hecha en fraude de sus intereses (arts. 592 á 595, y 597).

**2386**—La tradicion quedará hecha aunque no esté presente la persona á quien se hace, si el actual poseedor remite la cosa á un tercero designado por el adquirente, ó la pone en un lugar que esté á la exclusiva disposicion de éste. (Concuerda con los arts. 1816—2378—2388—2396.)

#### CONCORDANCIAS

(Savigny, § 17—L. 18, § 2, *de poss.*)— Freytas. 3764. inc. 2—Cod. de Chile. 684. inc. 4—Laurent, tom. 24. n° 140.

**Remite la cosa á un tercero designado:** En tal caso, la tradicion queda hecha desde el momento en que el tercero la recibe, y no desde que el tradente se desprende de la cosa para remitirla. Si la cosa es mandada por medio de un empleado del tradente, ó por un empresario de transporte, el que la recibe hace las veces de mandatario del que entrega los objetos y no del que los va



á recibir; luego, la tradicion no se efectúa sino desde el momento que son recibidos por el adquirente, por el encargado de recibirlos, ó desde que son puestos á disposicion de uno de ellos en sus casas. Si la remision es hecha por medio de un agente del adquirente, la tradicion queda hecha desde el momento en que el agente se hace cargo de la cosa (art. 2388).

Si la entrega ó tradicion se ha hecho en el mismo lugar de la adquisicion, bien sea por el mismo adquirente ó por un encargado de éste, y que el enajenante se haya encargado de remitirla á su destino, el enajenante no es responsable de su pérdida, por cuando desde ántes de remitir la cosa estaba ya adquirida, ó hecha la tradicion.

Así, por ejemplo, un comerciante compra mercaderías en un lugar, las paga y encarga al mismo vendedor que se las remita por su cuenta (por la del comprador) á su destino. ¿Á quién pertenecen las mercaderías desde ese momento? Indudablemente que al comprador (este caso está comprendido en el art. 2388, 2ª parte), pues que la tradicion se ha efectuado por parte del vendedor desde el momento en que las ha puesto á disposicion del comprador, y éste las ha pagado, contado y pesado (Tropiong, Venta, nº 268). Lo que sigue es un acto completamente distinto. (Véase Molitor, Posesion, nº 30, p. 67.)

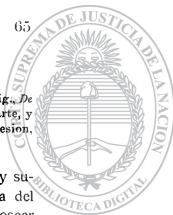
Lo dicho es sin perjuicio de los usos comerciales, en cuando los autorice el Cód. de Comercio.

**Que esté á la exclusiva disposicion de éste:** Es necesario no confundir el uso práctico legislado aquí, con lo dicho anteriormente en este comentario. No se refiere aquí á cuando el enajenante debe remitir la cosa de su cuenta al adquirente. El hecho de transportar la cosa á los depósitos del que debe llevar los objetos á su destino (á los depósitos de ferrocarriles, por ejemplo) no constituye tradicion, puesto que con esto no quedan bajo el dominio exclusivo del adquirente (véase nota del codificador), quien puede, como dice Molitor, recibir una decepcion si el tradente despues del depósito los remite á otro.

**2387**—No es necesaria la tradicion de la cosa, sea mueble ó inmueble, para adquirir la posesion, cuando la cosa es tenida á nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía á su nombre, ó cuando el que la poseía á nombre del propietario, principia á poseerla á nombre de otro. (Concuerda con los arts. 577—2353—2365—2378 á 2380—Véase art. 2462, inc. 3.)

## CONCORDANCIAS

(L. 47, Tit. 28, Part. 3ª—L. 9, § 5. Dig. *De adq. rerum. dom.* y L. 18 Dig. *De adq. vel omitt. possess.*—Molitor, *De la posesion*, n° 3)—Freytas, 3753, 2ª parte, y art. allí citado—Pothier, *Propiedad*, núms. 206 y 246—Leon Wodon, *Posesion*, tom. 1, núms. 263 y 263 bis.



**Y éste por un acto jurídico:** El cual debe ser espreso y suficiente para transmitir la propiedad; la prueba de la existencia del acto jurídico corresponde al poseedor precario que principia á poseer á título de dueño, art. 2353, 2ª parte.

**Principia á poseerla á nombre de otro:** Pero siempre, como en el caso anterior, en virtud de un acto jurídico.

Es necesario no confundir este caso con el de desposesion de que habla el art. 2458. (Véase comentario al art. 2394, n° 1, y Savigny, allí citado.

La posesion que se adquiere en los casos enumerados en el art. que estudiamos, precedida de acto jurídico que da la propiedad, hace salir la cosa del patrimonio del tradente, y sus acreedores, á ménos del caso de fraude, nada pueden hacer contra el adquirente, puesto que juntamente con la posesion se trasmite la propiedad.

Nos parece inexacto decir, como afirma el doctor Segovia en la nota 58, que en el caso legislado en el art. puede adquirirse la posesion sin adquirirse la propiedad. ¿Qué es lo que da la posesion al simple tenedor? Indudablemente que el acto jurídico (venta, donacion, etc., etc.), si el acto jurídico no existe, ó no es suficiente para hacer pasar el dominio de la cosa al que la poseía á nombre del propietario, es claro que la posesion no existe. “Cuando la cosa es tenida á nombre del propietario, dice el art., y éste *por un acto jurídico pasa el dominio de ella* al que la poseía á su nombre”; luego, si ese dominio *no ha pasado* por no llegarse á perfeccionar el acto jurídico, la posesion tampoco ha podido adquirirse, puesto que ha faltado un elemento principal, el acto jurídico.

El que el tenedor haya poseído con ánimo de dueño en el intervalo transcurrido desde el acuerdo de voluntades entre el propietario y el tenedor, y la manifestacion del primero de no querer perfeccionar el acto, no quiere decir que durante ese tiempo el tenedor haya tenido ó adquirido la posesion civil derivada de que este art. habla, como parece afirmarlo el doctor Segovia en la última parte de la nota 58 citada. Puede haber adquirido una posesion como la de



que habla el art. 2364 y la segunda parte del art. 2355, pero ya hemos dicho, no es de esta posesion de lo que se trata aquí, sino de una posesion de buena fe y con justo título, de una posesion como la de que habla la primera parte del art. 2355.

**Principia á poseer á nombre de otro:** Se habla aquí en la suposicion que ésta haya tenido lugar en virtud de un acto jurídico traslativo de la propiedad entre aquel á nombre del cual se posea y el á cuyo nombre se principia á poseer. Repetimos: hablamos aquí de la posesion con justo título, de la posesion legítima, y no de la ilegítima. La primera da derecho á prescribir por diez y veinte años, no así la segunda, que solo hace prescribir á los treinta.

**2355**—La tradicion de cosas muebles que no están presentes, se entendiendole hecha por la entrega de los conocimientos, facturas, etc., en los términos que lo dispone el Código de Comercio; ó cuando fueren remitidas por cuenta y orden de otros, desde que la persona que las remite las entrega al agente que deba trasportarlas; con tal que el comitente hubiese determinado ó aprobado el modo de la remision. (Concuerda con los arts. 2378—2386.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3771. 3778—Comentario al art. 2386 y 2389.

**Por cuenta y orden de otros:** ¿Cuándo se entiende que son por cuenta y orden de otro? En regla general, cuando se vende una cosa se entiende que la obligacion del comprador es de entregarla en el lugar en que se encontraba á tiempo del contrato, si otra cosa no se ha estipulado espresamente (art. 1410 y sus concordantes). De aquí se sigue que no existiendo una estipulacion espresa, cuando la cosa es remitida por el enajenante, se entiende que lo es por orden y cuenta del remitente. Mas cuando hay estipulacion de que la cosa deba ser entregada en un lugar determinado, la remision desde el lugar en que se encontraba al formarse el contrato al en que se estipuló la entrega, aunque no se diga que esa remision es por cuenta y riesgo del enajenante, se entiende que lo es así, porque la tradicion, que es lo que hace adquirir la propiedad, solo se efectúa por la entrega en el lugar designado. (Véase comentario citado). todo esto sin perjuicio de lo dicho en el comentario al art. 2386.

**Determinado ó aprobado el modo de remision:** Si el



modo de que se ha valido el tradente es el medio generalmente empleado se supone que éste era de la aprobacion del adquirente.

Nos parece que esta parte del art. habria tenido una colocacion mas propia si se hubiese puesto al tratar de las obligaciones del enajenante. La buena ó mala disposicion en el modo de hacerse la remision, es natural que influya respecto al cumplimiento de las obligaciones, ó responsabilidad que pueda resultar para el enajenante por los deterioros ó pérdidas que á causa de esto sufra la cosa; pero creemos que en nada puede influir para decidir si el acto importa ó no una tradicion.

La falta de cumplimiento de las instrucciones, era la que debia determinar la responsabilidad del enajenante, sin perjuicio de que bien ó mal cumplidas estas instrucciones del adquirente, la tradicion quedase ó no hecha puesto que ya no se trataria de cuestion de propiedad y por ella determinar quien era el que como propietario debia sufrir la pérdida, sino de una condicion, ó mas bien dicho, de una estipulacion separada del contrato de adquisicion. Supóngase que la cosa ha sido remitida en una forma no aceptada por el adquirente, pero que ha dado el mismo resultado, ni ha habido mas demora en la remision ni ha habido deterioro, ¿podria el adquirente desistir de su contrato de adquisicion? Indudablemente que no; desde que el modo de trasportarse la cosa no habia sido el motivo determinante de la adquisicion, ni ésta habia sufrido nada, el adquirente no tendria en qué fundar su negativa; luego, pues, la falta en sí no es la que decide si se ha trasmitido ó no la propiedad, puesto que aun en caso de falta podria resultar que la propiedad estaba irrevocablemente adquirida.

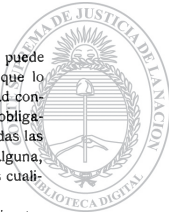
**2389**—Cuando se hubiesen recibido las cosas expresadas en una obligacion, se supone que si era cantidad ó cosa incierta, ha sido individualizada. Si la obligacion era alternativa, que la eleccion ha tenido lugar; y que ha sido gustada, contada, pesada ó medida, si la cosa dependia de estas operaciones. (Concuerda con los arts. 577—603—609—610—1336—1337—1338—1342—1343—2376.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3781—Laurent, tom. 24, n° 145—Comentario á nuestro art 1337—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 472.

**Y que ha sido gustada, pesada, medida, etc., etc.:** Por





consiguiente, despues de hecha la tradicion, el adquirente no puede entablar reclamo alguno contra el enajenante, por resultar que lo entregado es ménos de lo comprado, ó que no es de la calidad convenida, etc., etc. La razon es que no estando el adquirente obligado á recibir las cosas objeto de la obligacion si no llenan todas las condiciones estipuladas, desde que la recibe sin protesta alguna, es de suponerse que sea porque la cosa comprada reúne las calidades ó condiciones convenidas.

Puede, sin embargo, suceder que así no sea, y que el adquirente, fiado en la buena fe del enajenante, ó por cualquier otra circunstancia, no haya recibido, pesado ó medido las cosas entregadas; en tal caso, como no sería justo privar al adquirente de una reclamacion fundada, le sería permitido probar que no ha pesado, contado ó medido lo que ha recibido ó que ha padecido error en esta operacion. Supóngase, por ejemplo, que se compra una determinada clase de vino; el vendedor le hace tradicion del vino al comprador, quien no dudando de su clase, no hace la operacion de verificarlo.

Despues de algunos dias, descubre que el vino comprado no es de la calidad ó clase del estipulado. En este caso, decimos, no podría negársele al comprador el derecho á reclamar contra el vendedor, siempre que probase que el recibo lo habia hecho sin probarlo y que no habia renunciado, tácita ó espresamente á esta facultad; es decir, que al hacerse la tradicion, el comprador habia admitido el vino en concepto de que sería de tal clase, lo cual se reservaba verificar. Otra cosa sería si se tratase de una cosa comprada, no como de una clase determinada (por ejemplo, vino blanco) sino á gusto del comprador. Aquí, el hecho de recibir el vino, supone necesariamente que es á su gusto, y si no lo ha probado, se supone que es porque ha renunciado á ello y se ha conformado con adquirirlo sin la condicion de que sea á su gusto personal. Entónces la desgustacion ya no puede tener lugar con efecto para el enajenante.

La distincion que hacemos está fundada en la naturaleza misma del contrato y en la situacion especial en que el vendedor se encuentra, segun que lo vendido sea á gusto del comprador ó de una calidad determinada.

Supóngase que se compra vino blanco; el comprador recibe la vacija cerrada y la guarda en sus depósitos; despues de algunos dias, recién tiene ocasion de ver que el vino es negro en vez de ser



blanco. En este caso indudablemente el comprador puede reclamar: primero porque está á la vista el error, si prueba que recibió el vino en concepto de ser negro, y segundo porque el vendedor sabía ó debía saber que lo entregado no era lo comprado; 2ª hipótesis: la compra era hecha bajo condicion de que agradase al comprador; si éste no ha hecho la desgustacion ántes de recibir el vino, cuya será la culpa, y se supondrá necesariamente que ha renunciado á la facultad que tenía de aceptar ó no el vino segun que fuera ó no á su gusto. Aquí, al vendedor no se le puede imputar falta alguna, puesto que él no ha podido saber de antemano si el vino entregado era ó no á gusto del comprador; él ha cumplido con ponerlo á su disposicion para que lo pruebe; esto agregado á la dificultad de la prueba hace imposible toda reclamacion.

Lo mismo será cuando se hayan comprado cosas comprendidas en una obligacion alternativa. Se vende el vino del depósito A, ó el del depósito B á eleccion del adquirente; éste recibe el del depósito B; hecha la tradicion el comprador no puede alegar que aun no ha verificado la eleccion para devolver lo recibido y pedir el del depósito A. Desde el momento del recibo la cosa quedó individualizada, y se aplica lo dispuesto respecto á la obligacion de dar cosas ciertas. (Véase art. 603 y nota del codificador al art. 637.)

**2390**—La tradicion de rentas nacionales ó provinciales se juzgará hecha por la trasferencia de ellas, segun la legislacion que las rija. La tradicion de acciones nominativas de compañías ó sociedades, se juzgará hecha, cuando lo fuese conforme á los estatutos de la sociedad ó de los contratos sociales. La tradicion de acciones endosables, se juzgará hecha por solo el endoso, sin ser necesaria la notificacion al deudor. Las acciones al portador se juzgarán transmitidas por la sola tradicion efectiva de los títulos. (Concuerda con los arts. 732 y nota del codificador á dicho art.—1438—1454 á 1457—1459—1815—2378.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3785 á 3788—Notas del codificador á los arts. 731, inc. 6, y 3209—Potier, Propiedad, núms 217 y 218.

**2391**—La tradicion de instrumentos de crédito solo se juzgará hecha, cuando fuese notificada al deudor, ó aceptada por él. (Concuerda con los arts. 1457—1459 y siguientes—1467—2378—3265.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3784.



**De instrumentos de crédito:** Que no sean á la orden ó al portador; si son á la orden y al portador, la tradicion, para todos los efectos legales queda hecha desde el endoso y entrega, ó desde la entrega cuando es al portador (art. 732, y nota del codificador á dicho art. 1456, 3209 y nota del codificador á este último—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 485).

**Solo se juzgará hecha:** Con respecto á terceros, pero no con respecto al tradente y al adquirente. (Comentario al art. 1457, art. 1459 y su comentario y fallo allí citado.)

**Notificada por el dendor, ó aceptada por él:** Esta notificación podrá hacerse en la forma indicada en el art. 1460, con respecto al deudor.

**2392**—Son incapaces de adquirir la posesion por sí mismo los que no tienen uso completo de su razon, como los dementes, fátuos y menores de diez años; pero pueden adquirirla por medio de sus tutores ó curadores. (Concuerda con los arts. 54, inc. 2 y 3—92—141—2381.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 1, Dig., De adq. poss., Pothier, Posesion, n° 44)—Freytas, 3828 y 3829—Cód. de Chile, 723, inc. 2—Savigny, Posesion, § 21

**Como los dementes:** Es sabido que para adquirir la posesion es necesario tener voluntad de tomarla para sí (art. 2373). Es por esto que en principio general el demente no puede adquirir la posesion; ¿podrá adquirirla en un intervalo lúcido? Pensamos que sí; siempre que se pueda constatar, como en el caso de testamento, que el adquirente ha estado en un intervalo lúcido, no vemos la razon por que, pudiendo testar (art. 3615 y nota), no pueda adquirir la posesion. En principio general, todo demente y todo menor de edad es inhábil para administrar sus bienes; pero por el art. que estudiamos se ve que esta prohibicion no es absoluta tratándose de la adquisicion de la posesion, puesto que pueden adquirirla los menores de edad con tal que tengan diez años.

No se puede, pues, argumentar con la incapacidad para administrar sus bienes, y decidir que el demente no pueda adquirir la posesion en un intervalo lúcido, desde que esta incapacidad está limitadísima. Si el que tiene diez años puede adquirir la posesion, con mas razon el demente en intervalos lúcidos, que puede testar,

puede adquirirla tambien. Freytas, art. 3828, inc. 2, así lo dispone espresamente; del mismo modo opinan Leguizamon y Machado, Institutas, nota 309.

**Menores de diez años:** Porque el menor de diez años en ningun caso tiene voluntad, ni para los actos ilícitos; no sucede así con el mayor de diez años, que aunque en general sea incapaz, puede tener voluntad de adquirir. Tal es la razon de nuestro Cód. de Freytas, del Cód. de Chile. (Véase nuestro comentario al art. 2399) y de la mayor parte de los Códigos europeos. (Pothier, Posesion, nº 46.)

1º ¿Pueden adquirir la posesion los sordo-mudos que no saben leer ni escribir? Pensamos que sí, puesto que es indudable que pueden tener voluntad y tomar la posesion material. La incapacidad del sordo-mudo es únicamente por la dificultad para establecer la prueba de su voluntad en los actos jurídicos; pero desde el momento en que esa voluntad pueda manifestarse, como lo puede manifestar el mayor de diez años, parece indudable que puede adquirir la posesion.

Un niño de once años difícilmente puede ser mas capaz que un sordo-mudo de veinte que no sea demente.

**2393**—Tampoco pueden adquirir la posesion de las cosas las personas jurídicas, sino por medio de sus síndicos ó administradores. (Concuerda con los arts. 35—41—2391 á 2398.)

#### CONCORDANCIAS

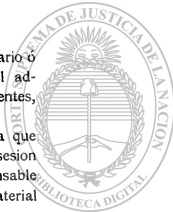
(L. 1, § 22, Dig., De adq. posa.)—Freytas, 3829—Cód. de Chile, 721—Savigny, Posesion, § 21.

**2391**—La posesion se adquiere por medio de otras personas que hacen la adquisicion de la cosa con intencion de adquirirla para el comitente. Esta intencion se supone desde que el representante no haya manifestado la intencion contraria por un acto exterior. (Concuerda con los arts. 2393—2395—2446.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 1, § 20, Dig., De adq. poss.—Troplong, sobre el art. 2228, n° 259—Pothier, Posesion, n° 50 y 51) —Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 1, p. 33—Freytas, 3830—Cód. de Chile, 720 y 721, 1ª parte—Leon Wodon, Posesion, tom. 1, n° 255

**Por medio de otra persona:** Ésta puede ser un tercero que



no este bajo la dependencia del adquirente, como el mandatario o procurador, y puede ser también una persona que dependa del adquirente, tales como el hijo, el sirviente, la mujer, los dependientes, ó por los terceros poseedores (art. 2387, última parte).

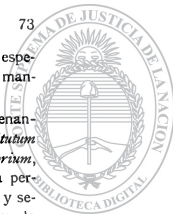
Basta que exista la orden ó el mandato para que la persona que toma la posesion material, haga adquirir á su mandante la posesion jurídica de la cosa; pero esta orden ó mandato es indispensable para que la posesion principie desde el momento del hecho material del agente; de lo contrario será una gestion de negocios, y la posesion no se adquirirá sino mediante la ratificacion (art. 2398).

Debe existir, dice Savigny, § 26, p. 270, un vínculo jurídico entre el representante y el representado para que éste pueda adquirir la posesion. En general, es necesario, antes del acto de la adquisicion una orden si se trata de un vínculo de autoridad, como el del padre y el hijo, el señor y el esclavo, ó un mandato si se trata de un vínculo libremente contratado."

1º El representante debe ser relativamente capaz de adquirir la posesion por sí mismo. De aquí se sigue que las personas designadas en el art. 2392 no pueden adquirir la posesion para otros. (Véase nuestro comentario al art. 2399.) Algunos autores, entre ellos Troplong y Dalloz sostienen que el intermediario es solo un instrumento, siendo por consiguiente inútil entrar á considerar su capacidad; que la posesion se puede ejercer por simples instrumentos desprovistos de toda voluntad, los animales de pastoreo, por ejemplo.

Leon Wodon, siguiendo á Pothier y á Savigny, les contesta en el nº 261, que una cosa es el ejercicio del derecho de posesion que se ejerce en el ejemplo puesto y otra la adquisicion de la posesion. Si se trata de lo primero, Troplong tiene razon, no así cuando se trata de lo segundo. "Cuando se trata de adquirir, dice el autor citado, la voluntad del tercero debe ser espresada y subordinada á la nuestra, para que podamos tener el *corpus* ó la facultad de disponer de la cosa."

Indudablemente, esta es la doctrina de nuestro Cód., pues el codificador cita á Pothier, como concordante del art. que estudiamos, precisamente en el pasaje en que apoya la doctrina que sostenemos; á mas el art. 2399 exige que los mandatarios sean capaces de tener voluntad, lo cual no tienen las personas de que habla el art. 2392.



Respecto á la adquisicion por mandato, el poder debe ser especial (art. 1881, inc. 7), ó comprendido en las cláusulas de un mandato general.

1º ¿Podemos adquirir la posesion por medio del mismo enajenante? ó lo que es lo mismo ¿existe por nuestras leyes el *constitutum possessorium*? Pensamos que no. Se llama *constitutum possessorium*, segun Leon Wodon, Posesion, nº 263, el acto por el cual una persona que posee por sí misma conviene en darnos la posesion, y seguir en adelante con solo la detencion, es decir, seguir poseyendo á nombre nuestro.

Aquí, como se ve, suponemos que el adquirente no ha ejercido ningun acto material sobre la cosa de que el poseedor se da por desposeído; nos encontramos en el mismo caso en que es un tercero extraño el que toma posesion por nosotros.

Siendo así, el caso queda definitivamente resuelto por la segunda parte del art. 2378, que dice que "la sola declaracion de darse por desposeído *no supe las formas legales*; esto queda confirmado por el art. 2380, que exige, no solo que el poseedor desista de su posesion, sino que el adquirente ejerza actos posesorios en presencia y sin oposicion del actual poseedor.

Luego, pues, la sola voluntad del tradente, manifestado tanto en el contrato de trasmision como en los actos posteriores, no bastan para que adquiramos la posesion; es indispensable actos posesorios que demuestren la toma de posesion por nosotros mismos.

Podemos decir entónces, que el mismo tradente no puede servirnos, segun nuestro derecho, como intermediarios para adquirir la posesion, sin necesidad de intervenir nosotros mismos ó nuestros representantes. Esto por lo que hace al *constitutum possessorium*, definido como lo acabamos de hacer y para los casos enumerados por Pothier, Propiedad, desde el nº 208 á 213. Mas si bajo la misma denominacion de *constitutum* se comprenden los casos enumerados por Savigny, Posesion, § 27, nuestro art. 2387 resuelve la cuestion en favor de esta clase de *constitutum* que no es otra cosa que una *traditio brevi manu*.

2º La nulidad por vicio en el mandato, ¿impide la adquisicion de la posesion por parte del mandante? Pensamos que no, y que desde el momento del hecho material del mandatario, el mandante



adquiere la posesion sin necesidad de ratificacion para subsanar el vicio del mandato.

Si un tercero sin mandato alguno puede adquirir la posesion por otro, con mayor razon aquel que libremente ha dado un mandato, aunque éste sea nulo. En la posesion tomada por otro sin mandato se exige la ratificacion (art. 2398) de la persona por quien se toma la posesion; la razon es que la voluntad en el que la toma es uno de los elementos esenciales para adquirirla; ahora bien, cuando se ha dado un mandato libremente, esa voluntad está ya manifestada, y el hecho material del mandatario completa los dos únicos requisitos exigidos por la ley positiva para adquirir la posesion, voluntad y acto material. ¿Qué importa entonces la eficacia ó validez del vinculo entre el mandante y el mandatario? ¿no se encuentran reunidos los dos elementos? ¿no se toma posesion sin exigir vinculo alguno entre el gestor y el adquirente? ¿no se toma la posesion de una cosa por una simple orden verbal dada á un dependiente ó hijo?

El que la voluntad del que adquiere la posesion sea manifestada antes ó despues del hecho material, no puede influir en nada. La voluntad del adquirente ha existido desde su principio y persiste hasta el tiempo de la adquisicion, puesto que en el intervalo el mandante no ha manifestado al mandatario una voluntad contraria; no es por otra parte necesario que la voluntad del mandante coincida con la del mandatario. (Véase art. 2396 y su comentario.)

Adviértase que la tesis que sostenemos no comprende el caso en que se trata de la adquisicion de la propiedad por medio de un mandatario, pues entonces se estará á lo dispuesto en el título "*Del Mandato*"; aqui solo nos referimos á la adquisicion de la posesion como acto unilateral, y por medio de la cual se puede adquirir la propiedad, y no á cuando se trata de un acto vilateral; es decir, de una propiedad transmitida al mandante cuya posesion quiere éste adquirir por medio de un representante; en una palabra, tratamos de la adquisicion de la posesion y no de la propiedad, de la cual tratamos en otro lugar.

Los tribunales de San Juan, han fallado en el sentido indicado un caso práctico. Se trataba de un inmueble cuya posesion habia sido tomada por medio de un mandatario constituido por un mandato viciado en sus formas: un tercero que se creia con derecho á la cosa por haberla comprado á los que él decia ser legítimos propietarios tomó posesion del campo y espulsó al mandatario que allí se en-



contraba; el adquirente se presentó pidiendo ser mantenido en su posesion; el despojante alegó que el demandante no podia entablar tal accion puesto que no habia tenido la posesion desde que el mandatario no habia podido tomarla, por cuanto su mandato era nulo, lo que hacia del mandatario un simple gestor de negocios, y como el que se decia mandante no habia aun ratificado la gestion con arreglo al art. 2398, resultaba que no habia posesion por parte del demandante. El Juez declaró válida la posesion tomada por el mandatario no obstante la nulidad del mandato, fundándose en que aun considerado el caso como de gestion de negocios, la voluntad del adquirente estaba ya manifestada, y no era, por consiguiente, necesario ratificacion.

2º ¿Puede adquirirse la posesion violenta ó clandestina por medio de un mandato? Pensamos que sí, pero siempre será violenta ó clandestina respecto al adquirente.

La última parte del art. 2365, habla del caso en que la posesion es viciosa por violencias cometidas por agentes del que toma la posesion; y aun cuando dicho art. parece mas referirse al caso en que es el mismo adquirente el que va á tomar la posesion y solo se vale de sus agentes para ejercer la violencia, no vemos la razon para que, sin la intervencion inmediata del que toma la posesion, un tercero pueda tomarla violenta ó clandestinamente á nombre de aquél.

En este caso, si bien el mandatario tiene las responsabilidades personales á que hubiere lugar, respecto de la adquisicion de la posesion es únicamente un instrumento, que sirve como medio de tomarla.

Como complemento al estudio de este art., véase comentario al 2395 y al 2464.

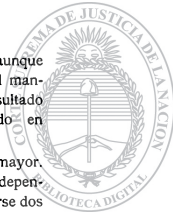
**2395**—Aunque el representante manifieste la intencion de tomar la posesion para sí, la posesion se adquiere para el comitente, cuando la voluntad del que la trasmite ha sido que la posesion sea adquirida para el representado. (Concuerda con los arts. 2394—2458. Véase art. 2372, que legisla otro caso distinto.)

#### CONCORDANCIAS

(Molitor, Posesion, n° 42—L. 13, Tit. 5, Lib. 3º.—Sovigny, Posesion, § 26.—Pothier, Posesion, n° 51.

Segun el art. 2394, mientras el mandatario no manifieste por actos exteriores la voluntad de adquirir la cosa para si se suponen que





adquiere la posesion para su mandante, y segun el presente aunque esta intencion se manifieste, la posesion se tomará para el mandante, si tal es la intencion del tradente. De aquí ha resultado cierta confusion al determinar el caso práctico legislado en cada artículo.

Si á estos dos arts. se agrega el 2458, la confusion resulta mayor.

Pensamos, sin embargo, que la conciliacion es fácil. Todo depende de la intencion del tradente, sobre la cual pueden presentarse dos hipótesis.

Primera: Una persona encarga á un mandatario comprar una casa; éste la obtiene del tradente manifestándole que la compra para sí. Aquí solo existe una relacion de derecho, diremos así, entre el mandante y mandatario; la voluntad del tradente en nada influye, pues la persona del comprador le es indiliterente. No hay entónces obstáculo alguno para que el mandatario adquiera la posesion para sí desde el momento que por un acto exterior manifiesta esta intencion.

Segunda hipótesis: El tradente hace la entrega á un representante de la persona á quien él trasmite la cosa; aquí la voluntad del tradente ó enajenante es que la posesion sea adquirida por el mandante y no por el mandatario; aunque éste despues de recibir la cosa manifieste que la tenía para sí, la posesion corresponde únicamente al mandante, quien solo la pierde en el caso del art. 2458. (Véase otro caso en el comentario al art. 2409, nº 2.)

Podemos entónces decir: que el art. 2394, rige cuando la persona del adquirente le es indiferente al tradente, y el art. que estudiamos cuando el tradente entiende tratar solo con el adquirente, y en este concepto hace la tradicion. Esto es sin perjuicio de los cargos que el mandante puede hacer al mandatario.

Si hay error por parte del tradente, es decir, si cree que el que recibe la cosa, es á quien él queria transmitirsela, este tercero no adquirirá la posesion, pues ese error anula el acto jurídico que dió causa á la tradicion (art. 925). Si el error consiste en la naturaleza de la tradicion, la posesion será tambien sin efecto. Por ejemplo, si el tradente entrega la cosa á título de préstamo, y el que la recibe cree que es á título de donacion, el primero solo habrá adquirido la detencion y no la posesion (art. 921, Leon Wodon, Posesion, nº 223). Se comprende que al decir que no hay posesion

en los casos enumerados, nos referimos á una posesion legitima, en el sentido del art. 2355 y sus concordantes.

**2396**—Para la adquisicion de la posesion por medio de un tercero, no es preciso que la voluntad del mandante coincida con el acto material de su representante. (Concuerda con los arts. 2386—2394.)

## CONCORDANCIAS

(Maynz, § 171, n° 2—Duranton, tom. 21, n° 196)—Molitor, Posesion, n° 42—Leon Wodon, núms. 254 y 255—Pothier, Posesion, n° 53.

**Por medio de un tercero**: Sea éste un representante del incapaz, como el tutor, ó un mandatario. En estos casos no puede aplicarse el principio Romano de que: *ignorantibus possessio non acquiritur*, porque se supone, en el primer caso que el incapaz no tiene otra voluntad que la de su representante, y en el segundo que la voluntad del mandante, como dice Pothier, persevera hasta el momento que se toma la posesion.

No sucede lo mismo tratándose de la adquisicion de la posesion por medio de gestores oficiosos; en tal caso la máxima indicada tiene completa aplicacion, pues que en realidad el adquirente ignora la posesion que se toma á su nombre. Es por esto que el art. 2398 exige ratificacion por parte del adquirente.

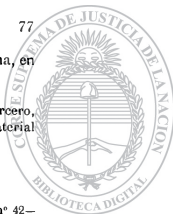
De suerte que tratándose de mandante ó de un representante legal, el representado adquiere la posesion, sin mas trámite, desde que la toma el representante (Freytas, 3831), y tratándose de gestor se estará á lo dispuesto en el art. 2398 citado. (Leon Wodon, Posesion, n° 255.)

**2397**—La buena fe del representante que adquirió la posesion, no salva la mala fe del representado; ni la mala fe del representante excluye la buena fe del representado. (Concuerda con los arts. 2356 y siguientes—2361.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3724.

**2398**—La posesion se adquiere por medio de un tercero que no sea mandatario para tomarla, desde que el acto sea ratificado por la persona para quien se tomó. La ratificacion retrotrae la posesion adquirida al día en que fué tomada por el gestor oficioso. (Concuerda con los arts. 504—Nota del codificador al art. 1059—1162—2394.)



## CONCORDANCIAS

(Molitor, *De la posesion*, n° 42—Belime, *De la posesion*, n° 92—Tropolong, *Poss.*, n° 261—Pothier, *Poss.*, n° 53—L. 42, Dig., *De adq. poss.*—Aubry y Rau impugnán la retroactividad de la posesion en el caso del artículo, § 179, nota 10)—Freytas, 3832—Cód. de Chile, 721, 2ª parte—Leon Wodon, *Posesion*, n° 255—Durañon, tom 21, n° 196.

**Desde que el acto sea ratificado:** Antes de esa ratificacion la posesion pertenece al tradente (Savigny, *Posesion*, § 26, p. 286 y 287, 7ª edicion), puesto que el gestor no la adquiere para sí, por faltar el *animus*; y si no se ratifica la gestion, queda sin efecto la adquisicion; las pérdidas van hasta entónces de cuenta del tradente. El adquirente no necesita ejecutar el acto material de la toma de posesion, basta con el que ha ejecutado el gestor, y con la ratificacion por parte de aquél.

Lo dispuesto en el art. 2397, será aplicable tambien en el caso de adquisicion por gestion.

**2399**—La incapacidad de las personas entre quienes debe hacerse la traslacion de la posesion, induce la nulidad de la tradicion, hecha ó aceptada por sus mandatarios incapaces; mas la incapacidad de los mandatarios, no induce la nulidad de la tradicion que hicieron ó aceptaren, si fuesen capaces de tener voluntad, cuando sus representados tengan capacidad para hacerla ó aceptarla, observándose lo dispuesto en el capítulo II del título *Del mandato*. (Concuerda con los arts. 1897—2392.)

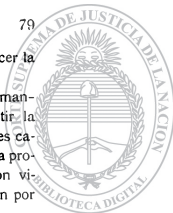
## CONCORDANCIAS

(Tropolong, sobre el art. 2228, núms. 259 y siguientes—L. 1, § 10, Dig., *De adq. poss.*)—Freytas, 3756—Molitor, *Posesion*, n° 43, p. 94—Pothier, *Posesion*, n° 50.

**Entre quienes debe hacerse la traslacion de la posesion:** Se refiere al adquirente y al tradente.

**Por sus mandatarios incapaces:** La palabra mandatario es tomada aquí en el sentido mas lato, y comprende tambien al representante legal como al tutor, el curador, etc., etc. Hecha esta observacion, pasemos á la razon de esta parte del art. Para mayor claridad es necesario estudiar separadamente los casos en que la tradicion tiene lugar entre personas representadas por mandatarios propiamente dichos, y en los que tiene lugar con la intervencion de representantes legales como los tutores, curadores, etc., etc.; es





tambien indispensable distinguir el caso en que se trata de hacer la tradicion y el en que se trata de aceptarla.

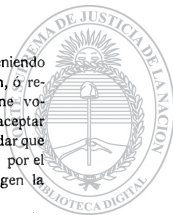
1.<sup>a</sup> hipótesis: Se trata de hacer la tradicion por medio de un mandatario; en este caso el mandante debe ser capaz de transmitir la cosa cuya tradicion debe hacer su mandatario (art. 1894); si es capaz aunque el mandatario sea incapaz la tradicion trasmite la propiedad (art. 1897); si es incapaz solo se adquirirá una posesion viciosa (art. 2355). 2.<sup>a</sup> hipótesis: Se trata de hacer la tradicion por el representante, el tutor, por ejemplo, de un incapaz.

Aquí, siendo el representado incapaz, el representante debe ser necesariamente capaz; así, en el caso del art. 2392, si los representantes tienen la misma incapacidad es claro que no pueden hacer la traslacion de la posesion. (Última parte del art. que estudiamos.)

El doctor Segovia (nota 81), dice que en la frase: "por sus mandatarios *incapaces*" debe cambiarse la última palabra por la de *capaces*. Basta fijar un poco la atencion para comprender que el art. está perfectamente ¿cómo puede ser nula una tradicion hecha ó aceptada por un representante capaz á nombre de su representado incapaz? El art. 2392, dice que los incapaces pueden adquirir la posesion (y por consiguiente aceptar la tradicion) por medio de sus representantes, que son los tutores ó curadores, á los cuales la ley supone capaces: luego, pues, la nulidad vendrá, como dice el art. cuando el representante es *incapaz* y no, como dice el doctor Segovia, cuando es capaz.

3º Se trata de aceptar la tradicion. Sabido es que la tradicion es uno de los medios de adquirir la posesion (art. 2377); de aquí se sigue que todos aquellos que no pueden adquirirla (art. 2392) tampoco pueden aceptar la tradicion. Una cosa es la incapacidad en general para concluir actos jurídicos, la cual se divide en absoluta y relativa, y otra la incapacidad para adquirir la posesion por sí ó por otros. Esta última es limitada á las personas enumeradas en el art. 2392; así, fuera de esas personas los incapaces pueden adquirir por sí ó por otros la posesion de una cosa.

Esto por lo que hace á la capacidad ó incapacidad del representado. Respecto á la del representante solo se exige, por la segunda parte del art., que *sean capaces de tener voluntad* (elemento indispensable para adquirir la posesion), es decir, que no sean como dice el art. 2392, dementes ó menores de diez años, aunque en otro sentido



sean incapaces de ejecutar actos jurídicos en general. Teniendo pues el representado una capacidad relativa á la adquisicion, ó relativa á la trasmision, la del representante es suficiente si tiene voluntad propia (Pothier, lugar citado). La capacidad para aceptar es distinta á la de hacer la tradicion, porque no es lo mismo dar que recibir; es por esto que la capacidad para adquirir es regida por el art. 2392; y la para transmitir por los principios generales que rigen la validez de los actos jurídicos.

Téngase presente que una tradicion nula, siempre dará la posesion, únicamente que ésta será viciosa y solo con derecho á la prescripcion trinitaria. De modo que el estudio que acabamos de hacer es únicamente para cuando se trata de adquirir una posesion legítima, cuando se adquiere la propiedad, lo cual es distinto á la adquisicion de la posesion.

**2100**—Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesion. Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesion. (Concuerda con los arts. 2312—2336—2337—2338—2351—2373—2762—3961.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3633—Pothier, Posesion, núms. 37 y 38—Leon Wodon, Posesion, núms. 458 y siguientes —Notas del codificador á los arts. 2851 y 3961—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, n° 1601—En contra, Cód. Frances, 2228—Véase especialmente nuestros arts. 3951, 3952, y nota del codificador á este último.

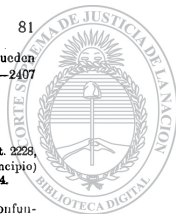
#### **Que están en el comercio son susceptibles de posesion:**

Debe entenderse, como lo declara Freytas, de aquellas cosas que están fuera del comercio por su inenajenabilidad absoluta, pues que las que lo son relativamente son susceptibles de prescripcion (Segovia, nota 85, art. 3951, y fallos allí citados, Leguizamon y Machado, nota 310). Por lo demas, el art. tiene completa aplicacion tratándose de plaza, calles, caminos públicos, templos, etc. etc.

Respecto á las que no son susceptibles de prescripcion, la posesion se aprovecha á los efectos de la percepcion de frutos.

Téngase presente la nota del codificador al art. 3952.

**No son susceptibles de posesion:** Pero sí de una cuasi-posesion en la que se funda el ejercicio del derecho (véase nota del codificador al art. 2351), pero sin que esta cuasi-posesion dé derecho á la de reivindicacion (art. 2762), ni á la prescripcion (art. 3942).



**2401**—Dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa. (Concuerda con los arts. 2373—2171—2407—2409—2471—2508.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 3, § 5, Dig., De adq. poss.—Molitor, n° 25—Troplong, sobre el art. 2228, n° 244)—Nota del codificador al art. 2407—Nuestro comentario (del principio) al art. 2353—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 13, p. 54—Pothier, Posesion, n° 4.

**2402**—Si la cosa cuya posesion se va á adquirir se hallase confundida con otras, es indispensable para la adquisicion de la posesion, que sea separada, y designada distintamente. (Concuerda con los arts. 2376—2389—2405—2406—2407—2408—2410.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, sobre el art. 2228, n° 274)—Freytas, 3334—Leon Wodon, Posesion, n° 201—Molitor, Posesion, núms. 34 á 36.

**Que sea separada y designada**: El *animus* y el *corpus* son dos elementos indispensables para la adquisicion de la posesion; esta última condicion, especialmente, no se puede llenar sobre cosas indeterminadas; por mas que el tradente manifieste la intencion de trasmitir y el adquirente de adquirir, no hay sobre qué recaiga la posesion; no así cuando se ha individualizado (art. 603, 609).

Así, por ejemplo, si se vende un número determinado de ganado de un rodeo que contiene mayor número, mientras no se ha hecho la separacion de los animales comprados no hay tradicion.

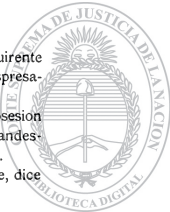
Esto no impedirá que si dos personas compran el mismo número de ganado, separadamente y convienen en recibirlo del dueño sin separacion para trasportarlo á otro lugar y allí hacer recien la separacion, tomen ambas la posesion desde que reciben el ganado, pues entónces la posesion es en comun por el todo, y uno y otro sopor-  
tan las pérdidas.

**2403**—La posesion de una cosa hace presumir la posesion de las cosas accesorias á ella. (Concuerda con los arts. 1426—2327 á 3332—2405—2518 á 2520—2763.)

## CONCORDANCIAS

Las del art. anterior—Freytas, 9835, 1° parte—Leon Wodon, Posesion, n° 203.

**Hace presumir la posesion**: Si las cosas accesorias están separadas, ó en poder ó en posesion de otros, creemos que esta pre-



suncion no puede tener lugar, y que es necesario que el adquirente tome posesion especial de ellas. Freytas lo resuelve así espresamente art. 3835, 2ª parte.

Con mayor razon regirá este principio si se trata de una posesion que no reposa sobre un título, si se ha tomado violenta ó clandestinamente, por ejemplo, (argto. del art. 2382, y Freytas, 3836).

La presuncion de que habla la ley en el caso del art. cede, dice Leon Wodon, nº 203 á la prueba física, contraria.

**2101**—La posesion de una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño, una piara, comprende solo las partes individuales que comprende la cosa. (Concuerda con los arts. 2406—2764.)

#### CONCORDANCIAS

(Tropiong, sobre el art. 2228, nº 275)—Notas del codificador á los arts. 2312 y 2764—Molitor, nº 37—Pothier, Posesion. nº 283.

**De muchos cuerpos distintos y separados:** Una cosa puede unirse á otra, sea conservando su naturaleza propia é individual, ó confundiéndose con ella y formando parte de la á que se agrega de una manera indivisible.

Cuando por su union, las cosas ó una de ellas, pierde su naturaleza propia, todas juntas no forman sino un solo cuerpo; la posesion de esto no ofrece dificultad; y como este punto se encuentra legislado en otra parte, el lector encontrará allí (art. 2519 y siguientes), la esplicacion correspondiente. No sucede así en la primera hipótesis, que se presta á muchas discusiones.

Las dificultades á que ha dado lugar esta materia, tiene su origen en que á menudo se ha confundido por nuestros jurisconsultos la *universalidad de cosas* con la *universalidad de bienes*, las cuales son completamente distintas, tanto por la naturaleza de sus componentes, como por el modo de adquirir la posesion de ellas y de conservarlas.

Los arts. 2311 y 2312, distinguen perfectamente lo que se llama *cosas* de lo que se llama *bienes*. El presente art. legisla el modo de tomar la posesion de una *universalidad de cosas* y el 2406 el de una *universalidad de bienes*.

“No hay que confundir, dice Pothier, Propiedad, nº 283, con la universalidad de bienes lo que solo es universalidad de cosas, tal



como un rebaño de carneros, etc., etc., esta especie de universalidad solo es considerada *como cosas particulares*."

Con arreglo á esta division es que muchos Códigos consideran la universalidad de cosas, susceptible de posesion como una sola cosa.

El doctor Segovia, á título de que la redaccion del art. que estudiamos no le parece feliz, da vuelta completamente el sentido de la disposicion, y siguiendo á Molitor, dice que el presente artículo ha debido refundirse en el 2406, porque, segun él, cuando se trata de cosas no conexas que forman un todo único, son los objetos componentes los únicos poseidos y perceptibles, y *nunca el todo considerado como tal*; porque no hay conexidad: el todo solo tiene una existencia ideal, y en regla general, únicamente las cosas corporales son susceptibles de posesion. Es así que un rebaño nunca es poseído y prescripto como tal, y no se posee individualmente *sino las cabezas que la componen*."

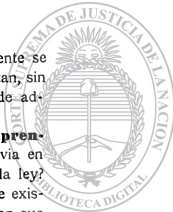
Es lástima que juriscónsultos tan aventajados como el doctor Segovia, sean los enemigos de la ley en vez de ser sus intérpretes. Que este autor no esté de acuerdo con el codificador, pase, y como él tal vez habrán muchos que piensen lo mismo; pero que por no estar de acuerdo se llegue hasta negar la existencia de la ley, á tal punto de decir que debe suprimirse el art. por innecesario, por estar el punto legislado en el art. 2406, que se refiere á otro caso muy distinto, es hacer el mayor mal posible á la jurisprudencia; es el mejor modo de no llegar nunca á formarla. Decimos esto, porque en el art. que estudiamos no es cuestion de interpretacion, sino que no debe existir porque, segun Segovia, es contrario al buen sentido.

El artículo dice: "la posesion de *una cosa* compuesta de muchos cuerpos distintos y *separados*, etc., etc., y no de cosas que forman una *masa de bienes*, que son á las que se refiere el art. 2406. La universalidad de cosas, es tomada aquí como una cosa particular, de acuerdo con las ideas del mismo codificador espresadas en la nota al art. 2764, al dar derecho á reivindicar una universalidad de cosas, como una cosa sola.

Luego, pues, es un error decir que por nuestro derecho *nunca se pueda poseer* una universalidad de cosas como tal, sino únicamente particular y especialmente cada una de las cosas que componen ese todo; error que el texto espreso lo demuestra.

Así, por ejemplo, si se vende un rebaño y se toma posesion de él,





aunque en ese momento falten algunos animales, el adquirente se considera poseedor desde ese momento aun de esos que faltan, sin necesidad de una tradicion especial, siempre que en el título de adquisicion estén comprendidos.

**Comprende solo las partes individuales que comprende de la cosa:** "Esto no es exacto" esclama el doctor Segovia en la nota 91. ¿Qué es lo que no es exacto? ¿la existencia de la ley? No puede ser, puesto que en el hecho de atacarla prueba que existe. ¿Es entonces un consejo á los Jueces para que ellos digan que *sí* donde la ley dice que *no*?

Si se tratase de la opinion de un autor que sentase el principio contenido en las palabras que estudiamos como existente en tal ó cual Cód., se comprende que pudiera decir una inexactitud; pero tratándose de la ley misma no puede decirse, por malo que sea un principio adoptado, que ese principio no existe, porque entónces la eficacia de la ley dependeria de su bondad juzgada por el encargado de aplicarla.

Decir que un artículo del Código está en contra de otros del mismo Cód., si bien es un modo fácil de solucionar las cuestiones que la aparente contradiccion suscite, es tambien el mejor medio de no llegar jamas á formar jurisprudencia.

El codificador para aclarar el principio de las palabras que estudiamos pone el ejemplo de un rebaño en que hay un animal ajeno, y dice que en este caso el dueño no tiene la posesion del animal ajeno, porque este animal no está comprendido en las partes individuales que forman la cosa objeto de la posesion. Á esto objeta el doctor Segovia, que siendo el robo una de las maneras de adquirir la posesion, el dueño, si ha robado el animal, tendrá tambien la posesion.

Indudablemente que tendrá tambien la posesion, pero ¿qué posesion tendrá? es claro que una posesion viciosa, y no una posesion legitima, única de la cual habla el art. que estudiamos. Es á la posesion derivada de un título, á la posesion transmitida por otro y con arreglo á la primera parte del art. 2355, y no á la adquirida en la forma la última parte del mismo art. ó en la el que habla el 2364, á la que se refiere el codificador.

El artículo, en el caso legislado, no toma en cuenta todo lo que el poseedor haya tomado materialmente, sea porque haya creído que su título se lo daba, ó de mala fe; la ley aquí no tiene significacion



mas allá de lo que comprende el título. (Véase art. 2411.) Es por esto que dice que la posesion solo comprende las partes individuales que comprende la cosa trasmitida, y como en el ejemplo puesto en la nota, los animales ajenos no pueden comprenderse en el rebaño trasmitido, es claro que el tradente no ha dado posesion sino de lo suyo y no de lo ajeno, de lo cual él mismo no tenía la posesion por mas que estuviesen en su rebaño, puesto que no ha tenido el *animus*. El que toma esos animales, sabiendo que no son suyos, adquiere, sí, una posesion, pero no una posesion legitima, que es á la que se refiere la nota y el art. cuando dice que el dueño de los animales ajenos no tiene la posesion.

El art. está, pues, perfectamente redactado, y tiene su significacion propia que nada tiene que ver con los principios de que el doctor Segovia se vale para atacarlo, pues sobre ellos se legisla en otro lugar para casos distintos al legislado en el presente.

Si nos hemos estendido sobre estos puntos, es únicamente porque hemos creído que debíamos decir algo mas para combatir una mala interpretacion á que la autoridad del doctor Segovia podría arrastrar á la generalidad.

**2405**—Cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo. (Concuerda con los arts. 2384, última parte—2401—2402—2403—2409—2518 á 2522—2608—3982—3992.)

#### CONCORDANCIAS

(Savigny, Posesion, § 22)—Freytas, 3840.

**Sin poseer el todo:** De modo que en caso de adquirir por prescripcion, aquellos contra quienes prescribe no podrán alegar que el poseedor solo ha adquirido una parte.

**2406**—Si la posesion hubiese de tomarse de cosas que forman una masa de bienes, no basta tomar posesion de una ó algunas de ellas separadamente: es indispensable tomar la posesion de cada una de ellas, aunque la tradicion se hubiese hecho conjuntamente. (Véase art. 2404 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3837—Leon Wodon, Posesion. n° 201—Molitor, Posesion, n° 37—Comentario al art. 2404.



**Que forman una masa de bienes:** No se trata aquí, como hemos dicho antes, de una universalidad de casos que forman un todo, como un rebaño, una piara, etc., etc., sino á una universalidad de bienes como un patrimonio, los objetos de una tienda, etc., etc.

**2107**—Para tomar la posesion de parte de una cosa indivisible, es necesario que esa parte haya sido idealmente determinada. (Concuerda con los arts. 2326—2401—2402—2410.)

#### CONCORDANCIAS

(Molitor, Posesion, n° 25)—Leon Wodon, Posesion, n° 202—L. 32, § 2, Lib. 41, Dig.—Freytas, 8839.

**Idealmente determinada:** Por ejemplo, si se vende parte del derecho en un caballo, en una casa, etc., etc., es indispensable para que el adquirente pueda tomar posesion que en el título se diga qué parte es la que se vende, si es un derecho á la mitad del valor, á la tercera ó cuarta parte, etc. Determinada la estension del derecho, rige lo dispuesto en el art. 2405 y 2408; de cualquier parte de ellas que toma posesion toma del todo.

Es de advertir que esto es solo respecto á cuando por el título que da lugar á la posesion, el tradente se reserva una parte de lo vendido, y no cuando el todo es vendido á varias personas aun cuando en el título no se determine qué parte es la que corresponde á cada uno de los adquirentes; en tal caso cada uno de ellos adquiere la posesion del todo *pro indiviso* (art. 2409).

**2408**—Cuando la cosa es indivisible, la posesion de una parte importa la posesion del todo. (Véase art. 2405 y sus concordantes—2409.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, sobre el art. 2228, n° 272—Ley 8, § 1, Tit. 6, Lib. 8)—Freytas, 8840.

Este art., aunque se refiere especialmente á las cosas *indivisibles*, es una consecuencia de lo dispuesto en el 2405.

**2109**—Dos ó mas personas pueden tomar en comun la posesion de una cosa indivisible, y cada una de ellas adquiere la posesion de toda la cosa. (Concuerda con los arts. 2405—2107—2408—3416.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3840—Nota del codificador al art. 2401—Nuestro comentario al art. 2407.

1º Si la posesion es transmitida á varias personas, y solo una de ellas toma posesion de la cosa, con ánimo de poseer pro indiviso, el hecho de aceptar la comunidad las otras personas, importa un mandato tácito para tomar la posesion á nombre de ellas tambien; en tal caso todos la adquieren.

2º Si la voluntad del tradente al hacer la tradicion era que la cosa fuera adquirida por dos ó mas personas, y el que toma la posesion solo la adquiere para sí, regirá lo dispuesto en el art. 2395, quedando la posesion adquirida pro indiviso.

3º Si la posesion no es derivada de un título, es decir, si no es adquirida por tradicion, sino que lo es sin consentimiento del dueño, se supone que el adquirente la tomó para él solo.

**Pueden tomar la posesion en comun:** En tal caso, no es necesario que se designe la parte que á cada uno corresponde, y en caso de duda se supone que la propiedad pertenece por partes iguales.

**2410**—Para tomar la posesion de una parte de una cosa divisible, es indispensable que esa parte haya sido material ó intelectualmente determinada. No se puede poseer la parte incierta de una cosa. (Concuerda con los arts. 2402—2406—2407.)

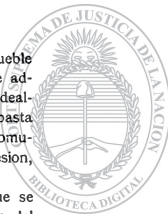
## CONCORDANCIAS

(Ley 26, De adq. poss.—Troplong, sobre el art. 2223, n° 250—Freytas, 3838—Fallos de la S. C., S. 2, tom 16, p. 71—Leon Wodon, Posesion, n° 202.

**Material ó intelectualmente determinada:** Si se vende una área determinada, á tomarla de un tercero mas grande, para adquirir la posesion, es indispensable su ubicacion y mensura.

Así, por ejemplo, en el caso tan frecuente, de que los Gobiernos venden solo tal ó cual estension de terreno, comprendidas en determinada zona, el adquirente no adquiere la posesion mientras el campo comprado no esté ubicado (fallo citado de la S. C.). Pero si están determinados sus limites, aunque no sean todos, siempre que se pueda conocer el punto fijo, el adquirente puede exigir y tomar la posesion (fallos de Beláustegui, tom. 1, p. 290.)





Pero si se vende, por ejemplo, la cuarta parte de una cosa, mueble ó inmueble, para seguirla poseyendo en comun, la posesion se adquiere desde el momento de la tradicion, puesto que ya está idealmente determinada. Téngase presente que en este caso no basta la simple declaracion del tradente de seguir poseyendo como comunero con el adquirente (art. 2378), es necesario que tome posesion, aunque sea de una parte, con lo cual toma posesion del todo.

1º Cuando se posee, pro indiviso con otros una cosa sin que se sepa la parte que á cada uno corresponda, por depender esto del resultado de una particion entre herederos ó socios, la persona que, con arreglo al art. 2677, ha vendido su parte indivisa aunque ésta no se determine material é intelectualmente, puede dar al adquirente posesion de su parte indivisa, con arreglo al art. 2409. Respecto á la adquisicion por sucesion, téngase presente el art. 3416.

**No se puede poseer la parte incierta de una cosa:** Esto no impide que se posea pro indiviso, y sin que ninguna de las partes tenga una parte determinada, como en el caso del núm. 1º de este comentario. Entónces la posesion es con arreglo á lo dicho por el codificador en la nota al art. 2407.

**2411**—La posesion fundada sobre un título, comprende solo la estension del título, sin perjuicio de las agregaciones que por otras causas hubiese hecho el poseedor.

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, sobre el art. 2228, n° 277)—Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 132—Tom 3, p. 311.

**Comprende solo la estension del título:** De suerte que si se posee mas de lo que el título le da, su posesion, respecto á la prescripcion ó á la buena ó mala fe y con relacion á lo que posee de más, será únicamente juzgada por la causa especial que dió la posesion de esa parte.

Otra consecuencia es que si el título al demarcar los límites abarca una estension mayor que el especificado en dicho título, en nada puede favorecer al poseedor esta circunstancia, para el efecto de invocar el mismo título á la mayor estension señalada en los límites (Fallo citado del tom. 3).

Lo mismo será si se manda dar posesion judicial de un inmueble; esa sentencia en nada perjudicará los derechos de terceros, co-

lindantes ó no, aunque sea dada con su conocimiento, respecto á los derechos no comprendidos en el título, aunque así se hubiere creído por un error de hecho.

## CAPITULO II

### Efectos de la posesion de cosas muebles

**2412**—La posesion de buena fe de una cosa mueble, crea á favor del poseedor la presuncion de tener la propiedad de ella, y el poder de repeler cualquiera accion de reivindicacion, si la cosa no hubiese sido robada ó perdida. (Concuerdá con los arts. 549—550—592—595—597—1019—1055—1815—1817—2414—2415—2422—2765—2766—2771—2777—2778—3213—3270—3271.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 183—Tropiong, *Preser. pcion*, tom. 2, n° 1061—Marcadé, sobre los arts. 2279 y 2280—Duranton, tom. 4, n° 433)—Notas del codificador á los arts. 733, 1817, 2411 y 3948—Fallós de la S. C., S. 2, tom. 4, p. 50—Serie 2, tom. 14, p. 95—Tom. 2, p. 20—Id. de la C. de la C. de la República, tom. 1, p. 199 y 328—Tom. 3, p. 240—Tom. 5, p. 512—Id. del doctor Beláustegui, tom. 1, p. 232—Nuestro comentario á los arts 733, 1816 y 1817—Laurent, tom. 32, n° 576—Cód. de Portugal, 519, inc. 1

**La posesion de buena fe:** Esta, en regla general, se presume (art. 2362). (Véase lo dispuesto en el art. 2414.)

**Crea á favor del poseedor la presuncion de tener la propiedad:** Esta presuncion impide la reivindicacion de las cosas muebles (Laurent, tom. 32, núms. 528 y 576) sin necesidad de invocar prescripcion. (Nota del codificador al art. 3948.) No es, sin embargo, aplicable á todo poseedor, sino únicamente, como dice el doctor Velez en la nota al art. 1817, en las relaciones del poseedor respecto de terceros (arts. 2413 y 2767), y no respecto del poseedor precario en relacion al que le trasmitió la cosa á este título. Si principió á poseer á título de simple tenedor no puede invocar la presuncion del art. cuando se le prueba la causa de su posesion (art. 2414). Es necesario, pues, que posea á título de propietario, porque solo á este título puede repeler la accion de reivindicacion. Pero si es demandado, dice Laurent, tom. 32, n° 544, en virtud de una obligacion personal, de restituir la cosa, no puede invocar una máxima que implica declararle propietario. Esto sería contradictorio puesto que, probado el título porque posee, su po-





sesion no puede servirle como título de propiedad. (Véase nuestro comentario al art. 1817.)

Para probar la posesion precaria se admite toda clase de prueba (art. 2263 y sus concordantes, Laurent, tom. 32, nº 550).

**Si la cosa no hubiese sido robada:** Probadó por el reivindicante que la cosa es robada ó perdida, la presuncion de propiedad desaparece, y entónces es al demandado á quien incumbe la prueba de su buena fe, para la cual se estará á lo dispuesto en los arts. 2767 á 2771. Esta buena fe, si bien no le sirve, segun el presente art. y el 2765, para repeler la accion de reivindicacion, le servirá para reclamar de quien corresponda el reembolso de lo pagado. (Véase art. 2768.)

Sobre las cosas perdidas (véase Laurent, tom. 32, nº 552). El art. 2414 es un complemento del presente.

**2413**—Las acciones de resolucion, nulidad, ó rescision á que se halla sometido el precedente poseedor no pueden dirigirse contra el poseedor actual de buena fe. (Concuerda con los arts. 592—597—968—1055—1380—1400—1856—1866—2130—2310—2361—2364—2422—2671—3271—3272—3277.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 183, nº 5, p. 118—Leligois, *Acciones posesorias*, p. 109, nº 28—Laurent, tom. 32, nº 540 y siguientes—Notas del codificador á los arts. 738, 1817 y 2361.

El presente art. es el principio general de donde se derivan la mayor parte de los concordantes citados. (Véase comentario al art. anterior.

**2414**—La presuncion de propiedad no puede ser invocada por la persona que se encuentre en virtud de un contrato ó de un acto lícito ó ilícito, obligada á la restitucion de la cosa. (Concuerda con los arts. 1091—1817—1866—2364—2382—2412—2775.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 183, nº 4—Laurent, tom. 32, nº 576—Fallos de la C. de la C. de la R., en lo Cpm., tom. 3, p. 44.

En el fallo citado se ha resuelto que en virtud de este art. el que ha dejado de poseer una cosa mueble en virtud de un contrato simulado declarado tal en juicio, puede reivindicarla.



**Por la persona que se encuentre en virtud de un contrato:** Tampoco puede invocarse por los acreedores del poseedor; así cuando éstos embargan los bienes de su deudor y entre esos bienes hay algunos que en virtud de un contrato ó por un acto ilícito, como el robo, ó por habérseles perdido al dueño, estaba el deudor obligado á restituir, probada la obligacion por el dueño, los acreedores no pueden invocar la presuncion de propiedad, como no la puede invocar el mismo deudor en igual caso (comentario al art. 2412); la razon es que los acreedores no pueden tener otros derechos, ni mas estensos que los de su deudor (Aubry y Rau, § 183, nota 32), lo cual constituye un principio general en nuestro derecho.

Por lo demas, la disposicion del art. es solo aplicable al poseedor que obtuvo la cosa del mismo propietario al cual se obliga á restituirla y no á los terceros adquirentes de buena fe. (Véase arts. 2412 y comentario 2413, y nota al 1817.) Véase comentario al art. 2415, y art. 2777 y siguiente.

**2415**—Tampoco puede ser invocada respecto á las cosas muebles del Estado general, ó de los Estados particulares, ni respecto á las cosas accesorias de un inmueble reivindicado. (Concuerda con los arts. 2315—2316—2400 y sus concordantes—2762—2763.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 183, n° 3)—Laurent, tom 32, núms. 562 y siguientes.

**Tampoco puede ser invocada:** Por el poseedor originario, pero sí podrá serlo por el tercero adquirente que de buena fe los hubo del primitivo poseedor ó de los subsiguientes (art. 2413, sus concordantes, y Laurent, tomo 32, n° 576, Segovia nota 106).

**A las cosas muebles del Estado:** Es decir, á los que están fuera del comercio y que no son susceptibles de posesion ni prescripcion (véase comentario al art. 2400), puesto que el Estado, respecto á esas cosas que pueden ser objeto de propiedad privada, está en la misma categoría que los particulares (art. 3951). (Véase Laurent, tom. 32, núms. 571 y siguientes.)

**Ni respecto de las cosas accesorias:** La escepcion no comprende los frutos percibidos, sea del inmueble ó de sus accesorios, porque la ley atribuye la propiedad de esos frutos al poseedor de buena fe (art. 2423 y sus concordantes).

Debe comprenderse en la misma categoría de las cosas acceso-





rias los muebles inmovilizados por su destino, pues que formando parte del inmueble reivindicado, debe suponerse que no son del poseedor de quien el inmueble se reivindica.

Tanto en el caso del art. que estudiamos como en el del art. anterior, el poseedor es considerado de mala fe, para el efecto de la restitucion de frutos. No les será pues aplicable el art. 2423.

## CAPITULO III

### De las obligaciones y derechos inherentes á la posesion

**2416**—Son obligaciones inherentes á la posesion, las concernientes á los bienes, y que no gravan á una ó mas personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada. (Concuerta con los arts. 2420—2611 y siguientes—2366.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 10, Tít 14, Part. 3.—Ley 25, Dig., De oblig., et act.)—Freytas, 3847—Notas del codificador á los arts. 497 y 2758—Leon Wodon, tom. 1, n° 61.

**Sino indeterminadamente al poseedor:** Es decir, que la persona está obligada solo en su carácter de poseedor; su obligacion desaparece con su posesion, porque sigue á la cosa y no al poseedor.

**2417**—Es obligacion inherente á la posesion de cosas muebles, la exhibicion de ellas ante el Juez, en la forma que lo dispongan las leyes de los procedimientos judiciales, cuando fuese pedida por otro que tenga un interes en la cosa fundado sobre un derecho. Los gastos de la exhibicion corresponden á quien la pidiere. (Concuerta con los arts. 1036—2363.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 16. Tít. 2, Part. 3.—Savigny, Posesion, p. 498)—Freytas, 2849, inc. 1 y 3506—Fallo de la S. C., S. 1, tom. 9, p. 93.

**La exhibicion de ella ante el Juez:** El que pide la exhibicion debe probar plenamente que la cosa existe en poder del demandado. Fallo citado.

**2418**—El que tuviere posesion de cosas inmuebles, tendrá para con sus vecinos ó terceros las obligaciones impuestas en el título VI de este Libro. (Véase arts. 2611 y siguientes.



## CONCORDANCIAS

Freytas, 3850, inc 13.

**2419**—Son tambien obligaciones inherentes á la posesion de las cosas inmuebles, las servidumbres pasivas, la hipoteca y la restitution de la cosa, cuando el poseedor fuese acreedor anticresista. Tambien las cargas de dar, hacer ó no hacer, impuestas por el poseedor precedente al nuevo poseedor. (Concuerta con los arts. 495—2502—2663—3010—3023—3266.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3850.

**2420**—Son derechos inherentes á la posesion, sean reales ó personales, los que no competen á una ó mas personas determinadas, sino indeterminadamente al poseedor de una cosa determinada. (Concuerta con los arts. 2416—2470.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3848.

**2421**—Son derechos inherentes á la posesion de los inmuebles las servidumbres activas. (Concuerta con los arts. 2795 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3852.

**Las servidumbres activas:** Y las que corresponden á las restricciones de que habla el art. 2418. (Segovia, art. 115.)

## CAPITULO IV

De las obligaciones y derechos del poseedor de buena  
ó mala fe

**2422**—Sucediendo la reivindicacion de la cosa, el poseedor de buena fe no puede reclamar lo que haya pagado á su cedente por la adquisicion de ella; pero el que por un título oneroso y de buena fe, ha adquirido una cosa perteneciente á otro, que el propietario la hubiera difícilmente recuperado sin esta circunstancia, puede reclamar una indemnizacion proporcionada. (Concuerta con los arts. 786—787—2412—2413—2423—2533—2537—2768—3214.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, art. 338)—Laurent, tom. 32, n° 594 y siguientes—Pothier, Propiedad, n° 353.

**Puede reclamar una indemnizacion:** No se refiere aquí a los casos enumerados en los concordantes citados, especialmente en los arts. 2537 y 2768, sino que la hipótesis del presente debe considerarse como otra escepcion al principio general de que el reivindicante no está obligado á pagar al demandado el valor de su adquisicion.

**Proporcionada:** No será, pues, lo que el demandado haya pagado, sino simplemente una gratificacion como el caso del art. 2533. Del mismo modo piensa el doctor Segovia.

**Lo que haya pagado á su cedente por la adquisicion de ella:** Este es el principio general, pero hay casos en que el poseedor tiene derecho á que se le pague el precio de la adquisicion, en el todo ó en parte, segun el caso. Así, en el ejemplo citado por Pothier, n° 353, de un tutor que ha vendido al poseedor los bienes de un menor sin la autorizacion necesaria, es un principio admitido por nuestro derecho que el comprador pueda reclamar del menor reivindicante el precio que ha redundado en su provecho.

Por ejemplo, si con lo recibido por el tutor se han pagado deudas del menor, ó se han comprado otros bienes que han aumentado su patrimonio, la razon natural y nuestro derecho positivo enseñan que el menor no debe enriquecerse á costa del poseedor y que al ser condenado éste á la devolucion de la cosa, aquél debe tambien á su vez devolver el precio pagado que ha servido para aumentar su patrimonio.

**2123**—El poseedor de buena fe hace suyos los frutos percibidos que correspondiesen al tiempo de su posesion; pero no basta que correspondan al tiempo de su posesion, si fueron recibidos por él, cuando ya era poseedor de mala fe. (Concuerda con los arts. 124—590—2356 á 2362—2414—2415 y comentario á este último—2424 á 2426.)

## CONCORDANCIAS

(L. 39, Tit. 28, Part. 3.—Cód. Frances, art. 549—Napolitano, art. 474—de Luisiana, art. 494—L. 136, Dig., *De reg. juris*—L. 25, Tit. 1, Lib. 22, Dig.—La Ley citada de Partida y la L. 22, Tit. 82, Lib. 3, Cód. Romano, disponian lo contrario respecto de los frutos existentes y no consumidos—La Ley de Partida exceptúa los frutos naturales que son las crías y demas producciones de los ani-



males)—Goyena, 429—Freytas, 3959, inc. 1, y 3960—Pothier, Propiedad, n° 337—Cód. de Portugal, 519, inc. 5 y 526—Cód. de California, 931.

**Cuando ya era poseedor de mala fe:** Se considera poseedor de mala fe para el efecto de la restitution de frutos percibidos durante esa posesion, desde que conoció el vicio de ella, ó desde el dia de la demanda de reivindicacion (arts. 2433 y 2434). Respecto al tiempo en que los frutos se consideran percibidos se estará á lo dispuesto en el art. 2425.

**2425**—Son frutos naturales las producciones espontáneas de la naturaleza. Los frutos que no se producen sino por la industria del hombre ó por la cultura de la tierra, se llaman frutos industriales. Son frutos civiles las rentas que la cosa produce. (Concuerda con los arts. 124—583—2329—2330—2423.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 39, Tit. 28, Part. 3ª—Cód. Frances, arts. 583 y 584—Demante, *Cours analytique*, n° 422)—Notas del codificador á los arts. 2329 y 2423—Goyena, 398—Freytas, 372 y 373—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1320—Cód. de Chile, 645 y 647.

**Las producciones espontáneas de la naturaleza:** Aunque sea con la ayuda del hombre siempre son naturales. Así el producto de los minerales no deja de ser natural porque el hombre los extraiga; la lana á las ovejas, es tambien natural por mas que el hombre la corte. Es por esto que la segunda parte del art. habla de frutos *que no se producen* sino por la industria del hombre, en contraposicion, á los que, sin necesidad de la industria la naturaleza produce. (Véase Cód. de Chile, citado.)

**Sino por la industria del hombre:** Por ejemplo, la porcelana, en que la naturaleza produce la materia prima y el hombre la transforma.

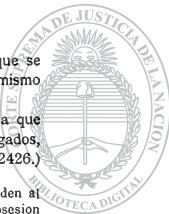
**O por la cultura de la tierra:** Como los cereales y otras plantas.

**2425**—Se entienden percibidos los frutos naturales ó industriales desde que se alcanzan y separan. Los frutos civiles se juzgarán percibidos solamente desde que fuesen cobrados y recibidos, y no por día. (Concuerda con los arts. 2329—2376—2423.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 201—Aubry y Rau, § 206, n° 6, y nota 26—En contra, Goyena, art. 429)—Freytas, 3963—Cód. de Chile, 615—Nuestro comentario al art. 2376.





**Desde que se alzan y separan:** Por ejemplo, desde que se cortan de los árboles, ó desde que se esquila la majada. Lo mismo sucede tratándose de constituir derechos reales (art. 583).

**Desde que fuesen cobrados y recibidos:** No basta que los alquileres, por ejemplo, estén vencidos, si no han sido pagados, aunque hayan sido cobrados judicial ó extrajudicialmente (art. 2426.)

**2426**—Los frutos pendientes, naturales ó civiles, corresponden al propietario, aunque los civiles correspondiesen al tiempo de la posesion de buena fe, abonando al poseedor los gastos hechos para producirlos. (Concuerda con los arts. 583—2329—2376—2423—2425—2438.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. L. 25 y siguientes, tít. 28, Part. 3 y 4, tít. 14, Part. 6°)—Freytas, 3904—de California, 985—Goyena, art. 399 y 430.

**Corresponden al propietario:** Porque solo los percibidos corresponden al poseedor de quien se reivindica (art. 2421).

**Aunque los civiles correspondiesen, etc., etc.:** Es decir, aunque estuviesen vencidos, con tal que no estén percibidos ó cobrados. Así, por ejemplo, si la cosa reivindicada estaba alquilada y el locatario debía alquileres, pertenecen éstos al reivindicante, porque el poseedor solo los adquiere desde que los recibe (arts. 2423 y 2425).

Si el locatario los paga de mala fe, sabiendo que la cosa ha sido reivindicada, tal pago no le libra de su obligacion; si lo hizo de buena fe, el ex-poseedor será responsable de ellos por haberlos percibido cuando ya era poseedor de mala fe (argumentos del art. 2423 y art. 2433), es decir, desde el día de la demanda de reivindicacion.

Aunque el poseedor tenga demandado al locatario por el precio del arriendo vencido, no se juzgará por este solo hecho que los haya percibido (véase art. 2433).

**2427**—Los gastos necesarios ó útiles serán pagados al poseedor de buena fe. Son gastos necesarios ó útiles: los impuestos extraordinarios al inmueble; las hipotecas que lo gravaban cuando entró en la posesion, los dineros y materiales invertidos en mejoras necesarias ó útiles que existiesen al tiempo de la restitucion de la cosa. (Concuerda con los arts. 588—589—591—1384—1539, incs. 3 y 4—2120—2309—2428 á 2430—2440—2441—2588—3168—3170—3228—3258—3427.)

## CONCORDANCIAS

(L. 44, Tit. 28, Part. 3<sup>a</sup>—L. 5, Tit. 32, Lib. 3, Cod. Romano—Aubry y Rau, § 219, letra E, y véase la L. 79, Tit. 16, Lib. 50, Dig.)—Goyena, 432—Pothier, Propiedad, núms. 343 y sigtes.—Freytas, 3959, inc. 4, y art. 3968—Cód. de California, 890, 941, 943 y 944—Laurent, tom. 6, núms. 176 y siguientes—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 304—Tom. 19, p. 159—Id. de la C. de la C., tom. 1, p. 380—Notas del codificador á los arts. 2441 y 2444—Cód. de Chile, 908 y 909.

**El poseedor de buena fe:** Es tal el que por ignorancia ó error de hecho se persuadiere de la legitimidad de su título (art. 2356 y sus concordantes). Adviértase que el art. 2440, da al poseedor de mala fe, que no ha urtado la cosa, el mismo derecho por los gastos necesarios.

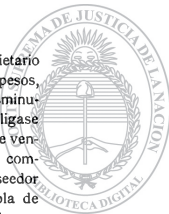
**Que existan al tiempo de la restitucion de la cosa:** La esplicacion de esta parte, del art. y que la pone en consonancia con el 2309, la encontrará el lector en la nota del codificador al 3441.

Respecto al valor de esas mejoras es una cuestion de hecho que se decidirá por el dictámen de peritos (véase fallo citado del tom. 7), quienes no deben tomar en cuenta para hacer el avalúo el precio que al poseedor le hayan costado, sino el que los materiales tengan al tiempo de apreciarlos. Esto no quiere decir que la tasacion se haga segun el mayor valor representativo que por la accion del tiempo ó de la naturaleza haya tomado la cosa (Goyena, 433). Nunca ese precio (el de la tasacion) podrá ser mayor que lo gastado por el poseedor. (Véase Cód. de Chile, art. 909, inc. 3; da la eleccion al reivindicador.)

La ley no exige al propietario que pague el mayor valor que la cosa ha tomado por las mejoras útiles ó necesarias por efecto de la naturaleza, sino únicamente como dice el art. *los dineros y materiales invertidos*. La razon misma de dar al poseedor derecho á demandar esas mejoras, sirve de fundamento á esto.

Si á un poseedor que ha gastado cien pesos en mejorar una casa, y cuya mejora existe al tiempo de la reivindicacion, no se le da accion para reclamar este valor, el reivindicante se enriquece en cien pesos á costa del poseedor, lo cual es contrario al principio natural de que: *neminem cum alterius detrimento locupletiores fieri*; de aquí que la ley le acuerda derecho á cobrar esos gastos que existen; pero si el poseedor de un campo inculto que valía cien pesos lo ha cultivado gastando en ese cultivo cien pesos, y el inmueble vale al tiempo de la reivindicacion mil pesos y los incultos que tienen la





misma situacion solo conservan un valor como cien, el propietario no estará obligado á pagar novecientos sino únicamente cien pesos, porque es un principio general que la cosa aumenta y disminuye para su dueño (art. 586 y sus concordantes); y si se le obligase al reivindicante á pagar mas que lo gastado por el poseedor, éste vendrá á enriquecerse á costa del primero, pues se le obligaba á comprar su propia cosa, lo cual venia á ser un negocio para el poseedor (Goyena, comentario al art. 432). Así, pues, cuando se habla de pago de mejoras por el valor que ellas representan, no se entiende por lo que valga la cosa en sí y por la utilidad, como dice Baudry-Lacantinerie, n° 1289, tom. 1, que las mejoras puedan ofrecer al dueño; ese valor es únicamente relativo á lo gastado, en el sentido de que si representa ménos, el reivindicante no está obligado á pagar, como dice el codificador en la nota al art. 2441, lo que no existe. En este sentido deben tomarse las palabras de nuestro comentario al art. 591. (Véase Cód. de Chile, allí citado.)

Hablando de este mismo punto dice Pothier, Propiedad, n° 346: "Si el aumento que ha tenido la cosa por causa de esta mejora supera mucho su valor á lo que ha costado, el propietario solo está obligado á pagar su costo; pues, aunque saca con esto mayor lucro no redunda en perjuicio del poseedor".

1° El reivindicante no está obligado á pagar intereses por las sumas que resulta deber en razon de mejoras útiles ó necesarias, sino en caso de mora; esos intereses se compensan con las ventajas ó productos que se supone haber sacado de esas mejoras el poseedor (Segovia, nota 132), aunque los intereses escedan á los frutos percibidos. Los gastos de conservacion no entran como útiles ó necesarios para el efecto de cobrarlos (art. 2430).

2° ¿Que deberá hacerse cuando el valor de las mejoras son tan considerables que el propietario no puede pagarlas?

Para resolver esta cuestion es necesario tener en cuenta que el poseedor no puede destruirlas si el propietario no lo quiere cuando á causa de esto le resulta perjuicio, ni el propietario puede exigir al poseedor de buena fe que destruya lo hecho. (Véase art. 2589.)

Tenemos entónces un propietario que no permite que se destruya lo hecho, y un poseedor que tampoco le conviene destruirlo.

En este caso, Pothier, n° 347, dice: paréceme que podrian conciliarse los intereses de las partes, permitiendo al propietario posesionarse de su heredad sin obligarle ántes á la indemnizacion de las



mejoras hechas por el poseedor de buena fe, y creando á favor de éste una renta de una suma aproximada al rendimiento que produce la heredad ocasionada por dichas mejoras. Por este medio se concilian los intereses de las partes; el propietario no queda privado de su propiedad por no poder indemnizar las mejoras, y ni se aprovecha á espensas del poseedor del aumento del rendimiento que éstas han reportado á la heredad."

Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1290, ataca la solucion propuesta por Pothier, y dice que se deben seguir las reglas del derecho comun: embargar el inmueble y hacerlo rematar para pagarse.

Marcadé, tom. 2, nº 429, IV, adopta el mismo temperamento de Pothier.

Demolombe, lugar citado, cree que deben acordarse plazos prudenciales.

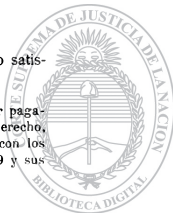
Freytas, art. 2970 y 2971, solo permite que el poseedor entregue la cosa cuando el propietario da fianza de pagar las mejoras.

Pensamos que el mejor temperamento, será que, con arreglo al art. 618, el Juez fije un plazo equitativamente. Este plazo podrá ser en proporcion al valor, de la deuda. Así podrá dejar al poseedor que siga con la tenencia de la cosa pagando un alquiler, con el cual se irá disminuyendo la deuda. De este modo se concilian los intereses de uno y otro. La mira que el poseedor ha tenido al hacer los gastos ha sido, que la misma cosa se los reembolsase con la comodidad que le presta, ó con los alquileres que podría sacar si con este fin los habia hecho; entónces pues al dejarle en la tenencia de la cosa pagando un alquiler, no se hace mas que satisfacer la intencion que tuvo al hacer el gasto. Respecto al propietario, viene á ser un modo cómodo de pagar lo que debe. Por último, con esto se concilia el mandato de la ley de que la cosa no salga de poder del poseedor sin ántes haber pagado las espensas, (art. 2428) por lo cual no se podrá adoptar el temperamento de Pothier.

3º Deberá el poseedor pagar los gastos hechos por el poseedor para la produccion de los frutos pendientes que él no percibe, art. 2426, puesto que el propietario va á aprovecharse del empleo útil del dinero del poseedor recogiendo él aquello en que el primero ha gastado útilmente.

Freytas, art. 3968, inc. 3, los equipara al pago de los impuestos.





tos atrasados y las obligaciones hipotecarias del propietario satisfechas por el poseedor.

**2128**—El poseedor de buena fe puede tener la cosa hasta ser pagado de los gastos necesarios ó útiles; pero aunque no usare de este derecho, y entregase la cosa, dichos gastos le son debidos. (Concuerda con los arts. 591—1384—1547—2309—2427—2436—2440—3168—3427—3939 y sus concordantes—3943.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 44, tit. 28, Part. 3°)—Freytas, 3069—Goyena, 432—Cód. de Chile, 914—Laurent, tom. 6, n° 181—Aubry y Rau, § 256, bis., nota 24—Notas del codificador á los arts. 1547, 3939 y 3940—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 5, p. 449—Tom. 7, p. 304—Tom. 19, p. 159.

**Puede retener la cosa hasta ser pagado de los gastos, etc.:** En la accion de reivindicacion, cuando se alega derecho á mejoras, pueden presentarse dos casos: 1° En que el demandado reconoce desde el momento de la demanda que la cosa no es suya, y que está dispuesto á entregarla, siempre que previamente se le paguen las mejoras necesarias ó útiles. En este caso la cuestion se limita únicamente al avalúo de esas mejoras. Desde ese momento la declaracion del demandado equivale á la sentencia declarando al demandante propietario de la cosa objeto de la reivindicacion, y de poseedor que era, pasa á ser tenedor (art. 2462, inc. 5). En estos casos la Suprema Corte ha reconocido, por los fallos citados de los tomos 7 y 19, que el demandado tiene, con arreglo al art. que estudiamos, derecho de retencion.

Viene ahora el segundo caso. El demandado alega mejor derecho á la posesion, y se sigue el juicio que termina con un fallo condenatorio para el demandado; se presenta éste entablando el interdicto *retinendae possessionis*. ¿Debe en este caso el Juez hacer lugar á la retencion mientras se sustancia el juicio sobre mejoras? La Suprema Corte, por el fallo citado del tom. 5, ha declarado que no.

Tenemos un profundo respeto por las decisiones de este alto Tribunal cuyos fallos son casi siempre el resultado de una sabia interpretacion de la ley; pero en el caso propuesto, los considerandos del fallo del Juez de Seccion, *por cuyos fundamentos* se confirmó, están muy léjos de ajustarse á los verdaderos principios.

En el considerando 3 del citado fallo, se dice: “Que estando re-



cien iniciado el juicio sobre mejoras como poseedor de buena fe por parte de C. no es aplicable en este caso el art. 2428, el cual concede el derecho de retencion al poseedor de buena fe *que haya hecho mejoras útiles ó necesarias*, lo que no está declarado aun en este caso, y es materia del juicio que está aun pendiente."

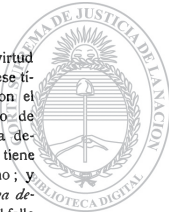
Segun este considerando nunca podrá tener aplicacion el art. que estudiamos, puesto que nunca el juicio sobre mejoras es previo á la sentencia que, como conclusion del juicio de reivindicacion, declara que la cosa demandada pertenece al reivindicante. Solo despues de esa sentencia es cuando el demandado condenado á entregar la cosa, exige las mejoras; ántes no tiene objeto desde que no sabe si va á ser ó no condenado á entregarla.

Si así no fuera, los fallos ántes citados del tom. 7 y 19 estarian mal dados, pues que en ellos se concede al poseedor derecho de retencion despues de confesar que no es propietario de la cosa. Esa confesion equivale á la sentencia condenatoria, por cuanto que, confesando el demandado el derecho del demandante, la cuestion sobre la propiedad de la cosa queda concluida. En tal caso, siguiendo el principio del considerando copiado, una vez confesada la propiedad del demandado, la Corte debió, en los fallos citados, mandar poner al demandante en posesion de la cosa sin esperar el resultado del juicio sobre mejoras, puesto que la situacion del demandado en uno y otro caso es idéntica: posesion de una cosa cuya propiedad es de otro, en la cual ha hecho mejoras, pero sin que se haya declarado la obligacion de pagarlas. No lo ha hecho sin embargo, porque esto sería chocar con el principio del art. que estudiamos, como choca la sentencia á que nos referimos.

El que el juicio sobre propiedad de la cosa que se quiere reivindicar concluya por confesion del demandado ó por sentencia del Juez, en nada puede influir para que el poseedor ejerza el derecho de retencion que la ley le acuerda.

En el caso en cuestion, que es el de la segunda hipótesis que hemos puesto, el poseedor reúne los tres únicos elementos necesarios para ejercer el derecho de retencion, á saber: 1º posesion de la cosa de otro por un tercero; 2º Obligacion del propietario respecto del poseedor, y 3º Conexion entre la cosa retenida y el crédito del que retiene. (Véase nota del codificador al art. 3939.)

¿Por qué entónces negar el derecho de retencion? No hay ley alguna que exija un título ejecutivo, ó auténtico, como parece exigirse



en el fallo citado, para dar al poseedor derecho de retencion en virtud de mejoras hechas. Por otra parte, ¿cómo puede obtenerse ese título si las mejoras no son hechas en virtud de un contrato con el propietario sino que han sido hechas por el poseedor á título de dueño? ¿Se le exigirá al poseedor que ántes de contestar la demanda de reivindicacion, aunque no crea que el demandante tiene razon, reconvenga por las mejoras? Indudablemente que no; y como solo de este modo puede invocar un título en que se *haya declarado que ha hecho mejoras útiles y necesarias*, como dice el fallo citado, y que el dueño está obligado á pagarla, resulta, como hemos dicho ántes, que nunca puede llegar á tener aplicacion el art. que estudiamos. Esto no puede ser; la ley nunca es letra muerta.

Donde se ve con mas claridad el poco fundamento del fallo del Juez de Seccion, confirmado por la Corte es en el considerando 4, que dice: "Que tampoco proceden en este caso los arts. 3939 y 3940, porque en ellos se supone la calidad de *acreedor* al poseedor para gozar del derecho de retencion, cuya calidad no existe en el presente caso, POR NO ESTAR DECLARADO TAL POR SENTENCIA, siendo éste el caso *sub-judice* en el juicio de mejoras pendientes, cuya doctrina se confirma al final de la nota al art. 3939, donde se demuestra que no se puede acordar el derecho de retencion al presunto acreedor, mientras la obligacion que demanda no proceda ó traiga su origen en un contrato ó cuasi-contrato entre las partes."

¿Cuándo se le *declara* al poseedor acreedor por mejoras? Nadie lo negará, como lo hemos probado ántes, que esta declaracion *solo* viene despues de fallada la accion de reivindicacion, es decir, despues que el Juez declara que el poseedor no es propietario. Luego, es despues de esa sentencia que el poseedor entabla su interdicto de retencion; y como el propietario siempre pedirá su entrega tan luego de que la sentencia adquiere autoridad de cosa juzgada, el acreedor no tiene tiempo material para que su crédito por mejoras sea judicialmente declarado.

Respecto á los arts. que se citan, si en algo puede aplicarse al caso en cuestion, es precisamente para confirmar lo que decimos, como puede verse.

Sostenemos, pues, que el poseedor no tiene necesidad para ejercer el derecho de retencion en el caso del art. que estudiamos, que su crédito esté declarado ó reconocido por sentencia; y que puede pedir la retencion, como dice Freytas, art. 3969, 1ª parte, ántes de la



sentencia ó en su ejecucion; esto es, cuando está dentro del plazo señalado por el Juez para la entrega. Despues de ese plazo ya cae en mora, y creemos que no tendrá mas que entregar la cosa, sin perjuicio de cobrar en otra forma su crédito.

1º El derecho de retencion acordado al poseedor de buena fe viene desde el Derecho Romano; sensible y muy raro es que en el Código Frances no se disponga nada al respecto, lo que atribuye Laurent á negligencias de sus rodactores; nuestro codificador ha estado esta vez mas previsor que el legislador frances.

**Y entregase la cosa:** Entregada la cosa, si bien no se pierde el derecho de cobrar los gastos hechos por el poseedor, el derecho de retencion desaparece (nota del codificador al art. 1547) y no revive aunque la cosa vuelva á poder del poseedor por otra causa (art. 3943). Pero esto solo tiene lugar en caso de entrega voluntaria, pues cuando ha sido desposeido de ella violentamente, sea por el propietario ó por un tercero, puede entablar la accion de despojo (art. 3944 y su comentario).

Como complemento del estudio de este art., véase comentario al Tit. "*Del derecho de retencion.*"

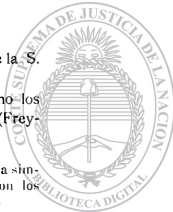
**2429**—El dueño de la cosa no puede compensar los gastos útiles ó necesarios con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe; pero puede compensarlos con el valor del provecho que el poseedor hubiese obtenido de destrucciones parciales de la cosa, y con las deudas inherentes al inmueble, correspondientes al tiempo de la posesion, si el propietario justificare que las habia pagado. (Concuerda con los arts. 1384—2119—2120—2124—2427—2430—2431—2444—3426.)

#### CONCORDANCIAS

(En cuanto á la compensacion de los gastos necesarios ó útiles con los frutos percibidos por el poseedor de buena fe, en contra LL. 41 y 44, Tit. 28, Part. 3ª, y L. 48, Tit. 1, Lib. 6, Dig., *Destrucciones parciales*, árboles, por ejemplo, que hubiese cortado y vendido de bosque que no era de corte)—Freytas, 3967 y 3975—Marcadé, sobre el art. 555, tom. 2, III—Laurent, tom. 6, n° 279—En contra, Pothier, Propiedad, n° 349—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1290,

**Con los frutos percibidos:** La razon de esto es, dice Marcadé, tom. 2, núms. 163, 428, *bis*, que los frutos son del poseedor; él los ha podido gastar y talvez los ha gastado, mientras que para las construcciones ha anticipado sus capitales.

**Del provecho que el poseedor hubiese obtenido:** Este provecho debe probarse por el demandado, lo mismo que el caso



de destruccion de que habla el art. 2431. (Véase fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 304, considerando 3 de la Corte.)

**Y con las deudas inherentes, etc., etc.:** Tales como los impuestos debidos y no pagados en el tiempo de su posesion (Freytas, 3967, 2ª parte).

**2130**—Los gastos hechos por el poseedor de buena fe para la simple conservacion de la cosa en buen estado, son compensables con los frutos percibidos, y no puede cobrarlos. (Véase arts 2120—2282.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 219, letra E—L. 7, Tit. 1, Lib. 7, Dig.)—Goyena, comentario al 432—Pothier, Propiedad, n° 344.

**Para la simple conservacion:** Lo mismo que los gastos de produccion, tales como poda de árboles, riego y demas cuidados.

**2431**—El poseedor de buena fe no responde de la destruccion total ó parcial de la cosa, ni por los deterioros de ella, aunque fuesen causados por hecho suyo, sino hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido, y solo está obligado á entregar la cosa en el estado en que se halle. En cuanto á los objetos muebles de que hubiese dispuesto, solo está obligado á la restitution del precio que hubiera recibido. (Concuerda con los arts. 124—1854—1867—2118—2129—2178—2212—2272—2273—2429—2435 á 2437—2780—3426.)

#### CONCORDANCIAS

(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 querelle ante petitam hereditatem subjectus est.* L. 31, § 3, Lib. 5, Dig.—Cód. de Chile, 906, 2ª parte—L. 25, § 11, Tit. 3, Lib. 5, Dig.—Véase Aubry y Rau, § 219, letra C—Proudhon, *Domínio privado*, tom. 2, núms. 569 y siguiente—Duranton, tom. 4, n° 306)—Freytas, 3959, inc. 2, y 3996—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 304—Véase nuestro comentario al art. 2453.

**Sino hasta la concurrencia del provecho que hubiese obtenido:** Así, por ejemplo, si ha demolido un edificio y ha vendido los materiales, el provecho consistirá en el precio de la venta de esos materiales; pero si lo ha demolido únicamente para darse mayor comodidad, para agrandar un patio, por ejemplo, no hay en esto provecho en el sentido de la ley; en tal caso el poseedor nada deberá pagar.

El provecho debe ser, pues, una entrada real de un valor al



patrimonio del poseedor, para que tenga lugar la aplicacion del artículo.

Tampoco debe confundirse este provecho con los frutos ó productos que el poseedor pueda haber obtenido; éstos no dejan de ser tales y pertenecer al poseedor de buena fe (art. 2423) porque la cosa haya sufrido algun menoscabo.

¿Se comprenderá en la palabra *deterioro* el corte de bosques, cuando el poseedor ha dispuesto de ellos, ó se considerarán éstos bajo la denominacion de frutos naturales?

El punto está resuelto por el art. 2444 y nota del codificador á dicho art. Por ese art. se obliga á todo poseedor á devolver los productos que hubiesen obtenido de la cosa que no entra en la clase de frutos propiamente dichos, y en la nota, tomada de Aubry y Rau, esplica lo que se debe entender por productos que no son frutos. "Las piedras que hubieren vendido, dice, de la heredad; lo que hubiesen obtenido de minas, canteras, etc., que eran abiertas cuando entraron en posesion; los árboles que hubieren cortado, que no eran de bosque de corte, etc., etc." (Véase Aubry y Rau, § 206, notas 33 y 34).

Debe pues distinguirse, como hemos dicho ántes, los frutos que la cosa está destinada á producir, de aquellas desmembraciones de la misma, ó de las producciones que, no estando destinada á producir las, el poseedor las ha obtenido, cualquiera que sea el medio de que se haya valido, como por ejemplo, las minas, piedras, etc. Esto no quiere decir que las producciones espontáneas de la cosa y que por su naturaleza ó por su destino al tiempo de entrar en posesion, no estaba destinada á producir, no entren en la clase de frutos propiamente, ni tampoco que el poseedor solo debe concretarse á esplotar la cosa únicamente en aquello á que estaba destinado por el anterior poseedor ó por el reivindicante.

Así, si un campo estaba destinado á la ganadería, el poseedor puede destinarlo á la agricultura, sin que se le pueda obligar á devolver los productos obtenidos so pretexto de que esas no eran las producciones á que la casa estaba destinada.

Solo hay que ver, para la aplicacion del art. que estudiamos, si la cosa ha sufrido una desmembracion material de parte de ella y que no estaba destinada á sufrirla. (Véase Pothier, Propiedad, nº 333.)

**Del precio que hubiere recibido:** Si los ha donado por



título gratuito no habrá restitucion (nota del codificador á este artículo).

**2432**—El heredero del poseedor de mala fe, hará suyos los frutos correspondientes á su posesion de buena fe. (Concuerda con los arts. 2357—2358—2361.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3990—Nota del codificador al art. 2361; allí se encuentra su explicacion—Véase nuestro comentario al art. 3905.

**2433**—El poseedor de buena fe que ha sido condenado por sentencia á restituir la cosa, es responsable de los frutos percibidos desde el día en que se le hizo saber la demanda, y de los que por su negligencia hubiese dejado de percibir; pero no de los que el demandante hubiera podido percibir. El no responde de la pérdida y deterioro de la cosa causados por caso fortuito. (Concuerda con los arts. 584—1532—1833—2435—2438—2439.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier. Propiedad, n° 387 y siguientes—Aubry y Rau, § 219—Molitor, Reivindicacion, n° 19—Ley 40, Tit. 3, Lib. 5, Dig.—L. 63, Tit. 17, Lib. 5, Dig.—Demandante, n° 385, bis, § 6—Maynz, § 205, obs. 1)—Freytas, 3991—Goyena, 429—Fallos de la S. U., S. 2, tom. 19, p. 159—Cod. de Chile, 907, inc. 3.

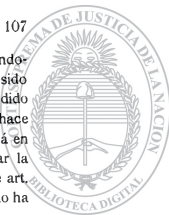
**Desde el día que se le hizo saber la demanda** : Los percibidos ántes son del poseedor, y no se pueden cobrar aunque no estén consumidos, (art. 2423—en contra, Pothier, Propiedad, n° 339—Véase comentario al art. 2443).

**Y de los que por su negligencia, etc., etc.** : Por ejemplo, si durante el juicio debió recojer los productos de una viña y no lo hizo, dejándolos perder.

**Pero no de los que el demandante, etc., etc.** : Por sus aptitudes especiales, pues el poseedor no está obligado sino á administrar como buen padre de familia.

**Causados por caso fortuito** : Para librarse de la responsabilidad no tiene el poseedor necesidad de probar que la cosa habria perecido igualmente estando en poder del dueño. (Véase nota del codificador á este artículo).

La razon es que no puede equipararse el poseedor de mala fe con el de buena fe demandado para la entrega de la cosa; si está obligado á restituir los frutos, es únicamente por las razones espues-



tas por el codificador en la nota al art. que estudiamos. Tratándose de la pérdida de la cosa por caso fortuito, en que él no haya sido culpable, debe observarse que no obstante la demanda, él ha podido tener la convicción de que la cosa le pertenece, y si la ley le hace responsable de su propia falta es porque desde la demanda está en la obligación, como dice Laurent, tom. 6, n° 227, de conservar la cosa como buen padre de familia. Es por esto que según este art. no es responsable del caso fortuito cuando la destrucción no ha venido por su culpa (Aubry y Rau, § 219, notas 14 á 16, comentario al art. 3434, nuestro), mientras que por el art. 2431, ni de esta culpa tiene que responder. Teniendo la cosa como suya, es dueño de dejarla destruir, y ninguna falta se le puede imputar.

"Antes de la demanda, dice Laurent, tom. 6, n° 175, no se puede decir que el poseedor de buena fe caiga en falta; él cree que la cosa le pertenece; luego, no hay falta que reprobarle si la deja perecer. Sin embargo, después de la demanda todo poseedor de buena fe responde de su falta.

**2434**—Cosa también la buena fe del poseedor para los efectos del artículo anterior cuando tuvo conocimiento del vicio de su posesión. (Véase arts 2356 á 2358 -2442 y 4008.)

#### CONCORDANCIAS

(Demante, n° 385, bis, § 7—Proudhon, *Dominio Privado*, n° 461)—Véase Freytas, 3950, 2ª parte—Pothier, núms. 340 y 342—Laurent, tom. 6, n° 226.

**Para los efectos del art. anterior**: Es decir, para la percepción de frutos; por lo que hace á la prescripción basta con que sea de buena fe en su origen. (Véase art. 2358, nota del codificador á dicho art., 4008 y nota del codificador al mismo, Aubry y Rau, § 206, nota 22.)

El doctor Segovia dice que no acepta este art., y que las palabras que estudiamos no quieren decir para los efectos del art. anterior, como dice el texto, sino para los efectos de los arts. 2435 á 2440.

La crítica de este autor viene de haber confundido la posesión de mala fe desde su origen, con la posesión cuyo origen es de buena fe pero que después el poseedor ha tenido ocasión de cersiorarse de que su título no es legal. Precisamente, este art. demuestra cuán pre-





visor ha sido el codificador en declarar que la buena fe del poseedor cesa para el efecto de la percepcion de frutos, y pérdida proveniente de su culpa (véase arts. 2433 y 2442) y no para todos los efectos, como quiere el doctor Segovia, pues que sin esa declaracion espresa, muchos, con mayor razon, habrian creido que cesaba para todos los efectos. Esto habria sido contrario al principio sentado en los arts. 2358, 4008 y notas del codificador á los mismos (véase los concordantes de los mismos); y la interpretacion del doctor Segovia viene á ser contraria tambien á esos arts. y al que estudiamos.

Á un intérprete no le es dado torcer el sentido claro y terminante de una ley, so pretexto de no estar de acuerdo con su mandato ó de creer que está en contradiccion con otro testo. Este seria el mejor medio de no llegar nunca á tener jurisprudencia.

Repetimos: una cosa es la buena fe para la percepcion de los frutos, y que debe existir, segun el art. 2358, en cada acto de percepcion, y otra la buena fe para los efectos de los arts. 2435 á 2440, y por consiguiente para la prescripcion, que nó cesa por el conocimiento posterior del defecto de sus títulos. *Mala fides superveniens non nocet.* (Véase Goyena, comentario al art. 1957.) El artículo que estudiamos se refiere, únicamente para el efecto de la percepcion de frutos, y demas del art. 2433.

Supóngase que un poseedor adquiere la posesion de buena fe: un año despues sabe que su título es ilegal. En este caso, el art. dice: que deberá, con arreglo al art. 2433, devolver los frutos percibidos desde que tuvo conocimiento del vicio de su posesion, y no los percibidos con anterioridad á esa fecha (comentario al art. 2442). Si en cualquiera de esas dos épocas se destruye la cosa por caso fortuito, él no responde de su valor si, como hemos dicho en el comentario á dicho art. 2433, él no ha tenido culpa cuando la destruccion ha venido con posterioridad á la demanda ó al conocimiento del vicio de su título. Esto, como se ve, es muy distinto á lo que disponen los arts. 2435 á 2440, que el doctor Segovia quiere se le apliquen, aunque sea contrariando el testo espreso, al poseedor en la hipótesis legislada en el que estudiamos. Por esos arts. se hace cargar al poseedor con la ruina ó deterioro si no prueba que ésta habria tenido lugar estando la cosa en poder del propietario (art. 2435), y si es viciosa debe pagarla, segun el art. 2436, que tambien quiere el doctor Segovia que se aplique,



aunque el dueño no hubiese evitado la destrucción estando en su poder; está á mas obligado á pagar, los frutos civiles que la cosa *habría* podido producir estando en poder del dueño.

¿Cómo hacer cargar al poseedor que puede prescribir por diez ó veinte años con tan grandes responsabilidades, y que la ley las hace efectivas únicamente en el que solo puede prescribir por treinta años? Esto sería una anomalía; y si se agrega que tal responsabilidad sería aplicada por los Jueces por interpretación y no por un mandato expreso de la ley, tenemos que la tesis que atacamos es inadmisibles bajo todo punto de vista. Esto mismo dice el codificador en la nota puesta al art. 2433, reprobando precisamente la interpretación que combatimos.

**Cuando tuvo conocimiento del vicio de su posesion :**

La prueba de esto corresponde al demandante, porque la buena fe siempre se presume (art. 4008 y sus concordantes). ¿Cómo deberá hacerse esta prueba? El conocimiento del vicio de la posesion es un hecho; luego, segun los principios generales, para probarlo será admisible toda clase de pruebas, incluso la testimonial; ésto es aceptado por todos (Daloz, palabra *Propiedad*, nº 346).

**2435**—El poseedor de mala fe responde de la ruina ó deterioro de la cosa, aunque hubiese ocurrido por caso fortuito, si la cosa no hubiese de haber perecido, ó deteriorándose igualmente, estando en poder del propietario. (Concuerda con los arts. 788—789—892—971—972—1091—1094—2294—2356—2431—2433—2436 á 2439—3426.)

CONCORDANCIAS

(Instit., Lib. 4, Tit. 17, § 2—L. 5, Tit. 1, Lib. 12, Dig.—Merlin, *Repert. verb. fruits*, nº 4—Toullier, tom. 3, nº 110—Duranton, tom. 4, nº 360—Proudhon, *Dominio privado*, nº 464)—Pothier, *Propiedad*, núms. 406 á 412—Laurent, tom. 6, nº 175—Aubry y Rau, § 219, nota 16—Freytas, 3979, inc. 2—Véase Cód. Frances, 1302.

**Estando en poder del propietario:** Por ejemplo, un terremoto, una inundación que arruinase los edificios de una ciudad, ú otras causas generales que habrían afectado la cosa aun estando en poder del propietario. (Nota del codificador al art. 789).

**2436**—Si la posesion fuese viciosa, pagará la destrucción ó deterioro de la cosa, aunque estando en poder del dueño no lo hubiese éste evitado. Tampoco tendrá derecho á retener la cosa por los gastos necesarios hechos en ella. (Concuerda con los arts. 1091—1092—2364 y siguientes—2435—2440.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 8962 y 8963—Véase las concordancias del art. anterior, y comentario á los arts. 1091 y siguientes

**Pagará la destruccion ó deterioro:** Este pago consistirá en la diferencia de su valor actual y el valor primitivo (art. 1094 y su comentario), ó la diferencia entre el valor actual y el que tendria si no estuviese deteriorada, si éste es mayor que aquél.

Si la destruccion fuera total, el pago se hará en relacion al mayor valor de la cosa, tasada por peritos, ó determinado por el Juez. Esto sin perjuicio de pagar los daños ocasionados por la privacion de la cosa (Demante, tom. 2, n° 476, *bis*, citado en la nota al art. 2439), y los alquileres de ella. (Véase comentario al art. 1091, y arts. 1069 y 1109).

**2137**—Cuando el poseedor de mala fe ha dispuesto de objetos muebles sujetos á la restitution como accesorios del inmueble, está obligado á bonificar al propietario el valor integro, aunque él no hubiese obtenido sino un precio inferior. (Concuerda con los arts. 2273—2415—2435 y sus concordantes—2780.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 219, letra C)—Véase las concordancias del art. 2435—Laurent, tom. 6, n° 174.

**Aunque él no hubiese obtenido, etc., etc.:** Esta obligacion nace del principio de que debe restituir la cosa con todos sus accesorios. Aunque el poseedor haya transmitido los objetos por título gratuito, siempre estará obligado á la indemnizacion.

Por lo demas, el art. supone el caso en que el reivindicante no puede ó no quiere entablar la accion de reivindicacion contra el actual poseedor.

Si los obtiene del adquirente, el enajenante indemnizará al propietario los gastos hechos para recaudarlos y á mas los perjuicios sufridos, como queda dicho ántes.

**2138**—El poseedor de mala fe está obligado á entregar ó pagar los frutos de la cosa que hubiese percibido, y los que por su culpa hubiera dejado de percibir, sacando los gastos de cultivo, cosecha, ó estraccion de los frutos. (Concuerda con los arts. 788—971—1091—2273—2240.)



## CONCORDANCIAS

(L. 40, Tit. 28, Part. 3.—La L. 39, al fin, y la L. 4, Tit. 14, Part. 6.—Inst., Lib. 4, Tit. 17, § 2, y Lib. 2, Tit. 1, § 35—LL. 33 y 62, Tit. 1, Lib. 6, Dig.)—Cód. de Chile. 907—Freytas, 3979, inc. 1—Comentario al art. 1091—Goyena, 431 y su comentario—Aubry y Rau, § 219, nota 17.

**Y los que por su culpa hubiera dejado de percibir.**

De modo que si por un caso fortuito, que hubiera hecho perder los frutos aun estando la cosa que los produce en poder del propietario, no los ha percibido el poseedor de mala fe no estará obligado á pagarlos. Esta interpretacion se deduce, no solo de las palabras que estudiamos sino del art. 2435. Si la pérdida de la cosa por caso fortuito exime al poseedor de mala fe de responder de ella cuando por la misma causa se hubiera perdido tambien en poder del propietario, con mas razon deberá aplicarse esto mismo á las producciones de la cosa.

1º La culpa en no haber producido frutos nunca se borra porque el poseedor no haya tenido medios, ó no le haya sido posible, por inconvenientes personales, hacer producir frutos á la cosa poseida. Tampoco se exime de la responsabilidad alegando que el propietario, por sus aptitudes personales ó por cualquier otra causa no habria percibido frutos si la cosa hubiera estado en su poder. El propietario es dueño de abandonar la cosa ó tenerla sin producir nada, sin que por esto cometa falta; pero otra cosa es el poseedor; su mala fe le hace que siempre esté faltando á la obligacion de restituir la cosa; á causa de esta falta se ve, como dice Pothier, Propiedad, n° 335, obligado á indemnizar los daños y perjuicios resultantes, en los cuales están comprendidos los frutos de la cosa que el propietario ha dejado de percibir.

Para la indemnizacion solo se toma en cuenta la productibilidad de la cosa y se calcula lo que habria producido administrada por un buen padre de familia sin esfuerzo y sacrificios extraordinarios; en el Cód. de Chile esto es espreso (art. 907 de dicho Código).

2º Cuando la posesion es viciosa, el poseedor deberá pagar los frutos percibidos y los que hubiera dejado de percibir aun por caso fortuito, como sucede con la restitucion de la cosa misma (art. 2436); y aun creemos que ni las espensas ó gastos de produccion podrá cobrar (Freytas, 3981, 1ª parte).





**2139**—Está igualmente obligado á indemnizar al propietario de los frutos civiles que habria podido producir una cosa no fructífera, si el propietario hubiese podido sacar un beneficio de ella. (Véase los concordantes al art. anterior.)

#### CONCORDANCIAS

(L. L. 62 y 64, Dig., *De reivind.*—Demante, tom. 2, n° 476, *bis*).—Véase Aubry y Rau, § 219, nota 18.

Este artículo se refiere á los alquileres de la cosa, regulados por el tiempo que ha durado la posesion; el poseedor no podrá escepcionarse probando que el dueño no la habria alquilado, porque aqui se trata de una indemnizacion por la falta misma del poseedor, obligacion á que está sujeto todo el que comete un delito. Véase nota del codificador. Tampoco podrá escepcionarse alegando que á él no le ha servido de nada la cosa, un instrumento, una máquina, por ejemplo, que el poseedor no podia utilizar.

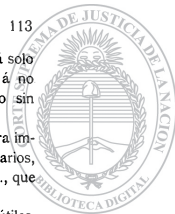
Si por el contrario, el poseedor podia utilizarla y el propietario, no, el doctor Segovia opina que no sería justo dejar de indemnizar prudentemente al poseedor. Estamos de acuerdo en esto. El propietario debe sinembargo percibir algo por el hecho de estar privado de lo que legítimamente le pertenecía, y este algo sería un alquiler proporcionado al servicio que la cosa puede prestar haciendo abstraccion de los conocimientos especiales del poseedor; lo de mas sería para este último.

**2410**—El poseedor de mala fe tiene derecho á ser indemnizado de los gastos necesarios hechos en la cosa, y puede retenerla hasta ser pagado de ellos. De este beneficio no goza el que hubiese hurtado la cosa. (Concuerda con los arts. 589—2309—2427—2436—2441—3939.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 44, Tit. 28, Part. 3°—L. 5, Tit. 92, Lib. 3, Cód. Romano—Maynz, § 206, nota 21).—Freytas, 9963—Goyena, 432, 1° parte—Cód. de Chile, 908 y 909.

**A ser indemnizado de los gastos necesarios:** Siempre que éstos existan; si no obstante esos gastos la cosa se ha destruido, ninguna indemnizacion deberá recibir el poseedor de mala fe; por el contrario, es él quien tiene que pagarla (art. 2436). Como el poseedor de mala fe solo se libra de responder del deterioro de la cosa cuando prueba que éste hubiera tenido lugar aun estando en



poder del dueño, parece que el presente art. debe limitarse á solo aquellos gastos necesarios que han evitado una ruina que, á no haberse hecho, habria perecido la cosa en poder del dueño sin responsabilidad para el poseedor (art. 2435).

Lo dicho es únicamente respecto á los gastos necesarios para impedir la destruccion de la cosa y no á los demas gastos necesarios, tales como el pago de deudas hipotecarias, impuestos, etc., etc., que el propietario tenia irremisiblemente que pagar.

1.º El pago de los gastos necesarios, á diferencia de los útiles, fuera de las cosas espresamente exceptuadas, deberá hacerse con arreglo á lo que se ha desembolsado. Téngase presente lo dispuesto en el art. 2302.

**2441**—El poseedor de mala fe puede repetir las mejoras útiles que hayan aumentado el valor de la cosa hasta la concurrencia del mayor valor existente. Estas mejoras son compensables con los frutos percibidos ó que hubiere podido percibir. Pierde las mejoras voluntarias, pero puede llevarlas, si al hacerlo no causase perjuicio á la cosa. (Concuerda con los arts. 1620—2120—2427—2439 y sus concordantes—2589.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 41, Tit. 28, Part. 3ª—Demolombe, tom. 9, núms. 682 y siguientes—Aubry y Rau, § 219, letra E.)—Laurent, tom. 6, n.º 177—Pothier, Propiedad, núms. 360 y 352—Cód. de Chile, 910.

**Estas mejoras son compensables, etc., etc.:** Pero si el valor de las mejoras es mayor que el de los frutos percibidos ó que haya podido percibir, el propietario deberá reembolsar este mayor valor al poseedor. (Véase nota á este artículo.)

1.º Una posesion viciosa, como la de que hablan los arts. 2436 y fin del 2440 ¿da derecho á cobrar mejoras útiles? Pensamos que no; y que el poseedor vicioso no tiene mas derechos que los implicitamente declarados por los arts. 2436 y 2440. Estos artículos se refieren únicamente á los gastos necesarios y sin derecho de retencion, y no á los útiles. Si bien bajo la denominacion genérica de *poseedor de mala fe*, se comprende generalmente tambien á los que tienen una posesion viciosa en el sentido del art. 2364, por nuestro derecho se hace una marcada distincion entre una y otra, es decir, entre la posesion *viciosa* definida por el art. citado y la posesion *ilegitima* definida por el 2355.

Esta distincion se nota tambien en los arts. 2436 y 2440 y la ha-



cen la mayor parte de los autores. "Hay una mala fe caracterizada y criminal, dice Pothier, Propiedad, nº 350, tal como la de un usurpador que se ha aprovechado de la larga ausencia ó de la menor edad de un propietario que carecia de defensor, para ponerse en posesion de una heredad sin título ninguno; *tal poseedor de mala fe debe ser tratado con todo el rigor de la ley*; no merece ninguna indulgencia, y en consecuencia *no se le deben pagar* las mejoras introducidas en la finca durante el tiempo que los ha poseído. Al contrario, hay especies de mala fe que no son criminales y que son excusables." Como ejemplo de esta mala fe cita el autor el caso de haberse comprado la heredad de un menor á la madre de éste, quien llegado á su mayor edad no respeta la venta y pide la nulidad de ella. En este caso, ú otros semejantes, que son á los que se refiere nuestro art., Pothier está de acuerdo en que debe concederse derecho á repetir las mejoras útiles.

Es indudable que la distincion existe y que el art. que estudiamos no se refiere al poseedor por título vicioso. Queda entónces la cuestion de si se puede aplicar por analogía el mismo principio que rige para el poseedor de mala fe á la posesion viciosa.

Bajo este punto de vista pensamos que la resolucion no debe ser mas favorable á esta última. Una posesion viciosa siempre es el resultado de un delito (véase nota del codificador al art. 2439), porque para adquirirla el poseedor ha tenido necesariamente que cometer un hurto ó un estelionato ó un abuso de confianza ó ejercer una violencia, ó entrar clandestinamente en posesion de la cosa. Cualquiera de estos hechos constituye un delito, clasificado y castigado por el Código. Ahora bien: ¿podemos por induccion acordar un derecho al poseedor que por el hecho de su posesion comete un delito? Indudablemente que no. Que el legislador lo haga por motivos de equidad que él juzgue atendibles, se esplica y no hay peligro en aplicar lo que la ley manda espresamente; pero ni el Juez ni el intérprete deben tomar el lugar de aquél para acordar derechos excepcionales que en principio general son rechazados.

Por regla general, ninguna obligacion puede tener el damnificado para con el que ha cometido el delito; si éste tiene algunos derechos contra aquél, es porque la ley, haciendo escepcion se los ha acordado; y como las escepciones á los principios generales tienen que ser espresas para que el Juez los aplique, tenemos que no ha-



biendo ninguna disposicion de este género que acuerde derechos sobre mejoras útiles al que tiene una posesion viciosa, por nuestras leyes el poseedor no tiene derecho á cobrarlas.

No se puede argumentar aquí con el racionio de Goyena, comentario al art. 432, al acordar, como lo hace nuestro Cod., derecho á cobrar las mejoras *necesarias* á todo poseedor de mala fe (art. 2440), de que el poseedor obra mal en retener la cosa, *pero no en conservarla*, porque aquí no se trata de desmejoras necesarias, sobre las cuales el art. 2440, última parte, le acuerda derechos, sino de las mejoras útiles.

Tampoco se puede invocar la equidad que no permite enriquecerse á costa de otro, porque á esto se contesta, como dice muy bien Laurent, que el propietario tambien puede invocar la equidad, que no puede permitir que un poseedor de mala fe, y mucho ménos el que ha cometido un delito, como en el caso que estudiamos, obligue al propietario á gastos que él no quiere hacer. En este conflicto de la equidad con la equidad misma, ésta debe ceder en favor de la víctima y no del victimario.

**Si al hacerlo no causa perjuicio á la cosa:** ¿Cómo debe entender este perjuicio? ¿Debe la cosa quedar sin detrimento de su estado actual, ó únicamente debe exigirse que quede tal como fué recibida?

Goyena dice que la cosa debe quedar sin detrimento de su estado actual.

Creemos que debe hacerse una distincion. Una cosa es *llevarse*, como dice el art., las mejoras y otra es hacerlas desaparecer, por no poderlas llevar. En el primer caso, es decir, cuando las mejoras puede llevarse, el poseedor puede quitarlas si el propietario no quiere pagárselas, aunque la cosa desmerezca respecto á su estado actual, con tal que quede en el en que estaba cuando entró en posesion; así, por ejemplo, he poseido una casa á la cual he puesto frisos y pisos de mármol, ó hecho trabajos donde no los habia; en este caso puedo sacar mi mármol, y mis materiales siempre que deje la casa en el estado anterior á mi posesion (véase cap. De la edificacion"); pero si las mejoras consisten en pinturas de cuya destruccion no puedo yo obtener ningun provecho, la razon natural y un principio de equidad enseña que yo no podria rayar las paredes y dejarlas blancas como las recibí; con esto yo causo un perjuicio a la casa inútilmente, pues que de ello no obtengo ningun beneficio.





Tal es el ejemplo puesto por Goyena, de acuerdo con lo dicho (comentario á su art. 432).

**2442**—El propietario, para exigir el pago de los frutos del poseedor de mala fe, no necesita probar su mala fe al tiempo de la adquisición de la posesion, y le basta probar su mala fe sobreviniente. (Concuerda con los arts. 2358—2423—2433—2434—2443.)

#### CONCORDANCIAS

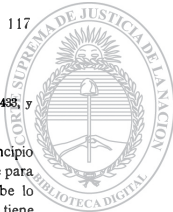
Freytas, 3987—Cód. de Chile, 913.

**Le basta probar su mala fe sobreviniente:** La razon es que desde el momento en que el poseedor tiene conocimiento de la nulidad de su posesion, su buena fe desaparece para el efecto de la restitution de frutos percibidos despues de esa época. Este art. viene en apoyo de lo que digimos al estudiar el 2434 (véase su comentario). En la percepcion de frutos, á diferencia de la prescripcion, es necesario que la buena fe del poseedor exista en cada acto de percepcion (art. 2358), sin que baste la buena fe en el origen de la posesion para que, respecto á los frutos, se le apliquen las reglas concernientes al poseedor de buena fe.

Así como aquel á quien se le opusiese la prescripcion de diez ó veinte años, y que alegase que no se ha podido prescribir sino por treinta años por ser el adquirente poseedor de mala fe, tendria que probar su mala fe en el origen de la posesion y no una mala fe sobreviniente (art. 2434 y su comentario, art. 4008), así el poseedor demandado por la restitution de los frutos no podria escusar su responsabilidad alegando su buena fe en el origen de la posesion cuando se le ha probado mala fe sobreviniente. Esto le serviria únicamente para no responder por los frutos percibidos ántes del conocimiento ó mala fe sobreviniente que se le ha probado. (Véase Freytas, 3950.)

Por lo demas, el art. no importa en manera alguna declarar que probada la mala fe sobreviniente se supone que ésta ha existido desde su origen (art. 2433, 2434 y 2443 (Segovia, nota 171).

**2443**—No siendo posible determinar el tiempo en que comenzó la mala fe, se estará al día de la citacion al juicio. (Concuerda con los arts. 2433—2434—2442.)



## CONCORDANCIAS

Freytas, 3991—Véase las concordancias y nota del codificador al art. 2433, y comentario al 2356—Fallos de la C. de la C., tom. 1, p. 384.

**Se estará al día de la citacion al juicio:** Es un principio de derecho aceptado por nuestro Cód. que todo poseedor tiene para sí la presuncion de poseer de buena fe mientras no se pruebe lo contrario (art. 2362 y 4008). Como la mala fe sobreviniente tiene influencia, como hemos dicho ántes, respecto á la percepcion de frutos, cuando de esto se trata, es indispensable determinar cuáles frutos han sido percibidos de buena y cuáles de mala fe. En la duda, con arreglo al principio indicado, se considera que únicamente son percibidos de mala fe los que lo fueron despues de la notificacion de la demanda, única fecha indudable. Tal es el alcance de este art. que no es mas que una ampliacion de lo dispuesto en el 2433 y nota del mismo.

La sentencia dada en contra del poseedor en el juicio de propiedad en nada influye, sobre la buena fe que se le considera tenía desde la adquisicion de la posesion hasta la notificacion de la demanda, máxime si en la sentencia no se ha declarado, en virtud de las pruebas, que la posesion del vencido es de mala fe desde su origen. De consiguiente, sus derechos á las mejoras y frutos durante ese tiempo se determinan por las disposiciones relativas á los poseedores de buena fe, pudiendo en consecuencia cobrar las mejoras despues de la sentencia. Así se reconoce en el fallo citado (coleccionados por M. Ponce).

**2441**—Tanto el poseedor de mala fe como el poseedor de buena fe, deben restituir los productos que hubieren obtenido de la cosa, que no entran en la clase de frutos propiamente dichos. (Concuerda con los arts. 2329—2429—2431.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 219, letra C.—Demolombe, tom. 9, n° 577)—Freytas, 3961—Véase nuestro comentario al art. 2431, y notas del codificador al art. 2320.



## CAPITULO V

### De la conservacion y de la pérdida de la posesion

**2445**—La posesion se retiene y se conserva por la sola voluntad de continuar en ella, aunque el poseedor no tenga la cosa por sí ó por otro. La voluntad de conservar la posesion se juzga que continúa mientras no se haya manifestado una voluntad contraria. (Concuerda con los arts. 2352—2395—2451—2456 á 2459—2510.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 12, Tit. 30, Part. 3ª, y L. 50 al fin, Tit. 28, Part. 3ª—Cód. de Luisiana, art. 3407 y siguiente—Pothier, *De la posesion*, n° 55—Maynz, § 172—Troplong, sobre el art. 2228, n° 263—Aubry y Rau, § 179, letra B.—L. 4, Cód. Romano, *De adqu. poss.*)—Freytas, 4070—Leon Wodon, Posesion, n° 2 y siguientes, y 280—Laurent, tom. 32, núms. 268 á 270.

#### **Aunque el poseedor no tenga la cosa por sí ó por otro :**

El presente art. se refiere únicamente al propietario poseedor y no al poseedor que prescribe para adquirir la propiedad. El propietario no necesita ningun acto material para conservarla. "No sucede lo mismo, dice Laurent, tomo citado, n° 269, siguiendo á Pothier, con el poseedor que quiere prescribir; éste quiere, mas que conservar la posesion, adquirir la propiedad por prescripcion; y como para que la posesion pueda servir de base á la prescripcion es necesario que sea continua (art. 3998 argentino), y no es tal si cesa en el goce de la cosa. La razon de la diferencia resulta de la situacion diferente del propietario y del poseedor; el primero no tiene nada que adquirir, él solo quiere conservar, y conserva la propiedad y la posesion por solo la intencion art. 2510. El segundo, mas que conservar, pretende adquirir la propiedad poseyéndola; por consiguiente, es necesario que posea, es decir, que haga los actos de posesion que la naturaleza de la cosa exija, como veremos mas adelante. La posesion conservada por la sola intencion sin actos posesorios, será una posesion discontinua; por consiguiente, el poseedor no puede prevalerse de ella para prescribir". La posesion se supone que es continua mientras no se pruebe lo contrario (art. 4003 nuestro y 2234 frances y nuestro comentario al 2448).

**Una voluntad contraria:** Hechos por persona capaz (art. 2454), ó por el representante del incapaz si para ello tiene facultad expresa.

Así, el abandono que el tutor hace de la cosa con intencion de no poseer mas, no surte efecto si no está espresamente autorizado para hacer abandono de ella (art. 2447).

**2446**—La posesion se conserva, no solo por el poseedor mismo sino por medio de otra persona, sea en virtud de un mandato especial, sea que la persona obre como representante legal de aquel por quien posec. (Concuerta con los arts. 2352—2394 á 2396—2447.)

## CONCORDANCIAS

(LL. 5, y 12, Tit. 30, Part. 3ª—Cód. Frances. art. 2228 El mandato puede ser espreso ó tácito. Así, los miembros de la familia, la gente de servicio, los locatarios, etc., tienen á este respecto, un mandato tácito ó presunto—Zachariæ, § 283 y nota 3—Toullier, tom. 5, n° 706—LL. 9 y 25, Dig., *De adq. poss.*)—Cód. de Chile, 725.

**2447**—La posesion, subsiste, aun cuando el que poseía á nombre del poseedor, manifestare la voluntad de poseer á nombre suyo, ó aun- que el representante del poseedor abandonare la cosa ó falleciere, ó éste ó su representante llegare á ser incapaz de adquirir una posesion. (Concuerta con los arts. 2353—2354—2395—2449—2458—2459—2526—2606.)

## CONCORDANCIAS

(LL. 13, Tit. 30, Part. 3ª—Cód. de Luisiana, art. 3408—Pothier, *De la posesion*, n° 59—Tropiong, sobre el art. 2228, núms. 67 y 68—L. 25, Dig., *De adq. poss.*)—Leon Wodon, *Posecion*, n° 272 y siguiente—Freytas, 4069, incs. 2y 3—Véase concordancias y comentario al art. 2352 y tambien 2353.

**Manifestare la intencion de poseer á nombre suyo:**  
Salvo el caso del art. 2458. (Véase su comentario).

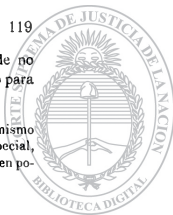
El art. tiene especialmente aplicacion cuando se trata del representante de un incapaz. (Véase comentario al 2445.)

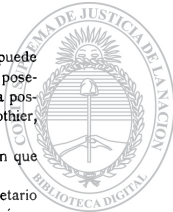
**2448**—La posesion de una cosa se conserva por medio de los que la tienen á nombre del poseedor, no solo cuando la tienen por sí mismos, sino tambien cuando la tienen por otros que los creian verdaderos poseedores, y tenian la intencion de tener la posesion para ellos. (Concuerta con los arts. 2352—2353—2354—2355—2446—2447.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, *Posecion*, n° 64—L. 30, § 6, Dig., *De adq. poss.*)—Pothier, *Posecion*, 61.

**Y tenian la intencion de tener la posesion para ellos:**  
Por ejemplo, cuando el mero tenedor arrienda la cosa á otro y este





último cree que ella pertenece á su locador. En este caso no puede el locador poseerla porque no puede cambiar la causa de su posesion (art. 2353 nuestro). "Quem non possint mutari sabi causa possessionem suæ," el locatario la detiene indirectamente, dice Pothier, lugar citado, por el poseedor sin que de ello se dé cuenta.

Lo mismo sucede con los herederos del poseedor que creían que la cosa era de su causante.

Estos siguen poseyendo indirectamente á nombre del propietario (nota al art. 2449). Véase sobre esto á Pothier, Posesion, núms. 61 y 62, y nuestro art. 2778.

**2149**—Cuando aquel por medio del cual se tiene la posesion, muere, la posesion se continua por medio del heredero, aunque éste creyese que la propiedad y la posesion pertenecian á su autor. (Concuerda con los arts. 2352—2353—2354—2447—2777—2778—2779.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, Posesion, n° 62)—Leon Wodon, Posesion, núms. 226, *bis*, y 304—Freytas, 4069, inc. 1.

**La posesion se continúa por medio del heredero:** De modo que si el heredero enajena la cosa, sin que el acto en sí importe desposesion en el sentido del art. 2458, el propietario podrá entablar las acciones posesorias correspondientes contra el adquirente, puesto que no teniendo el heredero la posesion tampoco puede transmitirla. Esto sin perjuicio del caso en que tenga aplicacion el art. 2456. (Véase comentario al art. anterior).

1.º No se pierde la posesion por el abandono que de ella haga el representante del poseedor. (Véase lo dicho á fin del comentario al 2458).

**2150**—Mientras haya esperanza probable de encontrar una cosa perdida, la posesion se conserva por la simple voluntad. (Concuerda con los arts. 891—2457—2592—2594—2605.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Austria, art. 352)—Pothier, Posesion, n° 80—Molitor, Posesion, n° 47—Leon Wodon, Posesion, n° 268.

**2151**—La posesion se pierde cuando el objeto que se posee deja de existir, sea por la muerte, si fuese cosa animada, sea por la destruccion

total, si fuese de otra naturaleza, ó cuando haya trasformacion de una especie en otra. (Concuerda con los arts. 2452—2459—2567 y siguientes —2604—2606 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

(L. 30, § 2, Dig., De adq. poss.)—Pothier, Posesion, n° 77—Leon Wodon, Posesion, n° 267—Freytas, 4061, inc. 1, 4066 y 4067.

**2452**—La posesion se pierde cuando por un acontecimiento cualquiera, el poseedor se encuentra en la imposibilidad fisica de ejercer actos posesorios en la cosa. (Concuerda con los arts. 2451—2457—2510.)

## CONCORDANCIAS

(L. 14, Tít. 30, Part. 3.—Maynz, § 174, n° 1)—Leon Wodon, Posesion, n° 267—Pothier, Posesion, n° 77—Molitor, Posesion, n° 47—Saviguy, § 31, p. 311—Freytas, 4062 y 4070.

**El poseedor se encuentra en la imposibilidad fisica de ejercer actos posesorios:** Esta imposibilidad, dice Leon Wodon, siguiendo á los autores citados, no debe ser momentánea y pasajera, pues si es así, el propietario se encontrará privado momentáneamente de ejercer sus derechos de propietario, pero no por esto se ha de decir que ha perdido la posesion de su cosa.

Por ejemplo, una inundacion, la ocupacion del inmueble por fuerzas enemigas en tiempo de guerra, ó cualquier otro obstáculo fisico de fuerza mayor, únicamente privarán momentáneamente de la posesion material de la cosa, pero no causan la pérdida de la posesion en el sentido de nuestro artículo.

El avance momentáneo que hace un rio sobre nuestro terreno por efecto de una creciente no da por resultado la pérdida de la posesion del terreno que el agua ha ocupado momentáneamente; volviendo el agua á su curso natural no recuperamos de nuevo la posesion porque no la hemos perdido, sino que desaparece únicamente el obstáculo material que nos impedia ejercer derecho de propiedad.

De modo que si, despues de haber desaparecido el obstáculo otro entra en posesion de la cosa, podemos entablar las acciones posesorias inherentes á la posesion, sin que se nos pueda rechazar la accion alegando pérdida de posesion.

**2453**—La posesion se pierde por la tradicion que el poseedor hiciera á otro de la cosa, no siendo solo con el objeto de transmitirle la simple



tenencia de ella. (Concuerda con los arts. 2377 y siguientes—2401—2609—2610.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, Posesion, n° (6)—Leon Wodon, Posesion, n° 265—Freytas, 4061, inc. 4, art. 4063.

**Por la tradicion que el poseedor hiciere:** Así como adquirimos la posesion, dice Leon Wodon, por el concurso del *corpus* y del *animus*, así tambien la perdemos cuando viene á cesar la existencia de una de estas condiciones.

En el caso legislado en este art. la posesion se pierde por el ánimo y por el traspaso de la tenencia material.

Los arts. citados como concordantes señalan los requisitos indispensables para que la tradicion produzca sus efectos jurídicos, es decir, la pérdida de la posesion por parte del tradente y la adquisicion de la misma por el adquirente.

**2454—**Se pierde tambien la posesion cuando el poseedor siendo persona capaz, haga abandono voluntario de la cosa con intencion de no poseerla en adelante. (Concuerda con los arts. 19—872—2445—2525—2526—2529—2530—2607—2608.)

## CONCORDANCIAS

(L. 49, Tit. 28, Part. 3°—Ley, 12, Tit. 30, Part. 3°—Pothier, Posesion, n° 70 y 72)—Freytas, 4061, inc. 5, y 4064—Leon Wodon, Posesion, n° 279.

**Abandono voluntario:** Este abandono dice, Pothier, puede ser *corpore et animo*, ó puede ser *ánimo solo*, por la sola voluntad que una persona tiene de abandonar la posesion, como consecuencia de sus derechos.

**Con intencion de no poseerla en adelante:** Sobre la prueba de esta intencion, véase nuestro comentario al art. 2530. (Véase 2ª parte del art. 2445).

**2455—**La posesion se pierde cuando por el hecho de un tercero sea desposeído el poseedor ó el que tiene la cosa por él, siempre que el que lo hubiese arrojado de la posesion, la tome con ánimo de poseer. (Concuerda con los arts. 2394—2395—2446—2448—2456—2458—2470—2487—2490—2493—2495—2498—2499.)



## CONCORDANCIAS

(L. 3, § 9, Dig., *De adq. poss.*—Trop long, sobre el art. 2228, n° 270—Pothier, *Posecion*, n° 73—L. 22, Dig., *De vi et de vi arm.*—Ley 1. § 24, Dig., y Ley 3, § 8, Dig., *Do adq. poss.*—Ley 17, Tit. 30, Part. 3.—Véase Pothier, *Posecion*, núms. 74 y 75—Leon Wodon, *Posecion*, núms. 292 y 305—Freitas, 4068, inc. 3.

**Sea desposeído el poseedor, ó el que tiene la cosa por él:** Entre los medios que da la ley á todo poseedor para mantenerse en su posesion están las acciones posesorias. Para que pueda tener lugar una accion posesoria es indispensable que haya habido por parte del demandado un acto exterior contrario al del demandante (notas del codificador á los arts. 2482 y 2496). El despojado debe probar el hecho (art. 2494).

De aqui se sigue que es esencial determinar cuando hay pérdida de posesion. Mas, esta determinacion es indispensable para conocer los derechos que en lo futuro pueda tener el desposeído.

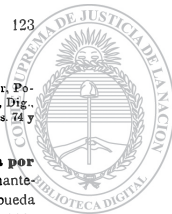
Para que haya verdadera desposesion es indispensable un hecho que directa ó indirectamente dé por resultado una imposibilidad fisica para que el poseedor continúe en su posesion.

Las amenazas que no se traducen en vias de hecho, pueden dar lugar á una accion de daños y perjuicios (art. 2497), pero éstas no pueden importar una desposesion. Hay, sin embargo, un caso que las leyes romanas legislan y que todos los autores lo aceptan, incluso nuestro codificador en la nota al art. que estudiamos. Nos referimos á cuando, estando ausente el poseedor, otro entra en posesion de la cosa dispuesto á no dejar entrar en ella al poseedor anterior. En este caso decimos basta el conocimiento que este último ha tenido de la actitud del despojante, para que la posesion se pierda. “Basta, dice Pothier, n° 75, que sobre el aviso que he tenido de que otros estaban en posesion de mi finca, animados del deseo de emplear la violencia para impedirme volver á ocuparla, me haya abstenido de volverme á presentar por temor á esta violencia.”

Los concordantes citados complementan el alcance de esta disposicion respecto á los casos en que hay verdadera desposesion.

Otro caso de pérdida de posesion, véase en el comentario al art. 2464, al fin.

1° Cuando la violencia se ha cometido contra el tenedor de la cosa, hay desposesion desde el momento en que se le ha quitado la cosa á éste, y antes de que el hecho llegue á conocimiento del posec-







dor (Pothier y Leon Wodon, lugar citado). Pero el año durante el cual el poseedor debe entablar la accion de despojo no se cuenta sino desde que el dueño tuvo conocimiento del hecho (art. 2493).

**2456**—Se pierde tambien la posesion cuando se deja que alguno la usurpe, entre en posesion de la cosa y goce de ella durante un año, sin que el anterior poseedor haga durante ese tiempo acto alguno de posesion, ó haya turbado la del que la usurpó. (Concuerda con los arts: 2382—2384—2401—2455—2473—2474—2477—2478—2493—3984—3985—3048. Véase excepcion del 3980.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 3412—Pothier, *De la posesion*, n° 76—Esta es la prescripcion de la posesion de que se trata en el Título *Delas acciones posesorias*)—Freytas, 3825—Leon Wodon, *Posesion*, n° 274—Nuestro comentario al art. 2382—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 18, p. 267—Mourlon, 3, n° 1812.

Este art. se refiere á cuando no hay violencia por parte del que toma la cosa; el de violencia está legislado por el art. anterior.

Se diferencia del presente en que tomada la posesion por violencia la desposesion se causa desde el momento del hecho, mientras que por el presente la pérdida de la posesion no viene sino despues del año. (Véase Locree, tom. 16, p. 468. Nota del Codificador al art. 2455). Pasado este tiempo, y habiendo el ocupante ejercido actos posesorios en la cosa, la posesion se pierde aunque el antiguo poseedor no haya visto en el nuevo ningun acto que indique la intencion por parte de éste de impedir que tome de nuevo la cosa. Es pues distinto al caso de que nos hemos ocupado en el comentario anterior.

Pero para que corra el término del año es necesario que el poseedor conozca los actos posesorios del ocupante. (Véase art. 2493.)

Se supone que tuvo conocimiento del hecho cuando se encuentra en el mismo lugar en que está la cosa; pero esto no impide que el demandado pruebe que aun estando ausente el demandante conoció sus actos posesorios.

**Y goce de ella durante un año:** Para lo cual no es necesario que sea uno mismo el poseedor (art. 2474).

**2457**—La posesion se pierde por la pérdida de la cosa sin esperanza probable de encontrarla. Sin embargo, la posesion no se pierde mientras la cosa no haya sido sacada del lugar en que el poseedor la guar-

dó, aunque él no recuerde dónde la puso, sea esta heredad ajena, ó heredad propia. (Concuerda con los arts. 2450 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier. Posesion, n° 80—Troplong, sobre el art. 2228, n° 270)—Freytas, 4093, inc. 2.

**Sea esta heredad ajena:** Sea en heredad ajena, etc., etc., habria sido mas propio.

**2458**—Se pierde la posesion cuando el que tiene la cosa á nombre del poseedor, manifiesta por actos exteriores la intencion de privar al poseedor de disponer de la cosa, y cuando sus actos producen ese efecto. (Concuerda con los arts. 2353—2354—2382—2394—2395—2447—2455—2505.)

## CONCORDANCIAS

(L. 3, § 18, Dig. De adq. poss.—Maynz, § 173—Véase L. 13, tit. 30, Part. 9°)—Comentario al art. 2353—Leon Wodon, Posesion, n° 272—Molitor, Posesion, tom. 3, p. 85—Laurent, tom. 32, n° 316.

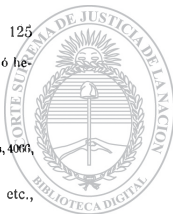
**Y cuando sus actos producen ese efecto:** Los actos exteriores son indispensables para que el tenedor deje de ser tal y entre á ser poseedor, pues muchas veces esos mismos actos no producen la desposesion si no llegan á conocimiento del dueño ó de aquel por quien se posea.

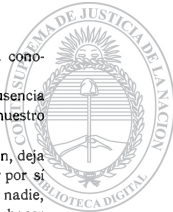
“El solo hecho de no pagar el arrendamiento, por ejemplo, no cambia la causa de la posesion del locatario, dice Molitor; otra cosa sería si éste rehusase pagarlo diciéndose dueño de la cosa por haberla heredado de un pariente, ó por haberla adquirido del verdadero propietario, ó tambien cuando el locatario hubiera rechazado la persona á quien el locador le hubiera vendido la casa, ó dado mandato para tomar posesion de ella.”

“Desde ese momento, continúa el mismo autor, el locatario habria dejado de poseer á nombre de otro, y desde el mismo momento habria principiado para él una posesion *cum animo domini*.”

Es, pues, indispensable que los hechos del mero tenedor lleguen á conocimiento del propietario ó de sus representantes para que tales actos produzcan el efecto de hacer perder la posesion.

No basta la manifestacion exterior de privar al poseedor de disponer la cosa; es necesario que esas manifestaciones, dice la última par-





te del art., produzcan ese efecto, y solo es así cuando llegan á conocimiento del propietario.

Sucede aquí, lo mismo que cuando se toma la cosa en ausencia del propietario. (Véase nota del codificador al art. 2455, y nuestro comentario al mismo).

"Cuando la intencion del representante, dice Leon Wodon, deja de ser concorde con la del representado, cuando quiere poseer por sí mismo, ó que por abandono de la cosa no quiere detener por nadie, ó bien cuando quiere poseer por otro que el representado y hacer clandestinamente tradicion á un tercero, en todos estos casos el derecho romano exige que el representado sea informado, como el ausente; el representado no perderá la posesion, aunque él haya de hecho, en la mayor parte de las hipótesis, perdido el *corpus* ó la facultad física de disponer de la cosa. *Animo solo possessionem retinebo.*"

Esto mismo es aplicable por nuestro derecho.

**2459**—Se pierde la posesion cuando la cosa sufre un cambio que la hace legalmente no ser susceptible de ser poseida por estar fuera del comercio. (Concuerda con los arts. 2336—2451 y sus concordantes—2333—2400.

#### CONCORDANCIAS

(L. 3, § 17, Dig., De adq. poss.—Maynz, § 172, n° 1)—Freytas, 4006, inc. 1.

## CAPÍTULO VI

### De la simple tenencia de las cosas

**2460**—La simple tenencia de las cosas por voluntad del poseedor, ó del simple tenedor, solo se adquiere por la tradicion, bastando la entrega de la cosa sin necesidad de formalidad alguna. (Concuerda con los arts. 2352—2353—2377—2379—2381—2385 á 2388—2462.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3618.

**Solo se adquiere por la tradicion**: Esta tradicion ó entrega deberá hacerse con arreglo al título mismo que da causa á la tenencia; así al locatario, al depositario, al comodatario, etc., etc., se les hará la tradicion como sea requerida en esa clase de contratos

(véase, por ejemplo, el final del art. 2387), y según las reglas establecidas para cada uno de ellos.

**2461**—Cuando alguno por sí ó por otro se hallase en la posibilidad de ejercer actos de dominio sobre alguna cosa, pero solo con la intención de poseer en nombre de otro, será también simple tenedor de la cosa. (Véase 2184—1ª parte del 2185—2186—2265—2352—7205.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3615.

**Se hallase en la posibilidad, etc., etc.:** Véase los casos enumerados en el artículo siguiente y art. 3205.

**2462**—Quedan comprendidos en la clase del artículo anterior:

- 1º Los que poseyeren en nombre de otro, aunque con derecho personal á tener la cosa, como el locatario, ó comodatario; (Concuerda con el art. 2265.)
- 2º Los que poseyeren en nombre de otro, sin derecho á tener la cosa, como el depositario, el mandatario ó cualquier representante; (Concuerda con los arts. 1370, inc. 2—2191—3207.)
- 3º El que trasmitió la propiedad de la cosa, y se constituyó poseedor á nombre del adquirente; (Véase 2378—2380—2387.)
- 4º El que continuó en poseer la cosa después de haber cesado el derecho de poseerla, como el usufructuario acabado el usufructo, ó el acreedor anticresista; (Concuerda con el art. 2922.)
- 5º El que continúa en poseer la cosa después de la sentencia que anula su título, ó que le negase el derecho de poseerla; (Concuerda con el art. 2433.)
- 6º El que continuase en poseer la cosa después de reconocer que la posesión ó el derecho de poseerla pertenece á otro. (Concuerda con el art. 2434.)

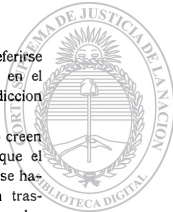
## CONCORDANCIAS

Freytas, 3617—Nuestro comentario al art. 2394.

**El que trasmitió la propiedad de la cosa:** Esta transmisión debe hacerse en la forma expresada en el art. 2379, pues la sola declaración del tradente de darse por desposeído no es bastante para que otro adquiera la posesión (art. 2378, 2ª parte). Véase nuestro comentario al art. 2394, donde probamos que por nuestro derecho no hay *constitutum possessorium*.

La frase de este inciso que dice: "y se constituyó poseedor á nombre del adquirente" no se puede invocar como argumento contra-





rio ó lo que allí decimos, pues ella tiene necesariamente que referirse á cuando la tradicion se ha hecho con arreglo á lo dispuesto en el art. 2378 citado, so pena de poner el inciso en abierta contradiccion con los arts. 2378, 2379 y 2380.

Tampoco se refiere este inciso al caso del art. 2387, como creen algunos; en los dos casos de dicho art. se supone que otro que el dueño es el que está en posesion de la cosa. En el primero se habla de *cuando la cosa es tenida á nombre del propietario*, quien trasmite su propiedad al mero tenedor; luego, pues, es el mero tenedor quien *continúa* poseyendo como dueño y no el *dueño como mero tenedor*.

En segundo se habla de cuando el mismo propietario, trasmite la propiedad de la cosa que el tenedor poseía por él, no al mismo tenedor, sino á un tercero. En este caso tampoco es el propietario el que continúa poseyendo como tenedor; es el mismo tenedor anterior que, en vez de poseer á nombre de Juan, por quien ántes poseía, principia á poseer por Diego, á quien Juan ha transmitido la propiedad: ó cuando *el que la poseía á nombre del propietario*, dice el art. *principia* á poseer á nombre de otro.

Como se ve, son casos muy distintos éstos al del inciso que estudiamos, en que el mismo tradente principia á poseer á nombre del adquirente.

1º Las hipótesis de los incisos 4, 5 y 6, son de posesion de mala fe, y sus consecuencias se reglan por las disposiciones propias á cada cosa (arts. 2438 y siguientes).

**2163**—El simple tenedor de la cosa está obligado á conservarla respondiendole de su culpa, conforme fuese la causa que le dió la tenencia de la cosa. (Concuerda con los arts. 581 á 587—889—909—1068—1513—1561—2202—2204—2231—2232—2266—2269—2274—2287—2291 á 2295—2531—2879—2880 y siguientes—2965—3225—3249—3258—3260—3425—3426.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3620, 1ª parte.

**Conforme fuese la causa que le dió la tenencia:** Para esto véanse los concordantes citados.

**2164**—Debe nombrar al poseedor á cuyo nombre posee, si fuere demandado por un tercero por razon de la cosa, bajo pena de no poder ha-

er responsable por la evicción al poseedor á cuyo nombre posee. (Concuerda con los arts. 1072—1077—1109—1530—2465—2782—2783—2784—2880.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3620, inc. 2—Pothier, Propiedad, n° 298—Nota del codificador á los arts. 2784 y 2785—Fallos de los Tribunales de Córdoba. tom. 3, p. 402.

**Por razon de la cosa:** Es decir, cuando se entabla accion de reivindicacion, ó el reconocimiento de cualquier clase de derecho sobre la misma, pero no cuando se demandase por una accion personal al mismo tenedor.

En el fallo citado se resolvió el caso siguiente: Un arrendatario fué condenado por accion de despojo entablada por un tercero. Despues de pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, el demandante quiso hacer efectivo el pago del daño. Entónces el arrendatario se escepcionó diciendo ser mero tenedor de la cosa y que la accion debia dirigirse contra el propietario: la corte dijo: "Que en este caso no era aplicable el art. 2464, ya porque él se refiere al caso de ser demandado el simple tenedor por razon de la cosa, y en el juicio posesorio el demandado lo fué por actos de despojo cometidos de propia autoridad; ya porque el deber de nombrar al poseedor, que impone este art. importa la obligacion del simple tenedor de pedir que la demanda, *por razon de la cosa* se dirija contra el verdadero poseedor, lo cual tampoco se ha verificado en el juicio de despojo."

**Bajo pena de no poder hacer responsable al poseedor:** Y á mas de pagar los daños y perjuicios ocasionados, tanto al demandante como al propietario en su caso. (Véase art. 2784.)

1° La sentencia condenatoria contra el tenedor que se dice poseedor no produce efecto contra el dueño para el efecto de entablar su accion correspondiente.

Pero si el reivindicante obtiene la cosa por sentencia dictada contra el mero tenedor que no ha declarado poseer por otro, si sabiéndolo el propietario ó antiguo poseedor, no reclama durante un año, perderá su posesion, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2455.

**2465—Debe restituir la cosa al poseedor á cuyo nombre posee, ó á su representante, luego que la restitution le sea exigida conforme á la causa que lo hizo tenedor de la cosa.** (Concuerda con los arts. 576—1556—1909—2210—2211—2214—2215—2216—2271—2274—2278—2280—2372—2463 y sus concordantes—2467—2944 á 2946—3238—3257—3261.)



## CONCORDANCIAS

Freytas, 3620, inc. 3—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 1, p. 23.

**Conforme á la causa que lo hizo tenedor de la cosa:**  
Véase los concordantes citados.

**2166**—Si para conservar la cosa hubiese hecho gastos ó mejoras necesarias, tendrá derecho para retenerla hasta ser indemnizado por el poseedor. (Concuerda con los arts. 589—591—1384—1547—1580—1956—2218—2287—2533—2891—3220—3229—3892—3939.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3621.

**Tendrá derecho para retenerla:** Ménos cuando la tenencia ha sido á título de comodatario (art. 2278); pero puede cobrar esos gastos (2287).

Tampoco tendrá derecho de retencion cuando por haberse convertido en poseedor vicioso ha sido condenado á la entrega de la cosa (art. 2436—Segovia, nota 201).

**2467**—La restitution de la cosa debe ser hecha al poseedor de quien el simple tenedor la recibió, aunque haya otros que la pretengan, pero con citacion de éstos. (Concuerda con los arts. 1612—2465 y sus concordantes.

## CONCORDANCIAS

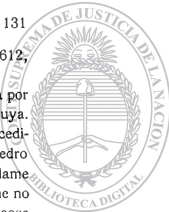
(Proudhon, Dominio privado, núms. 481 y siguientes)—Freytas, 3622.

**Pero con citacion de éstos:** Téngase presente lo dispuesto respecto á las cosas robadas ó perdidas, que es cuando mas aplicacion tiene este artículo.

El tenedor, en caso de duda, podrá consignar la cosa disputada (art. 1612).

El tenedor no tiene obligacion de dar pasos judiciales para la *citacion* que aquí se le exige; el que pretenda la cosa es quien deberá pedir la órden judicial de no entregarla. Su obligacion es únicamente de dar un plazo racional para que la reclame el que se dice dueño de aquel por quien posee, y sí en este tiempo no lo hace puede entregar la cosa al que se la dió, sin ninguna responsabilidad.





Esto se desprende claramente de la combinacion de los arts. 1612, 2215 y 2279.

Así, por ejemplo, Pedro es tenedor de una cosa entregada por Juan; Diego se presenta al primero reclamando la cosa como suya. Si se trata de cosas hurtadas, los arts. citados marcan el procedimiento á observar por Pedro. Fuera de este caso, el deber de Pedro es únicamente darle á Diego el plazo suficiente para que la reclame de Juan, judicial ó extrajudicial, y si no lo hace, por lo mismo que no puede constituirse en Juez para resolver á quién pertenece la cosa (1ª parte del art. 2215) se la entregará á Juan.

Únicamente que Pedro deberá tomar las medidas necesarias para hacer constatar que la entrega ha sido con conocimiento de Diego, para de este modo salvar su responsabilidad en caso de que éste alegue no habersele comunicado ó dado el plazo necesario para su reclamo. No es, pues, necesario que la citacion sea *judicial*, como cree el doctor Segovia, nota 202, para que el tenedor cumpla con el art. que estudiamos; basta que de cualquier modo haga constar su aviso al tercero reclamante. Es este tercero quien debe reclamarla judicialmente, porque esto es lo natural, y sin este requisito no podría exigir su entrega (última parte del art. 2279).

Es indudable que una citacion *judicial* no dejaría lugar á duda de que el tenedor habia cumplido con lo que la ley ordena; pero de aquí no se sigue que si puede probar en otra forma que ha cumplido con su deber sea no obstante responsable. Lo mejor será, sin embargo, la consignacion de la cosa. (Véase art. 757.) Si el tercero interesado no la reclama judicialmente cuando se le ha dado tiempo para ello (art. 2279, última parte) suya será la culpa; con nada podría excusar su negligencia para responsabilizar al tenedor.

---



### TÍTULO III

#### De las acciones posesorias

**2168**—Un título válido no da sino un derecho á la posesion de la cosa, y no la posesion misma. El que no tiene sino un derecho á la posesion no puede, en caso de oposicion, tomar la posesion de la cosa: debe demandarla por las vias legales. (Concuerda con los arts. 577—2351—2373—2374—2470—2471—2482—2487.)

#### CONCORDANCIAS

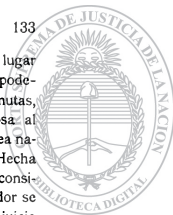
Nota del codificador al art. 2470—Ley de Enjuiciamiento Nacional, art. 326, L. 2, Tít. 34, Lib. 11, Nov. Rec.—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 13, p. 19—Tom 21, p. 170—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 124—Id. del doctor Molina Arrotea, tom. 2, p. 289—Tom. 4, p. 33 y 92—Id. del doctor Beláustegui, tom. 1, p. 291—Id. del Juez de Córdoba, doctor Garzon, tom. 1, p. 297.

**Debe demandarla por las vias legales** : Es decir, en juicio ordinario y por medio de una accion personal contra el que le trasmitió el título por el cual pretende ser dueño de la cosa.

Por lo mismo que el título no da la posesion, ninguna accion posesoria puede ser entablada, como dice el art. 2487, por el que no ha sido poseedor de la cosa, excepto el caso de peticion de herencia, cuya posesion se adquiere en otra forma. (Véase 2ª parte del art. 2373).

“No basta un título cualquiera, dice el fallo citado del tom. 21, siguiendo los comentadores de la Ley de Procedimiento Nacional, art. citado, que acredite el dominio, sino que ha de ser suficiente para adquirir la posesion con *arreglo á derecho*. Solo dos casos encontramos en que el Juez informado de la verdad, confiera la posesion al que tenga derecho á ella procediendo sumariamente. Hoy no basta presentar cualquier título traslativo de dominio; ha de ser





precisamente el de heredero ó sucesor del finado para que se dé lugar á este interdicto. Además del texto existe una razón muy poderosa para ello. En las ventas, donaciones entre vivos, permutas, etc., el que trasfiere el dominio está obligado á entregar la cosa, al que la adquiere, y mientras esta entrega no se verifique, ya sea natural, ya simbólicamente, no queda consumado el contrato. Hecha la entrega entra el adquirente en posesión de la cosa y de consiguiente es innecesario el interdicto de adquirir. Y si el vendedor se resiste á la entrega podrá ser demandado por el comprador en juicio ordinario, para el cumplimiento de la obligación; pero nunca podrá éste utilizar el interdicto, que en tal caso, se dirige contra el que posee á título de dueño, lo cual está prohibido por la ley."

En el mismo sentido están concebidos los considerandos del fallo citado del tom. 13 de la S. Corte; lo mismo que el de los Tribunales de Córdoba, Fallos, tom. 2, p. 120.

Tenemos entonces, que el que solo tiene un título á la posesión sin que se haya cumplido con lo dispuesto en el art. 577, es decir, sin que se le haya hecho tradición, no puede entablar acciones posesorias ni contra el mismo vendedor, ni contra terceros poseedores.

"En todo juicio posesorio, dice el doctor Molina Arrotea, en el tom. 3, p. 34, de sus fallos, el hecho de la posesión es el punto capital á que debe atenderse principalmente, pues un título aunque sea válido no da sino un derecho á la posesión y no la posesión misma (art. 2468), siendo por otra parte esta cuestión materia de acciones distintas y á los que la ley adjetiva hace referencia espresa (art. 579, Cód. de Procedimientos).

**2169.**—Cualquiera que sea la naturaleza de la posesión, nadie puede turbarla arbitrariamente. (Concuerda con los arts. 2354—2470—2473—2477—2489—2490.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 14, Tit. 10, Part. 7—L. 1, Tit. 34, Lib. 11, Nov. Rec.—Véase Ley 10, Tit. 10, Part. 7—Ley 2, Tit. 34, Lib. 11, Nov. Rec.)—Cód. de Chile, 921—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 18, p. 271—Cód. de California, 955.

**Nadie puede turbarla:** De aquí nacen las acciones posesorias (véase arts. 2482 y 2494), por medio de las cuales el poseedor puede pedir se le proteja en su posesión. ¿Es indispensable que la



accion que se entable corresponda exactamente á la clase de turbacion de que el demandante se queja? ¿ó es indiferente la clasificacion que se haga con tal que la turbacion exista?

La Suprema Corte, en el fallo citado, ha resuelto el punto de un modo, á nuestro entender, con arreglo á los verdaderos principios que rigen en materia de acciones posesorias. . . . "la jurisprudencia, dice el considerando 12º de dicha sentencia, y que fué confirmada por sus *fundamentos*, de los Tribunales, y opinion de los autores en conformidad con la doctrina de la Ley 10, tit. 17, Lib. 4, R. C., es que los jueces deben *prescindir* de la denominacion dada á la accion por los litigantes y conformar sus fallos á lo *pedido en la demanda* si los hechos en que se funda resultan probados; y cuando la prueba en el juicio posesorio intentado comprende mayor número de circunstancias que las que la ley exige en el despojo."

**2170**—El hecho de la posesion da el derecho de protegerse en la posesion propia, y repulsar la fuerza con el empleo de una fuerza suficiente, en los casos en que los auxilios de la justicia llegarían demasiado tarde; y el que fuere desposeido podrá recobrarla de propia autoridad sin intervalo de tiempo, con tal que no exceda los límites de la propia defensa. (Concuerda con los arts. 2420—2455—2468—2469—2482—2516—3034—Comentario al 2490.)

#### CONCORDANCIAS

(Sobre los tres artículos anteriores. Cód. de Austria, 320, 339 á 344—L. 3, § 9, Dig., De vi et de vi arm.—Savigny, § 6, p. 37)—Fallos de la S. C., S. 1, tom. 4, p. 372—Tom. 9, p. 365—Freytas, 4013—Molitor, Posesion. n° 77.

**2171**—Siendo dudoso el último estado de la posesion entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo ó turbarlo en la posesion, se juzga que la tiene el que prueba una posesion mas antigua. Si no constase cual fuera mas antigua, juzgase que poseía el que tuviese derecho de poseer, ó mejor derecho de poseer. (Concuerda con los arts. 2401—2472—2478 á 2481—2487—2792.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4025—Leligois, *Acciones posesorias*, p. 54, núms 24 y siguientes—Laurent, tom. 19, núms. 93 y siguientes—Aubry y Rau, § 187, n° 5—Molina Arrotea, Fallos, tom. 2, p. 287.

**Entre el que se dice poseedor y el que pretende despojarlo ó tentarlo:** Es decir, entre el demandante y el demandado, ó mas bien, entre el antiguo y el nuevo poseedor.



**El que probare una posesion mas antigua:** Para establecer esta prueba al demandante le bastaria justificar que ha poseido durante un año ántes de la turbacion (arts. 2473 y 2494).

Si no podía probar con hechos la fecha de esa posesion, la presentacion de sus titulos traslativo de mas de un año le bastaria para establecer su derecho, porque siempre se supone que el que los presenta posee desde la fecha indicada en ellos (art. 4003, Fallos de la S. C., S. 2, tom. 6, p. 281, considerando 7º), si no se prueba lo contrario.

Por lo demas, esta parte del art. que estudiamos supone el caso, en que ni el demandante ni el demandado han producido las pruebas correspondientes; es decir, que el demandante no ha probado plenamente el tiempo en que se ejecutó el despojo, por ejemplo, y el demandado que se escepciona con la circunstancia de haber pasado el año determinado para entablar el recurso, no haber tampoco producido prueba de su posesion por mas de un año; pero que se vea que los dos han estado en posesion de la cosa.

**Mejor derecho á poseer:** Si ninguno prueba este mejor derecho ó se ve que los dos tienen derecho á poseer, el Juez dejará las cosas en el estado actual, debiendo las partes en tal caso, entablar las acciones reales que crean tener, en el juicio petitorio para que el Juez declare cuál es el verdadero propietario.

Si los hechos posesorios, dicen Aubry y Rau, lugar citado, respectivamente probados fuesen de la misma naturaleza, y que no fuese posible determinar, despues del exámen de los titulos y la apreciacion de las circunstancias de la causa de cada una de las posesiones, cual de las dos posesiones se encuentra mejor caracterizada, el Juez debia, en general, mantener las dos partes en la posesion."

❖❖❖—Fuera del caso del artículo anterior, la posesion nada tiene de comun con el derecho de poseer, y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer por parte del demandante ó demandado. (Concuerda con los arts. 2468—2482—2490—2494—Véase 2478—2495.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4026—Cód. de Chile, 923—Id. de Portugal, 519, inc. 2—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 6, p. 274—Id. de la C. de la C. de la República, tom. 2, p. 129—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 225—Tom. 3, p. 351—Id. de Molina Arrota, tom. 4, p. 33.



**La posesion nada tiene de comun con el derecho de poseer:** Hay una gran diferencia entre las acciones posesorias y las acciones reales, tales como la reivindicacion, la accion confesoria y la accion negatoria.

Para obtener buen éxito en las segundas es necesario probar la propiedad ó el derecho real en que se funda la accion; al paso que para la primera basta probar la posesion en las condiciones prescritas por los arts. 2473 á 2481, sin que la cuestion de propiedad tenga nada que ver con ellas.

La resolucion del Juez en el juicio posesorio es únicamente con el objeto de hacer respetar el principio sentado en los arts. 2468, 2469 y 2470 de que nadie debe hacerse justicia por sí mismo. El motivo de esta proteccion, que á mas de ser reclamada por medidas de órden pública, y que asimila en cierto modo la posesion á la propiedad, ésta como dice Savigny, Posesion, § 6, p. 37, en la conexion íntima que existe entre el hecho de la posesion y el poseedor.

La resolucion en el juicio posesorio es únicamente declarando que hay posesion con arreglo á la ley y que debe protegerse cualquiera que sea su naturaleza (art. 2487), pero en nada influye sobre la accion real que el condenado á la restitution puede iniciar en el juicio petitorio de que habla el art. 2482. (Véase fallos del doctor Molina Arrotea, tom. 4, p. 139.)

De modo que el que no ha sido poseedor, ó que habiéndolo sido ha dejado pasar un año sin entablar acciones posesorias, por mas derecho que tenga á poseer, es inútil que demande su restitution en juicio posesorio; debe demandarla en juicio ordinario.

El que entabla la accion posesoria es quien debe probar, su posesion anual, el hecho de la turbacion y el tiempo en que ha tenido lugar. (Véase art. 2494.) Cualquiera de estos elementos que falte la demanda será rechazada. (Véase comentario al art. 2468.)

Toda clase de prueba le será admitida para probar estos hechos.

1º La circunstancia de ser el poseedor de mala fe no hace que se encuentre privado de la proteccion que la ley dispensa á todo poseedor (art. 2473).

**Y será inútil la prueba en las acciones posesorias del derecho de poseer:** En las acciones posesorias, como dice muy bien Bourcart, p. 13, no se trata de las cuestiones de fondo, sino únicamente de probar un hecho, la posesion, creador de un de-



recho, el de protegerse en la posesion. Juzgada la posesion entre nosotros como un derecho, el principio es entonces tendente á proteger ese derecho, y no se puede hacer las objeciones que se hacen á los que toman la posesion simplemente como un hecho. Separado así el derecho de posesion del derecho de propiedad, las soluciones dadas en las acciones posesorias, por lo mismo que, como decimos, no tratan la cuestion de fondo, son únicamente provisorias: es por esto, dice el mismo Bourcart lugar citado, que se pueden dar sin ningun inconveniente teórico ni práctico.

La inmensa mayoría de los poseedores, dice, son al mismo tiempo propietarios; librarles de la prueba de su propiedad, es proteger su posesion, lo cual es tambien proteger la propiedad. De aquí nace el art. 2368 del cual es una consecuencia la parte que estudiamos, en el sentido de que aunque el demandante quiera probar su propiedad, y aunque la pruebe, el poseedor no dejará de ser protegido en su derecho de posesion.

La prueba sobre la propiedad, lo repetimos, se deja para el juicio petitorio, pues las acciones posesorias se fundan única y exclusivamente en la posesion y sin otra condicion y sin que tenga ninguna relacion con el derecho de propiedad; su objeto es solo el determinado en el art. 2487.

Hemos descendido á estas consideraciones ajenas al plan de interpretacion práctica que nos hemos propuesto en esta obra, porque mas adelante servirán á ese objeto particular.

**2173**—El poseedor de la cosa no puede entablar acciones posesorias, si su posesion no tuviere á lo ménos, el tiempo de un año sin los vicios de ser precaria, violenta ó clandestina. La buena fe no es requerida para las acciones posesorias. (Concuerda con los arts. 2365—2369 2401—2456—2177 á 2481 —2495—Téngase presente el comentario al art. 3980 y 3999.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, sobre el art. 2224, n° 337) —Aubry y Rau, § 180, n° 3°—Molitor, Posesion, n° 99, p. 182, y n° 105—Cód. Frances, 2233, 2ª parte—De Chile, 918—Laurent, tom. 32, núms. 280 y siguientes—Mourlon, tom. 3, núms. 1818 y siguientes—Fallos de la S. U., S. 1, tom. 3, p. 33—Serie 2, tom. 14, p. 347—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 3, p. 351—Téngase presente que solo es tal el que ha adquirido la posesion con arreglo al Cap. 1º del tit. anterior—(Véase Leon Wodon. Posesion, n° 251.)

**El poseedor:** En el comentario al art. 2394, en el del inciso 3



del 2462, hemos dicho que por nuestras leyes no existe el *constitutum possessorium*. No pudiendo entablar acciones posesorias sino el que tiene la posesion, importa tener presente que por la legislacion española anterior á nuestro actual Cód. Civil, el *constitutum* existia. (Ley 9, tit. 30, Part. 3—Tapia, Febrero Novisimo, tom. 2, tit. 4, Cap. 2, nº 52. Obras del doctor R. García, tom. 1, p. 181.)

Por consiguiente, el que ha adquirido una posesion con arreglo á esas leyes puede entablar las acciones posesorias acordadas por el nuevo Cód. Civil.

**El tiempo de un año:** Contado retroactivamente desde la época de la demanda; el que ha poseído ántes y deja que otro entre en posesion y ejerza actos de propiedad durante un año, pierde la posesion (art. 2456), y por consiguiente el derecho de ejercitar acciones posesorias, las cuales pasan al nuevo poseedor anual.

La íntima relacion entre la posesion y el derecho de propiedad (Bourcart, Acciones posesorias, nº 9) hace presumir que el poseedor es el propietario (Troplong, lugar citado) y que la posesion no es mas que la manifestacion exterior de ese derecho; es en cierto modo, como dice un autor, *la posicion avanzada de la posesion*, y como tal se le protege con las acciones posesorias." (Véase autor citado, p. 220 y siguientes.)

Pero el que ha dejado que otro ejerza sus derechos durante un año y un dia, pierde esa proteccion, porque, antes de suponerse una negligencia que conspira contra sus propios intereses, se supone que no tiene derecho á poseer y que por esto ha dejado pasar el tiempo.

En adelante su reclamo solo podrá hacerlo por medio de una accion de reivindicacion en juicio ordinario.

**Sin los vicios de ser precaria:** Es decir, que aunque en su origen la posesion haya sido precaria, siempre que haga un año y un dia á que dejó de poseer por otro, puede entablar acciones posesorias. En el comentario al art. 2458 hemos explicado desde cuando hay *desposesion* por parte del simple tenedor. Desde esa época debe contarse el año de posesion que da derecho á las acciones posesorias.

El art. 2477 constituye una escepcion al presente. (Véase art. 2368 y 2371).

**Violenta:** Se cuenta tambien el año desde que ha cesado la violencia. (Véase art. 3959, nota del codificador al art. 2478—Nota



66 de Segovia al art. 2490—Bourcart, Acciones posesorias, n° 94, p. 214.) Antes de ese año la ley considera que no hemos perdido la posesion, y no habiéndola perdido, el despojante no puede entablar acciones posesorias cuya base ó fundamento es la posesion misma; reteniéndola el uno, no puede adquirirla el otro, porque no pueden existir dos posesiones iguales (art. 2401). Téngase presente lo dispuesto, para el caso de despojo, por el art. 2490, combinado con el 2477.

**O clandestina:** Se cuenta tambien el año desde que el poseedor conoció la usurpacion del demandante.

**2171**—Para establecer la posesion anual, el poseedor puede unir su posesion á la de la persona de quien la tiene, sea á título universal, sea á título particular. Véase arts. 2475 á 2476—3421.

#### CONCORDANCIAS

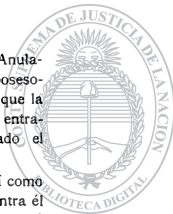
Cod. de Chile, 919—Leligois, Acciones posesorias, palabra *Posesion anual*, n° 9—Leon Wodon, n° 228—Bourcart, Acciones posesorias, n° 99—Molitor, Posesion, n° 99—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 347—Tom. 18, p. 269.

**Sea á título universal, sea á título particular:** Esto no modifica el principio de que, fuera de las cosas en que el heredero entra en posesion de la herencia desde el momento de la muerte del autor de la sucesion (arts. 3410, 3418 y 3421, y nota del codificador al mismo) ántes de la tradicion no se adquiere ningun derecho real (arts. 577, 2374 y 3412).

Así, pues, si se trata de un adquirente por venta, donacion, etc., etc., debe habersele hecho la tradicion para que pueda, uniendo la posesion de su antecesor á la propia, entablar las acciones posesorias correspondientes; y si se trata de un heredero que no sea descendiente ó ascendiente (á este no exige nuestro derecho que se les ponga en posesion judicial, arts. citados.—Véase art. 3421) que se le haya puesto en posesion de la herencia; en tal caso esa posesion tiene efecto retroactivo (art. 3415).

1° El vendedor que ha obtenido la nulidad ó la rescision de la venta; ó el donante que recobra su cosa donada, sea por revocacion ó por otra causa, ¿puede unir su posesion á la del comprador ó donatario? Pensamos que sí y que esto no chocaria con el principio establecido en el art. 2481, que dice que la posesion debe ser continua. No habria razon alguna para no considerarse poseedor en condiciones de ejercer acciones posesorias al vendedor ó donante





que han obtenido la nulidad de la venta ó de la donacion. Anulada la venta ó la donacion, ellos podrian entablar acciones posesorias contra cualquier otro poseedor que, en tiempo en que la cosa estaba en poder del comprador ó donatario, hubiese entrado en posesion de ella, pero sin que hubiese completado el año.

Mas si ese tercero ha completado el año de su posesion, así como el comprador ó el donatario no habrian podido entablar contra él acciones posesorias, así tampoco podrán entablarla el donante ó vendedor que han obtenido la nulidad ó rescision de la venta ó de la donacion. Ellos no podrian invocar una posesion perdida por los primeros.

El principio que sostenemos está de acuerdo con la mayoría de los autores franceses, que aceptan tambien el del art. 2481. Aubry y Rau, por ejemplo, § 181, testo y nota 7 dicen: "El vendedor ó el donador pueden, despues de la resolucion, anulacion ó rescision de la venta ó donacion, unir á su posesion la del adquirente ó la del donatario."

2º El mismo principio será aplicable al caso de retroventa, y al caso de pacto de mejor comprador.

3º ¿Será aplicable tambien al caso en que, habiéndose perdido la posesion, por una interrupcion de mas de un año, ha obtenido la restitucion en juicio petitorio? Pensamos que no, como lo hemos dicho ántes, es decir, que no puede unir su posesion á la del vencido en el petitorio para dirigir su accion contra terceros. "No se concibe, dicen Aubry y Rau, nota 8, que la interrupcion definitivamente operada por una desposesion de mas de un año, sea eficaz por efecto de la sentencia obtenida en el petitorio, no solamente respecto á la parte condenada, sino aun respecto de todo tercero contra el cual se quiera prevaler de esa posesion." Entre nosotros hay á mas el art. 2476 que se opondria á la solucion contraria, lo mismo que el final del art. 2475, que no lo permite.

Si ninguno de los dos tenía una posesion anual sería cuestion de examinar los títulos, y aplicar lo dispuesto en el art. 2471.

La sentencia obtenida por el reivindicante, en nada podria influir respecto á los derechos de terceros que no habian tenido parte en el juicio. La opinion contraria es sostenida por Troplong, tratándose de la prescripcion, núms. 448 y siguientes.

**2475**—La posesion del sucesor universal se juzgará siempre unida á la del autor de la sucesion; y participa de las calidades que ésta tenga. La posesion del sucesor por título singular, puede separarse de la de su antecesor. Solo podrán unirse ambas posesiones si no fuesen viciosas. (Concuerda con los arts. 2354—2476—3273—3300—3415—3418—4001—4004—4005.)

## CONCORDANCIAS

(Molitor. Posesion, n° 100) —Nota del codificador á los arts. 2354 y al 4005—Bourcart, Acciones posesorias, n° 99.—Leon Wodon, n° 229.

**Y participa de las calidades que ésta tenga:** El heredero continúa la persona del difunto no solo en la propiedad sino tambien en la posesion (art. 3418); su calidad de poseedor es inseparable de la del heredero; y de no haberse creado un nuevo título de adquisicion (art. 2354), la posesion continúa con los mismos vicios. Puede el heredero de un tenedor precario creer de buena fe que las cosas hereditarias de que entra en posesion pertenecen al autor de la sucesion; en tal caso su posesion será de buena fe respecto á las consecuencias de la enajenacion de esos bienes, pero no por esto dejará de ser precario y por lo mismo no podrá entablar acciones posesorias. La posesion del heredero, dice Pothier, mas que la union de dos posesiones distintas, es la continuacion de la posesion del difunto, y de aquí que la máxima *nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest* le es perfectamente aplicable. (Véase nuestro art. 2353.)

**Del sucesor por título singular:** Se refiere, no solo al sucesor por contrato como el comprador, sino tambien al sucesor por acto unilateral, por disposicion de última voluntad, por ejemplo, ó por donacion. (Véase nota citada en las concordancias, y Molitor, allí citado.) El sucesor por título singular, como dice el art. que estudiamos, puede separar su posesion de la de su antecesor, porque no continúa la persona del difunto, no hay identidad jurídica en las personas, como dice el codificador en la nota al art. 4005; no representa á su autor; no sucede en sus obligaciones.

De aquí se sigue que el sucesor á título singular *puede* separar su posesion de la de su antecesor si le conviene, por ser aquélla viciosa, por ejemplo; pues si las une, necesariamente deberá tomar la posesion de su autor en el estado y condiciones en que se encontraba ántes del título. (Leon Wodon, n° 230.)





**Solo podrán unirse ambas posesiones si no fuesen viciosas:** Esto, como hemos dicho anteriormente, es facultativo del sucesor ó á título singular (nota del codificador al art. 2354). Es claro que no pudiendo hacer desaparecer los vicios de la posesion de su antecesor, sino unirla á la suya tal como éste la tenía, seguramente que no hará uso de este derecho sino cuando ella pueda serle provechosa, cuando sea sin vicios.

Es en este sentido que se deben tomar las palabras que estudiamos; es decir, que cuando la posesion del antecesor es viciosa no *podrá* unirse á la del sucesor sino con los vicios que tenga. "Pero como es una facultad que tiene, dice Pothier, citado por el codificador en la nota al art. 2354, de la que puede á su arbitrio usar ó dejar de usar, no une su posesion, á la de su autor, sino en caso de ser una justa posesion." (Véase nota del codificador al art. 4005.)

Sobre otra de las condiciones necesarias para que las dos posesiones puedan unirse, véase el comentario al art. 2476.

**2476—**Para que las dos posesiones puedan unirse, es necesario que ellas no hayan sido interrumpidas por una posesion viciosa, y que procedan la una de la otra. Concuerda con los arts. 2474—2475—2481.

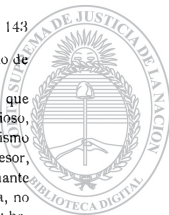
#### CONCORDANCIAS

(Molitor, Posesion, n° 100)—Leon Wodon, Posesion, n° 231—Bourcart, *Acciones posesorias*, n° 39—Fallos del doctor Beláustegui, tom. 1, 297.

**Que ellas no hayan sido interrumpidas por una posesion viciosa:** Esto es una consecuencia del principio sentado en el art. 2481. La condicion, dice Leon Wodon, de continuidad en la posesion que debe dar lugar á acciones posesoria; vendria á faltar necesariamente si á la muerte del autor de la sucesion ó si ántes de la tradicion, un tercero usurpa la posesion de la cosa."

Habiendo esta posesion viciosa de por medio, faltaria una de las condiciones de que habla el doctor Velez en su nota á este art., estar ligadas inmediatamente sin que estén separadas por una posesion viciosa.

Una vez interrumpida la posesion, sea que la cosa haya sido transmitida por contrato ó por disposicion de última voluntad, sea el sucesor á título universal ó á título singular, el nuevo adquirente no



puede invocar la posesion de su antecesor para completar el año de su posesion y entablar las acciones posesorias.

Consecuencia del principio sentado en este art., es tambien que si, en el caso propuesto de interrupcion por un poseedor vicioso, este poseedor trasmite despues por contrato la posesion al mismo que legítimamente debia continuar en la posesion de su antecesor, el actual poseedor no podrá unir su posesion ni á la de su enajenante ni á la de su antecesor, puesto que siendo viciosa la intermedia, no puede segun la última parte del art. 2475, unirse á la siguiente, y habiendo interrupcion, no puede unirla tampoco á la anterior. (Véase lo dicho sobre posesion clandestina en el comentario al art. 2479.)

1º Respecto á la posesion de usuario, usufructuario y demas poseedores de derechos reales dimanados de la propiedad, creemos que por nuestro derecho no puede haber lugar á dudas sobre si éstos pueden unir ó no su posesion á la del propietario, como se ha cuestionado tratándose del derecho frances (Dalloz, verbo, prescribir, 386, Merlin, *Prescription*, Sec. 1, § 5, art. 3, n° 8).

En efecto, segun el art. 2916, el nudo propietario conserva el ejercicio de los derechos de propiedad compatibles con su obligacion y entre ellos el de entablar las acciones posesorias; al usufructuario, si no quiere él mismo intentarlas, le basta avisar la turbacion al nudo propietario para que éste las intente (art. 2880 y nota del codificador al mismo art.). Si es el usufructuario quien entabla la accion posesoria, obra como representante del nudo propietario, y entónces no hay union de posesiones, sino que se prevale de la misma posesion que el nudo propietario ha conservado. Si es éste quien intenta la accion, no tiene necesidad de invocar la posesion del usufructuario; le basta invocar la suya propia. No hay, pues, separacion de dos posesiones que sea necesario unir cuando se trata de proteger la posesion por medio de acciones posesorias; es una sola y misma posesion que puede ser ejercida indistintamente por dos personas, el nudo propietario y el usufructuario.

**Y que procedan la una de la otra:** Es decir, que el título porque se posee venga del mismo cuya posesion se quiere unir á la del que haya de entablar la accion; ó lo que es lo mismo, que la posesion que queremos unir á la nuestra, como dice Merlin, lugar citado, sea la misma que tenía nuestro antecesor al tiempo de hacernos la tradicion. Esto no quita que se puedan unir dos ó mas po-



sesiones seguidas, siempre que entre ellas no haya una viciosa (Véase Leon Wodon, n° 252.)

2º ¿Se encuentra el caso del art. el legatario que recibe la cosa del heredero? Pensamos que sí, es decir, que el legatario puede unir su posesion á la que ha tenido el heredero en el tiempo intermedio entre la muerte del causante y la entrega de la cosa al legatario.

La posesion que en este tiempo intermedio ha tenido el heredero no es mas que la continuacion de la del autor de la sucesion, por lo cual no se puede decir que hay una posesion intermediaria. Mas, aun suponiendo que así no fuera, y que la del heredero se considerase independiente de la del autor de la sucesion, habiendo aquél transmitido su posesion al legatario, éste puede, con arreglo al principio general, unir su posesion no solo á la del heredero sino tambien á la del antecesor del heredero; en tal caso el resultado es el mismo.

"Al hacer el heredero la tradicion al legatario, dice Vazeille, Prescripcion, 71 y 72, le trasmite al mismo tiempo la posesion del difunto y la suya propia que han sido la una continuacion de la otra. El heredero no es mas que un poseedor intermediario; jamas se ha mirado como una interrupcion la detencion del heredero que precede á la posesion del legatario." (Véase Troplong, Prescripcion, núms. 444 y 452.)

3º Algo semejante sucede en el caso de herencia vacante; el heredero puede unir su posesion á la del curador de la herencia. No poseyendo este último *animus domini*, se le considera como mero tenedor y por consiguiente representante del autor de la sucesion ó del heredero eventual. Al entregar el curador la cosa al heredero no le trasmite una posesion propia, sino la del difunto; en tal caso la del heredero no es sino la continuacion de la de aquél. (Pothier, Prescripcion, n° 115.)

**2477**—La posesion no tiene necesidad de ser anual, cuando es turbada por el que no es un poseedor anual; y que no tiene sobre la cosa ningun derecho de posesion. (Concuerda con los arts. 2469—2471—2473—2490.)

#### CONCORDANCIAS

(Garnier, *Acciones posesorias*, p. 36)—Cód. de California, art. 957—Molitor, *Posesion*, n° 101—Bourcart, *Acciones posesorias*, n° 98—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 7, p. 990.



**Por el que no es un poseedor anual:** Aunque haya tenido la posesion mas tiempo que el que la ha tenido el turbado, el principio del art. no varia. No porque el segundo poseedor haya estado diez meses y el primero solo tres va á tener mas derecho aquel que éste. La ley no distingue: exige posesion anual y nada mas; y como no lo es la que solo ha durado diez meses, tenemos que no se puede mantener por solo la circunstancia de ser mayor que la primera.

**Y que no tiene sobre la cosa ningun derecho de posesion:** Si tiene y se le ha hecho tradicion podrá unir su posesion á la de su antecesor; pero si la tradicion no ha tenido lugar, solo el enajenante podrá entablar la accion posesoria si es que tiene posesion anual. Si ninguno de los dos tenía posesion anual la accion tampoco podrá tener lugar.

**2178**—Para que la posesion dé acciones posesorias, debe haber sido adquirida sin violencia; y aunque no haya sido violenta en su principio, no haber sido turbada durante el año en que se adquirió por violencias reiteradas. (Concuerda con los arts. 936—937—2364—2365—2368—2371—2456—2471—2473—2481—2984.)

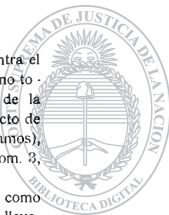
#### CONCORDANCIAS

(Zachariae, § 287—Molitor, *Posesion*, n° 102—Troplong, sobre el art. 2228, n° 370)—Nuestro comentario al art. 2476—Bourcart, *Acciones posesorias*, n° 94 p. 216—Cód. Frances, 2233, última parte.

**Debe haber sido adquirida sin violencia:** En tal caso, el año de posesion que da derecho á las acciones posesorias no corre sino despues de haber cesado ésta. (Véase art. 2455 y nota del codificador á dicho art., 2473, nota al 2481 y al 3959.)

**No haber sido turbada durante el año, etc., etc.:** Así, por ejemplo, si Pedro en ausencia del dueño toma posesion de una heredad que poseía Juan, y despues vuelve éste y le quita su posesion, aunque despues Pedro vuelva á cometer la misma violencia contra Juan, no puede unir este segundo periodo de posesion con el primero, puesto que en el intermedio ha sido interrumpida; pero si la interrupcion de Juan ha tenido lugar despues del año de posesion de Pedro, contado desde que aquél tuvo conocimiento del hecho, no habrá interrupcion en el sentido del art. (Véase Molitor, *Posesion*, n° 106, y nota del codificador al 2481, que explica esto.)

Este art. es atacado por el doctor Segovia en su nota 33, porque



dice que "favorece indirectamente la violencia y el despojo contra el poseedor pacífico." Á nuestro entender, esta crítica viene de no tomar en cuenta que el vicio de la posesion clandestina y el de la violenta son únicamente relativas al anterior poseedor, ó respecto de quien se ejerce la fuerza (arts. 2368 y 2371. Nota al que estudiamos), de lo cual el art. 2477 es una aplicacion. (Véase Mourlon, tom. 3, nº 1821.)

La segunda parte del art. que estudiamos es solo aplicable, como se desprende de los concordantes citados, á las turbaciones llevadas á cabo por el despojado contra el despojante ó del usurpado contra el usurpador; pero no al que toma una posesion sin vicio alguno, como en el ejemplo puesto por el codificador en la nota al art. 2477. (Véase Mourlon, tom. 3, nº 1818 y nota 2.)

Si en el caso allí puesto se le negase accion posesoria al primer ocupante contra el turbador que no es poseedor anual, sería esto favorecer la violencia y el despojo, como dice nuestro distinguido colega; pero el art. que estudiamos está muy léjos de sancionar semejante cosa. (Véase citas anteriores.)

El art. no se refiere, pues, al tercero que sin haber sido poseedor, viene á turbar violentamente al actual, sino únicamente al caso del despojado ó turbado, que es rechazado por la fuerza al querer recuperar su posesion.

**2179**—Para que la posesion dé lugar á las acciones posesorias, debe ser pública. (Concuerda con los arts. 2364—2369 á 2371—2473—2490.)

#### CONCORDANCIAS

(Molitor. Posesion, nº 103—Pothier, *De la prescription*, nº 37—Proudhon, Dominio privado, nº 472)—Bourcart, Acciones posesorias, nº 91, p. 216—Cód. Frances, art. 2229—Mourlon, tom. 3, núms. 1822 á 1824.

**Debe ser pública:** Si no lo es desde su origen, el año solo corre desde que se ha hecho pública. Así como el vicio de violencia se purga por haber cesado la violencia (art. 3959 y comentario al 2473), así tambien la clandestinidad se purga por el conocimiento y posibilidad que el antiguo poseedor ó propietario tiene para hacer valer sus derechos de tal. (Aubry y Rau, § 180, testo y nota 20.)

La razon misma de no dar lugar á las acciones posesorias una posesion clandestina, la cual es de que el propietario no puede hacer



valer derechos que no conoce que han sido turbados, es un argumento para decidir que solo correrá el año desde que se conoce por el propietario ó poseedor la ocupacion del tercero. Desde ese momento, á ménos de un obstáculo legal, como los de que hablan el art. 3959 y nota á dicho art., el turbado ha podido hacer valer sus derechos durante el año; si no lo ha hecho, suya será la culpa. En tal caso la ley protege al segundo poseedor por el respeto que se debe á una posesion quieta, pacífica y pública durante mas de un año (Mourlon, tom. 3, nº 1823).

Si el legislador, en el art. 3959 citado, solo se ocupa del caso en que se purga el vicio de violencia en el poseedor, es porque en derecho romano y patrio se seguia generalmente una doctrina contraria; no así respecto de la posesion clandestina.

1º Si en su origen no ha sido clandestina y ántes de cumplir el año el nuevo poseedor oculta sus actos posesorios ¿dará semejante posesion derecho á las acciones posesorias? Es indudable que no. La posesion debe ser pública durante todo el año requerida por la ley, lo mismo que debe serlo sin violencia. (Bourcart, nº citado, p. 217.)

Aplicamos en esto lo que está dispuesto espresamente por el art. 2478 para la posesion violenta, y lo que está dispuesto en el art. 2473 para toda posesion viciosa.

El primero exige que la posesion que no es violenta en su origen no lo sea tampoco en el curso del año; y el segundo exige en principio general que la posesion anual ha de ser sin violencia ni clandestina, lo que quiere decir que siempre debe ser pública. En esto están de acuerdo todos los autores franceses. (Véase concordancias, especialmente Molitor, nº 103, p. 190.)

Para que una posesion pública en su origen no se convierta en clandestina, y se interrumpa no es necesario que todos y cada uno de los actos posesorios sean públicos, si por su naturaleza no deben serlo (Aubry y Rau, § 180, nota 21); basta que no se vea en el nuevo poseedor la intencion de ocultar del anterior esos actos para que se diga que la posesion no es clandestina.

2º Por lo demas, la determinacion de la clandestinidad es una cuestion de hecho que el Juez deberá apreciar segun la naturaleza de los actos ejecutados. Desde que este vicio no depende de la circunstancia de haber conocido ó no el propietario los actos poseso-





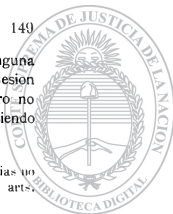
rios del tercero, el Juez no tendrá que averiguar esta circunstancia y será inútil la prueba por parte del propietario; solo probará si ha habido ó no ocultacion de ellos por parte del poseedor y si ha sido ó no posible que el propietario los conozca.

Molitor trae como ejemplo de un caso de posesion clandestina la ocupacion poco considerable del campo del vecino, cuando ésta es insensible, año por año y no hay mojones entre uno y otro campo, pues que no habiendo mojones, dice, ó marcas de separacion, tales ocupaciones, si ellas son insensibles, no pueden ser conocidas. En tal caso, por mas larga que haya sido la posesion será necesario sujetarse á los títulos; y la accion posesoria no será admisible contra el propietario, puesto que no podría hacerse prevalecer contra éste una posesion ó un estado de cosas que á él le ha sido imposible presumir.

3º Es necesario tener presente que segun nuestro art. 2371 el vicio de la posesion clandestina es únicamente relativo al poseedor inmediato y no á terceros; aquel será el único que podrá rechazar la accion posesoria alegando que el demandante le ha ocultado su posesion; no así los terceros que despues han tomado la posesion; éstos no podrán alegar, para rechazar la accion posesoria, el vicio de la posesion clandestina, aun cuando realmente ellos hubieran ignorado tal circunstancia.

4º Si la posesion ha sido clandestina respecto de un tercero que el poseedor creía propietario, ese vicio no podrá ser invocado por el propietario que conocia la ocupacion. La única defensa que tiene contra la accion posesoria es que no haya conocido ni podido conocer la ocupacion; desde que la conoce, el poseedor se encuentra dentro de los términos de la ley, su posesion no es clandestina, por consiguiente, puede entablar las acciones posesorias á que le da derecho siempre que no tenga otros vicios; esto es decisivo.

5º Probado que la posesion ha sido pública. ¿le será admitida al propietario la prueba de que no ha tenido conocimiento de ella? Es indudable que no; desde que la posesion ha sido pública la ley supone que el propietario ha conocido lo que le correspondia conocer, y si así no es, suya será la culpa; no por esto va á cambiarse el juicio sumario en ordinario. Probando el demandante su posesion, el despojo y el tiempo en que el demandado lo cometió, ó probando el acto que da lugar á la accion, el trámite se cierra y el Juez tiene in-



faliblemente que mandar restituir la posesion. La ley en ninguna parte permite al propietario esta prueba, solo exige que la posesion no sea clandestina, es decir, que sea pública, y nada mas, pero no exige que su posesion sea conocida del propietario, pues que siendo pública supone que la conoce. (Véase nota á este artículo.)

**2180**—La posesion para dar derecho á las acciones posesorias no debe ser precaria, sino á título de propietario. (Concuerda con los arts. 2352 y su comentario—2358—2364—2372—2473—2876.)

#### CONCORDANCIAS

(Molitor, Posesion, 104—Proudhon, *Dominio privado*, n° 474)—Leguizamon y Machado, Inst., nota 317—Bourcart, Acciones posesorias, n° 94, § VI—Véase nota del codificador al art. 2880 y al que concordamos.

**Sino á título de propietario:** Véase lo dispuesto en el art. 2876 y en el 2449 y nota al 2880. La tolerancia no puede dar lugar á acciones posesorias, por que la posesion por simple tolerancia del dueño revocable á voluntad de éste; en este sentido la posesion viene á ser á título de precario. Así, por ejemplo, los bienes públicos del Estado por mas que el uso de ellos esté concedido á los particulares (arts. 2341 y 2349) no pueden nunca dar lugar á acciones posesorias.

Consecuencia de esto es que los ribereños con rios del Estado, no pueden quejarse porque se les retiren ó les disminuyan las concesiones de agua, sin indemnizacion, en razon de las necesidades de un pueblo ó por otra causa. Esas concesiones no crean derechos reales, puesto que los rios en que se hacen aunque sean de toda la que corra siguen perteneciendo al Estado no obstante dichas concesiones, sujetas siempre á los reglamentos municipales. Con doble razon si se trata de rios navegables. Véase Laurent, tom. 7, núms. 255 y siguientes, cuyas doctrinas sobre el derecho que los particulares tienen á las concesiones de agua para el cultivo son perfectamente aplicables entre nosotros. (Véase el importante escrito que viene en las Vistas fiscales del doctor Cortés, tom. 1, p. 509 y siguientes.)

**2181**—La posesion anual para dar derecho á las acciones posesorias, debe ser continua y no interrumpida. (Concuerda con los arts. 2372—2456—2471—2473—2476—2477.)

## CONCORDANCIAS

(Proudhon, *Dominio privado*, n.º 170) —Goyena, 1947—Molitor, *Posesion*, n.º 106—Mourlon, tom. 3, n.º 1817—Leon Wodon, n.º 231—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 2, p. 61—Tom. 7, p. 347—Nuestro comentario a los arts. 2474 y 2476—Cód. Frances, 2229.

**Continua y no interrumpida:** Una cosa es la pérdida de la posesion y otra la interrupcion; cuando la posesion ha durado mas de un año no se interrumpe, en el sentido de que el poseedor tiene los remedios posesorios para recuperarla; de modo que solo se pierde cuando, como dice el art. 2456, otro goza de la posesion á título de dueño por mas de un año; pero nunca se pierde por acto aislado. La posesion que aun no es anual, se interrumpe por actos aislados (véase nota del codificador á este art.) del que tiene derecho á la posesion.

Á diferencia de la posesion anual que cada acto de interrupcion da lugar á las acciones posesorias, en la que no lo es da por resultado la pérdida de la posesion y sin derecho á acciones posesorias, salvo el caso del art. 2477; véase la nota al mismo.

Toda interrupcion, aunque sea, como decimos, causada por un hecho aislado, en una posesion que no es anual, da lugar á que el Juez indague el derecho de poseer, y si resulta que el que la ha interrumpido tiene un derecho de posesion, el interrumpido no puede ser amparado (art. 2477, nota del codificador á dicho art., y art. 2471).

No sucede así cuando la posesion es anual, porque entónces no hay que averiguar el derecho del turbador, sino que se le restituye indefectiblemente al poseedor anual en su posesion.

**2482**—El que tuviere derecho de poseer y fuere turbado ó despojado en su posesion, puede intentar la accion real que le competa, ó servirse de las acciones posesorias, pero no podrá acumular el petitorio y el posesorio. Si intentase accion real, perderá el derecho á intentar las acciones posesorias; pero si usase de las acciones posesorias, podrá usar despues de la accion real. (Concuerda con los arts. 2455—2468—2470—2472—2484—2486—2489—2497—2458—3421.

## CONCORDANCIAS

(Las leyes españolas y romanas admitian el concurso acumulativo de las dos acciones—LL. 27 y 28, Tit. 2, Part. 3.—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 de-



recho real—L. 28, Tit. 7, Lib. 44, Dig.—L. 178, Lib. 50, Tit. 16, Dig.)—Freytas, 4027—Leon Wodon, Acciones posesorias, núms. 95 y siguientes, 121 y siguientes—Molitor, Posesion, núms. 123 y siguientes—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 1, p. 23—Tom. 6, p. 274—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 15 y siguientes—Tom. 3, p. 351—Id. de la C. de la C., tom. 4, p. 332—Id. del Juez doctor Gazcón, tom. 1, p. 297—Segovia, nota 42—Vistas fiscales del doctor Cortés, tom. 1, p. 963—Bourcart, acciones posesorias, núms. 170 y siguientes.

**Puede intentar la accion real que le compete, ó servir-se de las acciones posesorias:** ¿Cuál es el Juez competente para conocer en esta última? Es un principio de derecho que siempre que se trate de acciones personales, no siendo el caso de competencia especial, el Juez competente para conocer en ellas es el del domicilio del demandado.

Segun esto para resolver la cuestion propuesta, la jurisprudencia debe resolver primero si la proteccion que la ley acuerda á todo poseedor, independientemente de su calidad de propietario, se hace efectiva por medio de una accion real ó por medio de una accion personal; ó lo que es lo mismo: á qué clase de derecho pertenece la posesion, si es un *derecho personal* ó si es un *derecho real*.

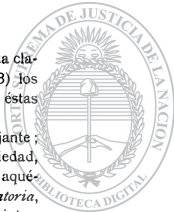
La posesion es por nuestras leyes un *derecho*, como lo prueban las notas del codificador á los arts. 2351 y 2470. No entraremos por consiguiente, á tratar la debatida cuestion de si la posesion es un *hecho* ó es un *derecho*. Admitimos como indudable que es lo segundo, y trataremos de resolver qué clase de derecho es, *si personal ó real*; de esa clasificacion es de la que tiene que deducirse si las acciones posesorias, cuyo fundamento es la posesion, son reales ó personales; esta resolucion nos dará tambien por resultado conocer cuál es el Juez competente para conocer en las acciones posesorias.

No nos cabe duda que éstas son personales y así lo entiende tambien el eminente jurisconsulto argentino doctor Gerónimo Cortés. Véamos cómo se espresa,

“Nuestro Cód., dice, p. 366, tom. citado, en efecto no considera la posesion como un derecho real, y esto se puede demostrar, no solo por la esposicion de su autor en la nota ántes mencionada, en que así lo manifiesta espresamente, indicando tambien, con arreglo á las doctrinas de Savigny, que los interdictos son acciones penales, que nacen de delito ó cuasi-delito, sino tambien por el testo mismo de sus disposiciones sobre la materia.”

“Así, declarando en el tit. 4 “*De los derechos reales*”, el cual viene





despues del tratado de la posesion, que no existen otros de esta clase que los que la ley reconoce, el art. 2 (corresponde al 2503) los enumera á todos prolijamente, sin hacer mencion alguna entre éstas del derecho de posesion."

"En el tit. 9, "*De las acciones reales*", sucede una cosa semejante; porque despues de declarar que todas ellas nacen de la propiedad, ya sea el dominio pleno ó sus desmembraciones, agrega: que aquéllas no son mas que tres: *la reivindicatoria, confesoria y negatoria*, á ninguna de las cuales clases pueden ciertamente referirse los interdictos."

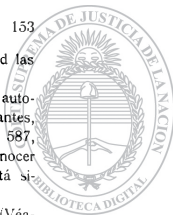
El art. que estudiamos, en que tambien se apoya el doctor Cortés para deducir que las acciones posesorias son personales, prueba mas que suficiente este aserto; en él se habla distinta y separadamente de acciones *reales* y de acciones *posesorias*, lo que prueba que estas últimas no entran en la categoria de las primeras. (Véase sobre la misma cuestion á Leon Wodon, Acciones posesorias, núms. 53 y siguiente.)

No se podria decir que esta distincion que el doctor Velez hace es únicamente para determinar los medios porque el turbado en la posesion tiene derecho á recuperarla, pues que á esta distincion espresa que hace el art., hay que agregar las consideraciones que se deducen de los arts. citados anteriormente, que vienen en cierto modo á complementar y fijar el sentido del que estudiamos.

Siendo así, es decir, dado por sentado que las acciones posesorias sean personales; deberán deducirse en el domicilio del deudor, prescindiendo de la situacion de los bienes sobre que versan?

Pensamos con el doctor Cortés, lugar citado, que no... "si bien puede asegurarse, dice este jurisconsulto, que el autor del Cód. reputó la posesion un derecho personal, él mismo previene no obstante, que es anómalo é irregular: no siguiendo en todos los demas derechos personales; y ya hemos visto que aunque tales denominaba tambien á los interdictos el derecho romano, les designaba á pesar de esto, por jueces competentes, á los del lugar en que la cosa se halla situada."

"Hay para esto razones bastante graves y manifiestas, porque no solamente en este lugar se encontrarian elementos de prueba acerca de los hechos que motiven la cuestion, sino que siendo tambien mas de recelarse allí las violencias que se trata de evitar,



podrán asimismo adoptarse y ejecutarse con mas oportunidad las medidas tendientes á precaverlas."

El mismo autor en su estensa vista sigue probando con la autoridad del Derecho Romano, autores españoles como Caravantes, *Procedimientos judiciales*, tom. 1, p. 257; Marenza, tom. 3, p. 587, Escriche, *Interdictos*, § VIII, que el Juez competente para conocer en las acciones posesorias es el del lugar donde la cosa está situada.

En Derecho Frances se ha seguido la misma doctrina. (Véase Bourcart, *Acciones posesorias*, n° 165 y 166, Leon Wodon, *Acciones posesorias*, n° 63.)

1° El que intenta la accion posesoria debe probar todos los estremos legales de que habla el art. 2494, en la forma allí indicada; véase su comentario.

**Pero no podrá acumular el posesorio y el petitorio :**

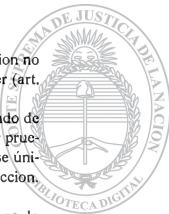
Esta regla se dirige, tanto á los jueces como á las partes. (Bourcart, *Acciones posesorias*, n° 172.)

¿Qué significa para unos y otros el mandato de la ley de no acumular el petitorio al posesorio? para las partes significa: 1.º que establecido el juicio posesorio, no puede empezar el petitorio sin estar aquél terminado (art. 2484), y 2.º que en el juicio posesorio no les es permitido probar la propiedad de la cosa objeto del juicio. Para el Juez significa: 1.º Que el Juez no puede resolver sobre la posesion por razones sacadas esclusivamente del derecho de propiedad sin constatar la existencia, ó no existencia de la posesion con los caracteres exigidos por la ley como indispensable para dar derecho á las acciones posesorias; y 2.º Que la sentencia del posesorio no importa prejuzgar en el juicio petitorio. (Véase Leligois, *Acciones posesorias*, p. 49 y siguiente.)

Tal es lo que en la jurisprudencia en general significa la prohibicion del art. que estudiamos.

La prueba en el juicio posesorio recae sobre puntos muy distintos á los que recae en el juicio petitorio; en el primero se prueba únicamente la posesion anual y la turbacion, con arreglo á lo que decimos en el comentario al art. 2494; en el juicio petitorio, por el contrario, se prueba la propiedad.

De modo que el Juez no debe nunca exigir prueba, ni basar su resolucion en el juicio posesorio de la que las partes hayan producido para probar la propiedad: 1.º porque esto sería acumular los dos



juicios, y 2.º porque tal prueba sería inútil desde que la posesion no tiene nada de comun con la propiedad ó derecho de poseer (art. 2472). *Nihil commune habet proprietatis cum possessione.*

Así, por ejemplo, habria acumulacion, si el Juez prescindiendo de la prueba de la posesion anual del demandante, ó sin admitir pruebas sobre esto, resolviese en favor del demandado fundándose únicamente en que es propietario de la cosa sobre que versa la accion. (Aubry y Rau, § 186, nota 21.)

La resolucion favorable ó no al demandante debe fundarse en la prueba de la posesion anual y nada mas. El juicio petitorio queda para despues (art. 2484).

Esto sin perjuicio de que el Juez pueda examinar el título á la posesion, para conocer si hay ó no algun vicio por el cual no pueda entablarse la accion ó si dicha posesion puede dar derecho á entablar acciones posesorias. (Leligois, Acciones posesorias, p. 50, nº 10—Véase tambien art. 2471.)

La íntima relacion que puede existir, y que casi siempre existe, entre la prueba necesaria en el petitorio y la necesaria en el posesorio ponen siempre al Juez en la necesidad de examinar ciertas pruebas propias del petitorio y que las partes para mayor claridad deben presentar en el posesorio. El exámen de esos títulos no le está prohibido al Juez por el art. que estudiamos; quitarle este recurso, dice Bourcart, *Acciones posesorias*, nº 177, sería negarle los medios de formar su conviccion; sería suprimir la accion posesoria en sí misma. Así, queriendo separar demasiado el petitorio del posesorio se le reduciria á la nada. La jurisprudencia es constante respecto á que es necesario reconocer en el Juez el derecho á examinar las pruebas sobre el fondo para aclarar su decision, concretándose sin embargo en los límites rigurosos del posesorio; en tal caso el exámen del petitorio será por via *consultiva*, y nunca por via *deliberativa*."

"Indudablemente que el Juez del posesorio no puede decidir una cuestion petitoria, y cuando resuelve la cuestion posesoria, no puede apoyar su decision en las pruebas de fondo, ó de propiedad; pero puede consultar la ley, los títulos y las otras pruebas de fondo, para caracterizar y clasificar la posesion."

Así, por ejemplo, el art. que estudiamos no impide que en el juicio posesorio el Juez pueda decidir que, perteneciendo la cosa al dominio público (art. 2341), el demandante no puede, por lo mismo, enta-



blar acciones posesorias pues que no ha podido poseer á título de propietario (art. 2480 y su comentario) en razon de que las cosas públicas del Estado no se pueden poseer con título de tal.

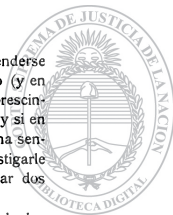
1.º ¿Pueden acumularse las acciones posesorias? Pensamos con el Juez doctor Garzon, fallo citado, que no. *Electa una via non datur recursus ad alteram.*

Para resolver la cuestion, dice la citada sentencia, siguiendo á Wodon, nº 662, y á Mackeldey, § 197, *b.* hay que mirar sobre todo el fin de la accion, la parte *dispositiva* de la sentencia en el posesorio, y teniendo el mismo fin solo debe verse si hay lugar ó no á mantener en la posesion al demandante; si se resuelve negativamente, hay cosa juzgada que sería *violada manifestamente*, desde que se permitiese volver por otros medios posesorios entre las mismas personas y en razon de los mismos hechos." (Fallo citado, p. 300.) Sobre la acumulacion de la accion de despojo y la posesoria. (Véase comentario al 2490.)

2.º ¿Qué efecto produce la sentencia en el juicio posesorio respecto al petitorio? En general, ninguno, porque, como decía una Corte francesa: "las decisiones en el juicio posesorio no forman ni título ni cosa juzgada." No tratándose en el juicio posesorio de la propiedad sino de la posesion, la resolucion sobre el primer punto en dicho juicio no puede servir de fundamento para rechazar despues la accion de reivindicacion, alegando cosa juzgada aunque en dicha sentencia se reconozca algun derecho al demandante ó demandado. Así, por ejemplo, si el Juez manda restituir la cosa al demandante fundándose en que éste tiene una posesion trinitaria, nada impedirá que el vencido pruebe, en el juicio petitorio, que no existe tal posesion. En este caso el poseedor no podrá alegar que su posesion no estaba ya sujeta á nuevas pruebas y juicios, puesto que esa afirmacion del Juez no tendria atigencia alguna con el juicio petitorio, desde que habia sido dada en juicio en que aquel contra quien se da la sentencia no estaba obligado á producir prueba alguna sobre la propiedad.

Indudablemente que el demandado por accion de reivindicacion podrá, si le conviene, reproducir la prueba presentada en el juicio posesorio; pero la resolucion del Juez sobre la propiedad, por lo mismo que esto importaria una acumulacion de acciones no podría hacer cosa juzgada en el juicio de reivindicacion. (Véase comentario al art. 2485.)





Desde que el demandado no estaba obligado sino á defenderse de la accion posesoria entablada contra él, bien ha podido (y en esto no habria hecho mas que seguir el precepto de la ley) prescindir de desvirtuar la prueba sobre la propiedad de la cosa; y si en el juicio petitorio se le atribuyese fuerza de cosa juzgada á una sentencia en cuyo juicio no ha habido defensa, seria esto castigarle por haber cumplido con la ley absteniéndose de acumular dos juicios.

Esto seria anular ó desvirtuar completamente el objeto de las acciones posesorias, que segun el art. 2487, tienen por único fin obtener la restitution, ó la manutencion de la posesion.

Todas las leyes de procedimiento ordenan al Juez que en la sentencia en el juicio posesorio se deje á salvo al condenado su derecho para ventilarlo en el juicio ordinario.

Esa sentencia del juicio posesorio no podria tampoco invocarse para establecer la escepcion de autoridad de cosa juzgada, porque para que ésta se invoque es indispensable, entre otras condiciones, que sean las mismas acciones y que el juicio sea de la misma naturaleza.

Sobre este punto téngase presente, el importante escrito del doctor Cortés publicado en sus "*Vistas Fiscales*," tom. 1, desde la p. 483 á 487.

Sobre los distintos casos en que hay acumulacion de acciones, véase Aubry y Rau, § 186, nº 3, y Bourcart, *Acciones posesorias*, núms. 188 y siguientes. Véase tambien nuestro comentario al art. 3034.

**2183**—El Juez del petitorio, puede, sin embargo, y sin acumular el petitorio y posesorio, tomar en el curso de la instancia, medidas provisionales relativas á la guarda y conservacion de la cosa litigiosa. (Concuerda con los arts. 2482 -2484—2786—2788.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 186, letra A) - Cód. de California, art. 955—Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 224—Tom. 3, p. 351—Pothier, Posesion, nº 105.

**Medidas provisionales:** Tales como entregar la posesion provisionaria á una de las partes. "Esta posesion, dice Pothier, lugar citado, no tiene otro efecto que dar á la parte á quien se ha concedido el derecho de gozar de la heredad contenciosa mientras se re-

suelve la cuestion, con obligacion de rendir cuenta debidamente á la otra parte, caso que ésa obtenga sentencia favorable."

**2485 I**—Establecido el juicio posesorio, el petitorio no puede tener lugar ántes que la instancia posesoria haya terminado. (Concuerda con los arts. 2482 y sus concordantes--2485-2486.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 292)—Aubry y Rau, § 186, notas 40 á 45—Leligois, *Acciones posesorias*, p. 49, n.º 7—Véase comentario al art. 2485.

**No puede tener lugar:** ¿Importa esto una prohibicion, tanto al demandado como al demandante, ó solo comprende al mismo demandante? Pensamos que se refiere á uno y otro; *no puede tener lugar*, dice el art.; luego, si á una de las partes le es permitido entablar el petitorio pendiente el posesorio se falta al mandato de la ley, puesto que entonces *tendrá lugar el petitorio* pendiente el posesorio. El art. 27 de la ley de enjuiciamiento frances, que es lo que comentan Zachariæ y Aubry y Rau, citados por el codificador, en este art., y en el 2486, habla espresamente del demandado, porque ya ántes ha hablado del demandante prohibiendo la acumulacion como lo hace tambien nuestro Cód., en el art. 2482. Dicho art. se refiere al demandante al prohibir la acumulacion de acciones; en el presente, so pena de considerarlo una repeticion inútil de aquél, debe entenderse que se comprende al demandado; el art. 2486, no deja lugar á duda sobre esto, pues que allí habla espresamente del demandado. Véase lo que decimos sobre la acumulacion de acciones, en el comentario al art. siguiente.

1.º La prohibicion que estudiamos, ¿importa decir que debe rechazarse toda accion real en juicio ordinario, ó que únicamente se suspenderá la sentencia del juicio petitorio para despues de terminado el posesorio?

Nuestro art. no habla de sentencia, sino de *juicio*; la frase: *no puede tener lugar*, se refiere al sustantivo *juicio*, el cual va tácito al principio de ella. Así, en vez de decir, establecido el juicio posesorio, *el juicio petitorio*, etc., etc., se suprime la palabra *juicio* porque va sobrentendida.

Pensamos, pues, que la prohibicion del art. comprende no solo el dictarse sentencia en el juicio petitorio ántes de haberse fallado el





posesorio, sino tambien iniciarlo. Prueba de ello es el art. 2486, por el cual se amplia la disposicion del que estudiamos determinando lo que el demandado vencido en el juicio posesorio debe hacer ántes de iniciar el petitorio; y aunque el que estudiamos no se interpretase como lo hacemos, el 2486 daria por resultado la tésis que sostenemos.

Á mas, Aubry y Rau, citados allí por el codificador como concordantes tambien de la disposicion que nos ocupa, estudiando el art. 27 de la citada ley, en la nota 45 dicen que dicho art. importa un obstáculo no solo á la sentencia del juicio petitorio pendiente el posesorio, sino tambien á la introduccion y prosecucion de la demanda: "la sola concesion, agregan, que puede hacerse á este respecto es admitir la demanda al efecto de interrumpir la prescripcion, si segun las circunstancias, y sobre todo por el resultado mismo de la accion posesoria, aparece que la accion no ha sido entablada sino con el objeto de poner al demandante de la accion petitoria en la imposibilidad de introducir en tiempo útil una demanda que interrumpa la prescripcion." (Nota 45.)

Respecto á la iniciacion sucesiva de dos acciones posesorias, véase comentario al art. 2482, nº 1.

**2485**—El demandante en el juicio petitorio no puede usar de acciones posesorias por turbaciones en la posesion anteriores á la introduccion de la demanda; pero el demandado puede usar de acciones por perturbaciones en la posesion anteriores á la demanda. (Concuerda con los arts. 2482, 2ª parte—2484.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 186, nº 3)—Leligois, *Acciones posesorias*, p. 49, nº 9—Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 226—Leon Wodon, *Acciones posesorias*, núms. 652 y siguientes—Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 226—Molitor, *Posesion*, nº 127.

**Anteriores á la introduccion de la demanda:** Segun el art. 2482, el que tuviere derecho á poseer y fuere turbado ó despojado de su posesion, tiene derecho á intentar accion real ó accion posesoria. Indudablemente que todo el que se encuentra en condiciones de entablar esta última no dejará de hacerlo, pues que es mas ventajosa, desde que no tiene mas que probar su posesion anual para ser mantenido en ella.

De aquí que se dé por muchos autores como razon de la disposi-

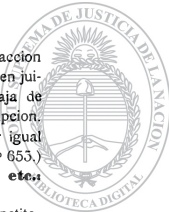


ción que estudiamos, la presunción de que el demandante ha renunciado á su posesion y á los recursos que como poseedor le acuerda la ley para sostenerse en ella. Otros, por el contrario, aprueban el principio por consideraciones de organizacion judicial y de interes público. Cualquiera que sea la razon de la ley, lo que mas importa á la jurisprudencia es determinar sus efectos, los cuales no siempre están de acuerdo con los resultados generales que se desprenden cuando se sacan consecuencias de los fundamentos que el legislador ha tenido en mira al establecerla. Así, por ejemplo, el turbado en la posesion que en vez de entablar la accion posesoria entabla la accion real de reivindicacion, no queda privado por este hecho de establecer su propiedad fundándose en la prescripcion. El no intentar la accion posesoria por preferir la accion real, si bien puede importar la renuncia al derecho que le acuerda el art. 2482 de entablar una ú otra, nunca puede importar una renuncia tácita que coloque al demandante en las condiciones del art. 3989.

Tan es así, que ni el fallo condenatorio en el juicio posesorio impide que el vencido estable la accion real, en la cual puede alegar la prescripcion. La ley solo prohíbe al que inicia el juicio petitorio volver despues sobre el posesorio; pero permite la hipótesis inversa, es decir, que cuando se entabla el posesorio puede despues de concluido venir al petitorio (art. 2482).

Indudablemente que en la mayoria de los casos la condena en el juicio posesorio será porque no ha podido establecer el demandado su posesion no interrumpida; pero habrá muchos casos que así no sea, ya porque se haya descuidado la prueba ó por cualquier otra causa; como la sentencia del juicio posesorio en nada absolutamente prejuzga en el petitorio ningun obstáculo legal puede haber para que en este último se pruebe lo que en el primero no se pudo: una posesion continua, por ejemplo, con la cual ha podido prescribir. Estender mas allá las consecuencias de la sentencia en el juicio posesorio, habria sido cambiar su naturaleza. Si á esto se agrega que por derecho romano (Savigny, Posesion, § 32), regía un principio contrario al del art. 2482, porque segun la ley 12, § 1, Dig., la demanda en juicio petitorio no importaba renuncia de la posesion, tenemos que en ningun tiempo se ha considerado una renuncia á la posesion el hecho de entablar el juicio petitorio, y que solo una disposicion espresa podia sentar lo contrario.

Las Cortes francesas han declarado por repetidas ocasiones que



teniendo el demandante la eleccion de entablar una ú otra accion (por nuestro art. 2482 tiene la misma eleccion), la deducida en juicio ordinario no tiene por efecto privar al demandante la ventaja de establecer su derecho de propiedad por medio de la prescripcion. Esta jurisprudencia es aplicable á nuestro derecho por ser igual ambas legislaciones. (Leon Wodon, Acciones posesorias, nº 655.)

**Pero el demandado puede usar de acciones, etc., etc.**  
Es decir, de acciones posesorias.

Esa accion posesoria entablada por el demandado en juicio petitorio no paralizará el curso de la instancia iniciada ; no sería este el caso de aplicar la prohibicion de acumular el posesorio y el petitorio, que solo se refiere al mismo demandante, como lo prueba el texto del art. 2482.

No es tampoco el caso de aplicar el art. 2484 que prohíbe al demandado en juicio posesorio iniciar el petitorio antes de terminar el primero, y de haber satisfecho las indemnizaciones de que habla el art. 2486.

En esos artículos se determinan los derechos del demandado en el juicio posesorio respecto al derecho de iniciar el petitorio; en el presente, por el contrario, se determinan los derechos del demandado en el juicio petitorio para iniciar el posesorio por turbaciones anteriores á la demanda. Allí la prohibicion es especial y terminante; aquí por el contrario, la parte que estudiamos habla espresamente de acciones posesorias entabladas despues de la demanda en juicio ordinario; y desde que la ley no diga que debe suspenderse el petitorio si se inicia el posesorio por la parte demandada, es claro que la jurisprudencia tampoco puede dar este efecto á la segunda demanda.

Así como se prohíbe espresamente por los arts. 2484 y 2486 al demandado en juicio posesorio iniciar el petitorio, en el caso propuesto se habria autorizado tambien espresamente al demandado en el petitorio para oponer escepcion dilatoria con la iniciacion del juicio posesorio. Pero nada de esto hay ; se le faculta puramente para iniciar la accion posesoria, sin decir que por este hecho debe suspenderse el petitorio.

Por otra parte, las razones de órden público que militan para prohibir la iniciacion del juicio petitorio antes de haber terminado el posesorio, no pueden tomarse en cuenta para resolver igual cosa tratándose del demandado en juicio ordinario ; si este último tiene dere-



cho á que se le proteja en su posesion por medio de un procedimiento sumario y breve, el demandante en el juicio petitorio tiene derecho á que no se le estorbe indefinidamente su accion oponiéndosele acciones que bien pueden juzgarse independientemente.

Sobre todo, la ley no ordena la suspension de uno de los juicios, como hemos dicho ántes: la ley únicamente autoriza al demandado para usar de las acciones correspondientes por turbaciones anteriores á la demanda ordinaria, pero sin decir que ésta se suspenderá por esa demanda; esto es lo que decide la cuestion. (Véase sobre estos puntos la esposicion hecha por Leon Wodon, desde el n° 671 adelante.)

**2186**—El demandado vencido en el posesorio, no puede comenzar el juicio petitorio, sino despues de haber satisfecho plenamente las condenaciones pronunciadas contra él. (Véase art. 2481.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 186, n° 3)—Leon Wodon, Acciones posesorias, n° 665—Véase comentario al art. 2484.

**2187**—Las acciones posesorias solamente corresponden á los poseedores de inmuebles, y tienen el único objeto de obtener la restitution de la posesion, ó manutencion de la posesion en su plenitud y libertad. (Concuerda con los arts. 2471—2472—2482—2490—2495—2501—3413, última parte.

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 286—Aubry y Rau, § 187—Troplong, sobre el art. 2123, n° 287, 5ª condicion)—Leon Wodon, Acciones posesorias, n° 85—Freytas, 4028 y 4029—Cód. de Chile, 916—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 13, p. 19—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 1, p. 99—Tom. 2, p. 61—Comentario á nuestro art. 2472—En contra Bourcart, Acciones posesorias, n° 131 y siguientes.

**Al poseedor de inmuebles:** Ó de derechos reales sobre inmuebles. Véase nota 91 del doctor Segovia.

**La restitution de la posesion:** Por el art. 2472 se ha dicho ya que la posesion no tiene nada de comun con el derecho de poseer ó derecho de propiedad. Es por esto que la sentencia que recae en el juicio posesorio en nada afecta los derechos que el vencido pueda tener para hacerlos valer en juicio ordinario. El juicio posesorio tiene, pues, solo por objeto dejar las cosas tal como estaban ántes de la turbacion.



La sentencia ni da ni quita derecho de propiedad.

Aunque el Cód. habla de *restituir* la posesion, hay sin embargo casos en que, por medio de un juicio sumario, el demandante exige una posesion que nunca ha tenido; tal es por ejemplo el caso en que se demande la posesion de la herencia por los herederos instituidos en un testamento sin vicio (art. 3413—3421).

1º ¿Contra quién se da la accion posesoria? Indudablemente que solo se puede dirigir contra el autor de la turbacion (Molitor, § 11, Posesion—Nota *a* del codificador al tit. 2 de este libro, y nota del mismo al 2482. Leon Wodon, núms. 88 y siguientes) por ser éste personalmente responsable; esto no quiere decir que por el hecho de transmitir el turbado á terceros la misma cosa el poseedor pierda los derechos que como tal le competan para obtener inmediatamente su posesion con solo la accion posesoria.

**2186**—Las cosas muebles no pueden ser objeto de la accion de despojo, sino cuando el poseedor fué despojado de ellas junto con el inmueble. Al despojado de cosas muebles corresponde únicamente la accion civil de hurto u otra semejante, haya ó no precedido la accion criminal. (Concuerda con los arts. 1091—1101—1102—2775.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, Posesion, n° 107 —L. 1, § 6, Dig.—Freytas, 4035—Molitor, Posesion, n° 72.

**La accion civil de hurto ó otra semejante**: Por derecho Romano, cuando se trataba de muebles arrebatados por violencia, se podia reclamar la posesion por medio del interdicto *utrubi*, ó por via de accion, por la *vi bonorum apilarum ó furti ó ad exhibendum* (L. 1, §§ 3 á 7, Lib. 43, Dig.)

1º Al despojado de cosas muebles que pide su restitution se le puede oponer la escepcion de *victiosa possessio* respecto á su adversario; tal era lo que disponia en derecho romano respecto al interdicto *uti possidetis*, y que ha pasado á nuestro derecho. (Véase ley romana citada por el codificador como concordante con este art.) Lo contrario era y lo es actualmente respecto á los inmuebles que dan lugar al interdicto *unde vi*.

**Ú otra semejante**: Puede reivindicarlos siempre que su identidad pueda reconocerse (art. 2762 y sus concordantes.)

**2189**—El copropietario del inmueble puede ejercer las acciones po-

sesorias sin necesidad del concurso de los otros copropietarios, y aun puede ejercerlas contra cualquiera de estos últimos, que turbándolo en el goce común, manifestase pretensiones á un derecho exclusivo sobre el inmueble. (Concuerda con los arts. 2469—2482—2676—2677—2679—3416—3421—3450.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 187, y nota 1 á 3)—Fallos del Juez doctor Molina Arrotea p. 27.

**Manifieste pretensiones á un derecho exclusivo:** Por ejemplo, si el comunero en una pared impide al otro cargar sobre ella, ó de otro modo manifiesta un derecho exclusivo á la pared.

**2190**—Corresponde la accion de despojo á todo poseedor despojado y sus herederos, de la posesion de inmuebles, aunque su posesion sea viciosa, sin obligacion de producir título alguno contra el despojante sus herederos y cómplices, aunque sea el dueño del inmueble. (Concuerda con los arts. 1091—1095—2361—2469—2470—2472—2473—2477—2478—2479—2487—2492—2494—2496—2497—2498—3421.)

## CONCORDANCIAS

(Leyes 1 y 2, Tit. 34, Lib. 11, Nov. Rec. y L. 10, Tit. 10, Part. 7—Cód. de Chile, art. 925—Cód. Romano, *ad leg juliam de vi*.—Belime, *De la posesion*, núms. 371 y siguientes—Pothier, *Posesion*, n.º 114, y principalmente Zacharie, § 285, nota 5—Troplong enseña que importa poco que el poseedor hubiese sido despojado violentamente, ó que un temor presente y real le hubiese forzado á abandonar la cosa. Sobre el art. 2228, n.º 287, la cuarta.)—Freytas, 4032—Leon Wodon, *Acciones posesorias*, núms. 12, 13, 91, 92, 93, 113 y siguientes—Aubry y Rau, § 189, notas 1 á 7—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 6, p. 274—Tom. 14, p. 347—Id. de la Cámara de la C., tom. 4, p. 411—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 127—Véase art. 2477—Notas 61 á 66 del doctor Segovia al art. que concordamos—Fallos de Molina Arrotea, tom. 2, p. 287.

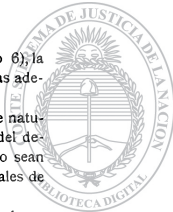
**Despojado:** Lo es todo aquel que es privado de su posesion por otro que la toma con ánimo de apropiársela, sea que lo haga violentamente espulsando al poseedor, ó que entre clandestinamente en ella y que despues impida entrar al antiguo poseedor.

La accion de despojo, es la que en derecho Romano tenia el nombre de interdicto *unde vi* (Instit., Lib. 4, tit. 15, § 6) (Fallo citado del doctor Molina Arrotea.)

No corresponde la accion de despojo al que ha sido privado de su posesion por un mandato judicial, aun cuando en ese mandato se haya faltado á las leyes de fondo ó de forma; corresponde en tal







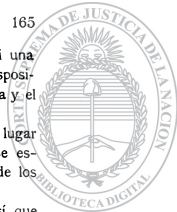
caso una accion posesoria (fallo de la S. C., citado al tomo 6); la cual es distinta á la accion de despojo, como lo veremos mas adelante.

Para que haya despojo es necesario que los hechos sean de naturaleza tal que importen una exclusion absoluta del derecho del demandante (arts. 2496 y 2497); pero no es necesario que lo sean respecto al todo del inmueble en cuestion (fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 3, p. 47).

**A todo poseedor despojado**: Aunque su posesion no haya durado un año (art. 2477). Esto y la circunstancia de no exigirse que la posesion sea exenta de vicio es lo que mas hace diferenciar la accion posesoria propiamente dicha (*uti possidetis* del derecho romano) de la accion de despojo (interdicto *unde vi*). Las acciones posesorias, están fundadas, como hemos dicho ántes en la presuncion de propiedad que para sí tiene todo poseedor anual; y es por esto que la ley exige, á mas de la tenencia de la cosa, ciertas condiciones que en cierto modo vienen á corroborar esa presuncion una vez reunida á la posesion. La accion de despojo, por el contrario, es una medida de orden público que viene á dar eficacia á lo dispuesto en el art. 2468; es completamente independiente de las acciones posesorias. Leon Wodon estudia estas dos acciones desde el derecho romano, y deduce consecuencias importantes. (Véase núms. 113 á 1160.)

Así, un mismo individuo puede entablar sucesivamente, despues de cada condenacion, la accion de despojo, la accion posesoria, y las acciones reales, sin que la resolucion de la una importe prejuzgar en la otra. "La accion de despojo, dice la S. C. en el fallo citado del tom. 6, concedida por el art. 2490, *solo* tiene por objeto restituir la posesion de bienes raíces, al que la ha perdido violentamente ó por vias de hecho, sin prejuzgar *nada sobre las acciones posesorias que correspondan*, las cuales podrán intentarse por una ú otra parte, luego que se establezcan las cosas en el estado en que ántes se hallaban; por cuya razon se concede esta accion al despojado y sus herederos, *aunque su posesion sea viciosa*, es decir, aunque la haya adquirido por fuerza, á ocultas de su dueño, por ruego ó encargo del mismo, ó por *no haberla poseido bastante tiempo*, y sin necesidad de producir título alguno contra el despojante, sus herederos ó cómplices, aunque sea el dueño del inmueble."

"Segundo: Que esta accion no es una accion posesoria propia-



mente dicha, para cuyo ejercicio se exija *la posesion anual*, ni una accion real fundada en una accion de propiedad; sino una disposicion de órden público, con el objeto de prevenir la violencia y el atentado de hacerse justicia por sí mismo."

En este mismo sentido, y de acuerdo con Aubry y Rau, lugar citado, Zachariæ, § 285, nota 5, y el Cód. de Chile citado, se expresa en un fallo el Juez doctor Aliga (Coleccion de fallos de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 127.)

Son, pues, dos acciones completamente distintas; tan es así, que bien puede suceder que el condenado por la accion de despojo entablada contra él salga triunfante despues en la accion posesoria, y por último que sea condenado en la accion real; pero esto no puede suceder vice-versa. (Véase sentencia citada mas adelante en este comentario.)

Nos parece oportuno repetir aquí lo que hemos dicho ántes apoyado en fallos de la S. Corte de que el nombre que se le dé á una accion de despojo ó posesoria, no influye en la resolucioón á dictar.

Así, por ejemplo, un individuo sin haber sido despojado entabla accion de despojo en vez de accion posesoria: si el Juez encuentra que debe ser protegido en la posesion por haberse probado los extremos legales, el fallo deberá recaer sobre la accion que realmente corresponda. En uno de los considerandos de la sentencia del tom. 6, Serie 2, p. 280, la Suprema Corte decía: "Que aunque el apoderado de N. y el Juez de Seccion han confundido en esta causa las acciones posesorias con la de despojo, calificando la accion de N. indistintamente como interdicto de recuperar la posesion ó como accion de despojo, sin embargo, la calificacioón ó el *nombre que un Juez ó el litigante* den á una accion, *nunca* puede cambiar su naturaleza."

Parece ser ésta la razon que nuestro codificador ha tenido para legislar en un mismo capitulo la accion de despojo y la posesoria, es decir, que teniendo las dos un mismo fin, la resolucioón del Juez favorable al demandante puede tomar como fundamento para la restitution los hechos ó circunstancias que servirian para justificar una accion posesoria, aunque la entablada fuere la de despojo.

1º ¿Quiénes pueden entablar la accion de despojo? ó mas bien dicho ¿qué condiciones son necesarias en el despojado respecto á la naturaleza de su posesion para que pueda entablar la accion de despojo?



En primer lugar, es fuera de duda que una posesion precaria como la del locatario, por ejemplo, puede dar lugar á la accion de despojo, aunque ésta se ejerza contra el mismo dueño del inmueble. Es el hecho solo de la posesion lo que da derecho á protegerse en ella y á que el Juez le proteja de toda violencia que se cometa contra el que aparece en posesion de la cosa. (Véase nota del codificador art. 2470, Segovia, nota 66, y nuestros arts. 1095 y 1110.)

En segundo lugar debe tenerse presente que las cosas que están fuera del comercio y que por lo mismo no pueden ser objeto de posesion, no pueden dar lugar á la accion de despojo, como no pueden dar lugar á ninguna accion posesoria.

Así, los bienes públicos no pueden ser objeto de la accion de despojo puesto que no son susceptibles de una posesion jurídica; porque no puede haber el *animus sibi possidendis*.

Indudablemente que cualquier violencia que se cometa dará lugar á la indemnizacion correspondiente y á que el Juez ordene se deje el goce correspondiente; pero esto no es una accion de despojo.

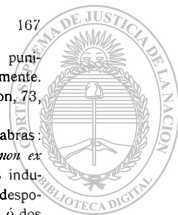
(Véase Molitor, Posesion, nº 69.)

**Aunque su posesion sea viciosa:** Si es viciosa respecto al demandado ¿podrá entablarse la accion de despojo? El doctor Segovia, nota 66, piensa que sí. Hay, sin embargo, motivo de dudar.

El art. 2470 en su última parte dice: el “que fuese *desposeido* podrá recobrarla de *propia autoridad* sin intervalo de tiempo, con tal que no esceda de los límites de la propia defensa.” Si uno puede recuperar de su propia autoridad la cosa de que ha sido desposeido, parece natural que este hecho autorizado por la ley sea respetado por ella misma cuando el despojado que ántes ha sido despojante viene á quejarse por tal hecho. Supóngase que Pedro me echa violentamente de mi heredad y que yo inmediatamente reuno mayores fuerzas, ataco y recupero mi posesion. Pedro se queja de este despojo; ¿se me mandará devolver la posesion á Pedro aunque alegue que la posesion de éste es violenta respecto á mí? Indudablemente que no, puesto que el art. 2470 me ha autorizado á recuperar inmediatamente mi posesion, y mal podria quedar sin efecto una medida que la misma ley me autoriza á tomar.

Esto por lo que hace á la posesion que ha sido recuperada inmediatamente, y sin intervalo de tiempo, como dice el art. 2470.

Cuando así no ha sido, pensamos con el doctor Segovia, que aunque el vicio sea respecto del adversario siempre deberá producir su



efecto la accion de despojo; pues no es racional que un acto punible autorice otra violencia si no es para defenderse inmediatamente. El infractor debe sufrir sus consecuencias. (Molitor, Posesion, 73, p. 142.)

La cuestion está en saber cómo deben tomarse las palabras: *sin intervalo de tiempo* de que se vale el art., *ex incontinenti et non ex intervallo*, como dice la instituta allí citada. Para nosotros es indudable que no deben tomarse á la letra, para decidir que si el despojado no recupera la posesion en el mismo acto, sino un dia ó dos despues, quede sujeto por esto solo á la accion de despojo. Uno ó dos dias que el despojante haya tenido la cosa no es suficiente, á nuestro entender, para que esté adquirida una posesion que pueda protegerse por medio de una accion de despojo, caso que el contrario la recupere por la fuerza en ese intervalo. Es necesario un tiempo suficiente para considerar que el despojado ha desistido de la lucha actual; es decir, de hacer uso del derecho acordado por el art. 2470. Es necesario por lo ménos que esa posesion adquiera certeza respecto á terceros, y que se vea que la lucha ha cesado. Así, por ejemplo, si el despojado violentamente ha dejado de hacer las diligencias necesarias para recuperar su posesion del mismo modo que la ha perdido, no se dirá, en caso de que la recupere, que lo ha hecho *incontinenti*. (Véase Aubry y Rau, § 189, nota 7.)

Si el despojado ha sido, por ejemplo, un representante del poseedor, y éste inmediatamente de tener la noticia no procuró recuperar su posesion, en adelante no podrá hacerlo so pena de entablar contra él la accion de despojo.

Tanto el art. que estudia como el art. 2470, han sido tomados del derecho romano; allí podemos encontrar la diferencia entre uno y otro. Ortolan, por ejemplo, refiriéndose á la Ley 3, § 9, Lib. 43, Dig., citada en el art. 2470, dice: "Siempre se observará el principio de que, en caso de agresion á mano armada, se podia legalmente repeler la fuerza con la fuerza, no solo para resistir, sino tambien para recobrar lo que la violencia hubiese arrebatado: *siempre que esto se hiciese sin intervalo*, y como si dijéramos en una sola lucha, porque una vez terminada ésta, *no se podia emplear* mano armada para recobrar la posesion, so pena de quedar sujeto á la accion del interdicto (Ortolan, Institutas, tom. 2, p. 770).

Segun el texto de las Institutas, Lib. 4, tit. 15, § 6, fuese la violen-



cia á mano armada ó no, daba siempre lugar al interdicto *unde vi*; aun en el caso de haber tenido el espulsado una posesion violenta, clandestina ó precaria respecto al adversario (Molitor, Posesion, n° 73). El § citado de la Instituta es el que ha tenido de modelo al art. que estudiamos.

Tenemos entónces que nuestro Cód. no ha hecho mas que seguir el derecho romano, y que con arreglo á esos principios el art. 2470 no se opone á que el presente se interprete diciendo que, fuera del caso allí legislado, el vicio *ab adversario* no es un obstáculo para entablar la accion de despojo, como no lo era por aquél para el interdicto *unde vi*.

**Sin obligacion de producir título alguno:** Es aplicable aquí lo que hemos dicho respecto de las acciones posesorias cuando el demandado quiere indebidamente establecer en el juicio posesorio pruebas que solo debe producir en el petitorio. Probada la posesion, el despojo y el tiempo en que se cometió, el Juez tiene necesariamente que mandar restituir la posesion, siendo inútil por parte del demandado no solo la prueba sobre el derecho á la propiedad sino tambien sobre el derecho á poseer. La sentencia en el juicio de despojo, como hemos dicho ántes le deja libre las dos vías; la accion posesoria para recuperar su posesion si prueba que ella reúne todos los requisitos de la ley, tales como la anualidad, y que no sea viciosa; ó la accion real que le corresponda como propietario.

1º ¿Puede el demandado dejar sin efecto la accion de despojo entablando como escepcion la accion posesoria? Pensamos que no; que antes de terminar el juicio de despojo no se puede iniciar la accion posesoria, y mucho ménos como escepcion. “Si se pudiera hacer valer la accion posesoria (*complainte*) reconventionalmente, sería permitir, dice Leon Wodon, n° 129, hacer indirectamente lo que no se puede hacer de un modo directo: esto sería paralizar la accion de despojo (*réintégrande*) y neutralizar su principio fundamental *spoliatus ante omnia restituendus*. La facultad de ejercer la accion posesoria y el ejercicio de esta accion no pueden legitimar la via de hecho cuya represion inmediata es el objeto único de la accion de despojo, como se acaba de demostrar”.

**Sus herederos y cómplices:** Es una consecuencia de lo dispuesto en los arts. 1098 y sus concordantes. (Véase Leon Wodon, n° 148, y comentario al art. 2491 y siguiente.)

**2491**—Será considerado cómplice del despojante, quien sabiendo el despojo, obtuvo el inmueble usurpado; pero no el tercer poseedor del inmueble que no lo hubo inmediatamente del despojante, aunque lo obtuviese de mala fe, sabiendo el despojo sufrido por el poseedor. (Concuerda con los arts. 2368—2490.)

## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 927)—Molitor, Posesion, núms. 70, 77 y 126—Leon Wodon, Acciones posesorias, núms 148 y siguientes—Freytas, 4083 y 4084.

**Obtuvo el inmueble usurpado:** En tal caso la accion de despojo puede dirigirse contra este poseedor de mala fe (art. anterior).

**Pero no el tercer poseedor que no lo hubo inmediatamente del despojante:** Si bien contra este tercero no puede entablar la accion de despojo, puede demandarse la entrega del inmueble, aun de esos terceros, por medio de una accion de reivindicacion (art. 2777 y su comentario).

Si la adquisicion es á título de heredero de aquel que no lo hubo inmediatamente del despojante, ¿podrá dirigirse la accion contra él? Es necesario distinguir si el causante era de mala ó de buena fe.

Así, por ejemplo, Pedro despoja á Juan de un inmueble; el primero la trasmite á Diego que la adquiere sabiendo que Pedro ha obtenido la cosa por despojo contra Juan. En este caso la ley considera á Diego como cómplice del despojo, porque como dice el art. "es cómplice del despojante el que, sabiendo el despojo, obtuvo el inmueble usurpado. Ahora bien, Diego, cómplice, como hemos dicho, trasmite dicho inmueble por título singular á un tercero: no compete, dice el art., la accion de despojo contra este tercero, aunque sea de mala fe, porque, como dice Molitor, el fundamento de la accion es un delito cuyas consecuencias no puede ir hasta los terceros. Pero esta trasmision de Diego es á un heredero suyo; en este caso la accion puede dirigirse contra esos terceros herederos del cómplice, porque la accion se da contra los herederos; es como debe entenderse el art. anterior (véase art. 1098). Diego no ha podido transmitir su posesion sino con los mismos vicios y sujeta á las mismas acciones á que él estaba en razon de su posesion.

**2492**—No compete la accion de despojo al poseedor de inmuebles que perdiera la posesion de ellos, por otros medios que no sean despojo; aunque la perdiera por violencia cometida en el contrato ó en la tradicion. (Véase arts. 2495 á 2499.)



## CONCORDANCIAS

(Pothier, Posesion, desde el n° 118)—Freytas, 4094—Aubry y Rau, § 189, notas 8 á 14—Leon Wodon, Acciones posesorias. núms. 144, 145 y siguientes—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 15, p. 103—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 120.

**Por otros medios que no sean despojo** : Por ejemplo, si toma posesion en ausencia del dueño; éste podrá recuperar su posesion, pero no por la accion de despojo, sino por una accion posesoria, ó de reivindicacion si no puede entablar aquélla.

La prueba del despojo violento corresponde al demandante (art. 2494.)

**En el contrato ó en la tradicion** : Así, por ejemplo, si se le ha obligado con amenazas á un individuo para que haga una escritura de venta, y aun para que haga la tradicion, podrá entablar la accion de nulidad correspondiente al contrato, por tener el vicio de violencia; pero no puede reclamar la cosa transmitida por la accion de despojo. (Véase el fallo de la S. Corte citado.)

Por lo demas, poco importa que la violencia se haya cometido contra el mismo dueño ó contra el que poseia por él. (Véase última parte del art. 2493 y siguiente.)

**2493**—La accion de despojo dura solo un año desde el día del despojo hecho al poseedor, ó desde el día que pudo saber el despojo hecho al que poseia por él. (Concuerda con los arts. 2455 y su comentario—2456—3984—4038.)

## CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 2456, y las concordancias de dicho art.—Leon Wodon, n° 89 y 174, *ibí.*

**Desde el día que pudo saber el despojo** : Aunque en realidad no lo sepa, por negligencia. Si ha estado ausente, se supone, salvo prueba en contra, que recién tuvo conocimiento del despojo (Molitor, n° 75).

**2494**—El demandante debe probar su posesion, el despojo y el tiempo en que el demandado lo cometió. Juzgada la accion, el demandado debe ser condenado á restituir el inmueble con todos sus accesorios, con indemnizacion al poseedor de todas las pérdidas é intereses y de los gastos causados en el juicio, hasta la total ejecucion de las sentencias. (Concuerda con los arts. 2472—2490.)



## CONCORDANCIAS

Freytas, 4036, 4037, 4042 y 4043—Bourcart, n° 167—Pothier, 127 y 128—Molitor, n° 71—Fallos del Juez doctor Molina Arrotea, tom. 2, p. 287—Tom. 4, p. 17—Id. del doctor Beláustegui, tom. 1, p. 293—id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 1, p. 99—Tom. 2, p. 225—Notas del doctor Segovia á este artículo.

**Debe probar su posesion :** Esta prueba puede hacerla por testigos que hayan conocido la tenencia material de la cosa, ó por la prueba de actos posesorios ejercidos sobre ella. Freytas, art. 4022, así lo declara espresamente. No necesita probar el origen de la posesion, puesto que éste en nada influye respecto á derecho de ejercer la accion de despojo (art. 2490).

**El despojo :** Es decir, el acto violento que dió por resultado la pérdida de la posesion ; pues sin este hecho no habrá accion de despojo, aunque sí accion posesoria (art. 2492 y 2496). Tambien esto podrá probarse por testigos ó por cualquier otro medio de prueba, incluso la presuncion.

**El tiempo en que el demandado lo cometió :** Con esto se constatará si está ó no dentro del año en que debe entablarse la accion (art. 2493).

**A restituir el inmueble con todos sus accesorios :** Deberá pagar las destrucciones que la cosa haya sufrido, aunque ésta haya ocurrido por caso fortuito y que no se hubieran evitado estando en poder del dueño (art. 2436 y sus concordantes).

Respecto á las demas indemnizaciones, y restitution de frutos se estará á lo dispuesto en el art. 2435 y siguientes.

**§ 195**—La accion de manutencion en la posesion compete al poseedor de un inmueble turbado en la posesion, con tal que ésta no sea viciosa respecto del demandado. (Concuerda con los arts. 2364—2368—2477—2487—2490 y su comentario—2496—2499—2795 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

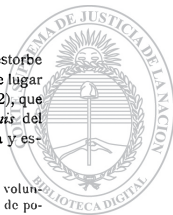
(L. 1, § 5, Dig., Uti possidetis—Ley 17, Dig., de preario—Troplong, sobre el art. 2228, n° 281)—Freytas, 4046—Fallos de la S. C. S. 2, tom. 18, p. 270—Tom. 21, p. 452—Id. del doctor Garzon, tom. 1, p. 303—Nota del codificador al art. 2477—Leon Wodon, n° 91 y siguientes.

**La accion de manutencion :** Es la accion posesoria, de que hemos hablado ántes.

**Al poseedor de un inmueble :** Y tambien á sus herederos (art. 3418).







**Turbado en la posesion:** Es decir, siempre que otro estorbe el ejercicio pleno y exclusivo del derecho de propiedad tiene lugar esta accion posesoria (véase nota del codificador al art. 2482), que corresponde al interdicto *uti possidetis* ó *retinende possessionis* del derecho romano. Su objeto es restablecer la posesion plena y exclusiva. (Véase art. siguiente y su comentario.)

**2196**—Solo habrá turbacion en la posesion, cuando contra la voluntad del poseedor del inmueble, alguien ejerciere, con intencion de poseer, actos de posesion de los que no resultase una exclusion absoluta del poseedor. (Concuerda con los arts. 2384—2455.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4048—Zacharie, § 288, notas 5 y 6—Bourcart, *Acciones posesorias*, núms. 152 y 153—Aubry y Rau, § 187, n° 3, nota 32—Leon Wodon, n° 98 y siguientes—Fallos de los Tribunales de Córdoba, tom 1, p. 85—Tomo 3, p. 47—Nota del codificador al art. 2482.

**Contra la voluntad del poseedor:** Y sin que haya precedido un acto constitutivo de derechos; ó acto posesorio que el tercero ejerza; si ese acto existe aunque haya sido concluido contra la voluntad ó por un error del constituyente, el ejercicio del derecho que de tal acto nace no dará lugar á la accion posesoria. El poseedor, en tal caso podrá entablar la accion correspondiente para anular el acto hecho por violencia ó error; pero no podrá entablar accion posesoria. Aquí, el que ejerce el acto posesorio, no lo hace contra la voluntad del poseedor, puesto que á su ejecucion ha precedido un acto jurídico que la ley considera voluntario mientras no se pruebe lo contrario. Si es hecho por error ó por violencia es indudable que no hay voluntad por parte del poseedor; pero su accion deberá dirigirse á probar esta circunstancia para anular el acto jurídico (Bourcart, *Acciones posesorias*, n° 154).

**Con intencion de poseer:** Si no hay esta intencion, regirá lo dispuesto en el art. 2497. (Véase su comentario.)

**Actos de posesion:** Como los de que habla el art. 2384. Lo que caracteriza especialmente la turbacion que da lugar á la accion posesoria de manutencion en la posesion es: 1° la voluntad del que ejecuta el acto contrario á la del poseedor, y 2° que ese acto importe un ataque directo y especial contra la posesion; es decir, que tenga por objeto ó disminuir en aquella parte los derechos del poseedor sobre la cosa poseída, ó que sin privarle absoluta-

mente de su ejercicio el turbador pretenda tener derechos iguales. (Véase lo que decimos en el comentario al art. siguiente, y arts. 2795 y siguientes.)

**2197**—Si el acto de la turbacion no tuviese por objeto hacerse poseedor el que lo ejecuta, la accion del poseedor será juzgada como indemnizacion de daño y no como accion posesoria. Si el acto tuviese el efecto de escluir absolutamente al poseedor de la posesion, la accion será juzgada como despojo. (Concuerda con los arts. 1136—2455—2482—2490—2498—2806.)

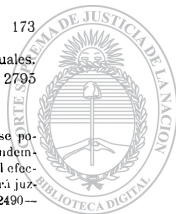
#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4049—Bourcart, *Acciones posesorias*, n° 153—Aubry y Rau, § 187, notas 25 á 27—En contra Leon Wodon, n° 93—Nuestro comentario al art. 2455.

**No tuviese por objeto hacerse poseedor:** Por derecho frances se cuestiona aun si las turbaciones que no tienen precisamente por objeto la pretension de un derecho sobre la cosa misma objeto de la turbacion, pueden dar lugar á la accion posesoria (Bourcart, n° 153, p. 305). Entre nosotros, como se ve, la controversia no puede tener lugar. Cualquier hecho que no importe una pretension de un derecho sobre la cosa, no puede dar lugar á la accion posesoria, aunque él importe un ataque al derecho del demandado. Así, por ejemplo, si las haciendas de mi colindante se entran á mi campo, sea que éste las eche intencionalmente, ó se entren sin ningun hecho de su parte, la accion para impedir esto no será una accion posesoria, sino una personal por indemnizacion de daños y perjuicios. Si alguno se entra á mi campo á sacar maderas, contando con que no se le dirá nada, ó con que no se conocerá el hecho, yo tendré una accion personal por indemnizacion; pero no una accion posesoria, porque tales actos no fundándose en una pretension de propiedad, no puede dar lugar á la manutencion.

**Escluir absolutamente al poseedor, etc.:** Téngase presente lo dispuesto en el art. 2492.

**2198**—Si la turbacion en la posesion consistiese en obra nueva, que se comenzara á hacer en terrenos é inmuebles del poseedor, ó en destruccion de las obras existentes, la accion posesoria será juzgada como accion de despojo. (Concuerda con los arts. 1136—2490—2497—2499.)



## CONCORDANCIAS

Leon Wodon, Acciones posesorias, n° 164 y siguientes—Bourcart, n° 88—Leligois, Acciones posesorias, p. 63, palabra: “Denuncia de obra nueva”—Obras jurídicas del doctor Rafael García, tom. 1. p. 154—Cód. de Chile, 930 á 933.

**Que se comenzara á hacer:** Por consiguiente el interdicto no será aplicable á cuando se trata solamente de reparar una obra ya existente sobre los mismos cimientos y en la misma forma. Si se trata de variar la forma, aunque se trabaje sobre cimientos antiguos habrá lugar al interdicto. “Labor nueva, dice la Ley 1, tit. 32, Part. 3ª, siguiendo al derecho romano, es toda obra que sea fecha é ayuntada por cimiento *nuevamente* en suelo de tierra; ó que sea comenzada de nuevo sobre cimiento ó muro, ú otro edificio antiguo; por la cual labor *se muda la forma e la faccion, de como ántes estaba.*”

Si se trata de darle mayor ensanche á la construccion actual, procederá tambien el interdicto ó denuncia de obra nueva. (Véase García, lugar citado.

Concluida la obra ya no habrá denuncia de obra nueva, puesto que esta accion tiene por objeto suspender la construccion durante el juicio, como dice el art. 2500.

En tal caso se estará á lo dispuesto en los arts. 2588 y siguientes.

1º Por lo demas de cualquier modo, que con la obra nunca se ataque el libre uso de los derechos en un inmueble, habrá lugar á la denuncia de obra nueva (art. 2499). El Cód. de Chile dice: “Son obras nuevas denunciabiles, las que construidas en el predio sirviendo embarazan el goce de una servidumbre constituida por él. Son igualmente denunciabiles las construcciones que se trata de sustentar en edificio ajeno, que no está sujeto á tal servidumbre.”

En los arts. siguientes del mismo Cód. se siguen enumerando los casos en que puede haber denunciado obra nueva Véase nuestro título sobre las “*restricciones y límites del dominio.*”

**Como accion de despojo:** En un fallo dictado por el doctor Félix T. Garzon (tom. 1, p. 76 de los fallos) y confirmado por el Superior Tribunal de Córdoba, se establece que considerando el Código la denuncia de obra nueva como accion de despojo, para entablarla deben probarse los extremos legales de que habla el art. 2494.

**2499**—Habrá turbacion de la posesion, cuando por una obra nueva que se comenzara á hacer en inmuebles que no fuesen del poseedor,



sean de la clase que fueren, la posesion de éste sufiere un menoscabo que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva. (Concuerda con los arts. 1136—2498—2579—2580.)

## CONCORDANCIAS

(Zachariae. § 285, nota 6—Tropolong, sobre el art. 2228, n° 317 y siguientes—Ley 20, Dig.. *De operis novis nunt*—Merlin, verb. *Denoit*.—Revista de Legislacion de Fœlix, tom. 4. p. 35 y siguientes)—Molitor. Posesion. n° 17 y siguientes.

**Que no fuesen del poseedor:** En el art. anterior se habla de la obra nueva que se empezare en terreno del perjudicado, es decir, del poseedor; en el presente se trata de obras hechas en terreno del mismo que ejecuta la obra perjudicial al poseedor del inmueble que sufre el perjuicio; los arts. 2579, 2580, 2621, 2625, etc., etc., son ejemplos y aplicaciones del presente artículo.

**Que cediese en beneficio del que ejecuta la obra nueva:** Aunque esto no se pueda constatar, siempre que resulte perjuicio al demandante se hará lugar á la accion. (De acuerdo doctor Segovia, nota 91.)

**2500**—La accion posesoria en tal caso tiene el objeto de que la obra se suspenda durante el juicio, y que á su terminacion se mande deshacer lo hecho. (Concuerda con los arts. 1136—.2494

## CONCORDANCIAS

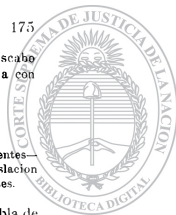
(LL. 1 y siguientes, Tit. 32, Part. 3\*)—Maynz, § 283.

**Se mande deshacer lo hecho:** Á costa del vencido; y á mas pagará los daños y perjuicios.

**2501**—Las acciones posesorias serán juzgadas sumariamente y en la forma que prescriban las leyes de los procedimientos judiciales. (Concuerda con el art. 3413.)

## CONCORDANCIAS

(Instituta, Proemio, § último, *De interdicto*—Ley 4, Cód. *De interdicto*—Ley 18, Tit. 10, Part. 7\*, y LL. 5 y 6. Tit. 34, Nov. Rec.)—Molitor. Posesion, n° 56 y siguientes.



## TÍTULO IV

### De los derechos reales (1)

**2502**—Los derechos reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato ó disposicion de última voluntad que constituyese otros derechos reales, ó modifica-se los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitucion de derechos personales, si como tal pudiese valer. (Concuerda con los arts. 497—2419—2828—3010.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom 9, núms. 511 y siguientes)—Ortolan, "*Generalizacion del Derecho Romano*", n° 67—Freytas, 3703 y 3706—Notas del codificador á los arts. 2528 y 2503—Cód de Chile, 577, 1ª parte—Cód Frances, 543, y sobre él á Laurent, tom. 6, n° 84.

#### **O modifícase los que por este Código se reconocen:**

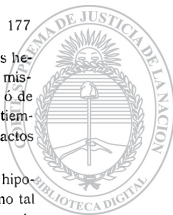
Por ejemplo, si se constituyesen un usufructo por mas de veinte años,

(1) Aunque en la nota al art. 497 definimos los derechos reales, tratando ahora especialmente de ellos, diremos con Demolombe, que derecho real es el que crea entre la persona y la cosa una relacion directa é inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto.

Se llama, al contrario, derecho personal, aquel que solo crea una relacion entre la persona á la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razon de una cosa ó de un hecho cualquiera, de modo que en esa relacion se encuentren tres elementos, á saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es el sujeto pasivo (el deudor), y la cosa ó el hecho que es el objeto.

Los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente; los derechos personales, comprenden los derechos á una prestacion, es decir, á un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una accion. La posesion á la cual pertenece un derecho real, puede reivindicar el objeto contra todo poseedor; la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino á la persona obligada á la accion ó á la prestacion. Cuando muchas personas han adquirido en diversas épocas sobre el mismo objeto el mismo derecho real, el derecho





á favor de una persona jurídica, ó á favor de una persona y sus herederos, se aplicará lo dispuesto en los arts. 2825 y 2828. Lo mismo será si se constituye una hipoteca ó derechos enfitéuticos ó de superficie (art. 2614), ó se hace un arrendamiento por mas del tiempo señalado por la ley como máximo de la duracion de tales actos ó contratos.

**Como constitucion de derechos personales:** Una hipoteca, por ejemplo, constituida por doce años, solo valdrá como tal durante los diez primeros, que es el tiempo fijado por la ley para la duracion del derecho real (art. 3151); pero la obligacion no por esto será nula; valdrá eficaz como obligacion personal. (Véase nota del codificador al art. 3151, citado.)

anterior es preferido al derecho posterior, mas el derecho personal anterior no es preferido al derecho personal posterior.

La causa eficiente del derecho personal es la obligacion, siempre y únicamente la obligacion, cualquiera que sea su origen: un contrato, un cuasi-contrato, un delito ó un cuasi-delito, ó la ley.

La causa eficiente del derecho real es la enajenacion, ó generalmente, los medios legítimos por los cuales se cumple la trasmision en todo ó en parte de la propiedad.

El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto, no hay intermediario alguno, y existe independiente de toda obligacion especial de una persona hacia otra.

Por el contrario, el que no puede dirigirse directamente sobre la cosa misma y tiene necesidad de dirigirse á una persona especialmente obligada á él por razon de la cosa, no tiene sino un derecho personal.

El derecho real supone necesariamente la existencia actual de la cosa á la cual se aplica, pues que la cosa es el objeto directo ó inmediato, y no puede haber un derecho sin objeto; mientras que el derecho personal, no teniendo en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada, no exige necesariamente la existencia actual de la cosa, á la cual ese hecho deba aplicarse.

El Derecho Romano no había formulado científicamente la clasificacion de derechos reales, y derechos personales. La division la aplicaba á las acciones. *Omnium actionum*, dice la Instituta, *summa divitio in duo genera deducitur, aut enim in rem sunt, aut in personam*. Instituta, Lib. 4, Tit. 6, § 1.

El Digesto, explicando la distincion de las acciones reales (vindicationes) y de las acciones personales (condiciones) nos da una excelente definicion de los derechos reales y de los derechos personales. . . . *Namque agit unus quisque aut cum eo qui ei obligatus est . . . quo casu proditur sunt actiones in personam. Aut cum eo agit qui nullo jure ei obligatus est, quo casu proditur actiones in rem sunt.* (L. 25, Dig., *De obligat. et act.*)

Sobre los derechos reales en general, véase Ortolan, *Generalizacion*, § 75--Maynz, § 172--Mackeldey, § 218--Demolombe, tom. 9, desde la pág. 335--Véase LL. 1, Tit. 13, Part. 5ª, 7, Tit. 15, Part. 5ª, y 11, Tit. 14, Part. 5ª, que contraponen las acciones personales y las reales, y L. 5, Tit. 8, Lib. 11. N. Rec.



Por derecho frances el principio de nuestro art. es materia de discusion, pór no estar resuelto el punto en aquel Código. (Véase Toullier, tom. 3, nº 96.)

**2503**—Son derechos reales:

- 1º El dominio y el condominio; (Concuerda con los arts. 2506—2561—2673.)
- 2º El usufructo; (Concuerda con el art. 2807.)
- 3º El uso y la habitacion; (Concuerda con el art. 2948.)
- 4º Las servidumbres activas; (Concuerda con el art. 2970.)
- 5º El derecho de hipoteca; (Concuerda con el art. 3108.)
- 6º La prenda; (Concuerda con el art. 2204.)
- 7º La anticresis. (Concuerda con el art. 3239.)

CONCORDANCIAS

(Goyena, 1547 y su comentario—Demolombe, tom. 9, nº 483)—Freytas 3704 y 3705—Cód. de Chile. 577, 2ª parte—Véase art. 2614—Lehr, Derecho Inglés, nº 321 y siguientes.

En la República Argentina, como en todas las regidas por las antiguas leyes españolas, han habido infinidad de propiedades que reconocian derechos enfitéuticos, y de superficie. Entre nosotros los Gobiernos de Provincia han mandado redimir ya todas las imposiciones capellánicas y enfitéuticas. Todas esas leyes de redencion, si bien han dado los resultados prácticos que el codificador se propuso al suprimirlas en nuestra legislacion, muchas de ellas son á todas luces injustas por la forma y el destino dado á los capitales obtenidos como producto de las mismas, importando verdaderos despojos contra los beneficiados en su fundacion.

De las mas justas es la de la Provincia de Mendoza dictada el 78, cuyo art. 12 dice: "Los intereses que produzcan los capitales redimidos se destinan: el dos por ciento para misas y demas objetos eclesiásticos de las instituciones capellánicas, que se invertirán por el Obispo de la diócesis dentro del territorio de esta provincia, y el tres por ciento restante por el Poder Ejecutivo en la fundacion de asilos de huérfanos y mendigos, hospitales y escuelas."

Mas adelante tendremos ocasion de ocuparnos especialmente de las imposiciones capellánicas.

**2504**—Si el que transmitió ó constituyó un derecho real que no tenía derecho á transmitir ó constituir, lo adquiriese despues, entiéndase que transmitió ó constituyó un derecho real verdadero como si lo hubiera te-

nido al tiempo de la trasmision ó constitucion. (Concuerda con los arts. 1330—2355—2682—2982—3125— Véase 2603, 3126 y 3270.)

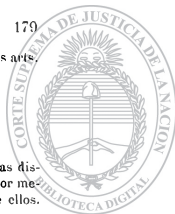
## CONCORDANCIAS

Freytas, 9845—Véase nuestro comentario al art. 1390.

**2505**—Los derechos reales se adquieren y se pierden, según las disposiciones de este Código, relativas á los hechos ó á los actos, por medio de los cuales se hace la adquisicion, ó se causa la pérdida de ellos. (Concuerda con los arts. 10—11—2355—2458—2918.)

## CONCORDANCIAS

(Maynz, § 163)—Laurent, tom 6, n° 104 y siguientes.





## Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo

**2506**—El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida á la voluntad y á la accion de una persona. (Concuerda con los arts. 577—2503, inc. 1º—2513.)

## CONCORDANCIAS

(La L. 1, Tit. 23, Part. 3ª, define el dominio ó la propiedad: *poder que omehe en su cosa de facer de ella ó en ella lo que quisiere, segun Dios é segun fuero*, pero otra Ley dice: *maguer 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)—Cód. de Chile, 582—Ortolan, *Generalizazion del Derecho Romano*, n° 78—Lehr, *Derecho Germánico*, n° 48.

En un fallo dictado por el doctor Molina Arrotea, tom. 3, p. 81 de sus fallos, para desvirtuar el argumento de un litigante que sostenia que con arreglo á este art. no se podia escluir á otro del uso de un derecho que no reposaba sobre una *cosa*, decia: “El art. 2506 en que funda el demandado su argumentacion para sostener que no hay dominio donde no hay *cosa*, no tiene propiamente aplicacion al caso ni se le puede dar la estension que se le atribuye”.

“Esa disposicion se refiere á los derechos reales, y por lo tanto es natural y lógico que al definir el dominio exija la *cosa* como condicion indispensable. Allí no se habla una palabra de los derechos personales que son los verdaderos objetos incorporales, los cuales, como se sabe, existen, tienen su valor, se adquieren, se conservan y se pierden como los objetos materiales.”

Los objetos inmateriales, si bien no son susceptibles de producir derechos reales, no es ménos cierto que existen y que pueden dar



lugar á acciones que no por ser personales dejan de ser eficaces, pues esos objetos inmateriales ó esos derechos, en que un individuo puede ser atacado forman el conjunto de sus *bienes* (art. 2312).

El fallo del doctor Molina Arrotea, está, pues, perfectamente fundado.

**2507**—El dominio se llama pleno ó perfecto, cuando es perpetuo, y la cosa no está grabada con ningún derecho real hácia otras personas. Se llama ménos pleno, ó imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo ó al advenimiento de una condicion, ó si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etc. (Concuerda con los arts. 2339 á 2350—2363—2510—2523—2661 y sus concordantes.)

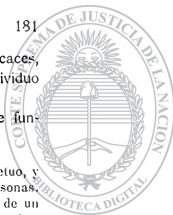
#### CONCORDANCIAS

(Pothier, Propiedad, n° 8—Proudhon, *Dominio privado*, n° 13—Cód. de Luisiana, 482—Zacharie, § 274—Maynz, § 180, n° 2)—Laurent, tom. 6. núms. 104 y siguientes.

**Cuando es perpetuo**: Por regla general el dominio es perpetuo (art. 2510), y mientras no se pruebe su carácter de temporario se supone lo primero (art. 2523). Pero esto no quiere decir que sea de la esencia del dominio el ser perpetuo. De aquí la division de dominio en *pleno y perfecto*, y *menos pleno ó imperfecto* aceptada por nuestro Cód. Los que piensan que es de esencia en el dominio el ser perpetuo, se apoyan en que si es revocable por efecto del advenimiento de una condicion resolutoria impuesta en la adquisicion, esa revocacion tiene efecto retroactivo al dia de la adquisicion; de aquí deducen que todo aquel cuya propiedad es revocada debe considerarse como si nunca hubiera sido propietario. No se puede decir, afirma Laurent, lugar citado, que en este caso haya una propiedad temporaria; ella es considerada como si jamás hubiese sido transmitida; por consiguiente, el antiguo propietario ha permanecido siendo tal."

Esos principios, si bien han sido aceptados en parte por nuestro Cód., no tienen la amplitud y consecuencias atribuidos por algunos escritores franceses, de los cuales el doctor Velez se ha separado, como se ve por el art. que estudiamos.

Por los concordantes citados se verá cuáles son los bienes del dominio público y los del dominio privado de cada Estado.





**2508**—El dominio es exclusivo. Dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa; mas pueden ser propietarios en comun de la misma cosa, por la parte que cada una pueda tener. (Concuerda con los arts. 2401—2456 y su comentario—2523.)

## CONCORDANCIAS

(L. 5, § 15, Tit. 6, Lib. 13, Dig.—Pothier, Propiedad, n° 16)—Demolombe, tom. 9, n° 554—Zachariæ, § 276.

**2509**—El que una vez ha adquirido la propiedad de una cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que faltase al título por el cual la habia adquirido. (Concuerda con los arts. 2353 y su comentario.)

## CONCORDANCIAS

(L. 159, *De regulis juris*—L. 3, § 4, Dig.—*De adq. poss.*—Cód. de Luisiana, 487—Pothier, Propiedad, n° 18)—Vistas fiscales del doctor Cortés, tom. 1, p. 344.

**No puede en adelante adquirirla por otro**: Porque, como dice Pothier, citado, no hay posibilidad de adquirir lo que ya me pertenece. Esto no obsta para que una cosa trasmitida en virtud de un título nulo no se adquiera en adelante por uno válido, pues que siendo nulo el título es insuficiente para hacer adquirir la propiedad. Téngase presente la nota del codificador á este artículo.

**2510**—El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero los ejerza con su voluntad ó contra ella, á no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción. (Concuerda con los arts. 597—2412—2445—2456—2511—2528—2601 á 2610—2754—2759—2765—2767—2776 á 2778—2924—3999 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 488—L. 44, Dig.—*De adq. rer. dom.*—Pothier, *De la Propiedad*, n° 277—Demolombe, tom. 3, n° 546—Aubry y Rau, § 191)—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 14, p. 582—Nota del codificador al 2924.

**Aunque no ejerza ningún derecho de propiedad**: Pero puede perder la posesion si otro ejerce durante un año actos de propiedad; y perdiendo la posesion, viene con el trascurso del tiempo la pérdida de la propiedad. La posesion puede perderse sin que desaparezca el dominio; pero el dominio no puede perderse sin an-

tes haber perdido la posesion. Véase lo que hemos dicho sobre la adquisicion de la posesion por el simple tenedor.

Se pierde el dominio por el abandono hecho en la forma del artículo 2526.

**Y aunque un tercero los ejerza, etc., etc. :** Fuera de la escepcion puesta por el mismo art. á este principio en el caso de prescripcion, están tambien las que se refieren á cosas muebles, como el caso de que habla el art. 597 y sus concordantes. (Véase comentario al art. 2777, y lo dicho en el art. 2511, que es tambien una escepcion.)

**2511**—Nadie puede ser privado de su propiedad, sino por causa de utilidad pública, previa la desposeion y una justa indemnizacion. Se entiende por justa indemnizacion en este caso, no solo el pago del valor real de la cosa, sino tambien del perjuicio directo que le venga de la privacion de su propiedad. (Concuerda con los arts. 1324, inc. 1º—2512—2610—2637.)

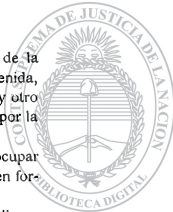
#### CONCORDANCIAS

(L. L. 2, Tit. 1, Part. 2º—L. 31, Tit. 18, Part. 3º—Cód. Frances, 545—Holandes, 625—De Luisiana, 489—Demolombe, tom. 9, desde el n° 556—Toullier, tom. 3, desde el n° 252—Zachariæ, § 277, nota 13—Maynz, § 292, nota 33)—Goyena, 392—Lehr, *Derecho germánico*, n° 70—Laurent, tom. 6, n° 193—Cód. de California, 828—Fallos de la S. C. S. 2, tom. 14, p. 582—Sentencia de la misma Corte dictada el 14 de Abril de 1888—Fallos del doctor Garzon (de Córdoba), p. 234—Constitucion Nacional Argentina, art. 17—Nota del codificador al art. 1324, inc. 1º.

**Sino por causa de utilidad pública :** Esta es una escepcion al principio consagrado por nuestra Constitucion y por el Derecho Civil, que la propiedad es inviolable. Por lo mismo que es un derecho escepcional de ese gran principio constitucional, su aplicacion debe ser limitada puramente á lo que constituye la necesidad pública. La Suprema Corte de la Nacion en el fallo citado de 1888, que es de los mas notables que ha dictado y que hace honor á este alto Tribunal, ha explicado la verdadera estension de la facultad acordada á los poderes públicos para espropiar por causas de utilidad general. Ese fallo que es una pieza de gran mérito, es el mejor comentario que se puede hacer del presente art. y del de la Constitucion, citado.

Se trataba de la espropiacion de los terrenos necesarios para la gran Avenida de Mayo, que debia atravesar la ciudad de Buenos





Aires. La Municipalidad de la Capital, que era la ejecutora de la obra, queria espropiar no solo el terreno necesario para la Avenida, sino tambien los sobrantes de los inmuebles situados á uno y otro lado de la via, que en cualquier estension resultasen afectados por la misma.

La espropiacion venia entonces á ser, no solo del terreno á ocupar con la Avenida, sino tambien del de sus costados que hubiesen formado parte del ocupado por la via.

¿Tenia la Municipalidad necesidad de estos sobrantes para llevar á cabo la Avenida? Indudablemente que no; por consiguiente, todo lo que no fuese la parte á ocupar por la via no podia decirse que se espropiaba por causa de una necesidad pública.

Confirmando esto mismo la S. C., decia en el considerando 6 de la sentencia aludida :

“Que la teoría fundamental del derecho de espropiacion por utilidad pública, tal como ha sido incorporado por la Constitucion y tal como lo admite la legislacion en general de los países libres, no se estiende á nada mas que á autorizar la ocupacion de aquella parte de la propiedad privada, *que sea indispensable* á la ejecucion de la obra ó propósito público de que se trate, no pudiendo *ir nunca mas allá*, ni cumplirse, en consecuencia, respecto de bienes que no sean necesarios á tales fines.”

.....

“Décimo : que si así no fuese y debiese entenderse permitido y lícito á los poderes públicos, so color de utilidad comun, invadir la propiedad mas allá de lo estrictamente necesario al interes general y despojar al ciudadano de lo suyo, sustituyéndose á él en el uso y goce de sus bienes, ya para someterlas á una explotacion mas provechosa á los intereses fiscales, ya simplemente para lucrar, vendiéndolos á terceros, con la diferencia entre el precio de compra y el de venta de los mismos, desaparecería á la vez que todo límite del derecho, aunque legítimo, exorbitante, de espropiacion, la garantía única contra el abuso posible de tal derecho.”

Despues sigue la Corte apoyándose en fallos y autores norteamericanos, que sostienen las mismas ideas. Laurent, lugar citado, opina en el mismo sentido que la Corte.

Este fallo ha sido bien recibido por la generalidad, que veia una amenaza en su derecho de propiedad, si por el derecho escepcional de espropiacion se estendiesen mas allá de lo estrictamente



necesario, y de escepcion que es, se convirtiese en principio general.

Queda, pues, con este fallo, marcado entre nosotros el límite de la facultad de espropiar por causa de utilidad pública.

Con arreglo á los principios sentados por la Corte, si hoy se tratase de una concesion como la que se hizo para la construccion del Ferrocarril Central Argentino, que se entregaron á la empresa constructora dos leguas de terrenos á los costados de la línea ferrea, para la cual hubo que espropiar mucha parte de esos campos, seria indudablemente declarada impracticable bajo el punto de vista legal.

Esa concesion, que en aquel tiempo era indispensable, y por lo mismo justificable, como lo declara la Corte en el fallo que nos ocupa, para obviar las dificultades que se presentaban á la ejecucion de la obra con capitales que no podian venir á un país desconocido todavía, sino mediante la expectativa de enormes ganancias, hoy no tendria razon de ser y se le consideraria inconstitucional y atentatoria al derecho de propiedad garantido por la Constitucion.

Inconstitucional, porque para ejercer la facultad de espropiar, nunca debe tomarse en cuenta el mayor provecho ó menor gasto pecuniario con que la ejecucion de la obra de interes general puede llevarse á cabo espropiando mas de lo que materialmente va á destinarse al servicio de la misma; atentatoria á los derechos de propiedad, porque como dice la Corte en el considerando "*Undécimo*", haciendo bazar el derecho de espropiacion, no en la afectacion ó aplicacion material de los bienes privados á servicios de obras dadas de utilidad nacional, sino en la mayor ó menor conveniencia pecuniaria de ello ó en la designacion discrecional y arbitraria del Poder Legislativo al respecto, no habria razon para distinguir entre las propiedades adyacentes, ó mas ó ménos próxima á las obras y las situadas en los puntos mas remotos de la misma, pudiendo todos ser agredidos por igual, siempre que así se entendiese convenir á los intereses fiscales, ó fuera ello de la voluntad de aquel cuerpo."

Esto importaria, como dice la misma Corte, desnaturalizar completamente el derecho de espropiacion, convirtiendo á los poderes públicos en comerciantes, y árbitros de la propiedad privada.

De este modo los propietarios próximos á cualquier via pública



ú otra clase de obras á ejecutarse, léjos de ver un bien en la realizacion de ella, lamentarian su desgracia sabiendo que por esa causa se iban á ver privados contra su voluntad, no solo de la parte de sus inmuebles indispensables para la obra sino tambien de todo lo que al Cuerpo Legislativo se le antojase quitarles.

Esto ya no es posible que suceda.

**Prevía la desposesion y una justa indemnizacion;**

La indemnizacion debe ser previa á la desposesion; el propietario no está obligado á hacer la tradicion mientras no se le pague el precio, y si no obstante no habérsele pagado hace la entrega ó el poder que ha espropiado entra en posesion de la cosa, el propietario puede reivindicarla con arreglo á lo dispuesto en el art. 3923.

La facultad escepcional acordada al Poder Legislativo por nuestra Constitucion Nacional y confirmada por este art. y sus concordantes, es bajo la condicion de una justa y previa indemnizacion; es lo mismo que cuando se hace una venta al contado, en que si esa condicion no se cumple no hay venta. En la espropiacion por causas de utilidad pública la venta es bajo la condicion espresa de que el propietario será previamente pagado del precio de la cosa espropiada, y mientras que esto no se efectúe no hay venta, y aunque la cosa pase al adquirente puede ser reivindicada.

De aquí se deduce una consecuencia muy importante y que con frecuencia puede tener lugar; se espropia un inmueble y se hace la desposesion sin haberse pagado su precio al propietario; despues de algun tiempo se consigue el pago. ¿Tendrá en este caso el propietario derecho á pedir una nueva tasacion arreglada al precio que por la accion del tiempo tenga actualmente la cosa? Es indudable que sí. La cosa, como hemos dicho ántes, no ha salido del dominio del anterior propietario, es decir, la venta no está consumada, como lo da á entender bien claro el art. 3923 (véase Segovia, nota á dicho art.), puesto que no se ha cumplido la condicion bajo la cual la ley autoriza la espropiacion, el pago previo; por consiguiente, la cosa, hasta que se hace el pago, sigue perteneciendo al antiguo propietario. La venta viene entónces á consumarse recien á la época del pago; y como la tasacion debe hacerse tambien con arreglo al valor de ella al tiempo de consumarse el acto, tenemos que si este valor no es el mismo que tenía al tiempo en que se hizo la primera tasacion, debe hacerse una segunda.



Permaneciendo el vendedor hasta el momento del pago dueño de la cosa, el aumento de valor que ella tenga como la disminucion, deben afectarle ó favorecerle con arreglo á los principios generales de derecho. Decimos que el vendedor es dueño hasta el momento del pago porque, con arreglo á los principios constitucionales, toda espropiacion es con previa indemnizacion; de lo contrario no hay derecho á espropiar.

“El Cód. Civil y la Constitucion, dice Laurent, lugar citado, refiriéndose á la legislacion francesa, que en este punto es igual á la nuestra (véase art. 545 frances), quiere que la indemnizacion sea justa y previa; los magistrados vigilarán que sea justa; es previa en el sentido que debe ser pagada ántes de tomar posesion; el propietario espropiado tiene un derecho de retencion, y puede impedir que se tome posesion del inmueble espropiado, mientras no se le pague la indemnizacion conveniente fijada por el Tribunal. Si el Estado ocupa una propiedad cualquiera sin declaracion de utilidad pública, sin convencion ó sin juzgamiento de espropiacion, el propietario despojado tendrá derecho de reivindicar su cosa contra el Estado; esto es de derecho comun; y el Estado está sometido á él.

La desposesion, pues, sin una justa indemnizacion previa importa un verdadero despojo, y el propietario puede usar de las acciones correspondientes exigiendo el valor que la cosa tiene al tiempo de hacerse el pago; porque solo desde ese momento deja de ser propietario, salvo el caso del art. 2512, en que por la misma urgencia del caso no hay tiempo para la tasacion previa.

**Sino tambien el perjuicio directo:** Por ejemplo: si se atraviesa con un ferrocarril un campo cercado, dividiéndolo en partes, la indemnizacion consistirá en el pago del terreno ocupado por la via, y en el pago del cerramiento que el propietario tenga que hacer á uno y otro lado para dejar su campo cercado como estaba. Si se espropia una casa, deberá pagarse su valor y el gasto de mudanza ó instalacion en otra parte.

Por fin, todos los perjuicios que sean una consecuencia inmediata y necesaria de la espropiacion, con arreglo á los principios generales.

**2512—** Cuando la urgencia de la espropiacion tenga un carácter de necesidad, de tal manera imperiosa que sea imposible ninguna forma de procedimiento, la autoridad publica puede disponer inmediatamente





de la propiedad privada, bajo su responsabilidad. (Concuerda con los arts. 1112—1324, inc. 1º—2511.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 9, n° 564)—Los concordantes del art. anterior.

**Necesidad:** Aquí, como se ve, no basta la utilidad, como en el caso del art. anterior, sino que es preciso que medie una *necesidad imperiosa* para que se considere justificada una espropiación que se hace sin forma de procedimiento alguno, y sin previo pago. (De acuerdo Segovia, nota 11.)

**2513**—Es inherente a la propiedad, el derecho de poseer la cosa, de disponer ó de servirse de ella, de usarla y gozarla según la voluntad del propietario. Él puede desnaturalizarla, degradarla ó destruirla; tiene el derecho de accesión, de reivindicación, de constituir sobre ella derechos reales, de percibir todos sus frutos, prohibir que otro se sirva de ella, ó perciba sus frutos; y de disponer de ella por actos entre vivos. (Concuerda con los arts. 1620—2506—2514 á 2516—2522—2525—2989—3119.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier. Propiedad, n° 5—Demolombe, tom. 9, desde el n° 543—Zachariæ, § 277)—Freytas, 4214 á 4216—Aubry y Rau, § 190, p. 169, § 191, notas 1 á 10—Cód. Frances, 544 y sus concordantes citados por Tripier—Mourlon, tom. 1, núms. 1437 y siguientes—Ortolan, Generalización, del Derecho, n° 76—Vistas fiscales del doctor Gerónimo Cortés, tom. 1, p. 343—Véase las restricciones impuesta á esta disposición por los arts. 2502, § 3, de la nota al 2508, 2511, 2512, 2514 y las limitaciones sobre la capacidad para disponer por testamento.

Las facultades enumeradas en este art., como las de que hablan el 2515 y 2516, no son excluyentes (véase arts. 2525 y 2526), y están limitadas en el título correspondiente.

**2514**—El ejercicio de estas facultades no puede ser restringido porque tuviera por resultado privar á un tercero de alguna ventaja, comodidad ó placer, ó traerle algunos inconvenientes, con tal que no ataque su derecho de propiedad. (Concuerda con los arts. 939—1071—2513—2518—2611 y siguientes—2620.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 27—Zachariæ, §§ 276 y 277, nota 3—Duranton, tom. 4, núms. 408 y siguientes—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 fondo vecino, y le traiga el perjuicio de secar los pozos ó las fuentes de la propiedad contigua—L. 24, § 12, Tit. 2, Lib. 3, Dig.—La Ley de Partida copia la Ley Romana con una notable adición *fuera de ende*, dice, si este que lo quisiese hacer, non lo hubiere menester, mas se moviese maliciosamente por facer mal á otro—L. 19, Tit. 32, Part. 3ª, y véase Ley 25 del mismo Tit.)—Aubry y Rau, § 191, nota 11, y la cita allí hecha—Pothier, Propiedad, n° 4 y 13—Laurent, tom. 6, núms. 136 y siguientes—Freytas, 4219.



Aunque la mayor parte de los Códigos no traen una disposición terminante como la que concordamos, está en el espíritu de la legislación de todos los países el principio formulado y la jurisprudencia constantemente ha hecho aplicación de él.

El principio viene, como dice el codificador, desde el derecho romano; pero no todos los juriconsultos han acertado con una fórmula que en su aplicación no trajese inconvenientes por el abuso ó extensión con que se aplicase.

Estos inconvenientes venían siempre que se trataba de saber cuánto había perjuicio para otro porque un propietario hiciera uso de los derechos de tal; si bastaba el solo *perjuicio* para privar á un vecino de hacer tal ó cual cosa, ó si era necesario el perjuicio y un ataque á su derecho de propietario.

Segun Laurent, tom. citado, n° 138, parece que la Corte de Bruselas fué la primera en formular el principio tal como debía entenderse y como la ha adoptado nuestro actual Código.

“La ciencia del derecho, dice este autor, exige una precisión tan especial que subsane la imperfección del lenguaje. Se debe evitar formular principios tan vagos que puedan conducir á consecuencias evidentemente falsas. En esta cuestión que tratamos (se refiere á la de saber cuándo hay perjuicio ó derecho de tercero), es necesario dejar á un lado el *perjuicio* para atenerse puramente á la lesión del *derecho*; sin duda, que nace un perjuicio de esta lesión al derecho de otro, pero el *perjuicio solo* no basta para dar lugar á una acción. Este principio lo encontramos formulado en una sentencia de la Corte de Bruselas, que dice: “El ejercicio del derecho de propiedad debe ser puesto en armonía con los *derechos* de terceros, y entendido de manera que, en sacando de su cosa toda la utilidad no prohibida que ella pueda ofrecer, no se cause al propietario vecino, introduciendo ó haciendo pasar á su propiedad cosas nocivas, un perjuicio que disminuya el valor ó modifique sensiblemente el ejercicio del *derecho de propiedad*.”

En este sentido debe entenderse nuestro art., tanto porque es co-



mo racionalmente debe entenderse el principio, como porque el texto espreso así lo hace entender; no basta que haya un *perjuicio*, como ser la privacion de una comodidad que la forma ó situacion de la propiedad vecina le daba ó le permitia disfrutar, para dar lugar á reclamo, si esa comodidad de que gozaba no se la daba su mismo derecho de propiedad (art. 2620); es decir, si en la privacion que sufría no habia un ataque á los derechos que la ley concede á todo propietario. Así, por ejemplo, si Pedro, vecino de Juan, que habia estado gozando en su casa de mucha luz porque la propiedad del segundo era mas baja ó igual á la del primero, se encuentra un día privado de esta comodidad porque Juan ha levantado su edificio á mayor altura, la ley no le acuerda ninguna accion para quejarse de esto, porque para Juan el levantar su edificio es un derecho, puesto que es dueño exclusivo del espacio aéreo en la estension que ocupa su propiedad (art. 2518), mientras que para Pedro la comodidad de que gozaba no era *un derecho*, y aunque sufra un perjuicio con su privacion no puede quejarse porque su accion no tendria en qué fundarse puesto que no hay ningun derecho atacado.

Restricciones de esta clase, solo por voluntad espresa del legislador ó de las partes pueden crearse, y donde no exista tal limitacion el propietario es libre de usar de su derecho aunque perjudique á terceros. En el título "*De las restricciones y límites del dominio*", se encuentra la mayor parte de las restricciones espresas que constituyen escepciones al art. que estudiamos.

De modo que el verdadero límite del uso de las facultades acordadas á todo propietario no está en el perjuicio que el vecino sufra, sino, como dice la última parte del art., "*que no ataque su derecho de propiedad*". Si hay conflicto entre los derechos de un propietario y los de su vecino, y la cuestion no se puede decidir por las condiciones especiales de cada caso, deberá estarse al principio de que todo derecho está limitado por el derecho de otro; y como el legislador ha comprendido que en muchos casos es necesario quebrar la regla para conciliar estos derechos, ha puesto disposiciones espresas, estableciendo restricciones recíprocas entre vecinos de sus derechos de propiedad. (Véase nota del codificador al art. 2611.)

En falta de una disposicion espresa, cuando hay conflicto de derechos, deberá tenerse presente la del derecho romano consagrada en principio general por el nuestro de *que nadie puede introducir nada en el predio ajeno* (arts. 2510, 2630, etc., etc.); sin esto rara vez



pueden presentarse casos en que el uso de un derecho ataque otro derecho. Por último, si aún así no puede decidirse una cuestión deberá estarse y aplicar por analogía las disposiciones expresas que restrinjan el ejercicio de los derechos de propiedad, y en falta de esta analogía se estará por la libertad del ejercicio del derecho. (Véase tit. "*De las restricciones y límites del dominio.*")

**2515**—El propietario tiene la facultad de ejecutar, respecto de la cosa, todos los actos jurídicos de que ella es legalmente susceptible; alquilarla ó arrendarla, y enajenarla a título oneroso ó gratuito, y si es inmueble, gravarla con servidumbres ó hipotecas. Puede abdicar su propiedad, abandonar la cosa simplemente, sin transmitirla á otra persona. (Concuerda con los arts. 2513 y sus concordantes—2525—2526.)

#### CONCORDANCIAS

Las del art. 2513—Freytas, 4215—Aubry y Rau, § 191. n.º 2—Cód. de Portugal, 2169—Pothier, Propiedad, n.º 5, VI.

El presente art. es una aplicación de lo dispuesto en el 2513; y creemos, como el doctor Segovia que bien ha podido eliminarse.

Téngase presente las restricciones impuestas al testador respecto á los herederos forzosos.

**2516**—El propietario tiene la facultad de escluir á terceros del uso ó goce, ó disposición de la cosa, y de tomar á este respecto todas las medidas que encuentre convenientes. Puede prohibir que en sus inmuebles se ponga cualquier cosa ajena; que se entre ó pase por ella. Puede encerrar sus heredades con paredes, fosos ó cercos, sujetándose á los reglamentos policiales. (Concuerda con los arts. 2470—2510—2511—2513—2517—2629—Véase 2627—2647 y siguientes—3068—3077—3079.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4216, inc. 3, 4221, 4222 y 4226—Las concordancias al art. 2470—Fallos del Juez doctor Molina Arrotea, tom. 3. p. 83—Aubry y Rau, § 191. n.º 3—Pothier, Propiedad, n.º 6, V.

**De escluir á terceros del uso ó goce, ó disposición:**  
Esta facultad la tiene aunque el uso que otro haga de su cosa no le impida usarla él también.

**2517**—Poniéndose alguna cosa en terreno ó predio ajeno, el dueño de éste tiene derecho para removerla sin previo aviso, si no hubiese prestado su consentimiento. Si hubiese prestado consentimiento para

un fin determinado, no tendrá derecho para removerla antes de llenado el fin. (Concuerda con los arts. 2516—2585.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4223.

**Antes de llenado el fin:** Por ejemplo, si ha consentido que se pongan en su terreno materiales con que se está construyendo una obra, no podrá removerlos el dueño del terreno hasta que no se concluya ésta; pero si se interrumpe indefinidamente tendrá derecho á que el Juez fije un plazo dentro del cual deben sacarse.

El mismo procedimiento deberá observarse cuando el consentimiento ha sido dado sin un fin determinado ó sin plazo; el dueño del terreno puede pedir su remocion dentro del término que el Juez fije.

Todo esto sin perjuicio de lo que se dispone sobre el arrendamiento, con ó sin plazo fijo.

**2518**—La propiedad del suelo se estiende á toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño esclusivo del espacio aéreo; puede estender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas ú otras ventajas; y puede tambien demandar la demolicion de las obras del vecino que á cualquiera altura avancen sobre ese espacio. (Concuerda con los arts. 939—1071—2342, inc. 2—2498—2499—2513—2514—2522—2550 á 2566—2617—2658—2659.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 552 y 672)—Freytas, 4227, 4228, inc. 3—Mourlon, tom. 1, n° 1457—Laurent, tom. 6, n° 245.

**Demandar la demolicion de las obras:** Esta demanda podrá entablarla valiéndose de la accion posesoria de denuncia de obra nueva.

**2519**—Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie ó en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que á él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos. (Concuerda con los arts. 2331—2403—2405—2520—2718—2719—2745—3011.)



## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 553, y sobre él, Marcadé—Italiano, art. 448—Demolombe, tom. 9, n° 687, bis.—Aubry y Rau, § 192—Zacharie, § 197)—Nota del codificador al art. 2288—Leon Wodon, n° 296—Véase nuestro comentario al art. 2521.

Es necesario tener presente que los casos legislados en este art. no se consideran como gestion de negocios ajenos. (Nota del codificador al art. 2288).

**Se presumen hechos por el propietario del terreno:**

Supóngase que se pruebe que no son hechos por el dueño del terreno ¿se seguirá de aquí que pertenecen al ejecutor? En principio general no; esa prueba serviría únicamente para establecer una obligación por parte del dueño del terreno, pero no para probar la propiedad de ellas. Esas obligaciones serán regidas ó determinadas por lo dispuesto en los arts. 2588 y siguientes, salvo lo dispuesto respecto á la locacion.

¿Qué importa, dice Laurent, tom. 6, n° 253, que el tercero pruebe que ha construido en terreno de otro con dinero propio? Esto no le da ningun derecho sobre el terreno ni sobre el edificio (véase nuestro art. 2588), pues en principio el edificio y el terreno sobre el cual es construido se confunden y pertenecen á un solo propietario (véase la nota de nuestro codificador al art. 2503, al hablar de la supresion del derecho de superficie), en virtud del principio de accesion, por el cual la propiedad del suelo importa la propiedad de lo en él edificado". (Goyena, comentario á su art. 402).

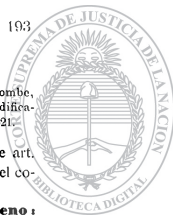
**Cualquiera que sea el valor de los trabajos:** La razon de esto véase en el comentario al art. 2521, hácia el fin.

**2520**—La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural ó artificialmente unidos. (Concuerda con los arts. 1426—2328 2331 y siguientes—2403—2405—2519—2521—2522—2571—3761—3762—3763.

## CONCORDANCIAS

(Zacharie, § 274)—Cód. Frances, 516—Aubry y Rau, § 192, n° 2—Laurent, tom. 6, núms. 182 y siguientes—Nota del codificador al art. 3762.

**Comprende simultáneamente la de los accesorios:** Esto no es mas que una aplicacion del principio universalmente aceptado de que lo accesorio sigue á lo principal; regla que está sujeta á las modificaciones espresas que el legislador ha tenido por mejor





introducir. Esta presuncion, por otra parte, admite prueba en contra, la que puede ser dada por testigos, como lo declara la última parte del art. anterior, del cual éste es una aplicacion.

La prueba en tal caso deberá recaer sobre el origen mismo de la union de lo accesorio con lo principal, y no sobre una propiedad adquirida por prescripcion, porque, como dicen Aubry y Rau, § citado, nota 5, tal posesion tiene que haber sido precaria desde que la posesion de lo principal ha tenido ese carácter; si no se ha podido adquirir lo principal, tampoco ha podido adquirirse lo accesorio. (Véase art. 2521.)

Debe tenerse presente que el principio se encuentra modificado y legislado de un modo especial cuando se trata cosas accesorias puestas por los poseedores precarios, tales como los arrendatarios, usufructuarios, etc., etc. Téngase tambien presente la nota del codificador al art. 2316.

**2521**—La propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo, que se encuentran sobre el terreno, no causa la presuncion de la propiedad del terreno; ni la propiedad de obras bajo el suelo, como una cantera, bodega, etc., tampoco crea en favor del propietario de ellas una presuncion de la propiedad del suelo. (Concuerda con los arts. 2518—2519.)

#### CONCORDANCIAS

(Zacharie, § 277, nota 3—Aubry y Rau, § 192—Véanse los arts. 546, 552 y siguientes del Cód. Frances)—Demolombe, tom. 12, núms. 592 y 593.

**Una presuncion de la propiedad del suelo.** Por el contrario, al propietario del terreno es al que se le supone propietario de lo edificado en él. El dueño de la obra que tiene la posesion del terreno y que reconoce en otro la propiedad tendrá que probar que lo edificado le pertenece; la presuncion está en este caso á favor del dueño del suelo (arts. 2352 y 2519); solo se admitirá prueba cuando esa propiedad no viene á constituir un derecho real de los no enumerados en el art. 2503, porque, fuera de esos derechos reales no pueden constituirse otros (art. 2502, y nota del codificador al 2503). Si su posesion no es precaria, sino á título de dueño, la posesion del suelo hace presumir que es dueño de la obra, como se presume que lo es del terreno (art. 2351 y 2366).

El poseedor del suelo que se dice propietario de lo en él construido no puede alegar ninguna clase de prescripcion sobre la obra si reconoce en otro la propiedad del suelo, porque, como hemos di-



cho ántes, el poseedor precario no puede prescribir (nota del codificador al art. 4016).

Pero el poseedor de esas bodegas, canteras, etc., etc., puede entablar acciones posesorias aun contra el mismo propietario (Laurent, tom. 6, nº 102).

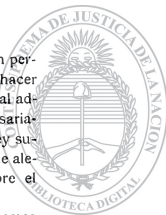
Es menester hacer una distincion entre los trabajos que están bajo el suelo, que no son túneles ó conductores de agua, gas, etc., etc., ó que descansan sobre el suelo, y los que solo ocupan el espacio aéreo descansando en otro terreno. La presuncion de propiedad de los primeros es en favor del dueño del terreno en que están, al paso que las de estas últimas no se supone que son del dueño del espacio aéreo que ocupan, sino del dueño del terreno en que descansan (art. 2519, que solo habla de construcciones hechas en la superficie del suelo ó en el interior del terreno y no de las que avanzan sobre el espacio aéreo de otra propiedad), pues se consideran unidas y como formando una misma cosa con su planta, de la cual son una dependencia (art. 2520).

La simple tolerancia del dueño del terreno para que se ocupe ese espacio, lo cual puede hacer cesar, como lo veremos mas adelante, no puede causar ni en favor del propietario del suelo una presuncion de propiedad de esa construccion, de un balcon, por ejemplo, que avance sobre la línea perpendicular al límite de la propiedad vecina, ni en favor del dueño del balcon respecto á la propiedad del suelo frente al cuál se estiende, como piensa infundadamente Proudhon (*Dominio de propiedad*, nº 690 y 692).

**Como una cantera, una bodega:** Es necesario tener presente que por nuestras leyes no pueden crearse otros derechos reales que los enumerados en el art. 2503 (art. 2502, notas del codificador á dicho art, y al 2503); por consiguiente, cuando se habla de propiedad de esos trabajos que no pertenecen al dueño del suelo, se refiere á los derechos personales de las partes, es decir, á la obligacion por parte del uno á tolerar el uso y goce de esas construcciones por un tiempo determinado, pero no á desmembraciones del derecho de propiedad de partes inseparables y que no importen una copropiedad, salvo lo dispuesto respecto de las servidumbres.

Así, un individuo no puede ser propietario de una bodega ó sótano, y otro de la superficie del suelo, porque el primero no ha podido crear el derecho real del segundo. (Nota del codificador á los arts. 2502 y 2503.) En consecuencia, si un tercero adquiere el inmueble





del dueño del suelo, el que poseía el sótano tendrá una acción personal contra el vendedor, pero no un derecho real que pueda hacer valer contra el comprador para que le deje libre el sótano; al adquirir el suelo de su legítimo propietario ha adquirido necesariamente la construcción que en él se encuentra, de la cual la ley supone que es propietario el tradente (art. 2519). Tampoco puede alegar, como se ve por este art., presunción de propiedad sobre el suelo por haber construido con su dinero la bodega.

Lo que queda después de la venta es únicamente, como hemos dicho antes, una acción personal contra el vendedor nacido de las obligaciones de éste por el hecho de la construcción.

Hé aquí por qué el art. 2519 permite toda clase de prueba en los casos allí legislados. Esa prueba á que dicha disposición se refiere respecto á la construcción hecha por terceros, es puramente sobre un *hecho* y no sobre un acto jurídico que legalmente no ha podido tener lugar, y que si hubiera podido llevarse á cabo, la prueba sería con arreglo al medio de probar los actos jurídicos y especialmente la constitución de derechos reales, y no como lo es, con arreglo á lo dispuesto para la prueba de los hechos.

Lo que se constata es el hecho de la construcción, y no el acto jurídico, de traspaso de un derecho real en el sótano, por ejemplo, que no ha podido tener lugar por estar, como se ha visto antes, prohibida la constitución de otros derechos reales que los enumerados en el art. 2503. (Véase Aubry y Rau, § 192, nota 4.)

1º Respecto á la propiedad del suelo de donde brotan las aguas pertenecientes á otro véase lo dicho en el comentario al art. 2522.

**2522**—La propiedad de una cosa comprende virtualmente la de los objetos que es susceptible de producir, sea espontáneamente, sea con la ayuda del trabajo del hombre; como también de los emolumentos pecuniarios que pueden obtenerse de ella, salvo el caso que un tercero tenga el derecho de gozar de la cosa, y la escepcion relativa del poseedor de buena fe. Concuerda con los arts. 2328—2329—2330—2331—y, siguientes—2342, inc. 2—2423—2444—2513—2518—2637—2807.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 547)—Aubry y Rau, § 192, n° 2—Freytas, 4216, inc. 2—Cód. de Chile, 646 y 649—Lehr, Derecho Inglés, n° 211 y siguientes—Id. Derecho Germánico, n° 57.



**Los objetos que es susceptible de producir:** Es decir, es dueño de sus producciones; consecuencia de esto son los arts. 2350 y 2637 que declaran pertenecer al dueño del terreno las aguas que nacen dentro de su heredad.

Supóngase que el dueño del agua es uno y otro el dueño de la heredad donde nace, ¿á quién se supone que pertenece el terreno donde nacen las vertientes? Mientras permanezcan las vertientes es indudable que el terreno debe pertenecer al dueño de ellas si no consta que al concederse el derecho al agua que mana, el cedente se reservó la propiedad del terreno ocupado por los ojos de agua.

El dueño de estos últimos puede, en consecuencia, hacer todos los trabajos que sea necesario para su aumento ó conservación, como es el limpiarlos, cercarlos, etc., etc. No se concibe la propiedad del agua sin el dominio absoluto del terreno ocupado por las vertientes para tomar en él todas las medidas conducentes á conservarlas, y que son indispensables especialmente cuando se trata de ciénegas que abarcan una estension de terreno.

**Salvo el caso que un tercero tenga derecho de gozar de la cosa:** Se refiere aquí al usufructo, derecho de uso y habitación, anticresis, etc., etc., pero los derechos del usufructuario, usuario, arrendatario, etc., etc., no vienen á constituir propiamente escepciones al principio de que el propietario es dueño de los frutos de su cosa puesto que esos terceros hacen la percepción como representantes del dueño y en virtud de contratos concluidos con él; en tal caso lo que el propietario percibe por el goce que otro hace de su cosa, representa los frutos de la misma. (Mourlon, tom. 1, nº 1444.) Estando abolido por nuestras leyes los censos perpetuos, derechos de superficie, de enfitéusis, que era lo que constituía la escepcion al derecho del propietario respecto á los frutos, entre nosotros solo pueden considerarse como escepciones al principio general los derechos acordados al poseedor de buena fe, que sin ser propietario percibe los frutos, y los derechos acordados por la ley al Estado sobre las minas, sustancias fósiles, etc., art. 2342, inc. 2. (De acuerdo Segovia, notas 35 y 36.)

**2523**—Cualquiera que reclame un derecho sobre la cosa de otro, debe probar su pretension, y hasta que no se dé esa prueba, el propietario tiene la presuncion de que su derecho es exclusivo é ilimitado. Concuerda con los arts. 2505 -2507-2508-2798 -2805-3011-3044.



## CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 276) —Freytas, 4073—Aubry y Rau, § 199, nota 3.

**Debe probar su pretension :** Esta prueba deberá hacerse con arreglo á los principios generales establecidos para probar los hechos, ó los contratos, segun sea el origen del derecho que se alega, y segun sea tambien la clase de derecho, real ó personal (art. 950—1180—1184 y siguientes—2519, etc., etc.)

**2521**—El dominio se adquiere :

1º Por la apropiacion; (Concuerta con los arts. 2525—2527—2540—2545.)

2º Por la especificacion; (Concuerta con los arts. 2451—2567.)

3º Por la accesion; (Concuerta con los arts. 2571 y siguientes.)

4º Por la tradicion; (Concuerta con los arts. 577—1457—2377—2378 y siguientes—2388 á 2391—3265.)

5º Por la percepcion de los frutos; (Concuerta con los arts. 2123 á 2426.)

6º Por la sucesion en los derechos del propietario; (Concuerta con los arts. 3265—3412 y siguientes.)

7º Por la prescripcion. (Concuerta con los arts. 3947 y siguientes.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4074 y 4078—Cód. de Chile, 588—Pothier, Propiedad, n° 19—Aubry y Rau, § 200, *bis*

La aplicacion práctica de los distintos modos de adquirir el dominio enumerados en este art., los encontrará el lector en el comentario á los concordantes citados.

## CAPITULO I

## De la apropiacion

**2525**—La aprehension de las cosas muebles sin dueño, ó abandonadas por el dueño, hecha por persona capaz de adquirir con el ánimo de apropiárselas, es un título para adquirir el dominio de ellas. (Concuerta con los arts. 2375—2392—2447—2454—2515, última parte—2524, inc. 1—2527—2529—2530—2607—2608.)

## CONCORDANCIAS

(LL. 5 y 49, Tit. 28, Part. 3ª—Instituta, Lib. 2, Tit. 1, § 46—Pothier, Propiedad, n° 20) —Freytas, 4082, inc. 4, 4083, inc. 1º—Cód. de Chile, 624, § 3.



**Capaz de adquirir:** El incapaz que con arreglo al art. 2302 puede adquirir la posesion, puede adquirir tambien por la apropiacion las cosas sin dueño ó abandonadas. Así como para adquirir la posesion no se necesita mas que tener voluntad propia, tambien para tomar una cosa y adquirir el dominio de ella, sin quedar á nada obligado, es suficiente la voluntad. Basta, pues, que sea capaz de tener voluntad para que pueda adquirir por simple aprehension (Freytas 4084).

Equiparar la ocupacion á la posesion respecto á la capacidad para adquirir una y otra no es co.fundirlas en sus efectos.

1º Es menester que el que abandona una cosa tenga capacidad para ello (art. 2454); de lo contrario, el ocupante no la adquiere; y deberá en tal caso aplicarse los principios establecidos respecto á las cosas perdidas.

**2526**—Son cosas abandonadas por el dueño aquellas de cuya posesion se desprende materialmente, con la mira de no continuar en el dominio de ellas. (Concuerda con los arts. 877 á 879—2454—2510—2530—2607—2608.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 40, Tit. 28, Part. 3ª—LL. 1 y 2, Dig., *pro de relict.*—Aubry y Rau, § 168 nota 2, 6, de la 4ª edicion)—Aubry y Rau, § 168. nota 6—Cód. de Chile, 624 2ª parte—Cód. Oriental, art. 631.

**Se desprende materialmente:** El no uso de ella no basta para hacer perder el dominio (art. 2510).

**Con la mira de no continuar:** Constatado esto, el primitivo dueño ya no podrá recuperarla del ocupante (art. 2607). Téngase presente lo dispuesto en el art. 2530.

**2527**—Son susceptibles de apropiacion por la ocupacion, los animales de caza, los peces de los mares y rios y de los lagos navegables; las cosas que se hallen en el fondo de los mares ó rios, como las conchas, corales, etc., y otras sustancias que el mar ó los rios arrojan, siempre que no presenten señales de un dominio anterior; el dinero y cualesquiera otros objetos voluntariamente abandonados por sus dueños para que se los apropie el primer ocupante, los animales bravios ó salvajes y los domesticados que recuperen su antigua libertad. (Concuerda con los arts. 254—2343—2375—2524, inc. 1—2525—2542—2547—2548—2549—2565.)



## CONCORDANCIAS

(L. 5, Tit. 28, Part. 3.—Pothier, *De la propiedad*, núms. 58 y siguientes—Zachariæ, § 291—Toullier, tom. 4, núms. 37 y siguientes)—Freytas, 4085—Aubry y Rau, § 201—Cód. de Chile, 606 á 608.

**Los animales de caza:** Se entiende por tales los que viviendo naturalmente libres é independientes del hombre, recibían la denominación de bravíos ó salvajes. (Véase Cód. de Chile, art. 608.)

**Y de los ríos:** Navegables (art. 2343, inc. 1). En vez de decir este art.: los peces de los mares y ríos y de los lagos navegables, debió decir como el inciso citado: *de los ríos y lagos navegables*, que es como debe comprenderse.

**Los animales bravíos y salvajes:** Creemos, con Segovia, nota 46, innecesaria esta especificación, puesto que bajo la *denominación de animales de caza*, que se hace al principio del art. quedan comprendidos los bravíos ó salvajes, como lo es para el Cód. de Chile, lugar citado.

**Domesticados:** Son tales, dice el Cód. de Chile, lugar citado, los que sin embargo de ser bravíos por su naturaleza se han acostumbrado á la domesticidad y reconocen en cierto modo el imperio del hombre.

En el presente título se verán las restricciones á que está sujeta la apropiación de las cosas enumeradas en este art., el cual no es es-  
ciuyente.

~~2528~~—No son susceptibles de apropiación las cosas inmuebles, los animales domésticos ó domesticados, aunque huyan y se acojan en predios ajenos, las cosas perdidas, lo que sin la voluntad de los dueños cae al mar ó á los ríos, ni las que se arrojan para salvar las embarcaciones, ni los despojos de los naufragios. (Concuerda con los arts. 2342, incs. 1 y 5—2450—2510—2527—2532—2534—2539, última parte—2592—2605.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4086—Código de Chile, 608—LL. 17. 19. 21 y 22, tit. 28, Part. 3°.

**Las cosas inmuebles:** Por pertenecer las que no tienen dueño al Estado general ó á los Estados particulares, según la jurisdicción en que estén (art. 2342, inc. 1°).

**Domésticos ó domesticados:** Salvo las modificaciones de los concordantes citados.

**2529**—Si las cosas abandonadas por sus dueños lo fueren para ciertas personas, esas personas únicamente tendrán derecho para apropiárselas. Si otras las toman, el dueño que las abandonó tendrá derecho para reivindicarlas ó para exigir su valor.

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4128.

**Lo fueren para ciertas personas**: ¿Qué deberá resolverse en caso de duda sobre si ha sido abandonada para ciertas personas ó para el primer ocupante? Pensamos que debe creerse esto último, salvo la prueba contraria del que la abandonó.

El principio general es que las cosas abandonadas son del primer ocupante, y de ese principio general es una escepcion el art. que estudiamos; y como el que alega en su favor una escepcion por encontrarse en las circunstancias especiales señaladas por la misma, debe probarlo, tenemos que el que alega que el abandono ha sido para determinada persona debe producir la prueba, como debe probar el ocupante que la cosa ha sido abandonada (art. 2530).

1º Si la cosa ha sido recogida por un ocupante de buena fe deberán pagársele los gastos de conservacion, como en el caso del art. 2535.

**El dueño que las abandonó**: Ó aquel para quien se abandonó.

**Para reivindicarlas**: Si esto no es posible por haber pasado á poseedores de buena fe, podrá cobrarse el valor recibido por ellas; y si no pueden reivindicarse por no poderse constatar su identidad se pagará solamente su valor; lo mismo será en caso de haberse consumido.

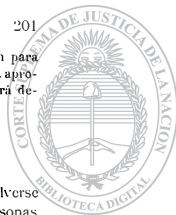
Pero si se ha perdido por caso fortuito ó sin culpa del poseedor, se estará á lo dispuesto respecto á las "*Obligaciones de dar*".

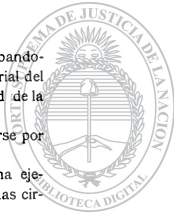
2º Si el que recoge la cosa procede de mala fe conociendo que ésta es abandonada para determinada persona, será responsable por accion de hurto, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2539.

**2530**—En caso de duda no se presume que la cosa ha sido abandonada por su dueño, sino que ha sido perdida, si es cosa de algun valor. (Véase arts. 874—2445, 2ª parte.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4129 Leon Wodon, n.º 280.





**No se presume:** Nunca se presume que una cosa es abandonada por su dueño; es necesario una prueba del hecho material del abandono para que el primer ocupante adquiera la propiedad de la cosa por solo su ocupacion.

Si ese hecho material no se constata, lo cual puede hacerse por toda clase de pruebas, la cosa deberá volver á su dueño.

Probado el hecho del abandono, la intencion con que se ha ejecutado la deducirá el Juez de los hechos realizados y de las circunstancias especiales en cada caso.

Por ejemplo, si un guiador de ganado deja un animal muerto en el camino, y se constata que el dueño ó el encargado del ganado vió cuando quedó, la presuncion es que la intencion del dueño no era aprovechar su carne ó su piel, sino que lo dejó para el primer ocupante; hay aquí una voluntad manifiesta que no tiene otra explicacion.

Si lo deja por enfermo, se supone que lo dejó con intencion de recuperarlo alguna vez.

**2531**—El que hallare una cosa perdida, no está obligado á tomarla; pero si lo hiciere, carga mientras la tuviere en su poder, con las obligaciones del depositario que recibe una recompensa por sus cuidados. (Concuerda con los arts. 2202—2204 y sus concordantes—2461—2463—2586.)

#### CONCORDANCIAS

Las del art. 2588.

**Con la obligacion del depositario:** Pero no siendo este depósito materia de una convencion previa, el que tomó la cosa puede renunciar á la guarda en los términos del art. 2184.

**2532**—Si el que halla la cosa conoce ó hubiese podido conocer quien era el dueño, debe inmediatamente darle noticia de ella; y si no lo hiciere, no tiene derecho á ninguna recompensa, aunque hubiese sido ofrecida por el propietario, ni á ninguna compensacion por su trabajo, ni por los costos que hubiese hecho. (Concuerda con los arts. 2440—2528—2533—2534—2536—2539.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 631. Ley 4. Tit. 22. Lib. 10. *Nor. Rec.*—Cód. de California, 825—Lehr, Derecho Germánico. n.º 75.



**O hubiere podido conocer:** Esta es una cuestion que el Juez resolverá segun las circunstancias, apreciando la buena ó mala fe del hallador segun las condiciones especiales en que se haya encontrado, y el lugar del hallazgo, las que servirán para determinar si ha podido ó no, segun ellas, suponer quién era el dueño ó de quién podía averiguarlo.

**Ni por los gastos que hubiese hecho:** Se refiere á los gastos para tomar y entregar la cosa.

¿Tendrá derecho á cobrar los gastos necesarios? Es indudable que sí. La posesion del que hurta una cosa se le llama viciosa (art. 2364). Segun el art. 2436 combinado con el 2440, el poseedor vicioso no tiene derecho de retencion por los gastos necesarios, pero sí á cobrarlos como implícitamente disponen esos arts. negando el derecho de retencion [nota del doctor Segovia (162), al art. 2442 de su edicion]. El caso legislado en el art. que estudiamos es calificado por el art. 2539 como de hurto; por consiguiente, le es aplicable lo dicho sobre la posesion viciosa.

Le es aplicable, no solo respecto á esto, sino tambien respecto á la pérdida de la cosa por caso fortuito (art. 2436 y sus concordantes).

**2533**—El que hubiese hallado una cosa perdida, tiene derecho á ser pagado de los gastos hechos en ella, y á una recompensa por el hallazgo. El propietario de la cosa puede exonerarse de todo reclamo cediéndola al que la halló. (Concuerda con los arts. 1956—2306—2422—2428—2466 y sus concordantes—2535—2536—3939—3940.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 630 y 632.

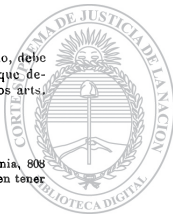
#### **Tiene derecho á ser pagado de los gastos hechos en ella;**

Si ha cumplido con el deber de denunciar el hallazgo al dueño ó á la autoridad competente, es decir, si no se encuentra en las condiciones de que habla el art. 2532, creemos que tendrá derecho de retencion por los gastos hechos, con arreglo á lo dispuesto en principio general por el art. 2466 y explicado en el último párrafo de la nota del codificador al art. 3940.

Respecto á la clasificacion de los gastos en necesarios, útiles ó voluntarios, se estará á lo dispuesto respecto al poseedor de buena fe.

Téngase presente, respecto á la buena ó mala fe del hallador, lo dispuesto en el art. 2770.





**2531**—Si el que hallare la cosa no supiese quién era el dueño, debe entregarla al Juez mas inmediato, ó á la policía del lugar, los que deberán poner avisos de treinta en treinta dias. (Concuerda con los arts. 2343—2528—2532—2535.)

## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 629—Lehr, Derecho Germánico, n° 75—Cód. de California, 808—Los arts. 809 á 813, del mismo Cód. determinan el tiempo que deben tener los avisos segun sea el valor de la cosa hallada

**2535**—Si en el término de seis meses desde el último aviso, no se presentare persona que justifique su dominio, se venderá la especie en pública subasta, y deduciéndose del producto los gastos de la aprehension, de la conservacion, y la recompensa debida al que la hubiese hallado, el remanente corresponde á la municipalidad del lugar en que se halló la cosa. (Concuerda con los arts. 2533—2536—2537.)

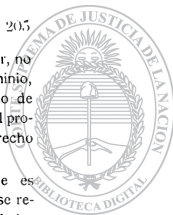
## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 630—L. 4. Tit. 22, Lib. 10, Nov. Rec.

**Y la recompensa debida al que la hubiere hallado:**

El Cód. de Chile fija esta recompensa en la mitad del producto líquido (art. 630). Las leyes españolas lo mismo; por el Cód. de California (art. 818) se fija en una cuarta parte para el hallador, y el resto para los establecimientos de beneficencia; segun las ordenanzas francesas, corresponde la tercera parte. Parece que entre nosotros debe aplicarse, en falta de una disposicion espresa que sirva de guia al Juez para la regulacion que debe hacer con arreglo al art. 2536, lo dispuesto para el que encuentra un tesoro escondido; es decir, la mitad del producto líquido (art. 2556). Pero esto solo será aplicable cuando el hallazgo se divide entre el hallador y la municipalidad, y no cuando se trata de devolver al mismo dueño la cosa hallada.

En este caso la recompensa será proporcionada al valor de la cosa de que se trata y á las circunstancias especiales que hayan mediado, tales como la probabilidad que el dueño tenía de encontrarla; no sería justo que la division se hiciere por mitad. En el primer caso se trata de adjudicar la propiedad de una cosa que la ley considera *res nullius* en que si el primer ocupante no tiene un derecho esclusivo, por lo ménos debe ser igual al que la ley atribuye á la municipalidad local. En el segundo, por el contrario, se trata de una cosa con dueño conocido, y que como tal su dominio es es-



clusivo; únicamente que la ley le da una participacion al hallador, no á título de propietario, puesto que no puede serlo porque el dominio, como decimos, de una cosa es esclusivo (art. 2508), sino á título de simple recompensa por el servicio que con el hallazgo presta al propietario. Á este título el hallador no puede pretender un derecho igual al del dueño de la cosa hallada.

**Corresponde á la municipalidad del lugar:** Aunque es dudosa la constitucionalidad de esta parte del art., en lo que se refiere á territorios que no son nacionales, en la mayor parte de las provincias se observa; en las que no, el valor de las cosas halladas ó de los animales mostrencos, ó que no tienen dueño conocido, ingresan al tesoro del Estado; en otras, es el gobierno el que reglamenta de antemano el destino de esos productos, ya dedicándolos á caminos, ó á obras de beneficencia, con prescindencia absoluta de la municipalidad del lugar donde la cosa se halla.

Mientras el Juez competente no declare constitucional ó no esta disposicion deberá observarse estrictamente, y las Municipalidades obrar en este sentido sin tomar en cuenta los reglamentos especiales que dicta cada gobierno, disponiendo lo contrario de lo que manda el artículo. Son las Municipalidades las que deben disponer á su arbitrio del destino que debe darse al valor del remate de las cosas que no tienen dueño conocido.

Para el caso en que el que halló la cosa no la hubiese entregado á la autoridad competente y la hubiere enajenado véase lo dicho en el art. 2539.

**2536**—Si apareciese el dueño ántes de subastada la especie, le será restituida pagando los gastos, y lo que á título de recompensa adjudicare el Juez al que halló la cosa. Si el dueño hubiese ofrecido recompensa por el hallazgo, el que la halló puede elegir entre el premio del hallazgo que el Juez regulase, y la recompensa ofrecida. (Concuerda con los arts. 2343, inc. 5—2532—2533.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 632.

**2537**—Subastada la cosa, queda irrevocablemente perdida para el dueño si no prefiere pagar todos los gastos y el importe del remate, si hubiese sido ya pagado. (Concuerda con los arts. 2412—2422—2535—2765—2768.)



## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 683—Aubry y Rau, § 183, notas 5, 14 y 15—Cód. Frances, 2280.

**Si no prefiere pagar todos los gastos:** Es decir, que puede reivindicarla del tercero poseedor. Este art. viene en cierto modo á ampliar lo dispuesto en el 2765. (Véase tambien el 2768.)

Pensamos con el doctor Segovia, nota 58, que habria sido preferible no dar derecho al dueño á recuperar la cosa despues de su bastada, por los inconvenientes que esto trae. Debió limitarse á darle derecho sobre el precio del remate (art. 2538).

**2538**—Si la cosa fuese corruptible, ó su custodia ó conservacion dispendiosa, podrá anticiparse la subasta, y el dueño, presentándose ántes de espirar los seis meses del último aviso, tendrá derecho al precio, deducidos los gastos y el premio del hallazgo. (Véase art. anterior y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

(Arts. desde el 26 hasta el 33, Cód. de Nueva York, §§ 938 y siguientes—Cód. de Chile, arts. 629 y siguientes—L. 6, Tit. 22, Lib. 10, Nov. Rec.)

**Tendrá derecho al precio:** Pasados los seis meses pierde el derecho al precio, y solo podrá recuperar su cosa; deberá pagar el importe del remate, como queda dispuesto en el art. anterior.

**2539**—Comete hurto el que se apropiare las cosas que hallare, y no procediese segun las disposiciones de los artículos anteriores; y tambien el que se apropiare los despojos de los naufragios y de las cosas echadas al mar ó á los rios para alijar los buques. (Concuerda con los arts. 2342, inc. 5—2343, inc. 5—2528—2532.)

## CONCORDANCIAS

(Chaveau Hélie, *Teoría del Código Penal*—Aubry y Rau, 201, nota 41)—Freytas, 4084—Cód. de Chile, 631—Id. de California. 825 y 826.

**De los artículos anteriores:** Es decir, segun los arts. 2532 y 2534. Dejando de cumplir con dichas disposiciones, no tendrá derecho á recompensa alguna (art. 2532); será responsable por los deterioros de la cosa y por los perjuicios como poseedor de mala fe. Si ha hecho gastos necesarios en la cosa no tendrá derecho

de retencion (art. 2440). Se aplicarán tambien los arts. 2435 y siguientes.

Respecto á los despojos de los naufragios y de las cosas echadas al mar se estará especialmente á lo que disponga el Cód. de Comercio.

**2540**—La caza es otra manera de apropiacion, cuando el animal bravo ó salvaje, viéndose en su libertad natural, fuese tomado muerto ó vivo por el cazador, ó hubiese caido en las trampas puestas por él. (Véase arts. 2527—2543—2544.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 617—L. 17, Tit. 18, Part. 3ª—Freytas, 4092—Aubry y Rau, § 201, letra a.—Cód. de California, 836—Lehr, Derecho Germánico, n° 78.

**Bravío ó salvaje:** Se comprende en éstos no solo los que nunca han tenido dueño sino tambien los domesticados que recobran su antigua libertad (art. 2527).

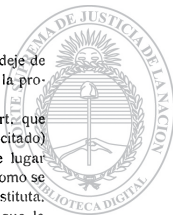
**2541**—Mientras el cazador fuese persiguiendo al animal que hirió, el que lo tomase deberá entregárselo. (Concuerda con el art. 2540.)

#### CONCORDANCIAS

(En contra, Instituta, Lib. 2, Tit. 1, § 13, y L. 21, Tit. 18, Part. 3ª—Freytas, 4093—Cód. de California, art. 838—Id. de Chile, 617—Id. de Portugal, 288—Aubry y Rau, § 201, nota 8.

**El que lo tomase deberá entregárselo:** Todos los Códigos y autores citados hacen diferencia entre el animal herido mortalmente y el que no, distincion racional que debe aceptarse por nuestro derecho. Así, por ejemplo, si un cazador ha herido levemente á un animal, aunque lo vaya persiguiendo no se puede decir que esto equivalga ya á su ocupacion, como cuando lo ha herido mortalmente. En este último caso, por lo mismo que es probable, ó casi segura su prehension material, la ley la da como hecha y hace adquirir al cazador su dominio. Pero cuando se ha herido solo levemente, puede decirse que el animal se encuentra en la misma libertad que ántes. Si en este estado otro le da caza no estará obligado á entregarlo al primer herido; se encuentra en las mismas condiciones del que lo va persiguiendo sin haberlo herido, puesto que en uno y otro caso se encuentra en la misma libertad. No es





la persecucion ni las heridas leves lo que hace que el animal deje de ser *res nullius*, sino su aprehension material ó por lo ménos la probabilidad de su ocupacion por haberlo herido mortalmente.

Tres teorías se sostienen sobre el punto legislado en el art. que estudiamos. Los que siguen el derecho romano (Instituta, § citado) sostienen que la ocupacion de los animales de caza no tiene lugar sino por la aprehension material. En esto está en contra, como se ve, nuestro art., y lo declara así el codificador al citar la Instituta. Otro sistema consiste en el estremo opuesto, sosteniéndose que la ocupacion se efectúa no solo por la ocupacion material sino por el solo hecho de perseguirlo aun sin herirlo; mientras dura esta persecucion nadie puede tomar el animal perseguido. Tambien este sistema está en contra de nuestro testo, que habla espresamente de animal herido. Un tercer sistema, que es un término medio entre los dos anteriores, es el adoptado por Aubry y Rau, siguiendo á Proudhon, y que es precisamente el que ha adoptado nuestro Cód. "La ocupacion, dicen, por un hecho de caza debe considerarse como realizada no solamente por la aprehension del animal de caza, sino tambien por la persecucion con tal que la bestia *esté mortalmente herida*, ó se encuentre en punto de ser forzada, de modo que su captura sea inminente y cierta".

1º Aunque el animal herido vaya á morir á terrenos de otro, el propietario de ellos no puede apropiárselo, pues debe considerarse que, con arreglo al art. que estudiamos, pertenece al heridor. (Cód. de Portugal, 389, de California, 838, Aubry y Rau, citado.)

**2512**—No se puede cazar sino en terrenos propios, ó en terrenos ajenos que no estén cercados, plantados ó cultivados, y segun los reglamentos de la policia. (Concuerda con los arts. 2516—2519.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 17, Tit. 28, Part. 3ª)—Freytas, 4094—Cód. de Chile, 609—De California, 834—De Portugal, 384—Aubry y Rau, § 201, notas 3 á 5—Lehr. Derecho Germánico, n.º 78—I. d. Derecho Inglés, n.º 617.

**Sino en terreno propio:** Si lo hace en terreno ajeno sin permiso del dueño, la caza pertenece al dueño del terreno con arreglo á los principios generales respecto de las cosas que se encuentren dentro de una heredad, y al art. 2543, que pudo formar la segunda parte del presente.

Respecto á las penas por la infraccion á los reglamentos policiales, las mismas leyes las enumeran.

**2543**—Los animales que se cazaren en terrenos ajenos, cercados, plantados ó cultivados, sin permiso del dueño, pertenecen al propietario del terreno, y el cazador está obligado á pagar el daño que hubiere causado. (Concuerda con los arts. 1109—1110—2542 y su comentario.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4097—Cód. de Chile, 610—De California, 894.

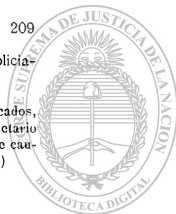
**Pertenecen al propietario del terreno**: Es una consecuencia de lo dicho en el art. anterior y su comentario. y sin perjuicio de lo espuesto en el comentario al 2542, sobre los animales heridos en terrenos propios, públicos ó sin cerco y que van á morir á otro terreno.

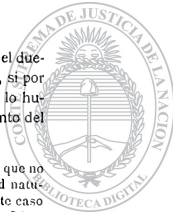
**2544**—Mientras el que tuviere un animal doméstico que recobre su libertad, lo fuese persiguiendo, nadie puede tomarlo ni cazarlo. (Concuerda con los arts. 2450—2457—2527, última parte—2528—2545—2592—2593.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4098—Cód. de Chile, 619—Aubry y Rau, § 201, nota 2—Lehr, Derecho Inglés, n° 616.

**Que recobre su libertad**: La ocupacion de los animales domesticados que recobran su libertad está autorizada por la última parte del art. 2527, y el art. 2528 viene en cierto modo á restringir los casos en que un animal domesticado debe considerarse que ha recuperado su libertad, sirviendo el presente de complemento; así, un animal domesticado que huyendo del lugar en que se tiene se acoje en predio ajeno, no puede ser tomado por el dueño del predio aunque en ese momento no lo persiga; en tal caso el primero deberá dar aviso al segundo para que lo recupere. Esto es lo que parece disponer el art. 2528. Si el propietario del animal no lo recupera conociendo su paradero, y toma el hábito de vivir en un predio ajeno, el dueño de éste adquiere su dominio (art. 2592) Si el animal es tomado en campo en que es lícito cazar, el dueño no podrá recuperarlo si en ese momento no lo perseguía; este es el alcance del art. que estudiamos.





Parece que cuando el animal es tomado por un tercero y el dueño iba en su persecución, deberá ser indemnizado el cazador, si por las circunstancias especiales se ve que el dueño difícilmente lo hubiera recuperado sin la intervención de este tercero (argumento del art. 2533).

**2545**—Las abejas que huyen de la colmena y posan en árbol que no sea del propietario de ella, entiéndese que vuelven a su libertad natural, si el dueño no fuese en seguimiento de ellas, y solo en este caso pertenecerán al que las tomare. (Concuerda con el art. 2343, inc. 2.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase Cód. de Chile, art. 620—Ley 22, Tit. 28, Part. 3°)—Freytas, 4090—Lehr, Derecho Inglés, n° 616—Cód. de California, 851.

**2546**—Si el enjambre posare en terreno ajeno, cercado ó cultivado, el dueño que lo persiguiese no podrá tomarlo sin consentimiento del propietario del terreno. (Véase art. anterior.)

#### CONCORDANCIAS

Las del art. anterior y Cód. de Guatemala, 556—Véase Cód. Italiano, 713.

**Sin consentimiento del dueño**: Quien solo podrá negar el permiso en caso de serle perjudicial el hecho de tomarlo, á ménos que se le pague el perjuicio. (Segovia, nota 5).

**2547**—La pesca es también otra manera de apropiación, cuando el pez fuere tomado por el pescador ó hubiere caído en sus redes. (Concuerda con los arts. 2343, inc. 1°—2527—2548—2549.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 17, Tit. 28, Part. 3°)—Freytas, 4099—Cód. de California, 847—De Chile, 611.

**2548**—Es libre pescar en aguas de uso público. Cada uno de los ribereños tiene el derecho de pescar por su lado hasta el medio del río ó del arroyo. (Concuerda con los arts. 2340—2341—2343, inc. 1°—2340—2350—2547.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4101 y 4102—Cód. de Chile, 611, 2° parte—Aubry y Rau, § 201, notas 9 y 10—Cód. de Guatemala, 547.

**En aguas de uso público**: Los incisos 1 á 5 del artículo



2340, determinan cuáles son esas aguas públicas, y los arts. 2350 y 2637 son ejemplos de aguas de propiedad particular.

Pensamos con el doctor Segovia que el que pesca en aguas que no son de uso público sin consentimiento del dueño tendrá la misma responsabilidad que el que caza en terrenos ajenos, cercados, plantados ó cultivados, impuesta por el art. 2543.

**2549**—Á mas de las disposiciones anteriores, el derecho de cazar y de pescar está sujeto á los reglamentos de las autoridades locales. (Concuerda con los arts. 2518 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 622—Aubry y Rau, § 201, nota 10—Cód. de Guatemala, 558.

**De las autoridades locales:** De los Estados particulares ó del Estado general; debia decir, puesto que la jurisdiccion del Estado general se estiende á todos los mares y rios navegables, aunque estén fuera del territorio que abarca su jurisdiccion, dentro de la República, y con respecto á los Estados particulares.

**2550**—El que hallare un tesoro oculto ó enterrado, en casa ó fundo propio, adquiere el dominio de él. (Concuerda con los arts. 2343, inc. 5—2403—2518—2520—2551—2553—2564—2565.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 43, Tit. 28, Part. 3.—Véase la L. 2, Tit. 12, Lib. 8, Rec. de Indias—Cód. Frances, art. 716—Zachariæ, § 291, n° 4)—Freytas, 4112, inc. 1°—Cód. de Chile, 626, última parte—De California, 854—De Guatemala, 563, 2ª parte—Italiano, 714, 1ª parte—Aubry y Rau, § 201, nota 26.

**Adquiere el dominio de él:** Es una consecuencia de lo dispuesto en los concordantes citados respecto á la estincion del derecho de propiedad. ¿Está obligado el que encuentra un tesoro á dar cuenta á la autoridad de su hallazgo, y procurar averiguar quién es el dueño, como en los casos de encontrarse una cosa perdida? La ley no dice nada al respecto cuando el que encuentra el tesoro es el propietario del fundo en que se ha encontrado.

Este silencio se explica perfectamente; las cosas perdidas que no constituyen lo que se llama un tesoro, no pueden ser apropiadas por el hallador, no le pertenecen (art. 2534 y sus concordantes), solo tiene derecho á una recompensa (art. 2533). Sucede lo mismo con el que encuentra un tesoro en fundo ajeno, la ley solo da derecho á





la mitad (art. 2556); por consiguiente, para cumplir con su mandato tiene necesariamente que dar aviso de su hallazgo, so pena de pagar intereses como indemnización por el tiempo que indebidamente ha retenido el tesoro, como todo deudor moroso, y también con arreglo á lo dispuesto para las cosas perdidas (art. 2539). La misma obligación tendrá respecto á los objetos de reciente origen (art. 2565).

Pero siendo el mismo dueño del terreno el que encuentra el tesoro, por lo mismo que desde el momento del hallazgo adquiere su dominio esclusivo, no tiene para qué dar pasos en el sentido de averiguar su origen, cuya propiedad queda perdida para el primitivo dueño. Esto sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 2553 y 2564. (Véase comentario al 2565).

De los Códigos que hemos tenido á la vista al estudiar esta disposicion solo en el de Portugal (arts. 422 y 423) encontramos disposiciones espresas que obliguen al que encuentra el tesoro á denunciar el hecho á la autoridad competente y dar los pasos necesarios para indagar el verdadero dueño.

La disposicion del Cód. de Portugal quizá es mas conforme á los principios de moral pura, pues que siendo indudable que el tesoro encontrado pertenece á alguien, otro que el actual dueño del terreno, el que lo encuentra debe, por un esquisito sentimiento de delicadeza hacer de su parte todo lo posible por dar conocimiento del hallazgo al verdadero dueño.

Pero ¿es digno de que la ley proteja los intereses de aquel que voluntariamente los abandona? El que oculta un tesoro, sin acordarse mas de sacarlo, y sin dejar señas para reconocer la propiedad (véase comentario al 2551), hace en cierto modo una renuncia en favor del que le sucede en el inmueble dentro del cual está el tesoro. Al transmitirse se transmite todo lo que en él pueda comprenderse. "La propiedad del tesoro, dice el doctor Segovia, nota 68, está como en potencia y virtualmente á la manera de los frutos á nacer, pues un tesoro es como un fruto del azar." (Véase nota del codificador al art. 2551.)

**2551**—Se entiende por tesoros todo objeto que no tiene dueño conocido, y que está oculto ó enterrado en un inmueble, sea de eracion antigua ó reciente, con escepcion de los objetos que se encuentren en los sepulcros, ó en los lugares públicos, destinados á la sepultura de los muertos. (Concuerda con los arts. 2343, inc. 5—2550—2553.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 45, Tit. 28, Part. 3<sup>a</sup>—Aubry y Rau, 201, notas 27 á 29—Duranton, tom. 4, n<sup>o</sup> 311—Proudhon, *Dominio privado*, n<sup>o</sup> 398—Zacharie, § 291, nota 7—Instituta, Lib. 2, Tit. 1<sup>o</sup>, § 39)—Freytas, 4106 y 4107—Cód. Frances, 717, § 3—De California, 865—De Guatemala, 562, 2<sup>a</sup> parte—De Chile, 623, 2<sup>a</sup> parte—Baudry-Lacantinerie, tom. 2, n<sup>o</sup> 11—Geyena, 395, § 4.

**Que no tienen dueño conocido:** Si existe algun indicio ó señal por la cual se pueda venir en conocimiento de quién es el dueño, debe el hallador dar aviso á éste ó á sus herederos. En tal caso el tesoro pertenece al que indica la señal ó á sus herederos. (Véase arts. 2564 y 2565, y á Pothier, Propiedad, n<sup>o</sup> 66.)

**Y que está oculto ó enterrado:** Estas palabras dan á entender que solo se consideran tesoros los objetos ocultos ó enterrados por el hombre, como medio de guardarlo y con intencion de que otro no los descubra.

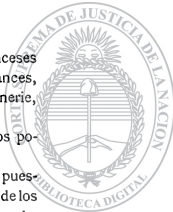
Por consiguiente, las cosas que se encuentran á la vista de todos, ó que no son puestas en determinado lugar por la mano del hombre, no constituyen un tesoro. Se considera que son perdidas si presentan signos de una posesion anterior; en tal caso se aplicará lo dispuesto en los arts. 2532, 2534 y sus concordantes. Si no presentan signos de un dominio anterior y son apropiables, como las conchas, aerolitos, etc., etc., se considerarán como *res nullius*, y como tal propiedad del primer ocupante.

No bastará que la cosa se encuentre enterrada para que se le califique de tesoro; es necesario que este entierro sea intencional. Así, por ejemplo, si por efecto del derrumbe de una casa han quedado enterrados algunos objetos que el dueño no ha podido dar con ellos, esos objetos no constituirán, segun las palabras que estudiamos, un tesoro que deba ser repartido entre el hallador y el dueño del terreno. Esto seria únicamente el hallazgo de una cosa perdida, que solo daría derecho á una compensacion regulada por el Juez, como queda dicho en el comentario al art. 2535.

Una veta de metal, aunque esté bajo tierra, no constituye un tesoro. Los restos de un animal, aunque sea de épocas remotas no constituye un tesoro.

El art. que estudiamos es bastante claro respecto á que es indispensable el hecho del hombre con mira de ocultar una cosa para que esta pueda constituir un tesoro cuya propiedad pertenece al descubridor, por entero ó por mitad segun sea ó no propietario de





suelo en que se encuentra. Así comprenden los autores franceses las palabras *cachée ou enfouie*, de que se vale el art. 716 frances, equivalentes á las que estudiamos. (Véase Baudry-Lacantinerie, citado, Aubry y Rau, y autores allí citados).

**Sea de creacion antigua ó reciente:** En ambos casos podrá probarse la propiedad del tesoro (arts. 2564 y 2565).

**Que se encuentren en los sepulcros:** Y que han sido puestos para formar parte de ellos, como un homenaje á la memoria de los muertos. Aquí, por lo mismo que el sepulcro es inviolable, los objetos que forman parte de ese depósito sagrado no son apropiables. Pero si los objetos han sido puestos allí únicamente para ocultarlos, por lo mismo que no forman parte del sepulcro, que solo ha sido elegido como lugar mas seguro, son apropiables. Esto será fácil conocer, ó por la clase de objetos, por la fecha, ó por los sepulcros donde se encuentren (Segovia, nota 73).

El objeto encontrado en sepulcro, aunque no sea lugar sagrado ó público, no es susceptible de apropiacion.

**Destinados á la sepultura:** Si el lugar en que se encuentra el tesoro no es destinado á sepulturas, aunque sea público, regirá lo dispuesto en el art. 2556.

En tal caso, al Estado corresponderá la mitad y la otra al descubridor.

El art. sólo exceptúa los objetos que se encuentran en lugares *públicos, destinados á la sepultura de los muertos*; luego, los que se encuentran en lugares públicos que no tienen tal destino, son apropiables.

**2552**--Es prohibido buscar tesoro en predios ajenos, sin licencia del dueño, ó del que lo represente, aunque los posea como simple tenedor; pero el que fuere coposeedor del predio, ó poseedor imperfecto, puede buscarlos, con tal que el predio sea restituido al estado en que se hallaba. (Concuerda con los arts. 2516—2556—2557—2558—2559—2561.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4109 y 4110—Cód. de California, 858 á 863—De Chile, 626, 2ª parte—De Portugal, 425 ly. 426—De Guatemala, 573—Aubry y Rau, § 201, texto y nota 33—Goyena, 895, al fin.

**Es prohibido buscar tesoro, etc., etc.:** Véase comentario al art. 2556.

**Como simple tenedor:** Véase art. 2462.



**Poseedor imperfecto :** Como el usuario, usufructuario, etc., etc. (art. 2558 y su comentario).

Téngase presente que en el art. que estudiamos se trata solo de la facultad de buscar tesoro en predio ajeno sin conocimiento del dueño, y no del que casualmente lo encuentra sin buscarlo; entónces rige lo dispuesto en el art. 2556, sin distincion de poseedor, tenedor ó tercero extraño. (Véase art. 2361.)

**2553**—Si alguno dijere que tiene un tesoro en predio ajeno, y quisiera buscarlo, puede hacerlo sin consentimiento del dueño del predio, designando el lugar en que se encuentra, y garantizando la indemnizacion de todo daño al propietario. (Véase arts. 2552—2564—2565.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase Ley 18, Tit. 18, Part. 3°)—Freytas, 4111—Cód. de Chile, 627—Id. de Guatemala, 564.

**Sin el consentimiento del dueño del predio:** No quiere esto decir que deba entrar sin dar aviso al dueño: porque entónces no tendrá ningun derecho á lo que encuentre (art. 2552, y comentario al 2556). El que crea tener un tesoro en predio ajeno deberá avisarlo al dueño del predio para que le permita buscarlo, y en caso de negativa el Juez competente autorizará la entrada aun contra la voluntad del dueño del predio; tal es el alcance de esta parte del artículo.

**Todo daño al propietario:** Ó al poseedor imperfecto, ó al arrendatario segun sea el que sufra el daño.

Esto será aplicable aun contra el mismo propietario, que quiere buscar un tesoro en predio arrendado ó dado en usufructo, anticresis, etc., etc.

El usufructuario ó arrendatario no podrán oponerse á que el propietario busque el tesoro; pero deberá indemnizarles los perjuicios que puedan sufrir en sus derechos. El Cód. de California (art. 864), es terminante en esto.

Así como los terceros dueños del tesoro puesto en predio ajeno no pueden hacer trabajar sin indemnizar los perjuicios al dueño del predio, es justo tambien que el mismo dueño no pueda, sin indemnizar, estorbar con trabajos para buscar el tesoro el ejercicio de derechos que está obligado á respetar.

**2551**—Reputase descubridor del tesoro al primero que lo haga vi-

sible, aunque sea en parte, y aunque no tome posesion de él ni reco-  
nozca que es un tesoro, y aunque haya otros que trabajen con él. (Con-  
cuerda con el art. 2555.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, 201, n° 3—Zachariæ, § 294, n° 4)—Freytas, 4104 y 4105, 1ª  
parte—Baudry-Lacantinerie, tom. 2, n° 12—Demolombe, tom. 13, n° 51.

**Aunque no tome posesion de él:** De modo que siendo uno  
el que lo haya puesto á la vista de los demás, y otro el que tome po-  
sesion material de él, el primero es el dueño; y no está obligado á  
hacer parte al segundo.

**Y aunque haya otros que trabajen con él:** Aunque el tra-  
bajo lo hagan en sociedad, ninguna participacion, dice Baudry-La-  
cantinerie, n° 13, deberá dar el descubridor á sus compañeros; ellos  
son asociados únicamente para cumplir con el trabajo y repartirse  
sus utilidades, pero no para dividirse del tesoro de cuya existencia  
no tenian idea, y que ha sido encontrado por uno solo de los aso-  
ciados.

**2555**—Si en el mismo lugar, ó inmediato á él, hubiese otro tesoro, el  
descubridor será el que primero lo hiciere visible. (Concuerda con el  
art. 2554.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4105, 3ª parte—Demolombe, tom. 13, n° 55.

El presente art. es una consecuencia de lo dispuesto en el ante-  
rior; el tesoro no se considera descubierto mientras no se hace  
visible; de nada sirve que se descubra uno si el otro es aun in-  
visible.

Esto no quiere decir que si un mismo tesoro se compone de varios  
objetos, no se considere descubridor de todos el que descubrió pri-  
meramente uno solo.

Nuestro art. se refiere á dos tesoros distintos; es decir, á dos gru-  
pos de objetos ó á dos objetos que no constituyan un solo depó-  
sito.

**2556**—El que halle un tesoro en prelio ageno, es dueño de la mitad  
de él. La otra mitad corresponde al propietario del predio. (Concuer-  
da con los arts. 2550—2559.)



## CONCORDANCIAS

(L. 45, Tit. 2, Part. 3º)—Cod. Frances, 716, 1ª parte—Freytas, 4124—Véase lo dicho en el 2559—Cód. de Chile, 626—De California, 855—De Guatemala, 562—De Italia, 714, 2ª parte—Pothier, Propiedad, n° 65—Aubry y Rau, § 201, notas 26, 32 y 33—Baudry-Lacantinerie, tom. 2, n° 14.

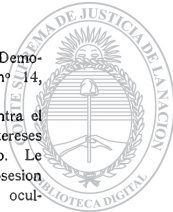
**Es dueño de la mitad:** Para que el descubridor del tesoro tenga derecho á esta mitad es necesario: 1º Que el descubrimiento sea obra de la casualidad (art. 2561). 2º Que si es el resultado de una investigacion hecha con este objeto, el hallador haya sido autorizado á verificarla (art. 2552).

En uno y otro caso la ley no hace distincion entre el tenedor, el poseedor ó el tercero que no es ni lo uno ni lo otro.

Respecto al poseedor no se debe tampoco hacer distincion, como hacen algunos autores franceses, entre el poseedor de buena y el de mala fe. La ley atribuye por mitad el tesoro entre el descubridor y el dueño del predio sin tomar en cuenta para nada la clase ó carácter de la posesion de este último. El tesoro no entra en la clase de frutos; por consiguiente, no se pueden aplicar á este respecto las obligaciones que sobre los frutos se imponen al poseedor de buena fe. Sobre todo, los arts. 2556 y 2559 no hacen distincion cuando el descubridor es un poseedor de buena ó de mala fe. La mitad atribuida al descubridor no es á título de poseedor, sino á título de descubridor; por consiguiente, el carácter de su posesion no puede influir para nada respecto á la mitad que le corresponde cuando es descubierto casualmente (comentario al 2561). Su obligacion será solo de volver la mitad al verdadero propietario que lo ha vencido en la propiedad, con los intereses correspondientes (nota del codificador al art. 2444). Por lo que respecta á la segunda condicion, si el tesoro ha sido buscado sin el consentimiento del dueño del predio, el descubridor no tendrá parte alguna en él, porque, como dice Pothier, siguiendo el derecho Romano, no puede reportar utilidad de un delito qué ha cometido por haber practicado escavaciones en campo ajeno sin el consentimiento del propietario. Esto es espreso en todos los Códigos citados y el nuestro, última parte del art. 2561. (Véase comentario al mismo.)

¿Qué sucederá si el descubridor del tesoro, lo oculta del dueño del predio? ¿Perderá por este hecho la mitad que le correspondía?





Pensamos con la mayoría de los autores franceses, que no. (Démolombe, tom. 13, nº 49—Baudry Lacantinerie, tom. 2, nº 14, etc., etc.)

El propietario tendrá en tal caso una acción de hurto contra el ocultador, semejante á la del art. 2539, y podrá cobrar los intereses como deudor moroso sobre el valor de la mitad del tesoro. Le serán aplicables también todas las consecuencias de la posesión de mala fe respecto á la pérdida ó deterioro del tesoro oculto.

Decimos que no perdería su mitad, porque esto sería una pena que para aplicarse necesita una sanción expresa del legislador, y no por simple interpretación.

No sucede así con los intereses, daños y perjuicios que en principio general la ley obliga á pagar á todo poseedor de mala fe.

1º Debe tenerse presente que lo que decimos respecto del descubridor de un tesoro que ha hecho excavaciones contra la voluntad del dueño del predio, está limitado á cuando tales trabajos hayan tenido por especial objeto buscar el tesoro; y no á cuando haciendo trabajos con otro objeto aun sin consentimiento del dueño, se encuentra un tesoro; entónces el descubrimiento es efecto de la casualidad y no de una violación á lo dispuesto en el art. 2552. (Véase art. 2563.) Viene á ser como si un poseedor de mala fe encontrase el tesoro: y ya hemos dicho que el poseedor de mala fe hace suya la mitad del tesoro encontrado por casualidad á título de descubridor.

**2557**—Si solo es coposeedor, hará suyo por mitad el tesoro que hallare, y la otra mitad se dividirá entre todos los coposeedores, según su porción en la posesión. (Véase art. 2560.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4112, inc. 2.

**Si solo es coposeedor**: Á título de propietario, ó lo que es lo mismo: copropietario.

Si fuese coposeedor á título precario el tesoro se dividirá entre el descubridor y el propietario, como en el caso de ser un tercero extraño el que lo descubre.

Si el poseedor ó coposeedor fué vencido en caso de reivindicación ó en juicio posesorio, quedará siempre con la parte que, á título

de descubridor le corresponde, volviendo solo la parte que como propietario presunto hubiese recibido.

**Y la otra mitad entre todos los coposeedores :** De modo que al coposeedor ó copropietario descubridor le corresponderá, á mas de la mitad como descubridor, otra parte proporcional al derecho que como copropietario le corresponde en el inmueble. (Véase Freytas, citado.)

**2558**—Si es poseedor imperfecto, como usufructuario, usuario, con derecho real de habitacion, ó acreedor anticresista, la mitad corresponderá al que hallare el tesoro, y la otra mitad al propietario. (Concuerda con los arts. 2550—2552—2566—2868.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4112, inc. 3—Cód. de California, 862 y 866—Cód. Frances, 598.

#### **Al que hallare el tesoro, y la otra mitad al propietario :**

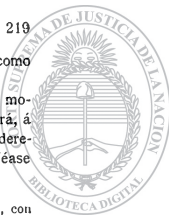
Por consiguiente el usuario, usufructuario, acreedor, anticresista, etc., etc., no tienen ningun derecho sobre el tesoro encontrado si no son ellos los descubridores; el derecho real que tienen sobre la cosa no va hasta darles participacion en el tesoro á título de usufructuario, usuario, etc., etc,

Se les considera, respecto á la propiedad del tesoro, como terceros estraños y solo tendrá la mitad el que lo descubra. (Véase art. 2868, y Segovia, nota 82.)

Debe, sin embargo, notarse una diferencia que la ley establece entre el simple tenedor ó el tercero estraño, y el poseedor imperfecto. Los primeros no tienen derecho á buscar tesoro en el predio ajeno sin consentimiento del dueño; y si contra esta prohibicion del art. 2552 hacen investigaciones y encuentran un tesoro ninguna participacion está obligado el propietario á darle en dicho hallazgo (comentario al art. 2556); este último tendrá derecho para apropiárselo todo. Mas si es poseedor imperfecto, el mismo art. citado da derecho á buscar tesoro en el fundo que posee, sin necesidad de consentimiento por parte del propietario.

Esta es la única ventaja de que goza el poseedor imperfecto respecto al tesoro, y en comparacion con los terceros estraños ó los simples tenedores.

Nos parece mas claro la redaccion del art. 862 del Cód. de California que la del nuestro.







“Cuando uno tuviere la propiedad, dice aquél, y otro el usufructo de una finca en que se haya encontrado un tesoro, si el que lo encontró fué el mismo usufructuario, la parte que le corresponda se determinará según las reglas que quedan establecidas para el descubridor extraño.” El art. 866 habla en el mismo sentido respecto al tesoro encontrado en fundo dado en enfiteúsis.

El doctor Segovia critica con razon la redaccion del art. que estudiamos.

**2559**—Si un tercero que no es poseedor imperfecto halla el tesoro, le corresponderá la mitad, y la otra mitad al propietario. (Véase art. 2556.)

#### CONCORDANCIAS

Las del art. 2556.

El presente art. se refiere al simple tenedor, y á los poseedores á título de propietario que despues son vencidos en la propiedad de la cosa. Bien ha podido quedar comprendido en el 2556. (Véase su comentario y nota 83 del doctor Segovia, que hace igual observacion), pues los términos generales de dicho art. abarcan la idea del tesoro encontrado por toda persona que no es propietario del fundo en que se encuentre, sea éste simple tenedor, ó poseedor de buena ó mala fe, que despues llega á ser vencido en la propiedad. En cualquier caso le corresponde la mitad como descubridor, y la otra mitad al propietario, sin que, por el hecho de ser poseedor de buena fe pueda invocar esta circunstancia para no devolver la mitad que corresponde al propietario que lo ha vencido (nota del codificador al art. 2444—Freytas, 4113). Aunque esa mitad haya sido consumida, será deudor de ella; porque el tesoro no se considera como fruto de la cosa sino una parte de la cosa misma. Vencido en la propiedad, debe volver el valor de esta desmembracion adquirida por un título que no tenía, el de propietario. El dueño del fundo es el único propietario de la mitad del tesoro que otro encuentra; y si la ley no acuerda un derecho espreso sobre esa mitad al poseedor de buena fe como le acuerda por los frutos consumidos, los principios generales que rigen en materia de propiedad y el art. 2556 exigen que esa mitad vaya á poder del dueño del fundo en que se encontró el tesoro. Así lo dispone

también el art. 2444, explicado por el codificador en la nota al mismo.

**2560**—El tesoro encontrado por el marido ó la mujer en predio de uno ó de otro, ó la parte que correspondiese al propietario del tesoro hallado por un tercero en predio del marido ó de la mujer, corresponde á ambos como ganancial. (Concuerda con el art. 1272, inc. 2.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4115—Demolombe, tom. 13, n° 45—Baudry-Lacantinerie, tom. 2, n° 15, § 2°.

**En predio de uno ó de otro:** Aún cuando el que encuentra el tesoro sea el mismo dueño del predio, aquél pertenecerá por entero á la sociedad conyugal, como ganancial. (Véase nuestro comentario al art. 1266, Laurent, Aubry y Rau, allí citados.)

**2561**—El derecho del descubridor del tesoro no puede ser invocado sino respecto de los tesoros encontrados casualmente. Tampoco puede ser invocado por el obrero al cual el propietario del predio le hubiese encargado hacer escavaciones buscando un tesoro, ni por otros que lo hicieren sin autorizacion del propietario. En estos casos, el tesoro hallado pertenece á este último. (Concuerda con los arts. 2552—2553—2556 y su comentario.)

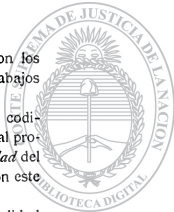
## CONCORDANCIAS

(L. 45, Tít. 28, Part. 3°—Cód. Frances, art. 552—Ley única, Código Romano, *De Thesauris*—Aubry y Rau, § 201—Pothier, *De la propiedad*, n° 65—Duranton, tom. 4, núms. 316 y 317—En contra, Toullier, tom. 4, n° 35) Freytas, 4121 y concordantes—Cód. de California, 859—De Guatemala, 563—De Portugal, 425—De Chile, 622, 2° parte—Oriental, 683, 2° parte—Lehr, *Derecho Germánico*, n° 77.

**Encontrados casualmente:** Es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 2552. Si el tesoro es encontrado porque ha sido buscado, si estas diligencias se han practicado sin el consentimiento del dueño, el inventor no tendrá parte alguna en el hallazgo. (Véase comentario al art. 2556, y última parte al que estudiamos.)

Este principio rige no solo para el tercero que sin autorizacion alguna entra á un predio ajeno á buscar tesoro sin consentimiento del dueño, sino también respecto al poseedor sea de buena ó mala fe, que ha sido vencido en su posesion, y que ha encontrado un tesoro buscándolo (Aubry y Rau, § 201, nota 33).





Su posesión de buena fe, le autoriza para quedarse con los frutos percibidos, pero no con los tesoros encontrados por trabajos hechos con este objeto; éstos no se consideran frutos.

El poseedor de mala y el de buena fe "devolverán, dice el codificador en la nota al art. 2444, la mitad del tesoro reservado al propietario del fundo en que se ha encontrado; y *aún la totalidad* del tesoro que ellos hubieren descubierto por diligencias hechas con este objeto."

La prueba de que el tesoro no ha sido encontrado por casualidad debe corresponder al propietario que alega esta circunstancia para no dar la mitad al inventor; pues siendo oculto el tesoro se supone que nadie conocía su existencia y que los trabajos que dieron por resultado el descubrimiento tenían el objeto que el poseedor que los hizo indica. Esta prueba podrá ser dada por testigos, y aun podrá servir la presunción para establecer el objeto del trabajo.

**Le hubiere encargado hacer escavaciones, etc., etc..**  
Véase art. 2562.

**2562**—El obrero, que trabajando en un fundo ajeno encontrare un tesoro, tiene derecho a la mitad de él, aunque el propietario le hubiere anunciado la posibilidad de hallar un tesoro. (Concuerda con los arts. 2556—2559—2561—2563.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 294, nota 14—Ley 45, Tit. 28, Part. 3.—Freytas, 4126—Aubry y Rau, § 201, notas 34 y 35—Respecto al caso de ser socios los trabajadores, véase comentario al art. 2554.

**2563**—Tiene también derecho a la mitad del tesoro hallado, el que emprendiese trabajos en predio ajeno, sin consentimiento del propietario, con otro objeto que el de buscar un tesoro. (Véase art. 2561, y comentario al 2556, al fin.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 201 (nota 33)—Zachariæ, § 294, nota 13.)

**2564**—Se puede justificar la propiedad del tesoro hallado por el que se dice dueño, por testigos, presunciones, ó por cualquier otro género de prueba. (Véase 2553—2565.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 294, nota 9—L. 45, Tit. 28, Part. 3, ver *Mas.*);—Freytas, 4106—Baudry-Lacantinerie, tom. 2, n° 11, § 2.



**Se puede justificar la propiedad del tesoro:** Justificada la propiedad por alguno de los medios enumerados en el art. 2563, desaparece el derecho del descubridor y el dueño puede reivindicarlo íntegramente (véase Pothier, Propiedad, n° 66) siempre que conociera su existencia; es decir, si el descubridor no probase que era una cosa perdida, ó se viese por las circunstancias especiales que aquél no habría dado con el tesoro á no ser la casualidad.

Una cosa escondida ó enterrada, dice Baudry-Lacantinerie, lugar citado, no constituirá un tesoro, si el propietario se presenta y la reclama. “El que oculta una cosa preciosa se propone con esto ocultarla mas seguramente; lejos de renunciar á su derecho de propiedad, por el contrario, lo afirma mas positivamente”.

Así, pues, mientras el dueño del tesoro no lo considere perdido le pertenece en su totalidad aunque otro lo encuentre. Pero si lo tenía perdido y los terceros no conocían su existencia, justificada la propiedad, el descubridor tendrá derecho, no á una recompensa como en el caso del art. 2533, sino á la mitad como descubridor del tesoro.

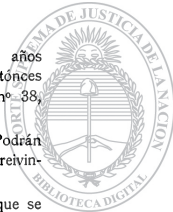
No porque se justifique la propiedad el descubridor deja de tener título de tal; con la justificación de la propiedad desaparece el título por que se apropia la mitad el dueño del terreno en que se encuentra, que era el de no haber otro dueño; pero no el derecho del hallador que la casualidad ha puesto el tesoro en sus manos.

1º ¿Durante qué tiempo puede el dueño reclamar el tesoro encontrado por otro?

Es necesario tener en cuenta que la máxima consagrada por el art. 2412, y por la nota del codificador al art. 3948 de que en materia de *muebles la posesion vale por titulo*, no puede ser invocada por el poseedor de un tesoro cuya propiedad se ha justificado por un tercero.

Suponiendo que la invencion sea un título, no puede haber la buena fe exigida por la ley para invocar la máxima citada. El descubridor, dice Baudry-Lacantinerie, lugar citado, de acuerdo con Aubry y Rau, sabe ó debe saber que la cosa descubierta por él tiene un propietario, y que este propietario tiene el derecho de reclamarla justificando su derecho de propiedad”.

No pudiéndose por esto aplicar la prescripción de diez ó vein-



te años, parece racional que pueda prescribir por treinta años contados desde la época del descubrimiento, pues que entónces ya no necesita ni título ni buena fe (Demolombe, 13, nº 38, *bis*).

2º ¿Qué diremos de los herederos del descubridor? ¿Podrán éstos invocar la máxima citada para rechazar la accion de reivindicacion?

La solucion de la cuestion depende del punto de vista que se considere la posesion del tesoro descubierto. Es sabido que las cosas perdidas ó robadas siempre pueden reivindicarse aún del poder de un poseedor de buena fe (art. 2765 y sus concordantes). ¿Se aplicará esta disposicion á los terceros poseedores del tesoro, herederos ó no del descubridor? Es indudable que no. El poseedor de una cosa perdida se encuentra en idénticas condiciones del poseedor de una cosa robada, puesto que tiene la obligacion de dar aviso del hallazgo (art. 2532), y si no lo hace su falta se clasifica de hurto (art. 2539).

Por esta razon es que al poseedor de cosas muebles perdidas no se le permite invocar la máxima de que *la posesion vale por título*, como no se permite respecto á las cosas robadas.

Ahora bien, el que encuentra un tesoro no tiene obligacion, como hemos dicho ántes, de dar cuenta de su descubrimiento, como la tiene el que encuentra una cosa perdida; no comete ninguna falta con disponer de él á su antojo en vida ó dejársela á sus herederos. Siendo así no se puede racionalmente aplicar las disposiciones sobre la reivindicacion de las cosas perdidas á la de los tesoros, puesto que los caracteres de una y otra posesion difieren esencialmente.

Por otra parte, el principio general de que la posesion vale por título, se deja de aplicar sólo escepcionalmente respecto á las cosas robadas ó perdidas, en virtud de un mandato espreso de la ley. Ésta no dice nada respecto de los adquirentes de tesoros descubiertos por otro, solo habla de cosas perdidas ó robadas; y como el tesoro no es una cosa perdida ni robada, debemos seguir la regla general puesto que no se pueden establecer escepciones por via de interpretacion; éstas tienen que ser siempre por voluntad espresa del legislador.

Los dueños del tesoro vendrían aquí á ejercer un derecho es-

cepcional que no era creado por la ley, sino por sus intérpretes, lo cual es siempre peligroso.

De lo espuesto se deduce que los terceros adquirentes de buena fe pueden rechazar la accion de reivindicacion dirigida contra ellos, en virtud de la máxima citada. (Baudry-Lacantinerie, lugar citado.)

**2565**—Se presume que los objetos de reciente origen pertenecen al dueño del lugar donde se encontraren, si él hubiese fallecido en la casa que hacia parte del predio. (Concuerta con los arts. 2527—2553—2564.)

#### CONCORDANCIAS

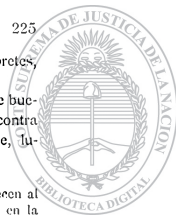
Freytas, 4108, última parte —Pothier, *Propiedad*, n° 66— Demolombe, tom. 13, n° 39.

**De reciente origen:** Es decir, que se vea que han sido puestos allí con posterioridad á la posesion del anterior poseedor muerto en la misma casa en que se encuentran. De suerte que solo es aplicable la presuncion al poseedor inmediato anterior, y no á los anteriores á éste. Así, por ejemplo, Pedro ha vivido en una casa durante diez años y muerto en la misma; si en ésta se encuentra un tesoro en que hay objetos que por las fechas que tienen ó por la clase á que pertenecen (cuando se trata de monedas, por ejemplo), se ve que han sido fabricados durante los diez años que Pedro ha vivido en la casa, el art. presume que éstos han sido puestos allí por Pedro.

Pero si los efectos son de una fabricacion anterior á esos diez años, aunque se sepa quien ha vivido en la casa durante esa época, no se supondrá que pertenecen á dicho poseedor, puesto que con la misma razon se podria suponer que eran de los poseedores posteriores ó anteriores.

**Pertenecen al dueño del lugar donde se encuentran:** El descubridor obligado en este caso á volver el todo ó parte del tesoro deberá pagar intereses desde el dia del descubrimiento si la cosa es susceptible de producirlos, ó alquileres si no lo es. La razon es que debe considerársele como poseedor de mala fe, por cuanto ha sabido ó debido saber á quién pertenecia el tesoro, lo cual impedia apropiárselo.

La ley indica un propietario presunto; y es él á quien el





descubridor, que no debe ignorar la ley, ha debido entregar-selo.

**2566**—El tesoro hallado en un inmueble hipotecado ó dado en anticresis, no está comprendido en la hipoteca ni en el anticresis.

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4120—Baudry-Lacantinerie, tom. 2, n° 15.

**No está comprendido en la hipoteca:** Por consiguiente, los acreedores hipotecarios no tienen privilegio respecto de otros acreedores sobre el precio del tesoro. (De acuerdo Segovia, nota 91.)

## CAPÍTULO II

### De la especificacion ó trasformacion

**2567**—Adquiérese el dominio por la trasformacion ó especificacion, cuando álguien por su trabajo, hace un objeto nuevo con la materia de otro, con la intencion de apropiárselo. (Concuerta con los arts. 2451—2524, inc. 2—2597.)

#### CONCORDANCIAS

(Maynz, § 185—Ley 33, Tit. 28, Part. 3°—L. 26, Dig., de *adq. rer. dom.*—Ley 9, § 3, Tit. 4, Lib. 10, Dig.—Cód. Frances, 570 y 571)—Freytas, 4134—Laurent, tom. 6, n° 316 y siguientes—Ortolan, t. 1, p. 327.

**2568**—Si la trasformacion se hace de buena fe, ignorando el trasformador que la cosa era ajena, y no fuere posible reducirla á su forma anterior, el dueño de ella solo tendrá derecho á la indemnizacion correspondiente. (Concuerta con los arts. 588—2569—2570.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4135—Las del art. anterior—Nuestro comentario al art. 2212, n° 5.

**Solo tendrá derecho á la indemnizacion correspondiente:** Esta indemnizacion consistirá en el valor de la cosa, considerada en su forma primitiva. El dueño de la materia trasformada de buena fe no tendrá derecho para exigir del trasformador la entrega de la nueva especie, aunque ofrezca pagar el mayor valor que con la trasformacion ha recibido la cosa, como tiene cuando el primero es de mala fe.

Las palabras, *solo tendrá*, excluye toda idea de que el dueño

de la materia tenga derecho á quedarse con la cosa indemnizando el trabajo, como tiene por el art. 2569 respecto al trasformador de mala fe.

Á solo este último art. debe reducirse el alcance de la nota del codificador cuando dice que el primer párrafo copiado de Goyena está de acuerdo con lo dispuesto en el Cód. Argentino.

Para que el dueño de la materia estuviera en la disyuntiva de exigir el valor de su cosa ó la entrega de la nueva cuando el valor de la primera fuera mas que el de la segunda aunque el trasformador sea de buena fe, habria sido necesario una disposicion espresa, como la del mismo Goyena, citado. No existiendo ésta, el acuerdo que el legislador dice haber entre ambas legislaciones es únicamente para el caso del art. 2569. El doctor Segovia lo comprende tambien así, como se ve por la cita hecha en la misma nota del codificador.

**2569**—Si la trasformación se hizo de mala fe, sabiendo ó debiendo saber el trasformador que la cosa era ajena, y fuere imposible reducirla á su forma anterior, el dueño de la materia tendra derecho á ser indemnizado de todo daño, y á la accion criminal á que hubiere lugar, si no prefiriese tener la cosa en su nueva forma, pagando al trasformador el mayor valor que hubiese tomado por ella. (Concuerta con los arts. 588—589—1094—1095—2568.)

#### CONCORDANCIAS

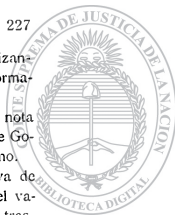
Freytas, 4136—Nota 98 del doctor Segovia.—Las concordancias del art. 2567.

**A ser indemnizado de todo daño:** Responderá tambien de la pérdida parcial que la cosa haya experimentado, aunque por esta causa el trasformador no haya aprovechado toda la materia prima.

**Si no prefiere tener la cosa nueva:** Hecha la tradicion de la nueva cosa, no podrá devolverla para pedir el pago de la materia prima.

1º Como la accion de indemnizacion tiene por objeto el pago del valor de la cosa, demandada la entrega de la nueva, le queda al dueño de la materia prima la accion criminal por hurto.

2º Si fuere posible reducir la cosa á su forma anterior, deberá hacerse si el dueño lo exige del trasformador de mala fe, aunque éste alegue cualquier perjuicio.







**El mayor valor:** Éste será determinado prudencialmente por el Juez.

**2570**—Si la trasformacion se hizo de buena fe, y fuere posible reducir la cosa á su forma anterior, el dueño de la materia será dueño de la nueva especie, pagando al trasformador su trabajo; pero puede solo exigir el valor de la materia, quedando la especie de propiedad del trasformador. (Véase los concordantes del art. anterior.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4137—Las del art. 2567.

La accion concedida por los tres arts. anteriores, se prescribe por diez años entre ausentes y veinte entre presentes (art. 4023 y sus concordantes.)

### CAPÍTULO III

#### De la accesion (1)

**2571**—Se adquiere el dominio por accesion cuando alguna cosa mueble ó inmueble acreciere á otra por adherencia natural ó artificial. (Concuerda con los arts. 2210—2520—2524, inc. 2—2592—2606—2693.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 35, Tit. 28, Part. 3ª, y véase Ley 16, Tit. 2, Part. 3ª)—Freytas, 4140—Goyena, 396—Cód. Frances, 516—Oriental, 693—Delsol, tom. 1, n° 764.

#### Del aluvion

**2572**—Son accesorios de los terrenos confinantes con la ribera de los rios, los acrecentamientos de tierra que reciban paulatina ó insensiblemente por efecto de la corriente de las aguas, y pertenecen á los due-

(1) El Código Frances, desde el artículo 552, comprende en el derecho de accesion todo aquello á que se estiende el derecho de dominio; y así en ese Código, la accesion comprende igualmente los casos en que una persona es propietaria de una cosa á título de accesion, y aquellos en que viene á ser propietaria por efecto de la accesion. Hay en esto una confusion de principios que corresponden á un orden de ideas completamente diferentes. Son muy distintos los accesorios á los cuales se estiende virtualmente la propiedad, de los accesorios que vienen á aumentarla por efecto de una nueva adquisicion. Hemos establecido que en un inmueble, por ejemplo, un terreno de cultivo, son accesorios de él todas aquellas cosas muebles, como arados, animales, etc.,

ños de las heredades ribereñas. Siendo en las costas de mar ó de ríos navegables, pertenecen al Estado. (Concuerda con los arts. 2328—2340, incs. 1 á 4—2581.)

## CONCORDANCIAS

(L. 26, Tit. 28, Part. 3ª—Cód. Frances, art. 556—Cod. Italiano, 453—Napolitano, 481—Holandes, 654—De Luisiana, 501—Instituta, Lib. 2, Tit. 1, § 20)—Goyena, 400—Nuestro comentario al art. 2340, palabras y sus cauces—Baudry-Lacantinerie, tom. 1ª, nº 1293—Laurent, tom. 6, nº 281 y 291.

**A los dueños de las heredades ribereñas :** Son de los que hablan los arts. 2574 y 2575. Sobre la época en que se adquiere el aluvion, véase comentario al 2577.

**O de ríos navegables, pertenecen al Estado :** Porque á él pertenecen las playas de los mares; las riberas de los ríos no navegables pertenecen, como hemos dicho en el comentario citado del art. 2340, á los propietarios ribereños; de aquí se sigue que el aluvion de estos ríos pertenece á los mismos y no al Estado. Esto viene á confirmar lo que allí dijimos sobre la diferencia entre una y otra clase de río.

Téngase presente lo dicho en el comentario al art. siguiente.

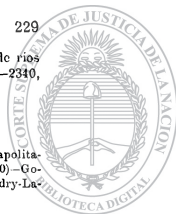
**2573—**Pertenecen también á los ribereños, los terrenos que el curso de las aguas dejare á descubierto, retirándose insensiblemente de una de las riberas hácia la otra. (Concuerda con los arts. 2572 y sus concordantes—2579—2580.)

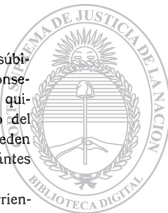
## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 203, nota 15)—Cód. Frances, 557—Laurent, tom. 6, nº 281—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1294—Freytas, 4152, 2ª parte—Delsol, tom. 1, nº 789—Lehr, Derecho Germánico, nº 69—Instituta, § 21, Tit. 1, Lib. 2—Ley 31, Tit. 28, Part. 3ª.

**Retirándose insensiblemente :** Es decir, del mismo modo que se forma el aluvion de que habla el art. anterior, paulatina y espontáneamente y no por obras no autorizadas (art. 2579). No se debe considerar como aluvion para los efectos del art. 2572, ni como *relictum*, ó como álveo abandonada por el agua

sin las cuales el campo no podría cultivarse, ó como dicen los escritores franceses, muebles inmovilizados por destino. Este género de accesion no puede equivocarse con la accesion propiamente dicha, con el hecho de la incorporación de una cosa á otra que nos pertenece.





para el efecto del presente art., los que se han producido súbitamente por una creciente; estas inundaciones no tienen consecuencias respecto á los ribereños entre sí para el efecto de quitar al uno y dar al otro. Cualquier variación que el curso del río tenga por efecto de estas corrientes extraordinarias, pueden evitarla los ribereños poniendo nuevamente las cosas como ántes estaban (arts. 2643 y 2644).

Estos terrenos dejados por la mudanza paulatina de la corriente, que los romanos llamaban *relictum*, acrece en la misma forma que el aluvion; es decir, para el Estado si el río es navegable y para los particulares propietarios ribereños si no es navegable. Respecto al aluvion formado por trabajos del Estado, véase lo que decimos en el comentario al art. 2579.

**2571**—El derecho de aluvion no corresponde sino á los propietarios de tierras que tienen por limite la corriente del agua de los ríos ó arroyos; pero no corresponde á los ribereños de un río canalizado y cuyas márgenes son formadas por diques artificiales. (Véase arts. 2572—2573—2575.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 203, nota 3—Demolombe, tom. 10, n° 45)—Laurent, tom. 6, n° 290—Freytas, 4166, en contra respecto á la segunda parte, 4160, inc. 5.

**Pero no corresponde á los ribereños de un río canalizado:** En tal caso se considera que el cauce del río no ha variado ó que el aluvion formado es parte del lecho; y como el lecho de todo río corresponde al Estado (art. 2340, inc. 3 y 7—nota del codificador al art. 2644), resulta que este aluvion corresponde también al Estado como parte del lecho del río, pues que á menudo será ocupado y desocupado por las aguas.

**2575**—Si lo que confina con el río fuere un camino público, el terreno de aluvion corresponderá al Estado, ó á la Municipalidad del lugar, segun que el camino corresponda al municipio ó al Estado. (Concuerda con los arts. 2340, inc. 7—2572—2573—2574—2639.)

#### CONCORDANCIAS

(Proudhon, Dominio privado, n° 508—Demolombe, tom. 10, n° 46)—Aubry y Rau, § 203, nota 2—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1203—Goyena, comentario al art. 469.

**2576**—La reunion de tierra no constituye aluvion por inmediata que se encuentre á la ribera del rio, cuando está separada por una corriente de agua que haga parte del rio y que no sea intermitente. (Concuerda con los arts. 2340, inc. 6—2581.)

## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 54)—Laurent, tom. 6, n° 285 —Aubry y Rau, § 208, nota 13—Freytas, 4172.

**Cuando está separada por una corriente de agua, etc., etc.:** En esta hipótesis, esa reunion de tierra forma parte del lecho del rio y como tal pertenece al Estado que es á quien pertenece, como hemos visto ántes, el lecho de toda clase de rio.

**Que haga parte del rio:** ¿Cuándo debe considerarse que la corriente de agua forma parte del rio? La jurisprudencia francesa se ha formado definitivamente al respecto. Acrese á los propietarios ribereños cuando la reunion de tierra ó aluvion, no está separado, como dicen Aubry y Rau, Laurent, etc., etc., del lecho del rio sino en su parte superior y por un hilo de agua que no llega á la profundidad del antiguo lecho, y sobre todo si este hilo de agua es intermitente".

Creemos que del mismo modo debe comprenderse el art. que estudiamos, decidiendo entónces el Juez segun el resultado de la vista de ojo que dé en caso de duda. Con esta inspeccion será fácil comprender si la corriente de agua que separa el aluvion de la ribera es ó no intermitente, ó si siendo constante, es puramente una filtracion que solo corre por la parte superior del terreno que por debajo está definitivamente formado y unido con la ribera. (Véase Freytas citado.)

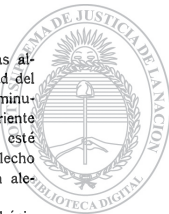
**2577**—Tampoco constituyen aluvion, las arenas ó fango, que se encuentran comprendidas en los limites del lecho del rio, determinado por la linea á que llegan las mas altas aguas en su estado normal. (Véase arts. 2340, inc. 3—2576—2581.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 3, Tit. 12, Lib. 43, Dig.)—Freytas, 4172, inc. 1°—Laurent, tom. 6, n° 285, p. 370—Aubry y Rau, § 208, nota 14.

**En los límites del lecho del rio:** Sucede muchas veces que un rio sin estender su lecho hácia una de las costas va formando tierra firme dentro de su mismo cauce; ese cauce cuyos lí-





mites están marcados por la ley hasta donde llegan las mas altas aguas en su estado normal, nunca deja de ser propiedad del Estado (art. 2340, inc. 3). Aunque por efecto de una disminucion anormal de las aguas el espacio ocupado por la corriente sea mas angosto, y aunque la parte actualmente desocupada esté adherida á la ribera, no por esto deja de formar parte del lecho del rio; por lo mismo los propietarios ribereños no pueden alegar ningun derecho de propiedad sobre esos terrenos.

Otra cosa es cuando el rio, avanzando paulatinamente hácia uno de sus costados, va formando aluvion al lado opuesto. Aquí, en cuanto esa tierra queda definitivamente adherida á la ribera, si no hay una corriente de agua que la separe, el propietario adquiere definitivamente la propiedad de ella sin necesidad de que el ribereño ejerza sobre dicho terreno actos posesorios; la ley, consagrando la obra de la naturaleza, acuerda esta propiedad sin formalidad alguna; y así es racional que sea. Es como se entiende tambien en derecho frances (Laurent, tom. 6, nº 294, p. 380).

Hay entre el art. que estudiamos, el 2572 y el 2576, las diferencias siguientes: 1º Cuando el aluvion es formado fuera del lecho del rio en sus mas altas aguas, una vez adherido al predio limítrofe su dueño adquiere la propiedad. 2º En el mismo caso, si ese aluvion está separado de la heredad limítrofe por una corriente de agua, la parte que queda hácia el lado del agua, en el supuesto de que la corriente parta el aluvion, forma parte del lecho y como tal del Estado. 3º Si el aluvion se ha formado sin avanzar la corriente hácia el terreno opuesto, es decir, dentro de los límites de su mismo lecho, aunque esté adherido á uno de las riberas, no pertenece al propietario ribereño. (Véase Cód. de Chile, 650, 2ª parte.)

**2574**—Los dueños de los terrenos confinantes con aguas durmientes, como lagos, lagunas, etc., no adquieren el terreno descubierto por cualquiera disminucion de las aguas, ni pierden el terreno que las aguas cubrieren en sus crecientes. (Véase arts. 2340, inc. 5—2349.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 558—Italiano, 455—Holandes, 653—Proudhon, Dominio privado, nº 591—Demolombe, tom. 10, núms. 25 y siguientes—Ley 12, Dig., de *alg. rer. dom.*)—Freytas, 4170—Aubry y Rau, § 203, notas 17 y 18—Laurent, tom. 6, nº 289—Ortolan, tom. 1, p. 318—Goyena, 410.



Cuando los lagos son navegables en las condiciones del inciso 5 citado, pertenecen al Estado en la estension que ocupa en épocas normales en sus mas altas aguas. Si por efecto de crecientes extraordinarias al agua avanza mas del límite que generalmente tiene en su mayor altura, el propietario ribereño no pierde ese terreno ocupado por el agua; y si baja extraordinariamente el Estado tampoco pierde el terreno desocupado; la propiedad del ribereño no se estiende por esto mas adentro del antiguo límite. Lo mismo sucede cuando el lago, por no ser navegable (art. 2349), pertenece en propiedad á otro que á los ribereños.

Si el lago es propiedad de los mismos ribereños (art. 2349), aunque avance en las crecientes hácia un lado, el propietario de la ribera opuesta no adquiere propiedad mas allá del medio del antiguo lecho; la razon es que el ribereño del lado hácia el cual se ha recostado el agua, no pierde ese mayor terreno cubierto por la creciente; es decir, el límite de la estension ó parte del lago á que tiene cada uno derecho, no varía.

**2579**—El aumento de tierra no se reputará efecto espontáneo de las aguas, cuando fuere á consecuencia de obras hechas por los ribereños en perjuicio de otros ribereños. Estos tienen derecho á pedir el restablecimiento de las aguas en su lecho; y si no fuere posible conseguirlo, pueden demandar la destruccion de esas obras. (Concuerda con los arts. 2497—2499—2500—2573—2643 á 2646.)

#### CONCORDANCIAS

(Proudhon, *Dominio privado*, n° 504—Demolombe, desde el n° 65)—Freytas, 4171—Laurent, tom. 6, núms. 283 y 284—Aubry y Rau, § 203, nota 7.

**De obras hechas por los ribereños:** Es un principio de derecho aceptado por nuestro Cód. que el ejercicio de un derecho no puede ser restringido porque cause perjuicio á otro (art. 1071 y sus concordantes). En virtud de este principio los propietarios ribereños pueden hacer en su propiedad las obras de defensa necesarias para impedir el avance del rio hácia ella; á estos trabajos no se refiere el art. que estudiamos, sino puramente á los que tuviesen por resultado desviar la corriente del rio interceptándola por un lado para recostarla al otro. (Véase Aubry y Rau, nota citada y nuestro art. 2580.)

Siendo obras puramente defensivas y á la orilla del rio, aunque el agua se recueste al lado opuesto ningun reclamo tendrá que



hacer el propietario perjudicado, puesto que él ha podido hacer lo mismo sin interrumpir la corriente del río. El uno no puede perjudicarse porque no se perjudique el otro; esto no se puede exigir, dice Laurent, nº 283, tom. citado.

**A pedir el restablecimiento de las aguas á su lecho:**

Esto prueba lo que decimos anteriormente: que siempre que el trabajo no tenga por objeto desviar la corriente del agua aun- que ésta se desvie por efecto del aumento de la disminucion, no dará lugar á reclamo contra el que ejecutó la obra. No hay lugar á *restablecimiento* de aguas á su lecho puesto que no es la obra artificial la que las ha sacado de allí. (Véase los concordantes y art. 2580.)

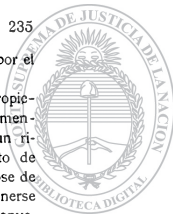
Debe, sin embargo, tenerse presente lo dispuesto en el el art. 2574 respecto al aluvion formado en los rios canalizados.

1º ¿Á quién pertenece el aluvion formado sensiblemente á consecuencia de trabajos ejecutados por el Estado? Laurent, lugar citado, discute esta misma proposicion, y dice: "que no pudiendo este aluvion pertenecer á los propietarios ribereños por cuanto no son formados insensiblemente como exige el art. 556 frances y que no teniendo dueño, deben pertenecer al Estado".

Pensamos con Aubry y Rau, nota 8, Demolombe, nº 69, y Freytas, 4160, inc. 11, y muchos otros, que este aluvion pertenece á los propietarios ribereños. Al Estado solo corresponden los bienes sin dueño (art. 2342, inc. 1); y como, siguiendo los principios generales en materia de aluvion, éste pertenece á los propietarios ribereños, no habria razon alguna para quebrar el principio en el caso propuesto y adjudicarlo al Estado, que solo es dueño del aluvion formado dentro del lecho del río (art. 2577).

Se objetará talvez que nuestro art. 2571 exige que el aluvion sea formado *paulatina é insensiblemente* para que pertenezca á los propietarios ribereños.

Esta objecion, que tambien se ha hecho en derecho frances, pierde su importancia si se tiene en cuenta que aun tratándose de trabajos hechos por uno de los ribereños en perjuicio de los otros, la ley da derecho al aluvion formado de este modo, limitándose el art. 2579 á dar derecho al perjudicado para que pueda prevenir el mal ó remediarlo. Si esto es así tratándose de un aluvion formado por un hecho prohibido por la ley, con



mayor razon debe serlo tratándose de trabajos ejecutados por el Estado.

Cuando la ley exige como condicion para adquirir la propiedad del aluvion, que se haya formado insensible y paulatinamente, es precisamente teniendo en mira evitar el despojo de un ribereño contra el otro por trabajos ejecutados con el objeto de formarlo, y á este fin tiende tambien el art. 2579; tratándose de trabajos del Estado no hay este temor, pues debe suponerse que tales obras se hacen con derecho y en virtud de conveniencia general. Siendo así, desaparece para el caso propuesto la exigencia de la ley respecto al modo cómo debe formarse el aluvion.

Tampoco se puede hacer objecion por el origen de éste, por cuanto la ley en ninguna parte lo toma en cuenta para acordar los derechos consiguientes.

**2580**—Si los trabajos hechos por uno de los ribereños no fueren simplemente defensivos, y avanzaren sobre la corriente del agua, el propietario de la otra ribera tendrá derecho á demandar la supresion de las obras. (Concuerda con los arts. 2499—2500—2642—2645—2646.)

#### CONCORDANCIAS

Las del art. anterior y su comentario, y las del art. 2646.

**No fueren simplemente defensivos:** Si lo son, los propietarios del lado opuesto no tendrán, como hemos dicho en el comentario citado, lugar á queja aunque las aguas avancen á sus propiedades y se forme aluvion del otro.

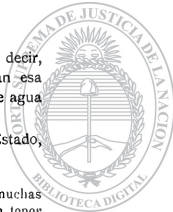
**Tendrán derecho á demandar la supresion:** Para esta demanda el perjudicado podrá valerse de la accion posesoria correspondiente. (art. 2499, nota del codificador al mismo, y art. 2500).

**2581**—El terreno de aluvion no se adquiere sino cuando está definitivamente formado, y no se considera tal, sino cuando está adherido á la ribera y ha cesado de hacer parte del lecho del rio. (Concuerda con los arts. 2572—2576—2577.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 10, n° 49 y siguientes)—Aubry y Rau, § 203 notas 13 y 14—Freytas, 4172—Nuestro comentario al art. 2576 y sus concordancias.





**Y ha cesado de hacer parte del lecho del río:** Es decir, cuando sus mas altas aguas en estado normal no bañan esa parte, y no está separado de la ribera por una corriente de agua que forma parte del lecho del río (art. 2576).

Mientras no esté adherido á la ribera pertenece al Estado, como dueño del lecho de todo río (art. 2340, inc. 3).

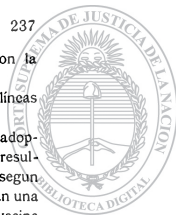
**2582**—Cuando se forma un terreno de aluvion á lo largo de muchas heredades, la division se hace entre los propietarios que pueden tener derecho á ella, en proporcion del ancho que cada una de las heredades presente sobre el antiguo río. (Concuerda con el art. 2572.)

#### CONCORDANCIAS

(Tit. 1, Lib. 2, § 22, Institutas—Toullier, tom. 3, n° 152—Cód. de Chile, 651—Demolombe, tom. 10, n° 77)—Freytas, 4159, inc. 2—Cód. Oriental, 714, 2ª parte—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1298—Aubry y Rau, § 203, notas 19 y 20—Laurent, tom. 6, n° 294.

**En proporcion al ancho que cada una de las heredades, etc., etc.:** Dos sistemas son los que generalmente se han aceptado para repartir el aluvion formado á lo largo de varias heredades; el uno consiste, como dice la nota del codificador á este art., en prolongar las líneas divisorias de las heredades ribereñas en la misma direccion que traen, y si se juntan antes de llegar al agua, bajar una perpendicular al vértice del triángulo, la cual servirá de division de las dos heredades. Este es el sistema seguido por el Cód. de Chile (art. citado). El otro consiste en el adoptado por nuestro Código siguiendo el derecho Romano y demas autores citados. Uno y otro presentan grandes dificultades imposible de salvarlas en un Código de leyes, y cuya resolucion es mas bien del dominio de la geometría que del derecho, como dice muy bien Laurent. El autor de nuestro Cód. lo reconoce así, y está de acuerdo con Demolombe en disculpar que en el Cód. Frances no se haya determinado el medio de hacer la division, porque las teorías mas racionales en apariencia son, como dice el codificador, imposibles en la práctica.

No obstante reconocer la razon que el legislador frances ha tenido para guardar silencio al respecto, nuestro Cód. determina el principio á que se ha de someter la division del aluvion entre varias propiedades, aunque no el medio de ejecutar dicha



division, es decir, la fórmula matemática para cumplir con la ley. Aquí está la verdadera dificultad.

Para dividir con arreglo á nuestro artículo ¿se prolongan las líneas divisorias de las heredades en la direccion que traen?

Entónces puede resultar una division contraria al sistema adoptado. Si esas líneas divisorias van en direccion contraria resultará el sistema adoptado por el Cód. de Chile, porque, segun la inclinacion que lleven, ántes de llegar al agua se cortarán una á otra; en tal caso para no avanzar sobre la propiedad vecina habria que bajar una línea perpendicular al rio desde el punto de intercepcion de las dos primeras; esto no daría un resultado ni aproximado á lo que nuestra ley quiere.

Si las dos líneas divisorias venian con una misma inclinacion, podria resultar, prolongándolas hácia el rio, que una propiedad avanzase hácia la otra; esto tampoco puede hacerse.

Para practicar la division con arreglo á nuestra ley no se debe tomar en cuenta para nada la direccion que traigan las líneas que dividen las heredades.

Primera hipótesis: Si el agua corre en línea recta á lo largo de las propiedades entre las cuales se va á dividir el aluvion, Aubry y Rau aconsejan bajar de los puntos extremos de las diversas heredades líneas perpendiculares (línea 2 del croquis) hácia la línea del centro del rio (directamente hasta el agua, dice el Cód. Oriental, art. 714), y atribuir á cada propiedad la porcion de aluvion comprendida entre estas perpendiculares.

Este es el modo cómo se practica la regla establecida por la Instituta de Justiniano, que es tambien la adoptada por nuestro Código.

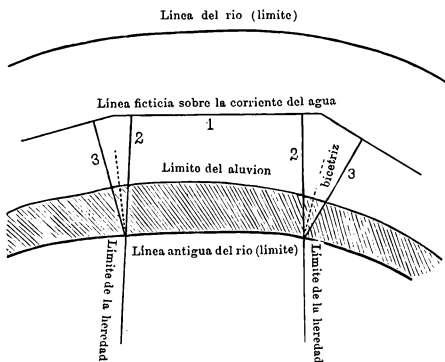
Segunda hipótesis: Cuando la corriente del agua forma sinuosidades en la estension del aluvion, Laurent, lugar citado, ha adoptado una fórmula que nos parece la mas clara para resolver los distintos casos. Consiste en practicar la medicion indicada anteriormente; hecho esto se traza una línea recta ficticia (1) que representa la direccion del rio y sobre esta línea imaginaria se bajan las perpendiculares (2) que deben tirarse desde los puntos extremos de las líneas divisorias de las heredades, como en el caso de la hipótesis anterior; el aluvion que queda entre esas perpendiculares será el que se dé á cada ribeño.

Tercera hipótesis: Si la corriente del agua forma ángulos sa-



lentes ó entrantes, ó codos, por lo que cambia completamente la direccion del rio, no es posible, dice Laurent, en este caso trazar una línea única y recta que represente el centro del curso del agua; hay entónces que trazar líneas quebradas á cada ángulo ó líneas curvas, y sobre estas líneas deberán bajarse las perpendiculares (3) que determinarán la parte de cada uno de los ribereños. Pero como la línea ficticia tomada en este caso como centro del curso del agua puede ser tal que sea posible bajar de un mismo punto extremo de una heredad mas de una perpendicular, surgirá una nueva dificultad; entónces podrá tomarse como línea de limitacion la bisectriz (4) del ángulo formado por las perpendiculares (Aubry y Rau, citado).

Para dar á conocer mejor este sistema aceptado por la jurisprudencia francesa, y que está en armonía con el principio aceptado por la Instituta, y por consiguiente por nuestro Cód., que sigue el Derecho Romano, va el mismo croquis formulado por Andries á pedido de Laurent.





Creemos que del modo indicado en el croquis anterior es como mejor se puede cumplir con el espíritu del testo que estudiamos, pues no solo es con arreglo al mandato espreso del art. sino que es el medio de que la division sea mas exacta.

### Avulsion

**2583**—Cuando un rio ó un arroyo lleva por una fuerza subita alguna cosa susceptible de adherencia natural, como tierra, arena ó plantas y las une, sea por adjuncion, sea por superposicion, á un campo inferior, ó á un fundo situado en la ribera opuesta, el dueño de ella conserva su dominio para el solo efecto de llevársela. (Concuerda con los arts. 2343, inc. 4.—2510—2584—2586—2649—4039.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 26, Tit. 28, Part. 3.—Cód. Frances, art. 559—Italiano, 456—Napolitano, 484—De Luisiana, 503—Inst., Lib. 2, Tit. 1, § 21—Sobre los cinco articulos relativos á la avulsion, véase Demolombe, tom. 10, desde el n° 98)—Freytas, 417A—Cód. Oriental, 715, 1ª parte—Id. de Guatemala, 605 y 606—Laurent, tom. 6, n° 296 y siguientes—Ortolan, tom. 1, p. 319—Goyena, 411.

**Y las une, sea por adjuncion, sea por superposicion:** Esta aclaracion no la trae el Cód. Frances, por lo cual el art. citado es materia de discusion entre los jurisconsultos. (V. Laurent, tom. 6, n° 300, y el n° 1º de nuestro comentario al art. 2585.)

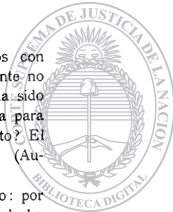
**Conserva su dominio:** Siempre que se pueda reconocer; de lo contrario quedan confundidos con el predio que las ha recibido y su reivindicacion se hace imposible.

**Para el solo efecto de llevársela:** Por consiguiente, el dueño del terreno arrancado no puede ejercer su derecho de propiedad sobre el terreno donde la corriente ha llevado su tierra, sus arenas ó sus plantas.

1º El derecho de reclamar se prescribe por seis meses (art. 4039). Una vez reclamadas, si es necesario, el Juez fijará un plazo prudencial dentro del cual deben ser sacadas. El dueño del terreno no podrá impedir que las lleve el reclamante ofreciendo pagar su valor.

2º Reclamadas y fijado el plazo para retirarlas, el propietario del terreno en el cual están no puede removerlas por su propia autoridad.

3º En caso de ser demandadas las tierras, plantas, etc., traídas por la corriente ¿podrá el dueño del terreno donde han sido



llevadas demandar indemnización por los daños causados con tales cosas? Pensamos que no; el propietario reivindicante no hace mas que demandar la entrega de una cosa que le ha sido arrebatada por un caso fortuito. ¿Dónde estaría su culpa para ser responsable de los daños causados por ese caso fortuito? El hecho de reclamar su cosa no puede hacerle responsable (Aubry y Rau, § 203, nota 23).

Otra cosa será si ha tenido culpa en el daño causado: por ejemplo, si ha dejado, sin necesidad, maderas sueltas en el lecho del río y que habiendo sido arrastradas por la corriente han ido á perjudicar á los fundos de mas abajo.

**2584**—Desde que las cosas desligadas por avulsion se adhieren naturalmente al terreno ribereño en que fueron á parar, su antiguo dueño no tendrá derecho para reivindicarlas. (Concuerda con los arts. 2331—2520—2571—2583—2586.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4173 y 4175.

**Se adhieren naturalmente:** Esto tiene lugar especialmente cuando se trata de plantas ú otros objetos así, pues, que tratándose la tierra, arena, etc., etc., desde el momento de la union se puede decir que hay adhesión. Esto no es, sin embargo, en absoluto; sucede muchas veces que se conserva por mucho tiempo visible la parte nuevamente agregada.

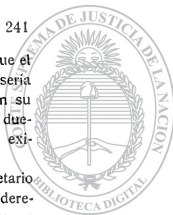
Aunque la adherencia tenga lugar ántes de los seis meses requeridos para prescribir estas cosas, el antiguo propietario pierde el derecho á reclamarla desde que aquélla se opera.

**2585**—No queriendo reivindicarlas ántes que se adhieren al terreno en que las aguas las dejaron, el dueño del terreno no tendrá derecho para exigir que sean removidas. (Véase art. 2517.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4179.

**No tendrá derecho para exigir que sean removidos:** Pero el propietario del suelo donde las cosas han ido á parar puede exigir, aun ántes de los seis meses, que el propietario las saque ó declare no quererlas sacar. En el último caso el dueño del



terreno puede sacarlas á su costa y disponer de ellas sin que el antiguo dueño tenga derecho á reclamarlas despues. No sería justo obligar al propietario del suelo á que las mantuviese en su terreno, mucho ménos si le causaban perjuicio, hasta que al dueño de ellas se le ocurriese sacarlas; es por esto que puede exigir una declaracion espresa renunciando á la propiedad.

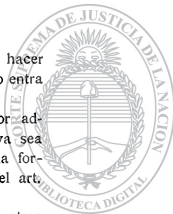
El plazo fijado por el art. 4039 dentro del cual el propietario tiene derecho de reivindicacion es únicamente respecto al derecho de prescribir por parte del dueño del suelo; pero esto no importa una obligacion de mantener en su terreno contra su voluntad y durante seis meses las cosas traídas por el agua.

"La accion interrogatoria, dicen Aubry y Rau, § 203, nota 27, debe, en esta hipótesis, admitirse escepcionalmente, como consecuencia necesaria de la facultad que tiene el propietario de usar ó gozar de su cosa, como mejor le parezca, facultad cuyo ejercicio sería neutralizado ó restringido, si aquel sobre cuyo terreno se opera la superposicion debiera esperar un año (seis meses por nuestro derecho) para saber á qué atenerse respecto á la intencion del propietario de la cosa quitada por la corriente".

Estas consideraciones son perfectamente aplicables entre nosotros en virtud del derecho de exclusion que nuestro art. 2516 acuerda á todo propietario.

1º La solucion que aquí damos ¿será aplicable tanto al caso de adjuncion como al de superposicion? Por derecho frances se discute esto mismo, y Demolombe, tom. 10, nº 110, opina que debe admitirse el derecho de interpelacion en uno y otro caso.

Entre nosotros se puede resolver la cuestion con testos espresos: Segun el art. 2340, inc. 3, el cauce de todos los rios, navegables ó no, pertenece al Estado; las cosas llevadas por las corrientes del agua y unidas por *adjuncion* á los terrenos ribereños, tienen necesariamente que unirse por *superposicion* al lecho del rio. Todo propietario tiene un derecho esclusivo sobre la superficie, profundidad y espacio aéreo, dentro de los límites de su fundo. Fuera de esos límites nada puede reclamar en virtud de su derecho de propiedad, una adjuncion lateral no ataca el derecho de propiedad ni le impide ejercer su dominio en lo propio. En el caso propuesto quien recibe la cosa es el cauce del rio; y como el cauce no pertenece al ribe-



reño sino al Estado, tenemos que el primero no puede hacer reclamo alguno, desde que con la union por adjuccion no entra nada á su propiedad (Aubry y Rau, lugar citado).

2º Esto no impide que si las cosas traídas ó unidas por adjuccion al predio ribereño causan de algun modo perjuicio, ya sea porque desvie la corriente ó porque la obstaculice en alguna forma, los perjudicados pidan su remocion como en el caso del art. 2580 y sus concordantes.

Pero el derecho á este reclamo nace aquí en virtud de otras consideraciones, distintas á las que le dan derecho á la accion interrogatoria de que hemos hablado ántes.

**2586**—Cuando la avulsion fuere de cosas no susceptibles de adherencia natural, es aplicable lo dispuesto sobre cosas perdidas. (Concuerda con los arts. 2531 y siguientes—2583.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4180.

#### **Es aplicable lo dispuesto sobre las cosas perdidas:**

Es decir, el que las encuentra no podrá apropiárselas, y si las adhiere artificialmente será considerado poseedor de mala fe.

La prescripcion de seis meses no rige respecto á estas cosas; el propietario podrá reivindicarlos dentro del mismo tiempo que puede hacerlo respecto á las cosas perdidas, que solo se adquieren por la prescripcion trinitaria.

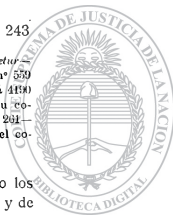
#### Edificacion y plantacion

**2587**—El que sembrare, plantare ó edificare en finca propia con semillas, plantas ó materiales ajenos, adquiere la propiedad de unos y otros; pero estará obligado á pagar su valor; y si hubiese procedido de mala fe, será ademas condenado al resarcimiento de los daños y perjuicios, y si hubiere lugar, á las consecuencias de la acusacion criminal. El dueño de las semillas, plantas ó materiales, podrá reivindicarlos si le conviniere, si ulteriormente se separasen. (Concuerda con los arts. 1109—2519.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 38 y 43, Tit. 28, Part. 3ª—L. 16, Tit. 2, Part. 3ª—Inst. Lib. 2, Tit. 1, §§ 29 y 32—Cód. Frances, art. 551—Napolitano, 479—Holandes, 657—De Luisiana, 499—Zachari e, § 297—Pothier, *De la propiedad*, n° 170—Marcadé, sobre el art. 554—Demolombe, tom. 9, desde el n° 653—El Digesto dice: *Ne aspectus urbis ruinis*

*deformetur, vel ædificia sub hoc prætextu derinantur, ne vinearum cultura turbetur*—L. 1, Dig., *De tigno juncto*—Duranton, tom. 4, n° 374—Demante, tom. 1, n° 559—Marcadé, sobre el art. 554—Demolombe, tom. 9, n° 661—Freytas, 4188 á 4190—Cód. de Chile, 669—Id. Oriental, 712—Id. Frances, 554—Goyena, 403 y su comentario—Cód. de Guatemala, 498 á 495—Laurent, tom. 6, núms. 259 á 261—Ortolan, *Esplicaciones históricas de las Institutas*, tom. 1, p. 337—Nota del codificador al art. 490.



**Pero estará obligado á pagar su valor:** Aunque no los daños y perjuicios, que solo se pagan, segun este mismo art. y de acuerdo con los principios generales, por el edificador, sembrador ó plantador de mala fe.

**De la accion criminal:** Esta será la accion de hurto.

**Podrá reivindicarlos:** Del mismo que edificó, pero no de terceros poseedores de buena fe (arts. 2412 y 2413—de acuerdo, Segovia, nota 122). Si ha recibido el precio creemos que no podrá reivindicarlos aun cuando ulteriormente se separen: *Scd si aliqua ex causa diritum sit ædificium, posteriori materie dominus, si non fuerit duplum jam consecutus, tunc eam vindicare, et ad exhibendum de ea resagere*, dice el testo de la Instituta citado por el codificador como de acuerdo con su articulos.

**Si le convinieren:** De modo que es voluntario en el dueño de los materiales reivindicarlos ó exigir su valor.

**Si ulteriormente se separasen:** Se aplicará lo que decimos en el comentario al art. 2319 respecto á cuando dejan de ser inmuebles los materiales empleados en un edificio.

De modo que no deberá hacerse distincion entre los materiales separados del edificio por destruccion de él, y los que se sacan solo en mira de hacer meras reparaciones.

La razon de la ley al no dar accion para reivindicar los materiales empleados en un edificio es que la equidad no permite remediar un mal con otro mal cuyo resultado será las mas veces estéril para el dueño de los materiales, como sería el destruir un edificio para solo devolver éstos, porque el dueño no aceptare su precio. Esta razon que la ley de Partida espresa diciendo: “por apostura é por nobleza de las cibdades é de las villas” desaparece desde el momento en que los materiales dejan de estar inmovilizados. No hay entónces ningun mal en que el propietario los reivindique y que el dueño del edificio los reemplace con otros. No se le exige aquí ningun sacrificio es-





téril, sino únicamente que haga lo que desde el principio debió hacer. (Véase Goyena, comentario al art. 403.)

**2588**—Cuando de buena fe se edificar, sembrar ó plantar con semillas ó materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho para hacer suya la obra, siembra ó plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al edificante, sembrador ó plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiere edificado, sembrado ó plantado, no consintiendo el dueño del terreno. (Concuerda con los arts. 1535—1620—2427—2411 y su comentario—2587—2589.)

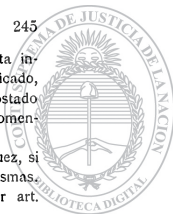
#### CONCORDANCIAS

(LL. 41 y 42, Tit. 28, Part. 3.—Véase Instituta, Lib. 2, Tit. 1, § 30—Zachariæ, § 297 y notas G y siguientes)—Freytas, 4183, inc. 2—4129 y 4193 —Goyena, 404—Cód. de Chile, 669, 1ª parte—Id. Oriental, 713, 1ª parte—Id. Frances, 555, 1ª parte—Id. Italiano, 450—Id. de Guatemala, 496—Ortolan, *Esplicaciones históricas*, tom. 1, p. 339—Aubry y Rau, § 204, letra b.—Laurent, tom. 6, núms. 262 y siguientes—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 15, p. 469—Id. del doctor Drago, tom. 1, p. 360.

**Cuando de buena fe se edifique:** Debe tenerse presente que las reglas establecidas en los arts. 2433, 2434 y sus concordantes, para determinar desde cuándo cesa la buena fe para el efecto de restituir los frutos percibidos, son aplicables por analogía á las construcciones hechas despues de la demanda ó despues de haber tenido conocimiento de que el inmueble en que se planta, edifica ó siembra no pertenece al que ejecuta el trabajo. No basta la buena fe al tiempo de entrar en posesion de la cosa en que se edifica para dar los derechos acordados por el art. que estudiamos, si en el momento en que se emplean los materiales ó las semillas tenía el edificador ó sembrador conocimiento de que el inmueble no le pertenecía. Esto viene desde el derecho romano (Demolombe, tom. 9, nº 677).

En el caso contrario, si al tiempo de hacer la construccion tenía buena fe, regirá el art. aunque despues se vuelva poseedor de mala fe (argumento del art. 1358 y concordantes).

“En este caso el poseedor ha construido, dice Laurent, tom. 6, nº 263, como propietario; creyéndose con derecho para ello; poco importa que en seguida sea, legalmente hablando, poseedor de mala fe; esta mala fe es estraña á la construccion, porque no se puede decir que ha violado á ciencia cierta el derecho del propietario.”



**Prevía las indemnizaciones correspondientes:** Esta indemnización debe regularse por el valor venal de lo edificado, ó plantado á tiempo del reclamo, y no por lo que han costado ni por el valor representativo. (Véase art. 539, nuestro comentario al art. 2427, y nota del codificador al art. 2441.)

Su regulacion se hará por peritos nombradas por el Juez, si las partes no estuvieren de acuerdo en nombrarlo ellas mismas. Sobre la forma de hacerse el pago véase comentario ar art. 2427.

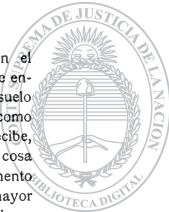
Esta regulacion ¿consistirá únicamente en el valor de los materiales, ó se deberá estimar tambien la mano de obra?

Las disposiciones del presente capítulo no son sino casos de obras ejecutadas por poseedores de buena ó de mala fe (Segovia, nota 123); de modo que la responsabilidad como los derechos de los constructores sembradores ó plantadores debe regirse por los mismos principios que rigen respecto á las mejoras introducidas por los poseedores de buena ó mala fe, segun que el que edifica, planta ó siembra lo haga de mala ó de buena fe (Laurent, tom. 6, n° 271).

Los gastos de construccion de una casa, como el valor de los materiales empleados, son inseparables para el efecto de apreciar el valor total de una mejora que debe abonarse. Al poseedor de mala fe debe el propietario pagarle tanto el valor de los materiales como el de la mano de obra cuando quiere quedarse con lo hecho (art. 2589, última parte); entónces, no es dudoso que la indemnizacion debida al constructor de buena fe tiene que hacerse con arreglo á los principios generales citados, es decir, por lo que la obra valga en sí y tal como está; y no en relacion exclusivamente á la cantidad de materiales empleados. (Véase Instituta, § 30, citado.)

Sobre todo, y aun prescindiendo de las disposiciones espresas aplicables al caso, el artículo que estudiamos no dice, como el art. 2587, que *deberá pagarse el valor de los materiales empleados*, sino que dice: *previa la indemnizacion correspondiente*, que no son otras que las que les corresponden á todo poseedor de buena fe.

1º ¿Á qué época deberá estarse para fijar el valor de la indemnizacion? Tratándose de construcciones debe estarse á la época en que se hace el reclamo (art. 2427, última parte).



El fundamento de la disposicion que estudiamos está en el principio de equidad admitido por todos de que nadie debe enriquecerse á costa de otro. La obligacion del dueño del suelo viene á ser aquí de tanto en cuanto se hace mas rico; y como no se puede decir esto tratándose de un valor que no recibe, tenemos que el valor que adquiere es el mayor que la cosa tiene, en razon del gasto hecho por el terreno, en el momento de recibirla. Nada tiene que ver el propietario con el mayor gasto que el tercero ha hecho, si en el momento del reclamo éste ya no existe. Su obligacion es solo de pagar aquello que recibe de mas: esto es decisivo (nota del codificador al art. 2441).

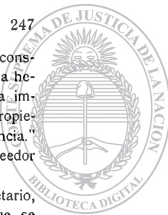
2º ¿Regirán los mismos principios respecto á la siembra y plantacion? Es indudable que no. Supóngase que un individuo ha sembrado un campo ajeno, sin derecho á ello.

El trigo está ya para cosecharse. ¿En qué consistirá la indemnizacion debida al sembrador? ¿en el valor que representa el trigo? No; el dueño del terreno solo deberá indemnizar en este caso el valor de la semilla empleada, el costo de sementera y no el de sus utilidades ulteriores (art. 2426). El mayor valor que con su madurez ha adquirido el trigo por su mayor probabilidad de éxito, es debido al suelo que ha alimentado esas plantas; no son los gastos hechos los que han dado mayor valor á la sementera; la accion del sembrador ha sido aquí ayudada por la naturaleza; es decir, por la tierra en que sembró. Obligarle á pagar el valor del trigo á cosechar, sería enriquecer al sembrador á costa del propietario, puesto que se le obligaria á comprar lo que su inmueble ha producido.

Otro tanto debe decirse respecto de los árboles plantados por otro que el dueño del terreno. La indemnizacion consistirá en este caso, no en el valor de los árboles, sino en el del costo de la plantacion y sus cuidados y valor de los almácigos ó semillas (Laurent, tom. 6, nº 266.)

**Sin que éste pueda destruir lo que hubiere edificado, sembrado ó plantado:** Tampoco el propietario del terreno puede obligar al edificante, plantador ó sembrador de buena fe que destruya lo hecho, como puede, segun el art. 2589, obligar al de mala fe. (Véase nota del codificador al art. 2589 citado).

La razon de esta diferencia está en un principio de equidad



al cual cede el derecho estricto. "El que de buena fe construye en terreno ajeno, dice Laurent, tom. 6, n° 262, lo ha hecho como propietario, sin cometer falta alguna, sin ninguna imprudencia que reprocharle, mientras que la inacción del propietario que le deja en posesión, es por lo menos una negligencia." Hé aquí una consideración de equidad en favor del poseedor de buena fe.

El orador del Tribunalado da también otra razón: el propietario, dice Grenier, habría podido abusar de la necesidad en que se encuentra el poseedor de destruir lo hecho para enriquecerse á sus expensas; éste sería obligado á destruir las obras sin ninguna utilidad y sí con pérdidas positivas ó ceder lo hecho por un precio insignificante".

4º Las disposiciones del presente capítulo sobre la edificación, plantación, etc., solo son aplicables á los *terceros* poseedores, es decir, á los que han hecho estos trabajos sin mediar vínculo alguno entre ellos y el propietario del suelo. Así, los trabajos hechos por el locatario, usufructuario, compradores bajo condición resolutoria, etc., etc., serán regidas por las disposiciones especiales que para ellos contiene el Código en los títulos correspondientes. (Véase Freytas, 4201.)

5º El tercero que afirma haber hecho la construcción, plantación, etc., debe probarlo, admitiéndosele al efecto toda clase de prueba (art. 2519, véase su comentario.)

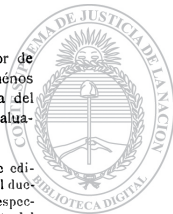
**2589**—Si se ha edificado, sembrado ó plantado de mala fe en terreno ajeno, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas á su estado primitivo á costa del edificante, sembrador ó plantador. Pero si quisiere conservar lo hecho debe el reembolso del valor de los materiales y de la mano de obra. (Concuerda con los arts. 1620—2411—2588.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 555—Ortolan, sobre el § 25, Tit. 1, Lib. 2, Instituta, 2ª cuestión—L. 42, Tit. 28, Part. 3ª—L. 7, Tit. 1, Lib. 41, Dig.—Instituta, § 30, Tit. 1, Lib. 2—Zachariæ, § 297)—Freytas, 4194—Goyena, 406—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1290 y 1291—Véase los Códigos citados en el art. anterior—Laurent, tom. 6, n° 270—Aubry y Rau, § 204, p. 259.

#### **El valor de los materiales y el de la mano de obra :**

No entra, por consiguiente, en la indemnización el mayor valor



que la cosa haya tomado por la construccion. El edificador de mala fe solo recibirá lo que realmente ha desembolsado ó ménos si la mano de obra ó los materiales valen ménos á la época del reclamo, que es á la que debe estarse para hacer la avaluacion.

**2590**—Cuando haya habido mala fe, no solo por parte del que edifica, siembra ó planta en terreno ajeno, sino tambien por parte del dueño, se arreglarán los derechos de uno y otro segun lo dispuesto respecto al edificante de buena fe. Se entiende haber mala fe por parte del dueño, siempre que el edificio, siembra ó plantacion, se hicieren á vista y ciencia del mismo y sin oposicion suya. (Concuerda con los arts. 795—918—932—1111.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 25, Tit. 34, Part. 7°—L. 5, § 2, Tit. 4, Lib. 44, Dig., y regla 145, id.)—Freytas, 4199, 2° parte—Goyena, 407—Cód. de Guatemala, 509—De California, 898 á 890.

**Se hicieren á vista y ciencia del mismo**; El edificante, sembrador ó plantador debe probar que el propietario tuvo este conocimiento; á este objeto se le admitirá toda clase de prueba.

**2591**—Si el dueño de la obra la hiciese con materiales ajenos, el dueño de los materiales ninguna accion tendrá contra el dueño del terreno, y solo podrá exigir del dueño del terreno la indemnizacion que éste hubiere de pagar al dueño de la obra. (Concuerda con los arts. 1196 y sus concordantes—1645.)

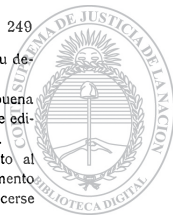
#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 555, n° 7°)—Freytas, 4196—Goyena, 408—Aubry y Rau, § 204, nota 10—Cód. Italiano, 451.

**La indemnizacion que éste hubiere de pagar**: Es decir, que demandando el constructor al dueño del terreno por el pago de lo construido, el dueño de los materiales podrá pedir que la cantidad que deba entregar al constructor le sea entregada á él; para lo cual deberá pedir el embargo con arreglo á las leyes de procedimiento.

Téngase presente que el dueño de las semillas y los que han suministrado los materiales para una obra tienen privilegio (arts. 3888 y 3933.)

1° Si el inmueble ha pasado despues de la construccion á po-



der de un tercero adquirente ¿puede el constructor ejercer su derecho contra ese tercero?

El hecho de la construccion, aunque ésta se haga de buena fe no crea ningun derecho real sobre el inmueble en que se edifica, planta ó siembra. (Nota del codificador al art. 2503).

La obligacion del dueño del terreno es personal respecto al edificante, sembrador, etc.; esa obligacion tiene por fundamento especial el principio de equidad de que nadie puede enriquecerse á costa de otro. El que compra el inmueble, paga su valor actual con todo lo en él edificado y plantado, que se supone ser del dueño del suelo (art. 2519, véase su comentario) por ser inseparables lo uno de lo otro desde que no existe el derecho de superficie (nota del codificador al art. 2503). Por consiguiente, el adquirente no se enriquece á costa del edificante.

Dar derecho al edificante para perseguir el pago de terceros adquirentes cuyo título es posterior á la construccion, es crear un derecho real contra el mandato de la ley; es hacer revivir el derecho de superficie.

Para hacer la construccion, el ejecutor ha tenido que estar en posesion del inmueble; siendo así, ha estado en su mano ejercer el derecho de retencion acordado por el art. 2428; entregada la cosa desaparece el derecho de retencion (art. 3943), y queda entónces la accion personal correspondiente contra el que era dueño del suelo al tiempo de edificarse, que es á quien aprovecha el gasto de la mejora; él es quien se enriquece á costa del edificante si no paga su valor.

No puede entónces esta accion personal ejercerse contra el tercer adquirente, como no puede ejercerla el dueño de los materiales contra el propietario del suelo, porque entre ambos no hay ni contrato ni cuasi-contrato de donde pueda nacer esta obligacion, que tampoco puede nacer por razon de la cosa misma que se adquiere.

Una Corte francesa la ha juzgado así tambien. (Dalloz, 1853, nota 5, nº 381.)

**2592**—Cuando los animales domesticados que gozan de su libertad, emigraren y contrajesen la costumbre de vivir en otro inmueble, el dueño de éste adquiere el dominio de ellos, con tal que no se haya valido de algun artificio para atraerlos. El antiguo dueño no tendrá accion alguna para reivindicarlos, ni para exigir ninguna indemnizacion. (Concuerda con los arts. 2450—2527—2528—2514—2545—2605.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 564—Marcadé, sobre el mismo)—Freytas, 4184 á 4186—Leguizamón y Machado, Institutas, nota 321—L. 19, Tit. 28, Part. 3.—Cód. de Guatemala, art. 556.

**Contrajesen la costumbre** : Para saber esto creemos que es necesario que el animal llevado por el dueño á su predio se haya vuelto al ajeno, y que esto haya sucedido por varias veces.

**No tendrá accion alguna para reivindicarlos** : Los doctores Leguizamón y Machado, Institutas, nota 321, dicen : “El art. debe aplicarse al caso en que los animales domesticados no pudiesen distinguirse y se confundiesen con los demás—Marcadé, al 564—Boileaux, al 564—Loué, tom. 8, p. 187, nº 21—Démolombe, tom. 10, nº 178—Duranton, tom. 4, nº 428—Zachariæ, § 203, nota 17—Chavot, tom. 2, nº 538—Toullier, tom. 2, p. 287—Freytas, 4184”.

Estamos de acuerdo con la afirmacion de los señores de la Instituta.

Advertiremos, sin embargo (y esto salvará el peligro que estos escritores preven), que en la denominacion de animales *domesticados*, nuestro Cód. como el de Chile y Oriental, etc., etc., y autores franceses, solo se comprende á los animales que, por naturaleza salvaje y sin dueños, se encuentran por el momento sometidos á la voluntad del hombre; pero no, como lo hacen los doctores Leguizamón y Machado, á los que viven ordinariamente bajo la dependencia del hombre, y que por lo mismo no son salvajes, tales como las vacas, los caballos, las ovejas, etc., etc. Estos animales no reciben la denominacion de salvajes ó *res nullius*, como los avestruces de la pampa, los guanacos, los leones, los tigres, etc., etc., á los cuales se les llama *domesticados* cuando se encuentran sometidos á la voluntad del hombre.

Aquéllos entran en la categoría de *domésticos*; así clasifica Bufon á los caballos y el Cód. de Chile, art. 608, á las ovejas; el Oriental, art. 671, al ganado *mayor y menor*.

Las vacas, las ovejas y los caballos están en nuestro país sujetos, aunque de un modo relativo, á la voluntad de sus dueños, y no hay hacienda salvaje ó *res nullius*”.

Esto esplica en cierto modo el silencio de nuestro Código res-





pecto á la aclaracion que hacen los señores Leguizamon y Machado, en lo que se refiere á los animales sin señal ó marca, pues, por regla general los animales domesticados, los avestruces, por ejemplo, no llevan señal, por lo que se hace imposible distinguirlos de los demas cuando han perdido el hábito de volver al inmueble de su dueño.

Por lo demás el art., como los Códigos citados, debe referirse especialmente á las palomas, conejos, peces de los estanques, etc.

**2593**—Si hubo artificio para atraerlos, su dueño tendrá derecho para reivindicarlos, si puede conocer la identidad de ellos. En caso contrario, tendrá derecho á ser indemnizado de su pérdida. (Concuerda con el art. 1109—2762.

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4187—Cód. de Guatemala, 556, última parte—Laurent, tom. 6, n° 311—Cód. Frances, 564, última parte—Id. de Portugal, 401, § único—Id. de Chile, 621, 2ª parte—Ley 24, Tit. 28, Part. 3ª.

**Si hubo artificio para atraerlos**: La prueba de esto corresponde al primitivo dueño, que alega artificio en el que los atrajo.

#### De la adjuncion

**2594**—Cuando dos cosas muebles, pertenecientes á distintos dueños, se unen de tal manera que vienen á formar una sola, el propietario de la principal adquiere la accesoría, aun en el caso de ser posible la separacion, pagando al dueño de la cosa accesoría lo que ella valiere. (Concuerda con los arts. 2333—2334—2335—2598 á 2600.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 35, Tit. 28, Part. 3ª—LL. 26 y 27, Tit. 1, Lib. 41, Dig.—Cód. de Chile, 658—Goyena, 416—Cod. Frances, 568—De Nápoles, 491—De Luisiana, 413)—En contra, respecto al caso de ser separable, Cód. Italiano, 464—Oriental, 699—De Guatemala, 616—Goyena, 419, 1ª parte—De California, 906—Aubry y Rau, § 205, nota 1—En favor Laurent, tom. 6, n° 314—Freytas, 4206—Pothier, Propiedad, n° 169.

**El propietario de la principal**: Determinándose éste con arreglo á los arts. 2333 y siguientes.

**Aun en el caso de ser posible la separacion**: Pero cuando la adjuncion ha sido hecha de mala fe, aunque en principio





rige la misma disposicion (nota del codificador á este art.), el art. 2596 viene en cierto modo á modificar esta parte de la presente.

Con el derecho que en dicho art. se le da al dueño de la materia empleada da mala fe, las mas veces, no pudiendo el que ha hecho la adjuncion volver idéntica cosa por costarle mas conseguirla tendrá que separarlas para poder cumplir con la ley.

Téngase presente lo dispuesto en el art. 2600.

**2595**—Cuando la cosa unida para el embellecimiento, ó perfeccion de la otra, es por su especie mucho mas preciosa que la principal, el dueño de ella puede pedir su separacion, aunque no pueda verificarse sin algun deterioro de la cosa á que se ha incorporado.

#### CONCORDANCIAS

(L. 16, Tit. 2, Part. 3ª—Cód. Frances, art. 568—Italiano, 406—Napolitano, 499—De Luisiana, 515—Pothier, *De la propiedad*, n° 179)—Goyena, 419, 2ª parte—Cód. Oriental, 700, 2ª parte.

**Mucho mas precioso que la principal:** Es decir, si vale mas que la principal. Así, por ejemplo, si se ha guarnecido un cuadro con un marco de mas valor, aunque el marco, en este caso es accesorio (nota del codificador al art. 2333), su dueño puede pedir la separacion.

En cuanto al *mucho ó poco* mayor precio es una cuestion que apreciará el Juez.

El art. rige tanto para el caso de union de buena como para el caso de mala fe.

**2596**—El dueño de la materia empleada de mala fe puede pedir que se le devuelva en igual especie y forma, cantidad, peso ó medida que la que tenia, ó que así se avalore la indemnizacion que se le debe. (Concuerda con los arts. 2589—2590.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 576—Italiano, 474—De Luisiana, 423—Pothier, *De la propiedad*, n° 192)—Cód. de California, 911—Freytas, 4208.

**Puede pedir se le devuelva en igual especie:** Pero no podrá pedir su separacion (nota del codificador al art. 2594), lo cual, de acuerdo con el doctor Segovia, nos parece injusto.

El derecho que por este art. se acuerda es, tanto al dueño de lo principal como al de lo accesorio, pues no se hace distincion entre uno y otro.

**Que así se avalue la indemnizacion que se le debe:**

El dueño de la materia empleada de mala fe tiene derecho ó á que se le devuelva una cosa idéntica, ó á que se le pague su valor. Supóngase que no es posible volverle una cosa idéntica, ¿debe el que hizo la adjuncion saapararlas para volver la misma á su propietario? Pensamos que no. El que emplea la materia ajena para unirla á la suya nunca está obligado, como hemos dicho ántes, á separarlas, salvo el caso del art. 2594. La indemnizacion con el equivalente de la cosa unida solo tiene lugar: 1º cuando es imposible devolver una cosa igual á la empleada y 2º cuando el dueño de la cosa empleada exige el pago de su equivalente. Debe tenerse presente que la imposibilidad de conseguir una cosa equivalente no debe consistir en que al que debe volverla le cueste muy caro conseguirlo, sino que sea materialmente imposible. Tratándose de una persona de mala fe, las consecuencias de su falta debe repararlas aunque le cuesten mas que el provecho obtenido, ésta es precisamente su principal pena.

**2597**—Cuando cosas secas ó fluidas de diversos dueños se hubiesen confundido ó mezclado, resultando una transformacion, si una fuese la principal, el dueño de ella adquiere el dominio del todo, pagando al otro el valor de la materia accesoría. (Concuerda con los arts. 2567—2594—2596.)

## CONCORDANCIAS

(L. 5, Tit. 1, Lib. 6, Dig., Maynz, § 190, al fin)—Pothier, Propiedad, n° 192—Cód. Frances, 574—Cód. Italiano, 472—Freytas, 4211 y 4213—Cód. Oriental, 704, § 3.

**Si una fuese la principal:** No se trata aquí de la especificacion ó trasformacion por medio de la industria, sino de una simple confusion de hecho como cuando se mezclan distintos vinos, harinas, etc., etc. Será cosa principal en este caso la de mayor valor (art. 2334). Véase Freytas, art. 4212, y Pothier, n° 173.

Es necesario no confundir la trasformacion, la adjuncion y la confusion.

En el primer caso, en que la cosa desaparece en sustancia (nota del codificador al art. 2567), la materia cede á la industria, art. 2567), salvo lo dicho en los arts. 2569 y 2570. En el se-



gundo, que es cuando las cosas conservan su sustancia (art. 2333), la que solo se une á la otra como complemento ó adorno cede á la complementada (arts. 2333 y 2594), salvo el caso del art. 2595. En el tercero, que es cuando para producir la nueva especie no se ha necesitado de industria alguna, sino del hecho material de la accesion, la de menor valor cede á la de mayor (art. 2334) pues que no hay industria á la cual pueda ceder la materia; pero podrá pedirse su separacion cuando ésta sea posible (art. 2598).

Cuando la mezcla ó confusion es de buena ó mala fe regirá lo dispuesto en los dos arts. siguientes, sin perjuicio de las acciones correspondientes contra el de mala fe por los daños y perjuicios, como queda dicho en el art. 2569, y nota del codificador al art. 2594.

**2598**—No habiendo cosa principal, y siendo las cosas separables, la separacion se hará á costa del que las unió, sin consentimiento de la otra parte. (Concuerda con los arts. 1109—2334—2595—2597.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4213, 2ª parte—Cód. Frances, 573, 1ª parte—Id. Oriental, 699—Laurent, tom. 6, n° 819—Cód. de Chile, 664—L. 34, Tit. 28, Part. 3ª

**Sin consentimiento de la otra parte:** Aunque la mezcla se haya hecho de buena fe regirá el mismo principio; pero si es de mala fe tendrá el dueño de la materia mezclada sin su consentimiento la accion de daños y perjuicios correspondientes.

El derecho de pedir la separacion es lo que establece la principal diferencia entre la mezcla ó confusion y la adjuncion (art. 2594).

**2599**—Siendo inseparables y no habiendo resultado nueva especie de la confusion ó mezcla, el dueño de la cosa unida sin su voluntad, puede pedir al que hizo la union ó mezcla el valor que tenía su cosa antes de la union. (Concuerda con los arts. 2594—2597.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de California, 913.

**El valor que tenía su cosa:** Puede tambien pedir la mezcla misma si su cosa era la principal (art. 2597). Debe tenerse



presente, que tanto en la adjuncion como en la confusion ó mezcla, el dueño de la cosa accesorio no tiene derecho á pedir la nueva especie aunque la mezcla ó confusion se haya hecho de mala fe. Ésta siempre queda del dueño de la principal ó del que hizo la mezcla, ó la adjuncion. (Nota del codificador al art. 2594, art. 2597 y argumento del 2600.)

**2600**—Si la confusion ó mezcla resulta por un hecho casual, y siendo las cosas inseparables, y no habiendo cosa principal, cada propietario adquiere en el todo un derecho proporcional á la parte que le corresponda, atendido el valor de las cosas mezcladas ó confundidas. (Concuerda con el art. 2675.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 573—Italiano, 471—Napolitano, 498—De Luisiana, 520—L. 34, Tit. 23, Part. 3ª—Inst., Lib. 2, Tit. 1, § 27—L. 5, Tit. 1, Lib. 6, Dig.)—Goyena, 422—Freytas, 4210, inc. 2, y 4213, inc. 2—Cód. de California, 912—Id. Oriental, 705—Ley 34, Tit. 23, Part. 3ª—Pothier, Propiedad, núms. 199 y 191.

**Y no habiendo cosa principal:** Si la hay, la mezcla pertenece al dueño de lo accesorio (art. 2597 y comentario al art. 2599).

**Cada propietario adquiere, etc., etc.:** En tal caso cada uno tendrá derecho á pedir la venta de la cosa.

Las relaciones de derecho de las partes se regirán por las reglas establecidas respecto al condominio.

## CAPITULO IV

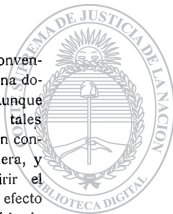
### De la tradicion traslativa de dominio

**2601**—Para que la tradicion traslativa de la posesion haga adquirir el dominio de la cosa que se entrega, debe ser hecha por el propietario que tenga capacidad para enajenar, y el que la reciba ser capaz de adquirir. (Concuerda con los arts. 577—738—739—1040 á 1045—2355—2377 á 2383—2392—2393—2399—2602—2603—2609—3265—4010.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. del Tit. 30, Part. 3ª—Maynz, § 192)—Cód. de Chile, 670—Id. Oriental, 731—Ley 46, Tit. 28, Part. 3ª—Pothier, Propiedad, núms. 194 y 218.

La tradicion, como dice muy bien el doctor Segovia, no es sino el medio de cumplir una obligacion de dar; pero puede



también en algunos casos ser el resultado, no de una convención, sino de una voluntad del momento de las partes; una donación manuable, por ejemplo (arts. 1815 y 1816), que aunque debe reunir ciertos caracteres esenciales de los contratos, tales como la capacidad, voluntad, etc., etc., no se necesita un contrato previo. Lo esencial es que haya una causa verdadera, y no falsa (art. 499) para que la tradición haga adquirir el dominio. Si esa causa es falsa la tradición no produce efecto alguno respecto á la extinción del dominio (art. 2602, Cód. de Chile, 677—Pothier, Propiedad, núms. 228 y siguientes).

**Por el propietario:** Esto obedece al principio romano: *nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Pero la tradición hecha por el que no es propietario queda válida con efecto retroactivo si el propietario consiente con posterioridad (arts. 1161, 1162 y sus concordantes).

La tradición puede hacerse también por medio de los representantes legales ó convencionales.

**Que tenga capacidad para enajenar:** Esta capacidad será determinada por las reglas especiales que rijan el acto jurídico que sirve de causa de la tradición. Así, si es venta deberá tener capacidad para enajenar por título oneroso con arreglo á las disposiciones del título correspondiente; lo mismo será si la causa de la tradición es una donación, una permuta, etc., etc. Á cada clase de acto habrá que aplicar las reglas especiales respecto á la capacidad de los contratantes. Estando esas reglas determinadas en otro lugar, nos parece inútil repetir las aquí.

**Ser capaz de adquirir:** La ley es ménos exigente respecto á la capacidad para recibir que cuando se trata de la capacidad para enajenar, porque los incapaces en general pueden mejorar su posición pero no empeorarla. (Véase nota del codificador al art. 1806.)

Por lo demás, la capacidad para adquirir será determinada también según la clase de contrato ó acto jurídico que dé causa á la tradición. (Véase Pothier, Propiedad, núms. 259 y siguientes.)

**2602**—La tradición debe ser por título suficiente para transferir el dominio. (Concuerda con los arts. 1180 y siguientes—2355—2378—2505—4009—4010—4012.)

## CONCORDANCIAS

(L. 31, Tit. 1, Lib. 41, Dig.—Pothier, Propiedad, núms. 229 y siguientes—Cód. de Chile, 675—Freytas, 3730, 3731 y 3736—Cód. Oriental, 731, inc. 3.

**Por título suficiente:** Es decir, en virtud de un acto jurídico, por ejemplo, una venta, una donacion, una permuta, etc., etc. Téngase presente lo dicho en el comentario al art. 2609, n° 1, y nota del codificador al art. 4010.

**2603**—Los únicos derechos que pueden trasmitirse por la tradicion son los que son propios del que la hace. (Concuerda con los arts. 2505—2601—3270 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

(L. 12, Tit. 34, Part. 7°—L. 54, Tit. 17, Lib. 50, Dig.—La L. 20, Tit. 1, Lib. 41, Dig. dice: *Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum qui accipit, quam est apud eum qui tradit: si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert: sic non habuit, ad eum qui accipit nihil transfert*)—Pothier, Propiedad, 219—Cód. de Chile, 682—Nuestro comentario al art. 2601.

El presente art. bien ha podido suprimirse por estar comprendida su parte dispositiva en el art. 2601, en las palabras: “debe ser hecha por el propietario”, y tambien en el art. 3270.

## CAPITULO V

## De la estincion del dominio

**2604**—El derecho de propiedad se estingue de una manera absoluta por la destruccion ó consumo total de la cosa que estaba sometida á él, ó cuando la cosa es puesta fuera del comercio. (Concuerda con los arts. 2337—2451—2453—2606 y sus concordantes—2934 y nota del codificador á dicho art. 3803, y nota al mismo.)

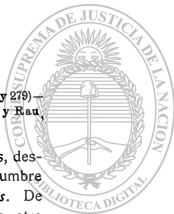
## CONCORDANCIAS

Cód. de California, 952, inc. 3—Aubry y Rau, § 220, notas 1 y 2—Freytas, 4055, inc. 1°, 4061, inc. 1, y 4963, inc. 1—Pothier, n° 264 y siguientes.

**Por la destruccion:** Pero se conserva sobre los restos de la cosa destruida. (Véase nota del codificador al art. 2934).

**2605**—La propiedad de los animales salvajes ó domesticados se acaba cuando recuperan su antigua libertad, ó pierden la costumbre de volver á la residencia de su dueño. (Concuerda con los arts. 2450—2527—2528—2544—2592.)





## CONCORDANCIAS

(L. 3, Dig., de adq. rer. dom.—Pothier, de la Propiedad, núms. 278 y 279)—Freytas, 4067 y 4272, inc. 1°—Nuestro comentario al art. 2502—Aubry y Rau, § 220, nota 3.

Debe tenerse presente que según los concordantes citados, después que el animal recupera su libertad ó pierde la costumbre de volver á la residencia de su dueño, se hace *res nullius*. De consiguiente, el dominio se pierde sin necesidad de que otro tome posesion desde que se deja de perseguir al animal salvaje escapado ó desde que pierde la costumbre de volver á casa de su antiguo dueño.

**2606**—El derecho de propiedad se pierde cuando la ley atribuye á una persona, á título de transformacion, accesion ó prescripcion, la propiedad de una cosa perteneciente á otra. (Concuerda con los arts. 2423—2451—2524, inc. 1, 2, 3, 5 y 7—2537—2567—2571—2572—2584—2587—2588—2924—3999—4016.)

## CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 220, n° 2—Pothier, Propiedad, n° 276—Freytas, 4272, inc. 4.

**La propiedad de una cosa perteneciente á otro:** El dominio es esclusivo (art. 2508); es decir, que dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa. De aquí se sigue que para que una persona adquiera el dominio de una cosa que ántes ha pertenecido á otro es indispensable que el primero la pierda. Con el art. 2508 y los concordantes citados nos parece innecesario el presente.

En los concordantes citados se atribuye la propiedad al transformador, especificador, etc., etc., y por el art. 2508, se hace la declaracion indicada. Por consiguiente, la consecuencia de que se forma este art. y la mayor parte de los que forman el presente capítulo son las mismas que se desprenden de la combinacion de los arts. citados. Sin necesidad de esas disposiciones espresas la jurisprudencia habria adoptado necesariamente los mismos principios.

**2607**—Se pierde tambien desde que se abandone la cosa, aunque otro aún no se la hubiese apropiado. Mientras que otro no se apropie la cosa abandonada, es libre el que fué el dueño de ella, de arrepentirse

del abandono y adquirir de nuevo el dominio. (Concuerda con los arts. 2343, inc. 5—2454—2525—2526—2527—2529—2530—2608.)

## CONCORDANCIAS

(LL. 1 y 2, Dig., *Pro derelict.*—LL. 49 y 50, Tit. 28, Part. 3<sup>a</sup>)—Freytas, 4272, inc. 2, y 4273—Pothier, *Propiedad*, n<sup>o</sup> 267—Aubry y Rau, § 220, nota 4—Nuestro comentario á los arts. 2605 y 2607—Aubry y Rau, § 168, nota 6.

**Desde que se abandone la cosa:** Por persona capaz de disponer de sus bienes por título gratuito. (Véase la observacion que hacemos en el comentario al art. 2606.)

**2608**—El que no tiene sino la propiedad de una parte indivisa de la cosa, puede abandonarla por la parte que tiene; pero el que tiene el todo de la cosa, no puede abandonarla por una parte indivisa. (Concuerda con los arts. 2405—2407 á 2409—2607—2676.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, *Propiedad*, núms. 268 y 269—L. 3, Dig., *Pro derelict.*)

**2609**—Se pierde igualmente el dominio por enajenacion de la cosa, cuando otro adquiere el dominio de ella por la tradicion en las cosas muebles, y en los inmuebles despues de firmado el instrumento público de enajenacion, seguido de la tradicion. (Concuerda con los arts. 577—592—594—595—1184, inc. 1<sup>a</sup>—1191—1416—1815—1816—2377 y siguientes—2381—2453—2601 á 2603—3265.)

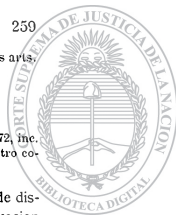
## CONCORDANCIAS

Freytas, 2474—Pothier, *Propiedad*, n<sup>o</sup> 265—Nota del codificador al art. 577—Fallos del Juez doctor Basualdo, tom. 1, p. 24—Ley 46, Tit. 28, y L. 6, Tit. 30, Part. 3<sup>a</sup>—Instituta, Lib. 2, Tit. 1, §§ 40 y 41—Véase nuestro comentario al art. 2511.

**Segunda de la tradicion:** Por nuestro derecho no basta el contrato de enajenacion para que aquel á quien se quiere transmitir la propiedad de una cosa adquiera derecho real sobre ella; mientras no se ha hecho tradicion, la relacion jurídica entre el enajenante y el adquirente es una obligacion de dar, que se resuelve en la de pagar daños y perjuicios si no se hace la tradicion.

Un principio romano dice: *Traditio nibus dominia rerum non multis pactis transferuntur.*

En virtud de este principio adoptado por nuestra ley civil el







adquirente solo puede exigir la entrega de la cosa desde que se firma el contrato, pero no puede por su propia voluntad tomar la cosa.

Hasta ese momento su dominio pertenece al enajenante (arts. 577 y 3265), lo mismo que el peligro de la cosa; tanto que si la vende á un tercero y le hace tradicion, ese tercero adquiere el dominio de ella, sin que el primer adquirente á quien no se le hubiera hecho tradicion pero que su escritura de trasmision era anterior pueda reivindicarla (art. 594, y nota del codificador al art. 577).

Solo queda en este caso una accion de daños y perjuicios contra el enajenante (art. 595).

Consecuencia de todo esto es el art. que estudiamos.

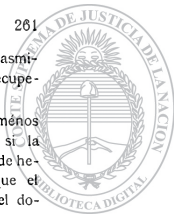
1º El art. 1417 declara que lo que aquí se dispone sobre la tradicion en general es aplicable á la tradicion de las cosas vendidas.

Ampliaremos aquí el estudio que en otra parte hemos hecho sobre ciertas condiciones indispensables para que la tradicion haga adquirir el dominio de la cosa transmitida.

Á mas de las exigidas por los arts. 2601 á 2603 para que el contrato de enajenacion seguido de la tradicion estinga definitivamente el dominio del tradente, es necesario el pago, siempre que se hubiera estipulado que éste fuera al contado.

Á diferencia de lo dispuesto en el art. 1432, en que, cuando la venta ha sido á *crédito*, el vendedor no puede desistir de la venta, sino exigir su precio (última parte del comentario á dicho artículo) en la venta *al contado* la condicion de pago en esta forma importa un pacto comisorio si se trata de inmuebles (en los muebles es prohibido el art. 1374), pacto que no necesita ser espreso cuando no se trata de venta á plazo. Es como debe entenderse lo que decimos en el comentario al art. 1374.

Si bien es cierto que en la enajenacion con pacto comisorio hay que demandar la resolucion del contrato y la entrega del inmueble que forma su objeto, como lo hemos dicho en el comentario á los arts. 1203 y 1375, esto no es precisamente porque el dominio se haya transmitido irrevocablemente y que en virtud de un convenio de las partes venga á disolverse con posterioridad, para lo cual es necesario una demanda judicial, sino que



la necesidad de la demanda es en razon de la posesion transmitida al adquirente, posesion que el enajenante no puede recuperar de su propia autoridad.

Esto sucede aun en caso de despojo en que no es ménos cierto que el despojado no pierde el dominio de su cosa si la demanda ántes del año; lo que prueba que aun despues de hecha la tradicion se conserva la propiedad de la cosa y que el demandar su entrega no es una prueba de la pérdida del dominio.

Una prueba mas de que para perder el dominio de la cosa enajenada es necesario el pago de su valor son las leyes de Partida y Romana, de las cuales no se ha separado nuestro Código en materia de tradicion (citadas en los arts. 577 y 1418).

La ley 46, tit. 28, Part. 3ª, por ejemplo, dice: "Apoderan unos omes á otros en sus cosas, vendiendogelas, ó dandogelas en dote, ó en otra manera, ó cambiándolas, ó por alguna otra derecha razon. É por ende decimos, que por tal apoderamiento como éste, que faga un ome á otro de su cosa, ó que lo faga otro alguno por su mandato, que pase el señorío de la cosa á aquel á quien apoderasse della.

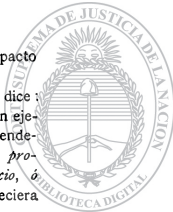
"*Empero*, si el que oviese vendido su cosa á otro, le apoderasse della, si el comprador non oviese pagado el precio, ó dado fiador, ó peño, ó tomado plazo para pagar; *por tal apoderamiento como este non passaria el señorío fasta que el precio se pagase.*"

El § 41, tit. 1, Lib. 2, Instituta, dice: *Venditæ vero res et traditæ, non aliter emptori adquiruntur quam si is venditori pretium solueri*".

Estas leyes citadas por el codificador en el art. 1418, á propósito de la obligacion del comprador de pagar el precio no dejan duda alguna de que es una condicion indispensable para adquirir el dominio por tradicion que el precio de la enajenacion haya sido satisfecha, cuando no se ha dado plazo.

Es tambien una confirmacion de lo que hemos dicho respecto al pago previo en las espropiaciones por causa de utilidad pública, en el comentario al art. 2511.

El último párrafo de la nota del codificador al art. 1432, en el hecho de hablar espresamente *de venta á plazo* da á entender que si es al contado regirá el principio opuesto, es decir,



que la enajenacion es bajo la condicion resolutoria del pacto comisorio.

Pothier, Propiedad, n° 239, siguiendo el derecho romano, dice: "Es una condicion particular á la tradicion que se hace en ejecucion de un contrato de venta, que la tradicion que el vendedor hace de la cosa vendida al comprador, *no trasfiere la propiedad á éste sino despues que se ha hecho efectivo el precio, ó haya satisfecho al vendedor el pago*; á ménos que no pareciera que el vendedor ha querido seguir la fe del vendedor".

"La razon es que aquel que vende al contado sin dar tiempo para el pago, es considerado poner tácitamente á la tradicion que hace, la condicion de que no la transferirá al comprador sino despues del pago."

Despues en el n° 241 agrega: "Esta condicion de pagar el precio no se sobrentiende sino cuando la venta ha sido hecha al contado, es decir, sin señalar plazo alguno para el pago".

Tal es lo que dispone nuestro art. 1432.

**2610**—Se pierde tambien por la trasmision judicial del dominio, cualquiera que sea su causa, ejecucion de sentencia, espropiacion por necesidad ó utilidad pública; ó por el efecto de los juicios que ordenasen la restitution de una cosa, cuya propiedad no hubiese sido trasmitida sino en virtud de un título vicioso. (Concuerda con los arts. 1050 á 1052—1324, inc. 1—1776—2511—2512—2604.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4283 y 4290—Ortolan, Generalizacion del derecho romano, n° 79, p. 105 y 106—Pothier, Propiedad, núms. 251 y 252—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 16, p. 279.

**Por la trasmision judicial del dominio:** Hemos dicho en el comentario al art. 2378, que cuando la enajenacion se hace en venta forzada por decreto del Juez á petition de los acreedores ó por cualquier otra causa, el decreto del Juez aprobando el remate es suficiente para que quede hecha la tradicion.

Las palabras que estudiamos vienen á confirmar esto, pues viene á legislar sobre un modo especial de trasmision distinto al de la tradicion de que habla el art. anterior.

"Las adjudicaciones, dice, Pothier, n° 251, que se hace en los tribunales son tambien una manera de adquirir segun el derecho civil."



"La adjudicacion trasfiere de *pleno derecho* á la persona á quien se adjudica el dominio de propiedad de la cosa que le ha sido adjudicada, con tal que esta persona á cuyo favor se ha hecho la adjudicacion pague el precio de la misma."

El doctor Segovia, nota 167, critica esta desviacion de los principios, como él llama, porque espone al adjudicatario *á los peligros de la cosa antes de entregársela*. ¿Qué otra cosa es la adjudicacion sino la entrega? La adjudicacion suple á la tradicion, y como la tradicion es la entrega, tenemos que la adjudicacion es tambien entrega; luego, el adjudicatario no puede decir que se le espone á los peligros de la cosa antes de serle entregada. Desde que se hace la adjudicacion, en su mano está entrar materialmente en posesion de su cosa. Esto equivale á cuando el vendedor en venta particular pone al comprador en presencia de la cosa para que disponga de ella.

Es claro que en la adjudicacion, como en la venta particular, para tomar la posesion material se necesita que no haya contradictor que se oponga á que el adquirente la tome (art. 2383). Si hay contradictor y el adjudicatario no entra por esta causa en posesion de la cosa adjudicada, los peligros mientras se deja libre no son ciertamente de cuenta del adquirente; es precisamente bajo esta condicion que se entiende que la transmision judicial se hace.

Pero cuando no hay estorbo, en manos del adjudicatario está recibir su cosa, para no esponerse á los peligros sin que entre á su poder.

---

## TÍTULO VI

### De las restricciones y límites del dominio

**2611**—Las restricciones impuestas al dominio privado solo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo. (Concuerda con los arts. 5—48, inc. 2—49—50—2341—2511—2512—2535—2542—2549—2621—2637—2639—2640—2642.)

#### CONCORDANCIAS

(Maynz, § 210—Zachariæ, § 316, nota 3—Marcadé, sobre el art. 689)—Nota (a) del codificador al Título XIII de este Libro—Pothier, Propiedad, n° 13—Baudry-Lacantinerie, tom. 1°, n° 1424.

**2612**—El propietario de un inmueble no puede obligarse á no enajenarlo, y si lo hiciera la enajenación será válida, sin perjuicio de las acciones personales que el acto puede constituir contra él. (Concuerda con los arts. 5—18—1197—1364—2337—2502—2513—2613.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 191, notas 14 y 15—L. 43, Tit. 5, Part. 5.

El presente art. es un caso de aplicación del art. 18, y una ampliación del 1364.

**2613**—Los donantes ó testadores no pueden prohibir á los donatarios ó sucesores en sus derechos, que enajenen los bienes muebles ó inmuebles que les donaren ó dejaren en testamento, por mayor término que el de diez años. (Concuerda con los arts. 1364—1802—2612—2694—3337, inc. 2—3598—3732—3781.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4279—Aubry y Rau, § 191, nota 15.

**Por mayor término que el de diez años:** Si la prohibi-



ción excede de este término ¿se tendrá por no escrita la condición ó se deberá reducir á diez años?

Creemos que el Código ha debido prever el caso ordenando su reduccion espresamente como lo hace en otros casos, como el del arrendamiento, por ejemplo (art. 1505). De este modo, sin faltar al mandato de la ley, se habria cumplido en parte, y del único modo legalmente posible la voluntad del donante ó testador, conciliando así la voluntad de éstos con la del legislador.

Pero no hay ningun testo que autorice semejante reduccion. Por el contrario, están los arts. 3732 y 3781, que legislan idénticos casos al del presente, por los cuales se ordena que la condición se tenga como no escrita y sin efecto alguno, y el art. 3608 y nota del mismo, va hasta anular la disposicion testamentaria que tenga alguna condición, legalmente imposible. (Véase la conciliación que hacemos en el comentario al art. 3608, entre el mismo y los arts. 3732 y 3781.

El doctor Segovia (nota 3 al art. que estudiamos), cree que si la prohibición de enajenar es por mas tiempo que el de diez años debe limitarse á dicho término. Mirada la cuestión en abstracto y prescindiendo del testo espreso de nuestro Código, encontramos muy racional la opinion del doctor Segovia; pero es el caso que cuando no se trata de emitir libremente el juicio sobre un punto de derecho, sino cuando se está ligado por una ley á la cual hay que darle el sentido que el legislador ha querido, no se le puede hacer decir al legislador lo que uno cree que ha debido decir. La interpretación de la ley debe ser como es ésta y no como ha debido ser.

Nosotros distinguimos siempre el espíritu de la ley de lo que particularmente podemos pensar sobre un punto de derecho. Podemos no estar de acuerdo con el legislador; pero entonces emitimos nuestra opinion particular independientemente de la que, como intérpretes, estamos obligados á emitir sobre el punto legislado.

En el caso propuesto, nuestra opinion es que el legislador ha debido adoptar el temperamento que cree el doctor Segovia que ha adoptado, pero pensamos que no lo ha hecho.

El mismo doctor Segovia declara que el art. que estudiamos está en contradicción con el 3781, y que el 3732 debe esplicarse por el presente. Esa misma contradicción que nota ha debido





hacer pensar al doctor Segovia que su interpretacion no puede ser la que el legislador ha dado á estas tres disposiciones.

Toda contradiccion desaparece con la interpretacion que legítimamente se desprende de la combinacion de dichos artículos.

Hasta la colocacion en que están esos arts., demuestran su alcance. En efecto: en el presente título se trata de las restricciones que en principio general tiene el dominio de las cosas; como principio general dice el art. que estudiamos que el donante ó testador no pueden disponer que los bienes donados ó legados sean inenajenables por mas tiempo que el de diez años. Este es el principio general; vienen despues los títulos que hablan especialmente de la institucion de herederos y de los legados. ¿Qué dice en esos títulos? Que cuando se ha faltado al principio general puesto en el título correspondiente, imponiendo una condicion que debe durar mas tiempo que el ordenado, "*la cláusula de no enajenarse se tendrá por no escrita*" (son las palabras del testo del art. 2781). *Son de ningun valor las disposiciones del testador . . . por las que el testador declare inenajenable el todo ó parte de la herencia*, dice el art. 3732.

Con estos arts., no es posible, sin faltar á la regla de sana interpretacion, decir que en caso de faltarse al art. que estudiamos deba resolverse lo contrario de lo que los artículos copiaditos dicen. Esto sería, declarar en contradiccion dos arts. del mismo Cód. por una mera interpretacion.

La ley debe interpretarse por la ley misma, ha dicho Zachariæ; este es un principio reconocido por todos. Si no interpretamos el Código por el Código mismo nunca llegaremos á tener una jurisprudencia sana, ni se podrá formar opinion segura sobre los defectos á corregir en el Código. Hagamos notar los defectos de la ley, y llegará dia en que se corrija; pero mientras exista como tal es muy peligroso estar declarando en contradiccion una disposicion con otra, porque el legislador no ha pensado como el que interpreta su obra.

Repetimos: no hay testo alguno que autorice decir que cuando la prohibicion de enajenar sea por mas de diez años deba reducirse á este término; que una interpretacion semejante estaría en contradiccion con los arts. 3732 y 3781, citados.

**2611**—Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre

ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan á mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposicion; ni hacer en ellos vinculacion alguna. (Concuerda con los arts. 2502—2503—2828—3732.)

## CONCORDANCIAS

Goyena, 1547 y su comentario—Cód. de California, arts. 3227—Cód. Oriental, —Notas del codificador á los arts. 1505, 2070, 2502—Comentario al art. 2503—Ley de redencion de Capellanías de Córdoba, dictada en 1878—Id. de Mendoza, de 1878—Id. de la provincia de Buenos Aires.

**2615**—El propietario de un fundo no puede hacer excavaciones ni abrir fosos en su terreno que puedan causar la ruina de los edificios ó plantaciones existentes en el fundo vecino ó de producir desmoronamientos de tierra. (Concuerda con los arts. 2621—2624.)

## CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 3, n° 227—Duranton, tom. 5, n° 364—Aubry y Rau, §§ 194 y 198)—Freytas, 4290, iic. 3—Cód. Frances, 674—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1530—Goyena, comentario al art. 525—Cód. Oriental, 574.

Creemos con el doctor Segovia, que este art. ha podido quedar reasumido en el art. 2621; y aun el 2624 ha podido ser una agregacion de éste.

La accion para quejarse en el caso de los dos arts. será la de obra nueva, art. 2499.

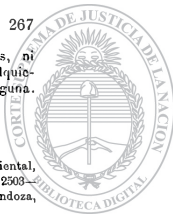
**2616**—Todo propietario debe mantener sus edificios de manera que la caída ó los materiales que de ellos se desprendan no puedan dañar á los vecinos ó transeúntes, bajo la pena de satisfacer los daños ó intereses que por su negligencia les causare. (Concuerda con los arts. 1133, incs. 1 y 2—1136.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, 636)—Freytas, 4231 y 4232, inc. 1°—Cód. Oriental, 582—Nota del codificador al art. 1111.

**No puedan dañar á los vecinos ó transeúntes:** Unos y otros tienen personeria para denunciar el peligro y pedir las medidas conducentes á prever el mal. (Véase Escriche, palabra *Denuncia de obra nueva*—Véase tambien art. 1110.)

**2617**—El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad. (Concuerda con los arts. 2502—2518—2519.)







## CONCORDANCIAS

Freytas, 4281—Nuestro comentario al art. 2521—Nota del codificador al art. 2502.

La razon de este art. está en la nota citada del codificador.

**2618**—El ruido causado por un establecimiento industrial debe ser considerado como que ataca el derecho de los vecinos, cuando por su intensidad ó continuidad, viene á ser intolerable para ellos, y escede la medida de las incomodidades ordinarias de la vecindad. (Concuerda con los arts. 1133, inc. 7—2514 y sus concordantes—2619—2620.)

## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 12, n° 658—Aubry y Rau, § 194, nota 7)—Laurent, tom. 6, n° 147.

**Viniere á ser intolerable para ellos:** Esta clasificacion queda al arbitrio del Juez, quien apreciará la razon de la queja por las circunstancias especiales en cada caso particular (Laurent, tom. 6, n° 147).

**2619**—Aunque la obra, ó el establecimiento que cause perjuicio al vecino, hubiese sido autorizado por la administracion, los jueces pueden acordar indemnizaciones á los vecinos, mientras existan esos establecimientos. Lo indemnizacion se determina segun el perjuicio material causado á las propiedades vecinas, y segun la disminucion del valor locativo ó venal que ellas sufran. (Concuerda con los arts. 1069 y su comentario—1110—1133, inc. 7—2618.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 194, notas 12 á 15—Demolombe, tom. 12, n° 653)—Laurent, tom. 6, núms. 148 y 152.

**Y segun la disminucion del valor locativo ó venal que ellas suponen:** De modo que el Juez al ordenar la indemnizacion debe tener en cuenta tres clases de daños: 1° la pérdida material y actual que el vecino ha sufrido; 2° la pérdida futura, es decir, la disminucion de la renta que con el alquiler de su casa tendrá el vecino, comparado con lo que ántes del establecimiento le daba ó podia darle el inmueble, y 3° la depreciacion ó el ménos valor que representa el inmueble despues de planteado el establecimiento.



Estas tres clases de daños deben repararse no solo en el caso del art. 2618, sino tambien en los casos análogos, tales como los de los arts. 2621 y 2625, cuando estos trabajos fueran autorizados, y en general siempre que con cualquier clase de establecimiento puedan hacerse estos perjuicios. Así lo declara tambien la nota del codificador al art. que estudiamos y autores citados—Véase tambien art. 1133, incs. 3 á 7.

¿Cómo se determinará el daño en cada caso? En el primero, la cuestion es muy sencilla; se trata de un perjuicio actual y positivo, cuyo valor material es fácil determinarse por peritos.

No sucede así en el segundo caso; el Juez no puede prever hasta qué tiempo durará el perjuicio, y si hoy será igual á mañana, pues se trata de perjuicios futuros, como es la disminucion del valor locativo de un inmueble que puede aumentar ó disminuir.

“En este caso, dice Laurent, tom. 6, nº 152, debe limitar la condenacion subordinándola á la condicion de que el estado actual de cosas subsistirá, y acordando á las partes el derecho á pedir una modificacion para lo futuro en el monto de la indemnizacion.” Esto nos parece muy racional. Queda todavía la dificultad de resolver cómo se hace el pago; ¿por una sola vez? ¿periódicamente? Aubry y Rau, § citado, nota 15, dicen que el modo mas equitativo, racional y el que generalmente siguen los tribunales, es el de hacer pagar por anualidades el daño causado por la disminucion de valor locativo.

Nos parece el mejor temperamento. Hecha la diferencia entre el arrendamiento que ántes daba la cosa y el que actualmente puede dar, no por causas generales, sino en razon de la vecindad con el establecimiento de la fábrica ó casa que ocasiona el perjuicio, se ordena su pago por anualidades ó por mensualidades, que sería mas justo, sin perjuicio de que las partes puedan reclamar un aumento ó disminucion para lo futuro.

**2620**—Los trabajos ó las obras que sin causar á los vecinos un perjuicio positivo, ó un ataque á su derecho de propiedad, tuviesen simplemente por resultado privarles de ventajas que gozaban hasta entónces, no les dan derecho para una indemnizacion de daños y perjuicios. (Concuerda con los arts. 936—1071—2514.)

## CONCORDANCIAS

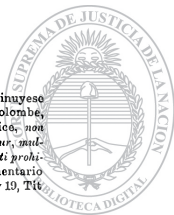
(Por ejemplo, la elevacion de un edificio que privase del sol, ó disminuyese la luz—L. 25, Tit. 32, Part. 3ª—LL. 8 y 9, Cód. Romano, *De servit.*—Demolombe, 12, n° 647—Aubry y Rau. § 194—La Ley Romana da la razon: *Quia, dice, non debeat videri is damnum facere qui eo veluti lucro quo adhuc utebatur, prohibetur, multumque interesse, utrum damnum quis faciat, an lucro quod adhuc faciebat uti prohibeatur*—L. 26, Tit. 2, Lib. 30, Dig.)—Laurent, tom. 6, n° 142—Nuestro comentario al art. 2514 y sus concordancias—Nota del codificador al art. 2611—Ley 19, Tit. 32, Part. 3ª.

**Un perjuicio positivo, ó un ataque á su derecho de propiedad:** Hemos dicho en el comentario al art. 2514, que no era el perjuicio positivo por sí solo el que imponía la obligacion de reparar el daño, y que era necesario un ataque al derecho de otro para que diera lugar á la accion. En este sentido deben tomarse las palabras que estudiamos; es en el sentido que todos han tomado la ley romana citada por el codificador. (Véase Aubry y Rau, § citado, nota 16.)

Es sabido que el derecho de propiedad de uno está limitado por el derecho de otro; así, aunque haya daño positivo y aunque al mismo tiempo se afecta el derecho de otro, no hay perjuicio qué reparar si el que lo hace tiene derecho para ello. La ley 18, tit. 32, Part. 3ª, trae dos ejemplos notables de uno y otro caso. “Molino aviendo, dice la citada ley, alguno ome en que se fiziesse farina ó Aceña para pisar paños: si alguno quisiesse fazer otro Molino ó Aceña en aquella misma agua acerca de aquél, puédelo fazer en su eredad ó en suelo que sea de término del Rei. . . . .

“Pero debe esto ser fecho de manera que el corrimiento del agua *no se embargue al otro*; mas que la haya libremente segun que era ántes acostumbrada á correr: *é faziendo desta guisa non lo puede el otro defender nin embargar que non lo faga; maguer diga que su molino valdria menos de renta*, por razon desto que fiziessen nuevamente. Esso mismo deben fazer del forno que fiziessen nuevamente.”

En los ejemplos puestos, en primero, habria un verdadero ataque al derecho de otro, pues que daba por resultado parar el molino sin derecho para ello (si es que por otro motivo no lo tenía); en el segundo habria un perjuicio por la privacion de la ventaja de ser esclusivo, pero como esta circunstancia, la de





ser exclusivo, no constituye en sí un derecho que excluya el de otro, el dueño del nuevo molino no comete ningún ataque á la propiedad con su establecimiento.

Otro ejemplo hay en la Ley 19 del mismo título y partida citada por el codificador en el art. 2514, respecto al pozo que uno abre en su terreno y seca el agua del vecino. (Véase nuestro comentario al art. 2637.)

**2621**—Nadie puede construir cerca de una pared medianera ó divisoria, pozos, cloacas, letrinas, acueductos que causen humedad: establos, depósitos de sal ó de materias corrosivas, artefactos que se mueven por vapor ú otras fábricas, ó empresas peligrosas á la seguridad, solidez y salubridad de los edificios, ó nocivas á los vecinos, sin guardar las distancias prescritas por los reglamentos y usos del país, todo sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior. Á falta de reglamentos, se recurrirá á juicio de peritos. (Concuerda con los arts. 1133, incs. 4 y 5—1611—1615—2624—2625.)

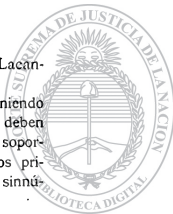
#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 674—De Luisiana, desde 688 á 691—Holandes, 703—Napolitano, 595—Italiano, 573 y 574—Proyecto de Goyena, 525—La L. 19, Tit. 2, Lib. 8, Dig., dispone sobre los acueductos que causen humedad á la pared—La L. 17, Tit. 5, Lib. 8, Dig., sobre los estercoleros ó muladares. El progreso de las artes hace que las previsiones de las leyes no pueden circunscribirse á casos y límites ciertos)—Freytas, 4232, incs. 2 á 6, y 4233—Oriental, 574—De Chile, 856—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1533—Laurent, tom. 6, núms. 146 á 151—De molombe, tom. 11, núms. 516 y siguientes.

**Medianera ó divisoria:** Creemos que se refiere aquí tanto á las paredes que son propiedad de ambos vecinos como á las que pertenecen á uno solo de ellos aunque éste sea el mismo dueño de la fábrica (Goyena citado). El peligro para el vecino existe de todos modos, pues si con el trabajo se pone en peligro de caerse la pared medianera aunque uno sea el que la haya de rehacer, el vecino queda espuesto á las consecuencias.

Esto no es decir que los vecinos puedan pedir indemnización ó que se tomen medidas precaucionales, por temores de peligros futuros que á juicio de peritos no sean inminentes.

Así, en el caso propuesto, si la humedad de la pared (cuando es exclusiva del que causa la humedad), no constituye un



peligro inminente de que se caiga, creemos con Baudry-Lacantinerie, que no habrá lugar á reclamo.

1º La aplicacion del presente artículo debe hacerse teniendo en cuenta que si los propietarios tienen derechos que deben ser respetados la industria tiene sus exigencias que deben soportarse, y que si se quisiera conservar en todo su rigor á los primeros, como dice una Corte francesa, el ejercicio de un sinnúmero de industrias sería imposible en las ciudades.

Hay ciertas incomodidades consiguientes á la vecindad con un establecimiento industrial que es necesario soportarlas sin demandar reparacion; por ejemplo, los hoteles despiden un olor peculiar que es bastante incómodo para los vecinos. Semejante clase de molestias no pueden dar lugar á indemnizacion.

Otra cosa que los jueces deben tambien tomar en cuenta cuando se trata de resolver cualquier conflicto de estos, es si el mal se puede remediar sin inconveniente para la marcha del establecimiento perjudicial ó no; cuando se puede remediar aun que sea con algun gasto es preferible ordenar que se haga antes de hacer soportar al vecino una incomodidad.

**Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior:**

Y no obstante la autorizacion dada por la autoridad para tales establecimientos (art. 2619).

**2622**—El que quiera hacer una chimenea, ó un fagon ú hogar, contra una pared medianera, debe hacer construir un contramuro de ladrillo ó piedra de diez y seis centímetros de espesor. (Concuerda con los arts. 2623—2731.)

CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 689)—Las del art. siguiente.

Téngase presente que el humo lanzado por estas chimeneas (aunque sean indispensables por el uso ordinario), al fondo vecino dará lugar á reclamo para obligar á los propietarios á levantarlas mas ó que hagan otros trabajos para impedir el perjuicio (art. 2625).

Véase lo dicho sobre el art. siguiente.

**2623**—El que quiera hacer un horno á fragua contra una pared medianera, debe dejar un vacío ó intervalo, entre la pared y el horno ó

fragua de diez y seis centímetros. (Concuerda con los arts. 2622—2731.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 690—L. 13, Tít. 2, Lib. 8, Dig.—L. 5, Dig., *De semit.*

El presente art. y el anterior han podido referirse á los reglamentos del país, como lo hace el 2621, y refundirse en el 2731.

**2621**—El que quiera hacer pozos, con cualquier objeto que sea, contra una pared medianera ó no medianera, debe hacer un contramuro de treinta centímetros de espesor. (Concuerda con el art. 2621.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. de Luisiana, art. 691.)

Este art. ha podido suprimirse por estar comprendido en el art. 2621, agregándole las palabras *ó no medianera*, que aquí significan que la pared no es de los dos vecinos, sino de uno solo (art. 2717, argumentos del art. 2736), suprimiendo, en virtud de lo dicho por el codificador en la nota al art. 2615 y lo dispuesto en el 2621 que habla también de pozos en general, la reglamentación de la distancia á guardar.

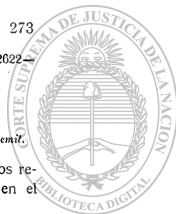
**2625**—Aun separados de las paredes medianeras ó divisorias, nadie puede tener en su casa depósitos de aguas estancadas que puedan ocasionar exhalaciones infestantes, ó infiltraciones nocivas, ni hacer trabajos que trasmitan á las casas vecinas gases fétidos, ó perniciosos que no resulten de las necesidades ó usos ordinarios; ni fraguas, ni máquinas que lancen humo excesivo á las propiedades vecinas. (Concuerda con los arts. 1133, incs. 3 y 4—2619—2621.)

## CONCORDANCIAS

Demolombe, tom. 12, n° 265—Freytas, 4292, incs. 2 y 3—Laurent, tom. 6, n° 146.

**Nadie puede tener en su casa, etc., etc.:** ¿Pueden los jueces mandar suprimir estas obras prohibidas por el Código civil cuando han sido autorizadas por el poder administrativo? Pensamos que sí.

Las provincias no pueden legislar sobre puntos decididos en





un Cód. general; y aun en los casos en que las provincias se encuentran autorizadas para legislar las materias contenidas en el Código nacional, reglamentando sus disposiciones, deben hacerlo so pena de nulidad, con entera conformidad á sus principios; y al solo efecto de prestarles fuerza y eficacia, facilitando su ejecucion. (Véase un notable escrito del doctor Gerónimo Cortés, publicado en el tom. 1º de sus vistas fiscales, á propósito de una concesion de agua contraria á las disposiciones del Cód. civil, p. 496 y siguientes, cuyas argumentaciones son aplicables al punto que estudiamos.

**Humo escesivo:** Véase lo que hemos dicho en el comentario al art. 2621, nº 1, y en el 2622, y Laurent, lugar citado.

Si ese humo no se puede evitar, los vecinos tendrán derecho de pedir la supresion de la fábrica de que sale, en caso de que por medio de una indemnizacion no se pueda remediar el mal.

**2626**—El propietario del terreno contiguo á una pared divisoria puede destruirla cuando le sea indispensable ó para hacerla mas firme, ó para hacerla de carga, sin indemnizacion alguna al propietario ó condómino de la pared, debiendo levantar inmediatamente la nueva pared. (Concuerda con los arts. 1520—2620—2733 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. de California, 1115 y 1116.

**Puede destruirla cuando le sea indispensable para hacerla mas firme:** En este caso la nueva pared tiene que ser hecha á costa del que la necesita, y si necesita enancharla lo hará tomando de su terreno (art. 2733). En tal caso queda medianero hasta la altura del antiguo (art. 2734) si es que ántes era medianero; y sino podrá adquirir la medianería del todo ó solo de la parte aumentada con respecto á la altura de la antigua pared (art. 2735.)

Pero si la pared que es necesario voltear no es medianera, deberá previamente adquirir la medianería, pues no podría voltearla sin este requisito. (Véase art. 2736).

Téngase presente lo dicho en el comentario al art. 2733.

**2627**—Si para cualquier obra fuese indispensable poner andamios, ú otro servicio provisorio en el inmueble del vecino, el dueño de éste no

tendrá derecho para impedirlo, siendo á cargo del que construyese la obra la indemnizacion del daño que causare. (Concuerda con [los arts. 1520—2516—2520—3077.]

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4235.

**La indemnizacion del daño que cause:** Esta indemnizacion no es puramente por el hecho de poner los andamios, pues este derecho se lo concede la ley gratuitamente, sino por otros perjuicios que puedan causar los trabajadores, como rotura de plantas, etc., etc., ó cualquier otro gasto que los trabajos ocasionen al dueño del suelo en que se ponen los andamios (art. 3077.)

El propietario tendrá derecho á exigir que la obra no se paralice, y que termine lo mas pronto posible.

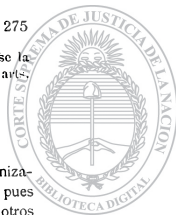
Creemos que la indemnizacion debe estenderse tambien al caso en que el dueño del terreno en que se ponen los andamios se ve obligado, como en el caso del art. 1520, á pagar al locatario los perjuicios de la inutilizacion de una parte del fundo arrendado. No sería justo que por trabajos que no son suyos se viese obligado á hacer desembolsos; este es un perjuicio que el dueño de la obra debe indemnizar con arreglo á lo prescrito en la parte que estudiamos.

**2628**—El propietario de una heredad no puede tener en ella árboles sino á distancia de tres metros de la linea divisoria con el vecino, sea la propiedad de éste predio rústico ó urbano, esté ó no cercado, ó aunque sean ambas heredades de bosques. Arbustos no pueden tenerse sino á distancia de un metro. (Concuerda con los arts. 1133, inc. 2—2629—2745.)

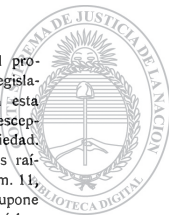
## CONCORDANCIAS

(Véase Cód. Frances, art. 671—Italiano, 579—Holandes, 713—Napolitano, 592—Marcadé, sobre el art. 671—Demolombe, tom. 11, núms. 488 y 490—Duranton, tom. 5, n° 386—Aubry y Rau, § 197, letra A.)—Goyena, 526—Cód. Oriental, 575—Freytas, 4247—Cód. de California, 1124—Mourlon, tom. 1, núms. 1770 á 1772—Nuestro comentario al art. 2745—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1521 y siguientes.

**A distancia de tres metros:** Si están á ménos distancia, ¿puede el vecino obligar al dueño que los arranque, sin necesidad de probar un perjuicio?







Pensamos que sí. La razón está en la ley misma; al prohibir que se planten á ménos distancia es porque el legislador ha supuesto que los árboles serian perjudiciales sin esta precaucion; esta es la única razón en que se funda la escepcion contenida en este art. al derecho absoluto de propiedad. Supone que los árboles á ménos distancia, estendiendo sus raíces al fundo vecino se alimentarían de él (Demolombe, tom. 11, n° 503). Luego, pues, los árboles á ménos distancia se supone que hacen daño sin necesidad de probarlo, y hay derecho á hacerlos sacar. (Véase última parte del art. 2629—Cód. de California, 1125). Freyts es terminante al respecto (art. 4248).

1º Respecto á la vegetacion menor, no hay prohibicion alguna y como se puede hacer todo lo que no está prohibido ó que entra en el derecho absoluto de propiedad, tenemos que estas plantas podrán ponerse á cualquier distancia, con tal que no se causen perjuicios por la humedad á la pared divisoria.

**2629**—Si las ramas de algunos árboles se estendiesen sobre las construcciones, jardines, ó patios vecinos, el dueño de éstos tendrá derecho para pedir que se corten en todo lo que se estendiesen en su propiedad; y si fuesen las raíces las que se estendiesen en el suelo vecino, el dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo, aunque los árboles en uno y otro caso estén á las distancias fijadas por la ley. (Concuerda con los arts. 2516—2517—2518.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 28, Tit. 15, Part. 7ª, y véase L. 1, § 2, Tit. 27, Lib. 43, Dig.—Código Frances, art. 672—Italiano, 581—Napolitano, 593—Holandes, 714)—Goyena, 527—Freyts, 4249—Cód. de Chile, 942—Oriental, 576—De California, 1126—Mourlon, tom. 1, n° 1773—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1526 y siguientes.

**El dueño del suelo podrá hacerlas cortar por sí mismo :**  
Sin necesidad de dar aviso alguno; es lo mismo que en el caso del art. 2517. Respecto á las ramas sucede lo contrario; es necesario pedir que se corten, y si el propietario no lo hace voluntariamente, el Juez lo ordenará ó facultará al vecino para que las corte. (Véase la razón de esto en el comentario de Goyena al art. 527.)

**2630**—Los propietarios de terrenos ó edificios están obligados, después de la promulgacion de este Código, á construir los techos que en adelante hicieren, de manera que las aguas pluviales caigan sobre su

propio suelo, ó sobre la calle ó sitios públicos, y no sobre el suelo del vecino. (Concuerda con los arts. 2648—3094 á 3096.)

## CONCORDANCIAS

(L. 2, Tit. 31, y L. 13, Tit. 32, Part. 3.—Cód. Italiano, art. 591—Frances, 681—Holandes, 700—De Luisiana, 694—Napolitano, 602—Pardessus, *Servidumbres*, tom. 1, n° 202—Aubry y Rau, § 195)—Goyena, 534—Freytas, 4243 y 4244—Cód. Oriental, 581, 2ª parte—De California, 1133—Mourlon, tom. 1, núms. 1799 y 1800.

**Sobre su propio suelo:** Aun despues de caidas no pueden hacerse descender á los terrenos inferiores (art. 2648). Cada propietario deberá hacer trabajos para que esas aguas caidas de los techos salgan á las calles ó sitios públicos.

No estando los terrenos inferiores sujetos á recibir esas aguas (art. 2634 y 2648) y no siendo las mas veces posible que cada propietario las detenga en su propio fundo, solo queda la via pública para recibirlas.

**Sobre las calles ó sitios públicos:** Guardando los reglamentos municipales sobre el modo de descender.

Véase comentario al art. siguiente.

**2631**—Cuando por la costumbre del pueblo, los edificios se hallen contruidos de manera que las goteras de una parte de los tejados caigan sobre el suelo ajeno, el dueño del suelo no tiene derecho para impedirlo. Una construccion semejante no importa una servidumbre del predio que recibe las goteras, y el dueño de él puede hacer construcciones sobre la pared divisoria que priven el goteraje del predio vecino, pero con la obligacion de hacer las obras necesarias para que el agua caiga en el predio en que ántes caia. (Concuerda con los arts. 17—2514—2516—3037 á 3039—Véase 3096.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 2, Tit. 31, Part. 3ª)—Freytas, 4245 y 4246—Cód. Oriental, 581, 1ª parte—Mourlon, tom. 1, n° 1800—Goyena, comentario al art. 534.

**No importa una servidumbre:** De modo que si se voltea el edificio antiguo y se construye uno nuevo, será con arreglo á lo ordenado en el art. anterior. Ese art. al ordenar que los edificios que se construyan despues de la promulgacion del Cód. tengan tales ó cuales condiciones no viene á dar á la ley un efecto retroactivo contra derechos adquiridos, puesto que no los hay en el caso legislado segun el que estudiamos.





**En el predio que ántes caía:** Si es en el mismo que caen actualmente podrá hacer los trabajos necesarios para que le sea lo ménos perjudicial posible el goteraje, ya que no puede prohibirlo mientras exista el edificio.

**2632**—El propietario de una heredad por ningún trabajo ú obra puede hacer correr por el fundo vecino las aguas de pozos que él tenga en su heredad, ni las del servicio de su casa, salvo lo que en adelante se dispone sobre las aguas naturales ó artificiales que hubiesen sido llevadas, ó sacadas allí para las necesidades de establecimientos industriales. (Concuerda con los arts. 2633—2634—2635—2647—2648—2650—2651—2652—2653—3097 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 5, n° 154—Pardessus, tom. 1, n° 82)—Freytas, 4253, incs. 1, y 3—Aubry y Rau, § 195, notas 1 y 2—Cód. de California, 1071.

**Salvo lo que en adelante, etc., etc.:** Véase arts. 2648 y 2650, y su comentario, y 3097.

Los concordantes de este art. están íntimamente ligados á la parte dispositiva del presente, y es necesario tenerle presente para su aplicacion práctica; unos con otros se complementan.

**2633**—El propietario está obligado en todas circunstancias á tomar las medidas necesarias para hacer correr las aguas que no sean pluviales ó de fuentes, sobre terreno que le pertenezca ó sobre la vía pública. (Concuerda con los arts. 2341—2632—2634—2647—2653.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 195, p. 150—Freytas, 4252.

Con los concordantes citados nos parece inútil el presente art., por ser una consecuencia necesaria de ellos.

Así, por el art. 2630, se obliga al propietario á hacer los trabajos necesarios para que las aguas de los techos no descieran sobre la propiedad del vecino; el 2634 prohíbe hacer trabajos por los cuales las aguas pluviales corran hácia el fundo vecino que no está obligado á recibirlas; el 2647 habla de aguas que *naturalmente* descieran de terrenos superiores, es decir, sin trabajos hechos por el hombre; el 2648 viene á ser una limitacion del 2647, y por consiguiente, una ampliacion de lo dicho en el que estudiamos y en los concordantes citados.

Véase nota 28 del doctor Segovia á este artículo.

**2634**—El propietario de una heredad no puede por medio de un cambio que haga en el nivel de su terreno, dirigir sobre el fundo vecino las aguas pluviales que caian en su heredad. (Concuerda con los arts. 2632—2647—2650.)

## CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 155, nota 3—Cód. de California. 1134—Oriental, 520.

**Dirigir sobre el fundo vecino:** Solo las aguas que naturalmente descienden está obligado á recibir el fundo vecino (art. 2647). Pero el presente art. tiene la escepcion contenida en el 2650. (Véase Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1428.)

**2635**—Las aguas pluviales pertenecen á los dueños de las heredades donde cayesen, ó donde entrasen, y les es libre disponer de ellas, ó desviarlas, sin detrimento de los terrenos inferiores. (Véase art. 2636.)

## CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 318, nota 2)—Freytas, 4270.

**O desviarlas:** Pero no podrá dirigirlas á un fundo vecino por donde no corrian ántes. Tampoco tendrá derecho para hacerlas atravesar á otro terreno con el objeto de aprovecharlas en terrenos de mas abajo; el dueño de los terrenos por donde pasa pueden disponer de ellas. No es, por consiguiente, aplicable aquí lo dispuesto en los arts. 3082 y siguientes, respecto de las aguas que brotan de la tierra.

Las aguas naturales, á diferencia de las que brotan de la tierra, especialmente cuando estas últimas son de propiedad particular (art. 2637), pertenecen al dueño de la heredad donde caen ó donde entran, como dice este art., y son aprovechables por ellos siempre que con los trabajos que se hagan para detenerlas no perjudiquen á los terrenos superiores (art. 2651).

**Sin detrimento de los terrenos inferiores:** Como los fundos inferiores están obligados á recibir las aguas que desciendan de los superiores (art. 2647, argumento de la última parte del 2648 y art. 3097 y concordantes), el art. trata en este caso de hacer ménos perjudicial esta servidumbre. Para el efecto, al propietario de este último no le es permitido dirigir las aguas de modo que atravesen por una parte en que puedan ser perjudiciales al fundo inferior (art. 2653). En caso de disconformi-





dad, el Juez determinará el punto del desagüe, tratando de conciliar los intereses de uno y otro. (Véase art. 3098.)

**2636**—Todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, ó que corran por lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido. (Véase art. anterior.)

#### CONCORDANCIAS

(Troplong, Prescripción, n° 147—Demolombe, tom. 5, n° 159—Zachariæ, § 318, nota 6)—Freytas, 4271.

**Aunque sea desviando su curso natural:** Con tal que con ello no se estorbe la vía pública, no se agrave con esto la carga del fundo inferior, ó no se falte de algun modo á los reglamentos municipales.

**2637**—Las aguas que broten en los terrenos privados, pertenecen á los dueños de éstos, y pueden libremente usar de ellas, y mudar su dirección natural. El simple hecho de correr por los terrenos inferiores, no da á los dueños de éstos, derecho alguno. Pero si ellas fuesen el principal alimento de un río, ó fuesen necesarias á algun pueblo, están sujetas á espropiación por utilidad pública. (Concuerda con los arts. 2340, inc. 3—2350—2511—2611—2620 y sus concordantes—2638—3082—3103.)

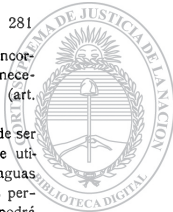
#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 318, nota 1—Toullier, tom. 3, núms 131 y siguientes—Duranton, tom. 5, núms. 174, véase Ley 1, Tit. 28, Part. 3°)—Nota del codificador al 2514—Aubry y Rau, § 194, nota 18—Cód. Frances, 641—Id. Oriental, 529—Goyena, comentario al art. 525—Freytas, 4259 á 4261—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1433—Goyena, 488, 1° parte.

**Que broten en los terrenos privados:** Sea que esto suceda naturalmente ó por trabajo del hombre rige el mismo principio, pues que el dueño del suelo es dueño también de lo que hay en su profundidad, y puede en consecuencia extraer las aguas que allí se encuentren.

El dueño del suelo podrá hacer cuantos trabajos quiera para extraer el agua; puede cabar pozos aun cuando con esto agote ó disminuya el agua del pozo vecino. (Véase nota del codificador al art. 2514, y Ley 19, tit. 32, Part. 3ª allí citada.)

Está facultado á llevarlas á otros fundos del en que nacen ha-



ciéndolas atravesar por terrenos ajenos (art. 3097 y sus concordantes), pudiendo hacer para el efecto todos los trabajos necesarios (arts. 2650 y 3089), del modo que ménos perjudique (art. 3098).

**Mudar su direccion natural:** Esta facultad solo puede ser ejercida en razon de una necesidad del predio en que se utiliza. Así, por ejemplo, si la direccion natural dada á las aguas por la topografia del terreno es el paso por donde ménos perjuicio sufre el predio por donde pasa, el dueño de ella no podrá variar su curso haciendo mas perjudicial la servidumbre, si para ello no tiene necesidad.

En la facultad que acuerdan las palabras que estudiamos entra tambien la de abandonar el acueducto ó asequia por que actualmente corre el agua para llevarla por otra heredad si el dueño de esta última se lo permite ó el cambio le es necesario para utilizarla en otra parte. El dueño del fundo por donde pasaba hasta entónces no podria impedir el abandono de ese canal porque con esto quedase privado de la ventaja de tener agua corriente dentro de su heredad (art. 2620), pues que el hecho de pasar el agua por su inmueble no crea á su favor ningun derecho que prive de la facultad de mudar la direccion del acueducto, como dicen las palabras que estudiamos. Esa servidumbre de acueducto no es en favor del fundo por donde corre el agua, sino del en que se utiliza. De modo que ningun derecho adquirido se afectaria por esta mudanza.

Debe hacerse una escepcion á esta facultad en favor de los pueblos por donde atraviese el acueducto cuando éste es indispensable para las necesidades de la vida. Muchas villas de la campaña de la República, especialmente al Norte, donde no es posible sacar agua de pozos por la profundidad en que está, se han formado en los lugares atravesados por estos canales de propiedad particular; esas poblaciones perecerian si se les quitasen las acequias que las atraviesan. En este caso, decimos, no podrian los propietarios variar la direccion hasta sacar el agua de la poblacion. Si con la direccion actual el propietario no puede utilizarla, podrá serle espropiada, y si la mudanza era puramente voluntaria, es decir, sin que la demandasen las necesidades de los predios regados por dicha agua, la necesidad del pueblo debe prevalecer á la voluntad del propietario. (Véa-



se la última parte del art. que estudiamos—Código Frances, 643.)

Esto no impide que el propietario pueda variar la corriente del agua dentro de la misma villa, sacándola de un inmueble para hacerla pasar por otro si su dueño consiente en la servidumbre.

El derecho es para que la poblacion no quede privada de agua, pero no para que el propietario retenga el agua dentro de su casa. Al mudar la acequia, el dueño de ella no priva al del inmueble de un derecho adquirido, como hemos dicho ántes, sino de una comodidad, la de tener agua en su casa, de que hasta entónces gozaba en razon, no de un derecho, sino de un hecho, el de correr por allí el agua.

Sobre todo, la ley le da la facultad para mudar su direccion; y desde que esta facultad no la tenga coartada por contrato ó disposicion de última voluntad puede hacer uso de ella como mejor le parezca: esto es decisivo.

**No da derecho alguno:** Únicamente puede hacer el uso que le acuerda el art. 3091. (Véase su comentario.)

La tolerancia del dueño del agua respecto al uso que de ella haga el dueño del fundo por donde pasa no da derecho á prescribir la propiedad del agua.

Solo podrá prescribir por la posesion de treinta años, demostrada por actos posesorios á título de dueño en todo el curso del agua, y su nacimiento; es decir, que esté en posesion de la vertiente ó fuente de donde nace ó del canal ó acequia por donde corre. Este es un principio universalmente aceptado, especialmente respecto á la necesidad de actos materiales, como ser trabajos ejecutados para hacer venir el agua á su fundo, obstáculo para que otro aproveche la misma agua, demanda por ella ó actos de esta naturaleza que no pueden importar una mera tolerancia para el uso por parte del dueño del agua. (Véase Cód. Frances, 642—Oriental, 524, 2ª parte—Goyena, 488, 2ª parte—Doctor Cortés, Vistas Fiscales, tom. 1, p. 51, etc., etc.)

De lo contrario, solo puede adquirir la propiedad del agua por contrato á título gratuito ú oneroso, por disposicion de testamentaria ó por destino del padre de familia. Puede tambien prescribir por diez ó veinte años si tiene título y buena fe; pero

siempre con la condicion de poseer el todo del agua y sus vertientes.

El uso del agua por el hecho solo de pasar sobre su propiedad no es una posesion esclusiva que importe una privacion del goce de ella ó del derecho de propiedad, pues solo se ejerce dentro de los limites de la heredad y porque pasa por allí; el derecho á la fuente ó vertiente no se ha podido adquirir desde que no se ha estado en posesion de ella. (Véase nota del codificador al art. 2978.)

Sin poseer la fuente, que es lo principal, es legalmente imposible prescribir el agua futura que producirá. No podria llegar el caso de ser uno el dueño de la fuente ó del terreno donde nace, y otro el dueño del agua á título de prescripcion. Sobre el modo de prescribirse el derecho al agua, véase Cód. Frances, 642, y Goyena, 488, 2ª parte.

**2638**—El propietario de una fuente que deja correr las aguas de ella sobre los fundos inferiores no puede emplearlas en un uso que las haga perjudiciales á las propiedades inferiores. (Concuerta con los arts. 2632—2648.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 318, nota 1.

**Que las haga perjudiciales**: Como, por ejemplo, mezclándolas con las aguas servidas ó estableciendo lavaderos en la misma corriente de agua. El fundo inferior no está obligado á recibir estas aguas sucias (arts. 2648 y sus concordantes.)

**2639**—Los propietarios limitrofes con los rios ó con canales que sirven á la comunicacion por agua, están obligados á dejar una calle ó camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del rio, ó del canal, sin ninguna indemnizacion. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construccion, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna. (Concuerta con los arts. 2340, incs. 3 y 4—2574—2575—2640.)

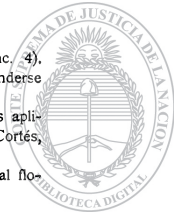
#### CONCORDANCIAS

Froytas, 4160, inc. 1—1262, inc. 3—Goyena, 490, 2ª parte—Laurent, tom. 6, desde el n° 8 adelante.

**Sin ninguna indemnizacion**: La razon es que la ribera







de los ríos navegables pertenece al Estado (art. 2340, inc. 4). Este art. viene en cierto modo á fijar lo que debe entenderse por playa de río navegable.

Téngase presente que la obligación de dejar calle no es aplicable á los arroyos. (Véase Vistas Fiscales del doctor Cortés, tom. 1, p. 510 á 513.)

Sobre lo que se entiende por río navegable, y río ó canal flo-table, véase á Laurent, tom. 6, nº 12.

**2610**—Si el río ó canal atraviesa alguna ciudad ó población, se podrá modificar por la respectiva Municipalidad, el ancho de la calle pública, no pudiendo dejarla de ménos de quince metros. (Véase art. 2611 y el anterior.)

Como este art. y el anterior son restricciones impuestas en el interés público, la reglamentación del ancho de los caminos ha debido dejarse al derecho administrativo (art. 2611).

**2611**—Si los ríos fueren navegables, está prohibido el uso de sus aguas, que de cualquier modo estorbe ó perjudique la navegación ó el libre paso de cualquier objeto de transporte fluvial. (Concuerda con los arts. 2340, inc. 4—2311.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4262—Cód. Oriental, 528—Goyena, 490—Cód. de Chile, 835, inc. 2—De California, 1067—Laurent, tom. 6, nº 9.

Con el art. 2341, el presente ha podido suprimirse, pues que la prohibición aquí contenida podrá ser impuesta por el derecho administrativo (art. 2611).

**2612**—Es prohibido á los ribereños sin concesión especial de la autoridad competente, mudar el curso natural de las aguas, cavar el lecho de ellas, ó sacarlas de cualquier modo y en cualquier volumen para sus terrenos. (Concuerda con los arts. 2310, inc. 4—2341—2579—2580—2645—2646.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4262, inc. 2—Goyena, 493, 494 y 504—Cód. de California, 1071—Vistas Fiscales del doctor Cortés, tom. 1, p. 513, § 57 y siguientes.

**Mudar el curso natural de las aguas:** Se refiere aquí á las aguas de los ríos navegables ó no, que por lo mismo de

ser propiedad del Estado, los particulares no pueden hacer uso de ellas sino en el modo y forma determinada por la autoridad competente. No sucede así con las aguas que nacen y mueren dentro de una heredad (art. 2637 y sus concordantes). La autorizacion que se dé debe ser sin perjuicio de los derechos de tercero, como lo ordena el art. 2645.

**Sacarlas de cualquier modo y en cualquier volúmen:**

Lo dicho anteriormente esplica tambien la presente prohibicion.

¿Quiénes son los que pueden solicitar estas concesiones de aguas?

¿Son únicamente los ribereños, ó puede concedérseles tambien á los que no lo son?

Se ha suscitado ya la cuestion de saber si los propietarios ribereños tienen privilegio para usar del agua de los rios con preferencia á los que no son ribereños.

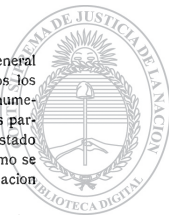
El doctor Cortés, actual Fiscal Nacional, en un luminoso escrito publicado en sus Vistas Fiscales, tom. 1, p. 446 y siguientes, sostuvo la negativa, es decir, que los ribereños no tienen privilegio en el uso del agua, y que el agua concedida por el gobierno puede sacarse, no solo para regar los predios ribereños sino tambien los que no lo son.

"El agua, decia, es la sangre de la tierra, que debe correr por todas partes para vivificarla; siendo tan necesaria á la vida como el aire y la luz, que por lo mismo debieron ser comunes y pertenecer á todos. Acaso la situacion de los no ribereños desheredados del agua, que no se pueden proporcionar sino con grandes gastos, y dificultades ¿carece de inconvenientes? ¿No es, por el contrario, desesperante? ¿Es necesario, es admisible siquiera, que todavia el legislador, en vez de protegerlos, venga á agravar su situacion, poniéndose de parte de los mas felices con medios artificiales?"

Despues sigue sosteniendo la misma tesis bajo el punto de vista de la ley positiva.

Pensamos con el doctor Cortés; los privilegios, por lo mismo que vienen á ser escepciones á los principios generales deben ser espesos; y no habiendo el legislador creado espesamente ese privilegio y esa limitacion, la jurisprudencia tampoco puede crearlos por meras inducciones.





El art. 2340 enumera los bienes públicos del Estado general ó de los Estados particulares, y entre éstos pone á todos los ríos, navegables ó no, y sus cauces;—después de esta enumeración viene el art. 2341 en que se declara que las personas particulares tienen el uso ó goce de los bienes públicos del Estado ó de los Estados. Este es el principio general, y en él, como se ve, no se hace escepcion de personas en relacion á la situacion de las propiedades con respecto á los ríos.

La limitacion á ese principio, como decimos, ha debido ser espresa, y desde que el legislador guarda silencio es porque el privilegio no existe.

El art. 3032, al imponer la servidumbre de acueducto, es porque supone el paso de las aguas de los ríos con destino á predios que no son ribereños; supone por lo ménos un predio próximo y otro mas distante al nacimiento ú origen del canal para el cual se establece la servidumbre. Se dirá que esto puede ser para las aguas de propiedad particular, como las de que habla el art. 2637; pero esta suposicion desaparece si se tiene en cuenta los arts. 2650 y 3097 que legislan precisamente el caso en que el propietario tenga que sacar esas aguas de que hablan los arts. 2350 y 2637, fuera de sus propiedades.

Téngase presente que el cap. en que está el art. 3082, se titula "*De la servidumbre de acueducto*", y el cap. en que está el 3097, se titula "*De la servidumbre de recibir aguas de los predios ajenos*", lo cual corrobora en cierto modo lo que decimos respecto á la clase de agua á que se refieren los arts. citados.

**2643**—Si las aguas de los ríos se estancasen, corriesen mas lentas ó impetuosas, ó torciesen su curso natural, los ribereños á quienes tales alteraciones perjudiquen, podrán remover los obstáculos, construir obras defensivas, ó reparar las destruidas, con el fin de que las aguas se restituyan á su estado anterior. (Concuerda con los arts. 2579—2580—2644.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 15, Tit. 32, Part. 3.—L. 2, Tit. 3, Lib. 30, Dig.)—Freytas, 4263, inc. 1.—Goyena, 485 y 486—Cód. Oriental, 521 y 522—Cód. de Guatemala, 1206—Las concordancias del art. 2579.

**Podrán remover los obstáculos:** Si son puestos por otros tendrán los perjudicados el derecho que les acuerdan los arts. 2579, 2580 y 2644, última parte.



Si no es así, podrá exigir el que los remueva que los otros ribereños beneficiados por el trabajo contribuyan á los gastos necesarios para establecer la corriente á su estado anterior. (Véase lo dicho en el comentario al art. siguiente.)

Si uno fuese el perjudicado, tendrá derecho á exigir se le permita hacer las reparaciones necesarias, ó que quite los obstáculos el ribereño frente al cual se han creado: *ó que la limpie*, dice la ley de Partida citada, é abra aquel logar por do sabia correr el agua, ó que lo dexé á él fazer."

**2611**—Si tales alteraciones fueren motivadas por caso fortuito, ó fuerza mayor, corresponden al Estado ó Provincia los gastos necesarios para volver las aguas á su estado anterior. Si fueren motivadas por culpa de alguno de los ribereños, que hiciese obra perjudicial, ó destruyese las obras defensivas, los gastos serán pagados por él, á mas de la indemnización del daño. (Concuerda con los arts. 1133—incs. 6 y 7—2642 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4263, inc. 3.

**Por caso fortuito ó fuerza mayor:** Por estas palabras y por el testo de la Ley de Partida citada por el codificador en el artículo anterior, se ve que los obstáculos á que se refiere aquel artículo son los bancos ó estorbos que se han ido formando insensiblemente en el lecho del río.

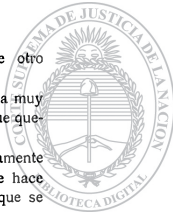
Si el Estado no restablece la corriente á su estado anterior, los ribereños pueden hacerlo.

**2615**—Ni con licencia del Estado, Provincia ó Municipalidad, podrá ningun ribereño, sin consentimiento de los otros propietarios ribereños, represar las aguas de los ríos ó arroyos, de manera que las alcen fuera de los límites de su propiedad, haciendo mas profundo el río ó arroyo en la parte superior, ó que inunden las inferiores; ni detener las aguas de manera que los vecinos queden privados de ellas. (Concuerda con los arts. 2341—2579—2580—2642—2646—2651—2652.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 13, tit. 32, P.<sup>a</sup> 3)—Freytas, 4264, inciso 2 y 4269, incisos 3 y 4—Goyena, 493.

**De manera que las alcen fuera de los límites de sus propiedades:** Ó lo que es lo mismo, nadie puede hacer tomas



fuera del frente que su terreno da al río y en terreno de otro ribereño.

**Haciendo mas profundo el río :** De modo que sea muy difícil que los demás ribereños puedan alzar el agua, ó que queden inútiles las tomas existentes.

En general, debe evitarse cualquier perjuicio que directamente ataque los derechos de los demás ribereños; pero si el que hace los trabajos se limita á aquellas obras indispensables ó que se consideren como el ejercicio de sus derechos de ribereños, no está obligado por los perjuicios que por esto cause á los otros. Sobre esto se estará á lo dispuesto en el art. 2620 y sus concordantes.

**De manera que los vecinos queden privados de ellas :**

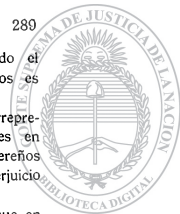
Esto dependerá de las concesiones de agua que las autoridades competentes hagan, las cuales deben hacerse siempre sin perjuicio de los derechos acordados con anterioridad á terceros. Corresponde á las autoridades locales reglamentar el uso de las aguas públicas (art. 2341). Pero esos reglamentos no pueden ir hasta derogar los principios generales que sobre la materia se establecen en el Cód. Civil. En ellos deberá siempre tratarse de conciliar los intereses de la agricultura con los derechos adquiridos y con las necesidades de las poblaciones que se satisfacen con esa agua.

**2616—**Ni con la licencia del Estado, Provincia ó Municipalidad, podrá ningun ribereño estender sus diques de represas mas allá del medio del río ó arroyo. (Concuerda con los art. 2645 y sus concordantes).

CONCORDANCIAS

Las del art. anterior.

Creemos que este artículo puede traer muchos inconvenientes en la práctica, y habría bastado con las prescripciones de los arts. 2645 y 2651 para llenar el único objeto que el legislador se ha propuesto al prohibir diques que atraviesen todo el río ó arroyo. Por los artículos citados se prohíbe represar las aguas en perjuicio de los ribereños superiores y de los inferiores. Estos perjuicios se ocasionarán frecuentemente con los diques que atraviesan toda la corriente del agua; pero en muchísimos casos es



indispensable á los ribereños estender sus diques á todo el ancho del río ó del arroyo, y precisamente en esos casos es cuando menos perjuicios puede resultar á terceros.

Bastaba, entónces, que se hubiesen prohibido los arrepre-samientos perjudiciales; con esto se evitarían los diques en todo el ancho cuando eran perjudiciales, y quedarían los ribereños con la facultad de hacerlos así en caso necesario y sin perjuicio para nadie.

Cualquiera que haya visto estos trabajos comprenderá que en los ríos ó arroyos de poca agua, un dique hasta el medio de su cauce, en vez de levantar el nivel del agua á la altura necesaria para hacerla salir por la boca-toma, hace desviar la corriente hácia el lado opuesto y queda en seco la parte hácia donde está el dique. En tal caso es imposible levantar el agua. Si se atraviesa todo el río ó arroyo y el canal de salida no está alto, dejando en el dique las salidas correspondientes, todos los perjuicios que el legislador quiere prever quedarían salvados.

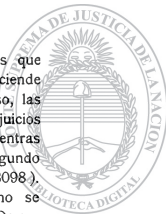
Esto es de sentido práctico.

**2647**—Los terrenos inferiores están sujetos á recibir las aguas que naturalmente descienden de los terrenos superiores, sin que para eso hubiese contribuido el trabajo del hombre. (Concuerda con los arts. 2632 á 2634—2647 á 2652—3082 y siguientes 3097.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 13 y 14, Tit. 32, Part. 3ª.—LL. 1 y 2, Tit. 3, Lib. 30, Dig.—Código Frances, art. 640—Napolitano, 562—De Luisiana, 653—Zachariæ, § 317—Vazeille, *Prescription*, núm. 400—Duranton, tom. 5, núm. 153)—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1428 y siguientes—Goyena, 484, 2ª parte—Freytas, 4251—Delsol, tom. 1, núms. 910 y siguientes—Aubry y Rau, § 195, nota 1—Cod. de California, 1058—Cod. Oriental, 520—Demolombe, 11, nº 16 y siguientes.

**Sin que para ello hubiese contribuido el trabajo del hombre:** También están obligados los predios inferiores á recibir las aguas de los superiores dirigidas allí por trabajos del hombre (art. 2650, 3082 y 3097); solamente que la carga, ó restriccion impuesta aquí al derecho absoluto de propiedad, de recibir las que corran naturalmente de los terrenos superiores, debe soportarla el dueño del terreno por donde pasan, sin ninguna indemnizacion (Demolombe, citado, nº 32), al paso que las de que hablan los artículos citados pueden hacerse pasar por los fundos inferiores á cargo de una justa indemnizacion del dueño del agua.



Otra diferencia entre la obligacion de recibir las aguas que naturalmente descienden de terrenos superiores, y las que desciende por trabajos del hombre, consiste en que en el primer caso, las obras de defensa, arreglo del lecho de las corrientes y perjuicios que éstas causen son á cargo del dueño del terreno, mientras que los perjuicios, defensa en los canales, etc., etc., en el segundo son á cargo del dueño del agua (art. 2650, 3082, 3097 y 3098).

Esto justifica hasta cierto punto el que este artículo no se haya puesto en el título "*De las servidumbres*". (Véase Demolombe, tom. 11, núm. 8), como han debido ponerse los arts. 2648, 2650 y 2651.

**2648**—Lo dispuesto en el artículo anterior, no comprende las aguas subterráneas que salen al exterior por algun trabajo del arte ni las aguas pluviales caídas de los techos, ó de los depósitos en que hubiesen sido recogidas, ni las aguas servidas que se hubiesen empleado en la limpieza doméstica ó en trabajos de fábrica, salvo cuando fuesen mezcladas con el agua de lluvia. (Concuerda con los arts. 2630—2631—2632—2634—2650—3097.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 640—Pardessus, *Servidumbre*, núm. 82—Zachariæ, § 817, nota 4)—Freytas, 4253.—Véase las del art. anterior.

**O en trabajos de fábrica:** Se refiere aquí, no á las corrientes de agua permanente llevadas á un fundo para el servicio de una fábrica, sino á las que sin establecer una corriente son arrojadas del predio vecino en la misma forma que las de la limpieza doméstica, lavaderos, etc., etc. Respecto á las primeras el art. 3097 impone la obligacion de recibirlas, y las segundas son las de que se ocupa el presente artículo. Vease palabras: *que salen al exterior*.

De este modo se concilian ambos artículos que á la simple vista aparecen contradictorios. Las palabras "salvo cuando fuesen mezcladas con agua de lluvia" de que se vale el que estudiamos corrobora la interpretacion que damos respecto á las aguas empleadas en la fábrica, pues ellas dan á entender que las aguas están detenidas ó depositadas en el fundo en que está la fábrica y que se juntan con las de lluvia. (Véase art. 2632.) Sobre estos depósitos debe tenerse presente la prohibicion del 2625,

y respecto á las aguas servidas que se mezclan con la corriente deberá tenerse presente lo dispuesto en el 2638.

**Que salen al exterior por algun trabajo:** Pero si estas aguas son sacadas, no para el servicio doméstico ó de la fábrica establecida en el mismo terreno de donde se sacan, sino que son llevadas á otra parte para las necesidades de la agricultura ó de alguna fábrica, el art. 3097 establece servidumbre de acueducto por los fundos inferiores.

Lo que el artículo prohíbe en la parte que estudiamos, es que las aguas sacadas del exterior por trabajos de arte, tales como la de los pozos surgentes, ó aguas estraidas con bombas, de pozos, etc., etc., se dejen correr por los fundos inferiores sin destino alguno, salvo cuando no pudieran ser contenidas en el terreno superior (art. 2650). Pero si, como decimos, son sacadas para llevarlas á otra parte, los dueños de los predios inferiores no pueden impedir el paso (art. 3097. Véase art. 2632).

Véase sobre las distintas aplicaciones de este artículo á Demolombe, tom. 11, núm. 16 y siguientes.

**2619**—Están igualmente obligados los terrenos inferiores á recibir las arenas y piedras que arrastraren en su curso las aguas pluviales, sin que puedan reclamarlas los propietarios de los terrenos superiores. Concuerta con los art. 2583—2650—3097—3100).

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 640—Zachariæ, la cita anterior)—Freytas, 4251, inciso 2.

**Sin que puedan reclamarlas:** Salvo el caso del artículo 2583. El que estudiamos se refiere á las piedras y arenas arrancadas insensiblemente por las aguas, y el 2583, á cuando estas son arrancadas súbitamente. (Véase Aubry y Rau, 240, nº 2.)

**2650**—Los dueños de los terrenos inferiores están obligados á recibir las aguas subterráneas que por trabajo del hombre salieren al exterior, como fuentes, pozos artesianos, etc., cuando no sea posible por su abundancia contenerlas en el terreno superior, satisfaciéndoles una justa indemnización de los perjuicios que puede causarles. (Concuerta con los arts. 2632—2647—2648—3097.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 240, y la larga nota núm. 8—Zachariæ, § 317, nota 4—Marcadé, sobre el art. 640—Pardessus, núm. 82—En contra, Duranton, tom. 5,





núm. 166)—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núm. 1429—Marcadé, tom. 2, número 533 y 534—Leguizamón y Machado, Institutas, nota 322.

El presente y los arts. 3097 á 3100 son excepciones al 2648 y al principio general consagrado por el 2647 que excluye las aguas que no desciendan naturalmente.

**Una justa indemnización:** Que se hará por peritos nombrados por el Juez: aquéllos deberán tomar en cuenta para la apreciación, las ventajas que el dueño del terreno inferior reporta con la corriente de agua que se establece en su propiedad (art. 3097).

**2651**—El dueño del terreno inferior no puede hacer dique alguno que contenga ó haga refluir sobre el terreno superior, las aguas, arenas ó piedras que naturalmente desciendan á él, y aunque la obra haya sido vista y conocida por el dueño del terreno superior, puede éste pedir que se destruya, si no hubiese comprendido el perjuicio que le haría, y si la obra no tuviese veinte años de existencia. (Concuerda con los arts. 919—2643—2644—2646—2652.)

#### CONCORDANCIAS

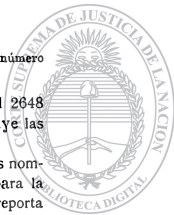
(Pothier, *Sociedad*, núm. 237—L. 1, § 10, y LL. 19 y 20, Tit. 3, Lib. 33, Dig. Aubry y Rau, § 240, núms. 2 y 4—Zachariæ, § 317, nota 6)—Cód. Frances, 640, 2ª parte—Freytas, 4254—Cod. Oriental, 521—Cód. de Chile, 833, § 3—de Portugal, 442—Nota de nuestro codificador al art. 3059—Ley 14, tit. 32, P. 3ª.

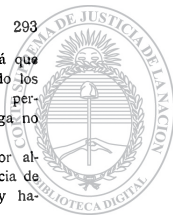
#### **Si no hubiese comprendido el perjuicio que le haría ;**

Esto será muy difícil de probarlo ; por lo cual casi siempre la única salvaguardia que tendrá el dueño del predio inferior para que no se le mande destruir las obras hechas será la duración de veinte años de que habla la última parte del artículo. La prueba será á cargo del dueño de la obra que alega haber consentido el dueño del predio superior en que permanezca la obra no obstante el perjuicio que comprendía se le hacia con ella.

Si ha consentido por un tiempo determinado para su estabilidad, solo por ese tiempo estará obligado á tolerar la existencia de ella. Si se prueba que ha sido hecha con asentimiento del dueño del predio superior y previendo los perjuicios que podía hacerle, y alega que la concesión solo ha sido temporaria, deberá probarse esto por el que lo alega.

En caso de duda sobre el consentimiento y conocimiento del perjuicio (que son las condiciones indispensables para que el





dueño de la obra no esté obligado á destruirla) se decidirá que no ha habido tal consentimiento ó que se han ignorado los perjuicios, pues que es mas creible que el que sufre un perjuicio de resultas de una obra que ha tolerado que se haga no ha previsto los perjuicios sobrevinientes.

Por esto es que el artículo que estudiamos no da valor alguno, en favor del dueño del predio inferior, á la circunstancia de ser las obras conocidas por el dueño del predio superior y haberlas tolerado por un tiempo menor de veinte años.

Todo esto será, como hemos dicho, salvo convenio de las partes. (Véase Demolombe, tom. 11, nº 47).

**2652**.—El que hiciere obras para impedir la entrada de aguas que su terreno no está obligado á recibir, no responderá por el daño que tales obras pudieren causar. (Concuerda con los arts. 1071—2514—2632—2633—2634—2647 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4258—Demolombe, tom. 11, núms. 67 y sigtes.

**2653**.—Es prohibido al dueño del terreno superior, agravar la sujeción del terreno inferior, dirigiendo las aguas á un solo punto, ó haciendo de cualquier modo mas impetuosa la corriente que pueda perjudicar al terreno inferior. (Concuerda con los arts. 2635 y su comentario—2638—3088—3094—3098.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 640—Italiano, 536—Napolitano, 562—De Luisiana, 656—Sin embargo, el Cód. de Vaud, art. 426, dice: *El propietario superior podrá reunir sus aguas, en zanjás ó acueductos, y hacerlas correr de esta manera sobre la heredad inferior*. Entendemos, si por ese medio no se causaro perjuicio al dueño del terreno inferior.—Véase Zachariæ, § 317, nota 8)—Goyena, 484, 2ª parte—Mourlon, tom. 1, núm. 1669—Freytas, 4255—Cod. Oriental, 520, § 3.

**Agravar la sujeción del terreno inferior**: Los ejemplos puestos en el artículo como que constituyen agravación de la servidumbre no son excluyentes; de cualquier modo que se agrave podrá el dueño del predio inferior impedirlo, y si es indispensable soportarlo tiene derecho á una justa indemnización por el mayor perjuicio que recibe. (Véase art. 3088.) El art. 2638 es un ejemplo de agravación. (Demolombe, 11, nº 58.)

Para terminar esta parte que se refiere al paso de las aguas



por predios ajenos, diremos que nos parece que la mayor parte de los artículos que acabamos de estudiar habrían tenido su colocación propia en el Tit. de "Las servidumbres", pues no son otra cosa las limitaciones puestas desde el art. 2648 adelante.

**2654**—Ningun medianero podrá abrir ventanas ó troneras en pared medianera, sin consentimiento del condómino. (Concuerda con los artículos 2656—2730—2737—2740—Véase art. 2658.)

#### CONCORDANCIAS

Véase las del art. 2740—Freytas, 4236—Cód. Frances, 675—Cód. de California, 1128—de Chile, 874, 1ª parte—Goyena, 530—Véase lo que decimos en el comentario al art. 2737—(Cód. Napolitano, 506—de Luisiana, 695—L. 40, tit. 2, Lib. 8, Dig.—Ley 2, tit. 31, P.ª 3.)

**2655**—El dueño de una pared no medianera contigua á finca ajena, puede abrir en ella ventanas para recibir luces, á tres metros de altura del piso de la pieza á que quiera darse luz, con reja de fierro cuyas barras no dejen mayor claro que tres pulgadas. (Concuerda con los arts. 2656—2657 á 2659.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 676 y 677—Italiano, 593 y 584—Napolitano, 597)—Cód. Oriental, 579—Freytas, 4237—Aubry y Rau, § 196, nota 35—Goyena, 531, 1ª parte—de Chile, 875—Demolombe, tom. 12, núms. 527 y siguientes.

**No medianera:** Es decir, que no pertenece á los dos propietarios de las heredades vecinas. Véase lo dicho en el comentario al art. 2624—y Aubry y Rau, § citado, p. 209.

**2656**—Esas luces no constituyen una servidumbre, y el dueño de la finca ó propiedad contigua, puede adquirir la medianería de la pared, y cerrar las ventanas de luces, siempre que edifique apoyándose en la pared medianera. (Concuerda con los art. 2654 y sus concordantes, y 2657—2736—2740.)

#### CONCORDANCIAS

Goyena, 531—Cód. de Chile, 877—Cód. Oriental, 479, 2ª parte—Aubry y Rau, § 196, p. 209—Freytas, 4238.

**Puede adquirir la medianería:** El dueño de la pared está obligado á consentir en esto (art. 2736).

**Y cerrar las ventanas de luces:** Aun sin adquirir la medianería puede dejarlas sin objeto, privando de la luz si levanta una pared en su propio suelo (artículo 2657.)

**2657**—El que goza de la luz por ventanas abiertas en su pared no tiene derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que las cierre y las prive de luz. (Concuerda con los arts. 1071—2514—2656 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

Cód. de Chile, 876—Freytas, 4238, 2ª parte—Aubry y Rau, § 196, p. 209—Fallos del Dr. Beláustegui, tom. 1, p. 119.

**No tiene derecho para impedir, etc., etc.:** Porque esta luz de que gozaba no constituye servidumbre, art. 2656.

**2658**—No se puede tener vistas sobre el predio vecino, cerrado ó abierto, por medio de ventanas, balcones ú otros voladizos á ménos que intermedie una distancia de tres metros de la línea divisoria. (Concuerda con los arts. 2518—2654—2660.)

## CONCORDANCIAS

Leguizamón y Machado, Institutas, nota 323—Cód. Frances, 678—Freytas, 4236—Cód. de Chile, 878, 1ª parte—Oriental, 580—Aubry y Rau, § 196, notas 29 y siguientes—Segovia, nota 57—Goyena, 532, 1ª parte, y su comentario—Demolombe, tom. 12, núm. 545 y siguientes.

**A ménos que intermedie una distancia de tres metros :**

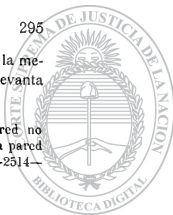
Si es hecha á ménos distancia podrá el vecino pedir se cierre inmediatamente. No habrá este derecho si habiendo estado á menor distancia, el propietario vecino ha dejado pasar el tiempo fijado por la ley para adquirir las servidumbres continuas como esta (treinta años), como lo resuelve el art. 3017.

**2659**—Tampoco pueden tenerse vistas de costado ú oblicuas, sobre propiedad ajena, si no hay sesenta centímetros de distancia. (Concuerda con el art. 2658 y sus concordantes.

## CONCORDANCIAS

Goyena, 532, 2ª parte—Cód. Frances, 679—id de California, 1131, última parte—Aubry y Rau, § 196, letra b—Demolombe, 12, núms. 544 y sigtes.

**2660**—Las distancias que prescriben los artículos anteriores se cuentan desde el filo de la pared donde no hubiese obras voladizas; y



desde el filo exterior de éstas, donde las haya: y para las oblicuas, desde la línea de separación de las dos propiedades. (Véase artículos 2658—2659.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, 690—Italiano, 563 y 584—Napolitano, 597)—Freytes, 4240—Goyena, 533—Aubry y Rau, § 196, texto y notas 24 á 26.

**De la línea de separación de las dos propiedades:**

Es decir, de la línea que divide el espacio dejado entre las dos paredes. ¿Dónde deberá tomarse la medida cuando las dos paredes de los predios no son paralelas? Algunos códigos miden esta distancia donde las paredes divisorias de los predios con el espacio dejado entre una y otra se estrechan mas: otros la miden en el punto donde está la vista. En el silencio de nuestro Código creemos que debe adoptarse este último sistema. La prohibición es que la vista no se tenga á menor distancia que la fijada por la ley, y desde que de la parte en que está hasta el predio vecino hay esa distancia, nada importa que si se hace en otra parte tenga que guardar mayor ó menor distancia, puesto que el mandato de la ley está por lo pronto cumplido. Cuando el caso llegare, es decir, cuando se hiciere esa segunda vista á menor distancia sería el tiempo de reclamar y hacerlo cerrar. Si la pared estaba en la parte mas estrecha á ménos de sesenta sentímetros de la línea, no podría tenerse vista en esa pared. Véase sobre esto y sobre las demas cuestiones que pueda presentar el presente art., especialmente sobre lo que se entiende por vista oblicua, á Demolombe, tom. 12, núms. 144 á 155.

---



## TÍTULO VII

### Del dominio imperfecto

**2661**—Dominio imperfecto es el derecho real revocable ó fiduciario de una sola persona sobre una cosa propia, mueble ó inmueble, ó el reservado por el dueño perfecto de una cosa que enajena solamente su dominio útil. (Concuerda con los arts. 1801—2503, inc. 1—2507—2662—2663—2812 á 2815—3724).

#### CONCORDANCIAS

Pothier, Propiedad, núms. 8 y 9—Freytas, 4900, y véase 4301—Notas del codificador á los arts. 2502 y 2507—Escriche, palabra "Dominio útil".

Con la definicion dada por el art. 2507, el presente nos parece inútil.

**2662**—Dominio fiduciario es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado á durar solamente hasta el cumplimiento de una condicion resolutive, ó hasta el vencimiento de un plazo resolutivo, para el efecto de restituir la cosa á un tercero. (Concuerda con los arts. 553 á 556—567—1803—1842—2661—2668—3724).

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4314—Notas del codificador á los arts. 1812 y 3724—Laurent, t. 6, núm. 112.

En los concordantes citados, especialmente en los arts. 1803, 1842 y 3724 se encuentran ejemplos de la clase de dominio definido por este artículo.

**Fideicomiso singular:** Es el que se refiere á una cosa determinada, en contraposicion al fideicomiso hereditario ó universal. Sobre este último, véase el art. 3724.

**2663**—Dominio revocable es el que ha sido trasmitido en virtud de



un título revocable á voluntatl del que lo ha trasmitido; ó cuando el actual propietario puede ser privado de la propiedad por una causa proveniente de su título. (Concuerda con los arts. 542—1802—2128—2464 y sus concordantes—2661—2665—2668).

## CONCORDANCIAS

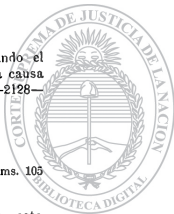
(Zachariæ § 278—Maynz, § 164 y 180, núm. 3)--Laurent, tom. 6, núms. 105 y siguientes—Aubry y Rau, § 220, notas 1 á 3—Freytas, 4302.

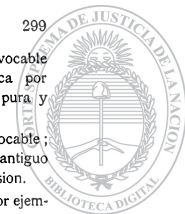
**A voluntad del que lo trasmitió:** Un ejemplo de esta clase de dominio es la venta hecha con pacto de retroventa, ó la hecha con pacto de reventa (arts. 1367 y 1368), pues esas cláusulas ponen á la venta como hecha bajo condicion resolutoria (art. 1373. Véase art. 1372.)

En la venta hecha con pacto comisorio, que por lo mismo se reputa hecha bajo condicion resolutoria (art. 1374), es donde especialmente tiene exacta aplicacion la definicion dada por el artículo que estudiamos, cuando el comprador ha caido en mora de pagar el precio de la compra. Desde el momento en que el comprador cae en mora, lo cual sucede desde el vencimiento del plazo ó desde la interpelacion judicial (incs. 1 y 2 del artículo 1375), la revocacion del dominio depende única y exclusivamente de la voluntad del vendedor, quien puede desde entónces, á su arbitrio, ó demandar la resolucion de la venta ó exigir el pago del precio (inc. 3 del art. 1375).

En este caso hay, por otra parte, una verdadera *revocacion* del dominio que el comprador habia adquirido por la compra bajo condicion resolutoria; tanto que para que se opere la *nueva adquisicion* del vendedor, es necesario que el comprador le haga *tradicion*; recien despues de ésta se opera la revocacion del uno y la adquisicion del otro (inc. 2 del art. 1371). Tambien hay un ejemplo de revocacion de esta clase en el caso legislado en el art. 2128.

1º Debe tenerse presente, para la validez de las condiciones resolutorias á que puede someterse el dominio que se trasmite, que hay que tener en cuenta el principio general formulado por el artículo 542 y aplicado en el 1802 respecto á las condiciones resolutorias que dependen única y exclusivamente de la voluntad del deudor ó del tradente. (Véase nuestro comentario á este último).





2º Es necesario tambien no confundir la propiedad revocable desde el origen de la adquisicion, con la que se revoca por convenio de las partes despues de haber sido transmitida pura y simplemente.

En este segundo caso, el dominio transmitido no es revocable; el acto por que el dominio de la casa vuelve otra vez al antiguo propietario, no es una revocacion, sino una nueva trasmision.

Si el primer título de adquisicion ha sido una venta, por ejemplo, y convienen despues en la devolucion reciproca del predio y de la cosa vendida, "este acto importa, dice Laurent, tom. 6, núm. 105, una nueva venta y no una revocacion del dominio adquirido por el primer acto; la primera venta ha producido su efecto; el comprador se ha hecho propietario en virtud de un contrato; las partes ya no pueden resolver su convencion, porque la trasmision de la propiedad es un hecho cumplido que el consentimiento contrario de las partes no puede destruir; todo lo que ellos pueden hacer es que por un nuevo consentimiento el comprador revenda la cosa al vendedor; en este caso habrán dos ventas, mientras que en el caso de condicion resolutoria que se ha cumplido se considera que nunca ha habido venta".

Respecto al efecto de la revocacion del dominio y en relacion á los terceros adquirentes, véase art. 2670 y sus concordantes.

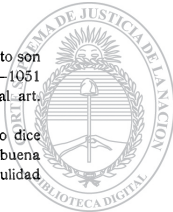
**Proveniente de su título:** Las donaciones inoficiosas, por ejemplo, que hay que rebajarlas en lo que esceda de la cantidad disponible por el testador, suministran un ejemplo de revocacion del dominio proveniente del mismo título. (Véase Laurent, tom. 6, núm. 107, Aubry y Rau § 220, bis, testo y nota 2.)

**2661**—El dominio no se juzga revocado cuando el que posee la cosa á título de propietario es condenado á entregarla en virtud de una accion de nulidad, ó de rescision, ó por una accion contra un hecho fraudulento, ó por restitution del pago indebido. En estos casos se juzga que el dominio no habia sido transmitido sino de una manera interina. (Concuerda con los arts. 599—786—787—965—972—1050—1051—1052—1057—2413—2414—2601—2602.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, 220, bis—Zachariæ, § 278)—Froytas, 4309. 1ª parte, y 4313—Nota del codificador al art. 737—Nota (a) del mismo al título "De la nulidad de los actos jurídicos"—Laurent, tom. 6, núm. 106, 108 y 112.





**Si no de una manera interina:** Consecuencia de esto son los arts. 787, nota del codificador al mismo, arts. 1050—1051 y 3270 y sus concordantes. (Véase nota del codificador al art. 3430, que anulan todas las enagenaciones.)

Esta propiedad transmitida de una manera *interina*, como dice el artículo, solo produce el efecto de atribuir al poseedor de buena fe los frutos percibidos hasta el día de la demanda de nulidad (arts. 2423 y 2433).

**2665**—La revocacion del dominio transmitido por medio de un título revocable á voluntad del que lo ha concedido se efectúa por la manifestacion misma de su voluntad. (Concuerda con los arts. 1371, inc. 2, última parte—1375, inc. 2 y 3—2666—2667.)

#### CONCORDANCIAS

Laurent, tom. 6, núm. 110—Aubry y Rau, § 220, bis, nota 7—Nuestro comentario al art. 1950.

#### **Se efectúa por la manifestacion misma de su voluntad:**

Véase comentario al art. 2663.

Pero no porque la revocacion del dominio se cause por la simple manifestacion de voluntad, el antiguo propietario puede recuperar su dominio desde ese momento; es necesario la tradicion, sin la cual no adquiere ningun derecho real, 577, 1371, inc. 2, y 3255.

Respecto al efecto de esa revocacion, véase art. 2670.

**2666**—Esceptúase de la disposicion del artículo anterior el pacto comisorio en el contrato de venta, el cual no obra la revocacion del dominio sino en virtud del juicio que la declare, cuando las partes no estén de acuerdo con la existencia de los hechos de que dependia. (Concuerda con los arts. 509—559—1203—1374—1375—1376—2665.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 220, bis, testo y nota 9—Véase Freytag, 4309 y 4313.

**De la disposicion del artículo anterior:** Es decir, de que la revocacion se cause de pleno derecho. El Dr. Segovia afirma que este artículo no se refiere, como dice el testo espreso que estudiamos, al artículo anterior, sino al 2668 posterior.

La significacion gramatical de las palabras copiadas, rechaza en absoluto esta interpretacion: *artículo anterior*, no puede nunca



significar, *artículo posterior*; de no haber un error de imprenta, que no lo hay, el artículo debe tomarse como refiriéndose al 2665, que es el anterior y no al 2668, como cree el Dr. Segovia, por suponer en el legislador un error de doctrina. Aun suponiendo que el artículo que estudiamos contenga un error de doctrina, habría que aceptarlo tal como está y no como debió estar según el Dr. Segovia. Ya hemos dicho muchas veces que este modo caprichoso de interpretar la ley, tendrá necesariamente que traer una confusión espantosa en materia de legislación, y nunca llegaremos á formar jurisprudencia, y cuando sea necesario reformar la ley no sabremos dónde está el error, si en la ley misma ó en la interpretación que se le ha dado, desde que esa interpretación no se sujeta á las reglas generales que deben seguirse. El intérprete nunca debe anteponer su opinión á la del legislador.

En el artículo que estudiamos no hay tal error de doctrina, pues es perfectamente racional decir que en el pacto comisorio puesto en la venta, la revocación del dominio no se opera por la voluntad de una de las partes si éstas no están de acuerdo en la existencia de los hechos de que dependía el derecho á dejar sin efecto el dominio transmitido. Cuando mas, este artículo podría importar una repetición de lo dispuesto ya sobre la venta con pacto comisorio en el art. 1375, inc. 1º, el cual podría aplicarse por analogía á los casos no previstos, pero no que la doctrina sea falsa. Según ese inciso, el simple vencimiento del plazo acompañado de la voluntad del vendedor de disolver el contrato de venta no basta para que se cause la renovación del dominio; es necesario la demanda judicial. (Véase comentario á dicho inciso, y art. 1373.)

Como puede suceder que el comprador sostenga que ha pagado el precio ó que el plazo es mas largo, la ley no permite que el simple vencimiento del plazo cause la resolución de la venta. Adviértase que en este caso depende de la voluntad del vendedor dejar sin efecto la venta ó demandar el precio (inciso 3 del mismo artículo).

Lo mismo sucede en la venta con pacto de retroventa.

Por lo que hace al art. 2668 á que alude el Dr. Segovia, y al cual piensa que se refiere el que estudiamos, contiene un principio distinto al contenido en el 2665 á que se refiere el que estudia-



mos; principio que Aubry y Rau, de quienes son tomados nuestros artículos, los distinguen perfectamente; el 2665 habla del dominio revocable por la *voluntad del que lo constituye*; el 2668 hace depender la revocacion del dominio del cumplimiento de la condicion ó del plazo resolutorio, y no de la voluntad del enajenante; y aunque el pacto comisorio de que habla el artículo que estudiamos importa una condicion resolutoria (art. 1374) la condicion, el vencimiento del plazo, la inejecucion de las cargas, etc., no dependen de la voluntad del enajenante.

**Cuando las partes no están de acuerdo:** Luego, si las partes están de acuerdo en la existencia de los hechos que dan causa á la revocacion, no será necesario un juicio que así lo declare para que la revocacion se cause; bastará únicamente que se declare la existencia del pacto para que la voluntad del que transmitió el dominio cause su revocacion (Aubry y Rau, nota 9, citada).

No sería, pues, nula una segunda trasmision hecha despues de la declaracion de la existencia del pacto en el acto jurídico por que se transmitió el dominio que se revoca por voluntad del enajenante, aunque no hubiese habido pronunciamiento sobre la existencia de los hechos que no se han puesto en duda.

**2667**—La misma escepcion se aplica á la condicion resolutoria impuesta en el caso de ingratitud del donatario ó legatario, y á la inejecucion de las cargas impuestas á estos últimos. (Concuerda con los arts. 559—1819 á 1852—1864—1865—2065—3841—3842.)

#### CONCORDANCIAS

Cód. Frances, 956 y 1046—Aubry y Rau, § 220, *bis*, p. 402—Laurent, tom. 6—núms. 110 á 112.

**2668**—Estinguese el dominio revocable por el cumplimiento de la cláusula legal constante en el acto jurídico que lo transmitió, ó por la condicion resolutoria ó plazo resolutorio á que su resolucion fué subordinada. (Cocuerda con los arts. 555—559—566—569—2604 y sigtes.—2062—2663—2666 y sus concordantes—2667).

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4909—Aubry y Rau, § 220, *bis*, nota 8—Laurent, tom. 6, n° 105—Nuestro comentario al art. 2666.

**Constante en el acto jurídico que lo transmitió:** La



necesidad de esta especificacion es, en principio general, solo respecto á terceros adquirentes de esos bienes (art. 1855, y nota del codificador al art. 2663) y no respecto de los mismos contratantes (arts. 1197 y 1200) siempre que conste en la forma debida (art. 1184, inciso 10).

Respecto al pacto comisorio tácito en las ventas hechas al contado, tiene efecto contra tercero. (Véase el art. 3923, su comentario y concordantes).

**2669**—La revocacion del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiere en la ley ó en los actos jurídicos que la establecieron, disposicion espresa en contrario. (Concuerda con los arts. 543—555—557—599—1385—1847—1855—1856—1866—1867—2670 á 2672—3766.)

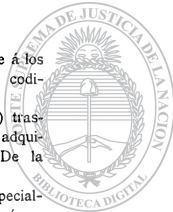
#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 278, nota 18—Aubry y Rau, § 220, *bis*)—Freytas, 4310—Laurent, tomo 6, n° 105—Notas del codificador á los arts. 543—555—557—787—2361—Nuestro comentario á los arts. 1371 y 2668.

**Tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió**: Se trata aquí de la revocacion *ex tunc*, aplicable solo á las cosas inmuebles; la *ex tunc*, aplicable á los muebles, se legisla en el art. 2671 de un modo distinto. (Véase el art. 3271 y nota del codificador á dicho artículo.)

La disposicion del art. que estudiamos, basada en el principio de que: *Rosoluto jure dantis, resolvitur ius accipientis*, aceptada en el art. 3278, en la nota al art. 787 y sus concordantes, es no solo respecto á las partes, si no á los terceros poseedores, siempre que revocándose por una cláusula resolutoria convenida entre las partes, conste tal convenio en el título de adquisicion del primer adquirente. (Nota del codificador al art. 2663, arts. 594 y 1855—Cod. de Chile, 1491—Nuestro comentario al artículo 1847).

Si la revocacion es por el solo mandato de la ley, ella tiene efecto retroactivo contra terceros que ignoraban la obligacion de su enajenante; el art. 3923 es un ejemplo de ello. Esto, sin perjuicio de los casos espresamente esceptuados, tales como el de revocacion de una donacion por ingratitud (art. 1866). Véase sobre esto á Baudry-Lacantinerie, tom. 2, n° 940.



El efecto retroactivo, en los casos del art. no se extiende á los frutos percibidos por el poseedor de buena fe. (Nota del codificador al 557 y art. 2423.—Véase Cod. de Chile, 1488).

La sentencia que anula el dominio temporario (art. 2664) transmitido por un título nulo tiene efecto respecto á los adquirentes posteriores. (Véase lo espuesto en el título "De la reivindicación".)

Los principios generales puestos en el presente título, especialmente en el art. que estudiamos y siguiente, los encontrará explicado el lector en el título correspondiente al hablar de la causa por que se revoca el dominio.

Véase Marcadé, sobre el art. 1183 y Baudry-Lacantinerie, tom. 2, 940 y siguientes.

**2670**—Revocándose el dominio con efecto retroactivo, el antiguo propietario está autorizado á tomar el inmueble libre de todas las cargas, servidumbres ó hipotecas con que lo hubiese grabado el propietario desposeído, ó el tercer poseedor, pero está obligado á respetar los actos administrativos del propietario desposeído, como los alquileres ó arrendamientos que hubiese hecho. (Concuerda con los arts. 563—599—787 y nota del codificador al mismo, 1498—1835—1847—1855—1866—2669—2675—3045—3046—3125—3194—3270.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, 278, § letra C.)—Nota del codificador al art. 2498—Freytas, 4311—Aubry y Rau, 220, *bis*, nota 12—Marcadé, sobre el art. 1183.

**El propietario desposeído ó el tercer poseedor**: Es decir, el que primero adquirió el dominio imperfecto, y los terceros á quienes éste les transmitió el inmueble.

**Los actos administrativos del propietario desposeído**: Y de los terceros á quien éste le transmitió la cosa, pues como dice el Dr. Segovia, nota 24, éstos no pueden ser de peor condicion. Un ejemplo de esta parte del art. que estudiamos es el de los que han estado en posesion de los bienes del ausente por orden del Juez competente, y aparece aquél (art. 124).

La renta que esos arrendamientos produzcan pertenecerán en adelante al que recupera el dominio.

1º Debe tenerse presente que cuando el antiguo propietario recupera la cosa en virtud de sentencia que declara nulo el título del demandado (art. 2664), la accion que compete al propie-

tario en una accion real (arts. 599 y 1051, y sus concordantes.)

**2671**—La revocacion del dominio sobre cosas muebles no tiene efecto contra terceros adquirentes, usufructuarios, ó acreedores pignoratícios, sino en cuanto ellos, por razon de su mala fe, tuvieren una obligacion personal de restituir la cosa. (Concuerda con los arts. 550—597—971—972—1380—1400—1856—1866—2413—3271—3272.)

## CONCORDANCIAS

(Véase Grennier, *Donaciones*, tom. 3, n° 312—Zachariæ, § y nota citados—Aubry y Rau, § 220, *bis*, nota 13)—Leguizamón y Machado, *Institutas*, nota 324.

**Por razon de su mala fe:** Ó mas bien dicho, en razon del conocimiento que tenía de la obligacion precedente del que le transmite la cosa.

**2672**—Cuándo por la ley, ó por disposicion expresa en los actos jurídicos que constituyan el dominio revocable, la revocacion no tuviere efecto retroactivo, quedan subsistentes las enajenaciones hechas por el propietario desposcido, como tambien los derechos reales que hubiese constituido sobre la cosa. (Concuerda con los arts. 1866—2413—2669—3309—3310.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4312—Aubry y Rau, fin del § 220, *bis*—Nuestro comentario al art. 1846, al fin—Laurent, tom. 6 n° 113—Comentario al 3310.

En los concordantes citados pueden verse ejemplos de estos casos, especialmente en el 1866.

Por lo demás, es sabido que el artículo se refiere á las enajenaciones y gravámenes hechos ántes de la revocacion y de la tradicion; despues de esto la situacion del poseedor es muy distinta. (Véase art. 2462, inc. 5 y 6, y comentario á los art. 2777 y 2778.)

Téngase presente lo dicho en el comentario al art. 555.

Debe tomarse en cuenta para determinar el carácter de la posesion de aquel cuyo dominio ha sido revocado, que la revocacion se causa en general de pleno derecho (art. 2665 y 2668), salvo los casos espresamente exceptuados (arts. 2666 y 2667).

Respecto á la interpretacion, en caso de duda, sobre retroactividad ó no retroactividad estipulados por las partes en los actos jurídicos, véase Namur, tom. 1°, § 96.



## TÍTULO VIII

### Del condominio

**2673**—El condominio es el derecho real de propiedad que pertenece á varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble ó inmueble. (Concuerda con los arts. 2503, inc. 1º—2506—2508—2674.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 11, tit. 10, p. 5—LL. 1 y 2, tit. 15, P.º 6)—Freytas, 4336—Aubry y Rau, § 221, nota 2—Véase comentario al art. siguiente.

**2674**—No es condominio la comunión de bienes que no sean cosas. (Concuerda con los arts. 2311—2312—2506—2758—2759 á 2764.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 221)—Nota del codificador al art. 2764—Nuestro comentario al art. 2311, al fin—Freytas, 4338.

**Que no son cosas determinadas:** Una herencia, por ejemplo, no puede constituir un condominio, salvo en lo que respecta á los objetos particulares que la componen (véase comentario al 2675), como no puede constituirla una universalidad de bienes; pero puede haber condominio en una universalidad de cosas, con tal que no hayan partes materialmente determinadas. (Véase nota del codificador al art. 2764).

Hay una gran diferencia entre la propiedad colectiva y la que constituye el condominio propiamente "El absoluto poder que el hombre, dice Lehr, derecho Germánico, n.º 49, ejerce sobre su cosa ó sobre el suelo, constituye y legaliza dos formas principales: primera, la propiedad individual que compete á una sola persona sobre una cosa determinada; es la propiedad privada en su mas genuina significacion; segunda, la colectiva ó





comun, en la que no predomina la idea madre de una prerogativa, sino de un goce simultáneo á muchas personas; propiedad enteramente distinta de la copropiedad del derecho Romano, puesto que este *condominium* no es mas que una variedad, una forma especial de la privada ó individual; cada copropietario es dueño único y exclusivo de su parte en la totalidad de una manera tan absoluta como si esa parte estuviera materialmente limitada y circunscrita; derecho diverso, como ya hemos dicho, del que emana de la propiedad colectiva, la cual, en cierto modo, es la suma ó resultado de los derechos de propiedad que sobre una misma cosa pertenece individualmente á diversas personas."

**2675**—El condominio se constituye por contrato, por actos de última voluntad, ó en los casos que la ley designa. (Concuerda con los arts. 947—2502—2505—2600—2717—2746—4000.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4389—Aubry y Rau, § 221, p. 404.

**Por contrato:** Cuando se compra, por ejemplo, una cosa en comun sin determinarse la parte material que á cada uno corresponde. La sociedad que se forma introduciendo ó comprando cosas corporales para la sociedad, difiere del condominio propiamente en que, antes que las reglas del presente título, el derecho de cada uno es regido por las cláusulas del contrato y en su falta por las disposiciones del Título de la *Sociedad* (Pont, núms. 75 y siguientes).

**Por actos de última voluntad:** Como cuando se lega una cosa en comun á varias personas.

**O en los casos que la ley designa:** Véase los concordantes citados.

Hay una especie particular de condominios entre los herederos respecto á las cosas particulares que continúan poseyendo despues de la muerte del autor de la sucesión hasta que hacen la division; éste se traduce en dominio esclusivo con la adjudicacion á cada uno de ellos separadamente, sin necesidad de tradicion, pues que continúan la posesion del difunto (arts. 2773, sus concordantes y 3418). Mientras poseen en comun la herencia, el derecho sobre los objetos particulares que la componen se rige por la regla, título IV del libro 4º. (Véase nota y comentario al art. 3284.)





**2676**—Cada condómino goza, respecto de la parte indivisa, de los derechos inherentes á la propiedad, compatibles con la naturaleza de ella, y puede ejercerlos sin el consentimiento de los demás copropietarios. (Concuerda con los arts. 1339—2489—2515—2608—2677 á 2679—2684—2712—2730 á 2732—3416—3417—3450.)

#### CONCORDANCIAS

Zachariæ, § 279—Freytas, 4351—Aubry y Rau, § 221, p. 404, n.º 1—Nota del codificador al 1729.

**De los derechos inherentes á la propiedad:** Se comprende aquí, tanto los derechos respecto al goce de la cosa (arts. 2684, 2712, etc., etc.), como respecto á las acciones que nacen del derecho de propiedad (arts. 2489 y 2679) y á su enajenabilidad (arts. 2608, 2677, etc., etc.) Véase comentario al 2679.

Con las disposiciones espresas contenidas en los concordantes citados creemos inútil el presente artículo. Si bien este es un principio general, desarrollado en los concordantes citados, que puede figurar en un tratado de derecho, como figura en Aubry y Rau, lugar citado, en un Código nos parece una repetición sin objeto desde que ese mismo principio se encuentra legislado de un modo especial en cada uno de sus derivados, como sucede en nuestro Código respecto de este artículo y la mayor parte de los del presente título. (Véase el 2678, por ejemplo, y concordantes comparado con sus concordantes.)

Lo hemos concordado únicamente con las disposiciones que entran en la regla general, para en cada caso de aplicación concordar las excepciones ó limitaciones del principio general, para evitar repeticiones cuando nos ocupemos de cada caso legislado en los concordantes aquí citados.

**2677**—Cada condómino puede enajenar su parte indivisa, y sus acreedores pueden hacerla embargar y vender ántes de hacerse la división entre los comuneros. (Concuerda con los arts. 1277—1331—1754—1755—1807, inc. 2—2608—2682—2843—3489.)

#### CONCORDANCIAS

(Libro 55, tit. 5, P.º 5.º—Zachariæ, § 279)—Freytas, 4366, 4368—Aubry y Rau, § 221, notas 4 y 5.—Nuestro comentario al art. 2311, al fin, y al 2410—Fallos del doctor Beláustegui, tom 1, p. 6—Id del doctor Drago, p. 374, y fallos allí citados.



**Puede enajenar su parte indivisa:** Esta enajenacion puede hacerla por actos entre vivos ó por disposicion de última voluntad.

**Y sus acreedores pueden hacerla embargar:** Pueden tambien embargar sus renta ó productos (arts. 1577, inc. 5, 1908 y argt. del 1756).

**Y vender, etc., etc.:** Pero no podrán, ni aun en el caso de venta forzada, exigir la division si los otros comuneros no consienten en ello cuando la cosa está sometida á una indivision forzosa, como en los casos de los arts. 2693 y 2694. (Véase Freytas, 4366, última parte, y art. 2682 y comentario.)

**2678**—Cada uno de los condóminos puede constituir hipoteca sobre su parte indivisa en un inmueble comun, pero el resultado de ella queda subordinado al resultado de la particion, y no tendrá efecto alguno en el caso en que el inmueble toque en lote á otro copropietario, ó le sea adjudicado en licitacion. (Concuerda con los arts. 2068—2504—2682—2683—2695—2696—2843—2918—3123—3125—3194—3504.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, lugar citado—Aubry y Rau, § 221—Toullier, tom. 3, n° 573—Pardessus, *Servidumbres*, tom. 2, n°. 254—Demolombe, tom. 12, n° 743)—Freytas, 4366—Aubry y Rau, § 221, 6—Baudry-Lucantinerie, tom. 2, n° 323.

El presente artículo es una repeticion del 3123 complementado por el 3124, por lo cual ha podido suprimirse y dejar el 3123 que está en el título especial de la hipoteca.

Habria bastado en este artículo, como en otros de este título que hacemos notar como innecesarios, una simple referencia como hace Freytas, art. 4349.

**2679**—Cada uno de los condóminos puede reivindicar, contra un tercer detentador, la cosa en que tenga su parte indivisa; pero no puede reivindicar una parte material y determinada de ella. (Concuerda con los arts. 2410—2489—2676—2761—3450.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 8, § 1, tit. 3, Lib. 10, Dig.—L. 2, tit. 37, Cód.—Maynz, § 360—Aubry y Rau, § 221, n° 2)—Nota del codificador al art. 1729—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 4, p. 407—Nota del codificador al 3450.

**Contra un tercer detentador:** La accion de reivindicacion puede ser ejercida aun contra uno de los condóminos que se atri-



buya la propiedad de todo el inmueble. En efecto, segun el artículo 2489 el copropietario tiene derecho á entablar acciones posesorias contra los otros copropietarios que manifiesten pretensiones á un derecho exclusivo sobre el inmueble, y segun el artículo 2482 el que tiene derecho á entablar accion posesoria, tiene tambien en los mismos casos derecho á entablar la accion real que le compete en razon del derecho que tenga á la cosa; por consiguiente, el condómino que está espresamente comprendido en el 2489, debe estarlo tambien en el presente y en el 2482. El art. 2761 y la nota del codificador al art. 3450 suministra fuertes argumentos en favor de esta tesis (Notas 13 y 14 del Dr. Segovia al art. que estudiamos. Nuestro comentario al 2692).

En este caso es cuando mas aplicacion tiene el principio sentido por Aubry y Rau, § 221, nota 7, y aceptado por el codificador en la nota al art. 3450, de que la accion de reivindicacion de uno de los condóminos tiene por objeto, mas que la entrega de su parte indeterminada, el reconocimiento de su derecho como condómino.

Es por esto que el art. 2761 habla de reivindicar la *parte ideal* contra los coposeedores.

Desde que él no puede pretender una posesion exclusiva, con que solo se le reconozca el derecho, aunque la cosa quede en poder del condómino demandado, el demandante vencedor podrá ejercer los derechos que como á tal se le acuerdan por el presente titulo.

Si la cosa no está sujeta á una indivision forzosa podrá, si quiere, entablar la accion *communi dividendo* como medio de hacer que se reconozca su derecho de condómino. (Véase art. 2692 y comentario.)

**La cosa en que tenga su parte indivisa:** Puede suceder que esta accion no pueda entablarla ó sea ineficaz respecto del todo, por estar, por ejemplo, con arreglo al art. 4000, prescripta la parte del otro ó de los otros condóminos; en tal caso, tambien la accion de reivindicacion, por lo mismo que segun el artículo que estudiamos, no se puede reivindicar una parte material y determinada de la cosa, tendrá por objeto el reconocimiento, por parte del poseedor, del derecho del demandante. Reconocido el derecho del demandante, el condominio viene á ser con el demandado (art. 3450 y nota al mismo).



**No puede reivindicar una parte material :** Como esa parte material solo puede quedar determinada por el resultado de la particion, la accion debe ejercerse por el todo, aunque la demanda no puede dar el resultado de quitar la posesion del demandado cuando éste tiene tambien derecho á poseer, por ser condominio, por ejemplo ó por estar prescrita una parte indivisa con arreglo al artículo 4000.

Esto viene á ser el resultado del principio generalmente aceptado de que al propietario de una parte indivisa se le considera propietario de la totalidad de la cosa indivisa, salvo las restricciones á que el ejercicio del derecho de propiedad se haya sujeto en virtud del mismo derecho de los otros condóminos.

Cuando el demandado no es coposeedor por prescripcion ó por cualquier otro título, la sentencia que reconoce el derecho del reivindicante deberá mandar dar la posesion de toda la cosa, á menos que el demandado reconozca el derecho del demandante á una parte indivisa en la cosa.

Sobre la aparente contradiccion que resulta de la combinacion de la disposicion que estudiamos con los arts. 3450, 3992 y 2761, véase el comentario al art. 3450. Rogron, comentario al art. 815, Frances.

**2680**—Ninguno de los condóminos puede sin el consentimiento de todos, ejercer sobre la cosa comun ni sobre la menor parte de ella, físicamente determinada, actos materiales ó juridicos que importen el ejercicio actual ó inmediato del derecho de propiedad. La oposicion de uno bastará para impedir lo que la mayoría quiera hacer á este respecto. (Concuerda con los arts. 684—1331—1387—1613—2666 á 2679—2681—2682—2684—2690—2700—3015.)

#### CONCORDANCIAS

(Pardessus, *Servidumbres*, tomo 1, n. 192—Demolombe, tomo 11, n. 447—Aubry y Rau, § 221, n. 2°)—Freytas, 4350—Fallo de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 224, tom. 6, p. 351—Leguizamon y Machado, Institutas, n. 327.

**Físicamente determinada:** Estas palabras sirven para distinguir el presente artículo del 2676 y del 2684—El condómino tiene derecho á una parte ideal en la cosa, que le da derecho á servirse de ella y disponer de esa parte ideal, pero no es dueño de ejercer un derecho exclusivo sobre una parte determinada con exclusion de los otros condóminos, salvo lo dispuesto en el art. 3123. Esto sería darle derecho ó elegir la parte que él quisiera en la cosa sin consentimiento de los demas.

Así, por ejemplo, si el condominio es una casa, no podrá constituir un derecho de habitación sobre tal ó cual pieza de la casa aunque esto se haga solo en consideración á su parte indivisa.

**2681**—Ninguno de los condominios puede hacer en la cosa común innovaciones materiales, sin consentimiento de todos los otros. (Concuerda con los arts. 2680 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Véase las del art. anterior.

El presente art. es una consecuencia necesaria de lo dispuesto en el 2680; ha podido suprimir por carecer de objeto.

**2682**—El condómino no puede enajenar, constituir servidumbres, ni hipotecas con perjuicio del derecho de los propietarios. El arrendamiento ó el alquiler hecho por alguno de ellos es de ningún valor. (Concuerda con los arts. 684—1331—1512—1695—2504—2677—2678—2683—2690—2843—2985—2986—3015.)

#### CONCORDANCIAS

Freyta, 4366, última parte, y 4368—Aubry y Rau, § 221, p. 405—Laurent, tom. 8, n. 165—Tom. 24, n. 103—Tom. 24, n. 44—Nota del codificador al art. 2985.

**Con perjuicio del derecho de los propietarios**—Es decir, no puede enajenar ni una parte material determinada, ni el todo de la cosa poseída en común, pero puede enajenar la parte indivisa (arts. 2677 y 2678). Aubry y Rau, citados, que es de donde ha sido tomado este artículo hablan expresamente de la prohibición de enajenar toda la cosa; esto es, sin perjuicio de lo dispuesto respecto de la hipoteca en el art. 3123. (Véase también á Freytsas, 4367.)

**Es de ningún valor**—Aunque el arrendamiento sea solo por la parte indivisa que tiene el que arrienda, el contrato será nulo (art. 1512). La razón de esto es que mientras dura la indivisión, cada uno de los copropietarios tiene un derecho indiviso en cada una de las partes; por consiguiente, el copropietario que hiciera un arrendamiento aunque sea solo de su parte indivisa, vendría á dar derecho al locatario para disfrutar no solo de su parte indivisa sino también de la parte de los otros copropietarios, desde que





para disfrutar de la parte de su locador tiene que disfrutar también de la parte de los otros (Laurent, tom. 25, nº 44).

El copropietario deberá indemnizar á los terceros locatarios que ignoraban que la cosa era comun todos los daños y perjuicios que le resulten por la nulidad del contrato. (Véase art. 1331).

Esta nulidad puede ser demandada por los copropietarios y también por el locatario.

En caso de no demandarse la nulidad por no exigir el locatario la cosa arrendada, ó por no querer demandarla él mismo, podrá éste hacer uso del derecho que le acuerda el art. 2683 en caso de division.

De modo que el locatario, que antes de entablar juicio alguno conoce que la cosa no pertenece en el todo al locador, podrá dejar en suspenso los efectos del contrato mientras dure la indivision, pero no podrá pedir su ejecucion si la division viene recién á verificarse despues de haber pasado el tiempo por que se arrendó.

Una vez entablada la demanda de nulidad, el locatario no puede obstar por la suspension del contrato mientras dure la indivision.

1—¿Puede uno de los condóminos arrendar á otro condómino su parte indivisa en un inmueble? La cualidad de arrendatario y propietario son incompatibles, pues nadie puede arrendar lo propio, y como á cada condómino se le considera propietario del todo, parece que la cuestion debiera resolverse negativamente.

Creemos, sin embargo, que es mas práctico prescindir de las sutilezas del derecho, y atenerse á la utilidad práctica antes que á los principios abstractos, resolviendo la cuestion propuesta en sentido afirmativo; esto está admitido para ciertos casos en el art. 2702, lo que prueba que el principio indicado no es un obstáculo para que el condómino reuna las cualidades de locatario y de copropietario. Las Cortes de Francia así lo han resuelto también (Dalloz, 1858, 2, 213).

**2683**—Sin embargo, la enajenacion, constitucion de servidumbres ó hipotecas, el alquiler ó arrendamiento hecho por uno de los condóminos vendrán á ser parcial ó íntegramente eficaces, si por el resultado de la division el todo ó parte de la cosa comun lo tocase en su lote. (Concuerda con los arts. 1331—1512—2504—2678—2682—2697—2986—2988—3123 á 3126—3504.)

## CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 279—Toullier, tom. 3, n. 573—Pardessus, tom. 2, notas 250 y sigtes.—Demolombe, tom. 12 notas 742 y sigtes.)—Aubry y Rau, § 221, nota 11—Laurent, tom. 26, n. 466—Comentario al art. 1331.

Debe tenerse presente que este artículo se refiere al caso en que la constitucion del derecho real ó la enajenacion ha sido hecha por el todo de la cosa indivisa, pues que cuando la enajenacion ha sido hecha por la parte que corresponde al enajenante, el art. 2678 legisla sus resultados.

**Vendrán á ser parcial ó integralmente eficaces :** Si es que no se ha demandado ya la nulidad de la enajenacion ó constitucion de derecho real. Es aplicable aquí lo que hemos dicho en el comentario al art. anterior respecto al locatario.

Los efectos determinados en este artículo no quedan, por regla general, anulados por el hecho de haber el copropietario que ha constituido un derecho real por el todo, constituido el mismo derecho á un terreno en los límites de sus facultades. Así, por ejemplo, si el copropietario ha establecido una servidumbre sin consentimiento de los demas, y despues vende su parte indivisa á un tercero que viene á quedar con la cosa, ese tercero, dice el art. 2987, "está obligado como su vendedor á sufrir el ejercicio de la servidumbre".

Lo mismo será si el inmueble viene á quedar en poder de uno de los condóminos, siempre que esa adquisicion no sea el resultado de una *adjudicacion* en la division, aun cuando la propiedad sea adquirida por *licitacion*. La constitucion del derecho solo deja de producir efecto cuando toca en lote, como dice el art. 2678, y no cuando adquiere el todo de la cosa por compra, pues entónces se le considera como tercero.

Los mismos principios se aplicarán respecto de la hipoteca constituida por uno de los condóminos que despues vende su parte indivisa en la cosa á un tercero que viene á quedar por licitacion dueño de toda ella.

No podría aquí aplicarse lo dicho en el art. 3126; ni lo dicho en la nota del codificador al art. 3504, desde que en el caso propuesto no se ha hipotecado lo ajeno. (Véase art. 2987.)

**El todo ó parte:** Si solo se hipoteca la parte indivisa del



deudor, aunque todo el inmueble toque á éste, la hipoteca solo subsiste respecto á esa parte (art. 3124).

**2684**—Todo condómino puede gozar de la cosa comun conforme al destino de ella, con tal que no la deteriore en su interes particular. (Concuerda con los arts. 2676—2680—2691—2712—2730.)

## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 11, n° 445 y siguientes—Pardessus, *Servitudes*, tom. 1, n° 192)—Aubry y Rau, § 221, n° 3, Freytas 4351.

Con los arts. 2676 y 2712 queda inútil el presente; habria bastado agregarle al 2712 las últimas palabras del que concordamos. Allí hacemos el estudio del principio aquí sentado.

**2685**—Todo condómino puede obligar á los copropietarios en proporcion de sus partes á los gastos de conservacion ó reparacion de la cosa comun; pero pueden librarse de esta obligacion por el abandono de su derecho de propiedad. (Concuerda con los arts. 1677, última parte—2686—2454—2608—2722—2723—2726—2727.)

## CONCORDANCIAS

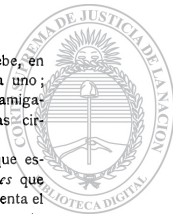
(Zachariæ, § 279—Pothier, *Sociedad*, n° 192—Pardessus, *Servitudes*, tom. 1, n° 192—Demolombe, tom. 11, n° 435 y siguientes)—Freytas, 4349, inc. 2—4350 y 4361—Cód. de Chile, 2309—Aubry y Rau, § 221, n° 4, nota 15—Laurent, tom. 26, n° 437.

**En proporcion de sus partes:** ¿Se refiere aquí á la parte alicuota que tiene en propiedad cada comunero, ó se refiere á la parte de interes ó usufructo que le corresponde en la cosa? Supóngase que una propiedad pertenece proindibido á tres personas, correspondiendo á cada una la tercera parte, y que por un contrato ó por una disposicion de última voluntad, los frutos de la cosa no se perciben en la misma proporcion, sino que uno percibe la mitad y los otros dos la cuarta parte. En este caso, como se comprende, se podria discutir y aun se ha discutido, sobre la proporcion en que deben soportarse los gastos de conservacion ó reparacion.

La mayor parte de los autores hablan de un pago proporcionado al interes; pero como tan interés puede ser el derecho de propiedad como el de usufructo, la cuestion ha debido preocuparlos.







Demolombe, por ejemplo, lugar citado, dice: "La carga debe, en regla general, ser soportada en proporcion al interes de cada uno; pertenece á los Jueces, cuando las partes no se arreglan amigablemente, determinar la proporcion teniendo en cuenta las circunstancias especiales."

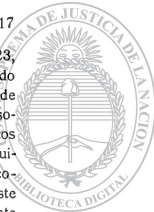
Nosotros creemos que el pago de que habla el artículo que estudiamos debe hacerse en proporcion á la *parte de interes* que tenga en el producido de la cosa, teniendo tambien en cuenta el uso especial que cada uno hace de la cosa. (Véase sobre esto último á Demolombe, tom. 11, nº 429.)

No sería justo que percibiendo en una proporcion las utilidades de una cosa, no soporte en la misma proporcion los gastos, y obligue á los otros comuneros á la conservacion de la cosa que produce esas utilidades en una proporcion mayor á la del provecho que sacan. Se dirá que siendo propietarios por partes iguales la conservacion de la cosa debe ser tambien á gastos iguales, y en proporcion á la parte alícuota de cada uno; esto está muy bien cuando se trata de gastos estraordinarios, que vienen en cierto modo á aumentar el valor de la cosa, porque entonces el gasto repercute proporcionalmente en favor de cada uno de los comuneros en una proporcion igual al de sus partes. Pero tratándose de los gastos de conservacion, nada mas natural, y está en los principios de derecho, que los soporte quien saca provecho de la cosa (art. 2881 y concordantes); de aquí la necesidad de proporcionar la cuota á pagar por los comuneros al provecho que cada uno saca de la cosa.

Freytas, en su art. 4359, dice espresamente que cada propietario está obligado á los gastos de conservacion en la misma proporcion que participa *de los frutos de ella*.

Esta redaccion de Freytas evita toda dificultad al respecto, y es á mas una opinion autorizada en favor de principios que sostenemos. Respecto á la distincion de gastos ocasionados por la cosa misma, y gastos ocasionados por el usufructo, véase lo que decimos en el título "Del Usufructo").

**Pero pueden librarse de esta obligacion** : La exoneration de pagar los gastos de conservacion por el abandono de la cosa en que es necesario hacerlos, á que se refiere esta parte del artículo, no comprende las reparaciones que se han hecho necesarias por deterioros causados por culpa de uno de los co-



muneros y que está en la obligacion de pagar (art. 2693 y 2723, última parte). La obligacion de pagar esas reparaciones cuando es responsable por el perjuicio, no le viene de su carácter de comunero, sino de su falta, de su delito, y como tal le es personal. Puede, si quiere, quedar exonerado del pago de los gastos si los otros comuneros lo consienten, pero si no, si el perjuicio es mayor que el valor de la parte que renuncia, los copropietarios podrán, no obstante la renuncia, exigir lo que reste deducido el valor de su parte. (Véase comentario al art. siguiente que sirve de suplemento al presente.)

**2686**—No contribuyendo el condómino ó los condóminos, pagarán los intereses al copropietario que los hubiera hecho, y éste tendrá derecho á retener la cosa hasta que se verifique el pago. (Concuerda con los arts. 2298—2685—2687—3939 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

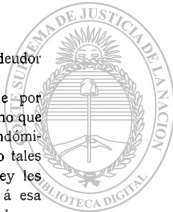
Freytas, 4361—Nota del codificador al art. 1677

**Pagarán los intereses** : Es entendido que tambien deberán pagar la cuota que les corresponda.

Si despues de haberse constituido en mora renuncia á su propiedad, quedará libre de la deuda solo en proporcion al valor del derecho á que renuncia. No se encuentra aquí como en el caso del artículo anterior, en que se libra de toda obligacion respecto á los gastos que haya que hacer en la cosa por el abandono que de ella hace. La deuda por los intereses de la mora no puede compensarla ó cancelarla con esa renuncia, porque ella no es ya en razon de la cosa misma cuya propiedad renuncia, sino en virtud de una falta suya, como es la morosidad. Freytas, lugar citado, y á quien el Dr. Velez ha seguido, es expreso en este punto.

En el caso legislado en el artículo que estudiamos el condómino que haga los gastos hace las veces de un gestor de negocios (art. 2709), y como tal tiene derecho á que se le pague su desembolso (art. 2298.)

Las obligaciones de que habla el artículo anterior y de la cual se libra el condómino que renuncia al condominio es respecto á los gastos de conservacion que es necesario hacer, pero no por los gastos ya hechos, y muy particularmente tratándose de inte-



reses moratorios, máxime si durante ese tiempo ha estado el deudor percibiendo su parte en los frutos.

Hay otra razón más: el condominio, cuando no tiene por origen un contrato de sociedad, es una comunidad de hecho que se ha formado sin vínculo alguno preexistente entre los condóminos, no hay vínculo alguno que les obligue á seguir siendo tales cuando no lo quieren; no existiendo esa obligación, la ley les acuerda el derecho de librarse de las cargas consiguientes á esa comunidad renunciando á su derecho, lo cual no podrían hacer si existiese una sociedad. De este modo se libran de una obligación creada solamente por un hecho y no por un acto jurídico. Ahora bien; el que no renuncia al condominio es porque consiente en que se hagan gastos en la cosa común, y es precisamente ese consentimiento el creador de un vínculo jurídico entre los comunistas, vínculo al cual no le es dado renunciar á una de las partes.

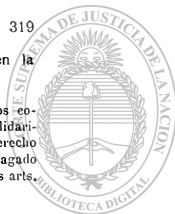
**2687**—Á las deudas contraídas en pro de la comunidad y durante ella, no está obligado sino el condómino que las contrajo, el cual tendrá acción contra los condóminos para el reembolso de lo que hubiere pagado. (Concuerda con los art. 1731—2299—2305—2685—2686—2688 á 2690—2709.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. de Chile, 2307)—Fallos de la S. C., L. 2, tom. 11, p. 416—Laurent, tom. 26, n° 440.

**El condómino que las contrajo:** Pero en caso de ratificación por parte de los otros condóminos, regirá lo dispuesto en el art. 2305, pues el condómino que administra la cosa sin mandato de los otros es considerado como gestor de negocios (art. 2709). Si hubo mandato regirá lo dispuesto en el título del mandato. (Véase 1947 y sus concordantes).

De modo que no se podrá cuestionar, para el efecto de obligar á los condóminos que no han administrado la cosa ni dado mandato expreso, que ha habido mandato tácito en el hecho de conocer la obligación y aprobarla con su silencio. Siempre será gestor de negocios, como lo declara el art. 2709, cualquiera que sean las circunstancias que hayan mediado respecto al conocimiento y á la utilidad que los demás condóminos hayan tenido de la obligación contraída por uno de ellos.



**Tendrá accion contra los condóminos:** Ésta será en la proporción de que habla el artículo 2685.

**2688**—Si la deuda hubiere sido contraída por los condóminos colectivamente, sin espresión de cuotas y sin haberse estipulado solidaridad, están obligados al acreedor por partes iguales, salvo el derecho de cada uno contra los otros para que se le abone lo que haya pagado de mas, respecto á la cuota que le corresponde. (Concuerda con los arts. 691—1747—1752—2685—2686.)

#### CONCORDANCIAS

(Cod. de Chile, 2307, 2ª parte—L. 10, tit. 1, Lib. 10—Nov. Rec.—Marcadé, sobre el tit. 3, lib. 3 del Cód. Frances, 592—Italiano, 488—Pothier, n° 187, en contra).

**Respecto de la cuota que le corresponde:** La cual será determinada con arreglo á lo que hemos dicho en el comentario á los arts. 2685 y siguientes.

**2689**—En las cargas reales que graven la cosa, como la hipoteca, cada uno de los condóminos está obligado por el todo de la deuda. (Concuerda con los arts. 682 á 686—1745—2419—2678—3006—3007—3112.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, Sociedad, n° 188)—Nota del codificador al art. 3112.

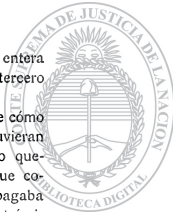
**Está obligado por el todo de la deuda:** Pero para esto es necesario que el derecho real se haya constituido por todos ellos, ó que sea una carga inherente á la cosa misma. (Véase concordantes citados, en los cuales se encontrará la razón de esta disposición. Véase también arts. 2678 y 2683.)

**2690**—Cuando entre los condóminos hubiere alguno insolvente, su parte en la cosa debe repartirse entre los otros en proporción del interés que tenga en ella, y según el cual hubieren contribuido á satisfacer la parte del crédito que correspondía al insolvente. (Concuerda con los arts. 1135—1731.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, Sociedad, n° 191)—Cód. de Chile, 2311.

El presente artículo supone el caso en que el condómino deudor ha hecho abandono de sus bienes á los acreedores, y que los



otros condóminos han pagado la deuda porque la cosa entera estaba gravada con ella, ó porque han querido evitar que un tercero ejecute la parte del condómino insolvente.

No sería bastante que uno de los condóminos no tuviese como pagar la deuda y que por el conocimiento que de esto tuvieran los otros condóminos la pagasen, para que con solo esto quedase el condómino excluido como tal. Si algo tenían que cobrar de él tendrían que demandarlo, y si entonces no les pagaba recién tendrían derecho para hacerse adjudicar, previo los trámites de ley, como el remate y demás, la cosa comun en la proporción indicada.

**En proporción del interés que tengan en ella, y según el cual hubieren contribuido :** Supóngase que Pedro, Juan y Diego, son comuneros en un inmueble, el primero por la mitad, y los otros dos por la cuarta parte. Se demanda el pago de una deuda que pesaba sobre la cosa ; Juan declara estar insolvente y hace abandono de sus bienes á sus acreedores. Pedro y Diego, para evitar la ejecución seguida contra la cosa, pagan la deuda ; en este caso, como el inmueble queda, por el abandono que ha hecho Juan de propiedad de Pedro y Diego, la parte del primero se dividirá entre estos dos últimos, tomando Pedro dos terceras partes y Diego una tercera parte ; el pago se haría también en la misma proporción. De este modo, como Pedro tenía en la cosa el doble que Diego, en la parte de Juan deberá también corresponderle doble.

Repetimos que el hecho de pagar uno ó mas de los condóminos la parte de los otros, no les autoriza á quedarse con la parte de los que no han pagado, si no se ha seguido una ejecución contra ellos que dé por resultado la venta de la parte indivisa á los que pagan la deuda.

Aquí lo que el legislador ha querido evitarse es que uno solo de los comuneros venga á pagar la parte del insolvente para quedar él en su lugar por el todo de su parte, privando así á los otros de adquirir una parte proporcional también en la del insolvente, lo cual nos parece muy justo.

Así, en el ejemplo propuesto, Pedro no podría adelantarse á pagar el todo de la deuda de Juan para tomar él solo la parte que á éste le correspondía en la cosa, excluyendo de este modo á Diego, cuyo derecho es en proporción ó igual al de Pedro.

Creyendo que este es el alcance del artículo que estudiamos, la crítica que de él hace el doctor Segovia es de todo punto infundada.

**2691**—Cada uno de los condóminos es deudor á los otros, según sus respectivas partes, de las rentas ó frutos que hubiere percibido de la cosa comun, como del valor del daño que les hubiere causado. (Concuerda con los arts. 2684—2701—2707—2708 y sus concordantes—2712.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, n° 190—L. 18, Dig., *Communi dir.*)—Nuestro comentario al art. 2712—Laurent, tom. 26, n° 444—Código de Chile, 2308.

**De las rentas ó frutos que hubiera percibido** : Se refiere á las renta que hubiere sacado por el uso que los terceros han hecho de la cosa, y no en razon del uso que cualquiera de los condóminos haya hecho, en virtud de la autorizacion dada por los arts. 2684 y 2712.

En el comentario á ese último, que es una limitacion del presente, encontrará el lector el complemento del presente.

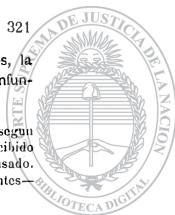
Cuando alguno de los condóminos está obligado á volver rentas ó frutos que hubiere percibido, deberá pagar intereses en el caso del artículo 1913, pues debe considerarse, no como á socio, sino como á mandatario de sus condóminos (art. 2701).

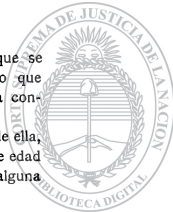
**2692**—Cada copropietario está autorizado á pedir en cualquier tiempo la division de la cosa comun, cuando no se encuentra sometida á una indivision forzosa. (Concuerda con los arts. 1306 y sigtes.—2693—2694—2710—2715—2746—3452.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 1, tit. 15, Part. 6.—Código Frances, 815—Ley 1, tit. 2, Lib. 10, Dig.—Ley última, tit. 37, Lib. 3, Cod.—Zachariæ, § 279)—Fallos del Dr. Garzon (de Córdoba), tom. 1, p. 133—Id. del Dr. Beláustegui (Bs. As.), tom. 1, p. 287—Rogron, comentario al Cód. Frances, art. 815—Freytas, 4302—Marcadé, sobre el art. 815—Demolombe, tom. 15, núms. 486 y 487.

**A pedir en cualquier tiempo la division de la cosa comun** : Esta accion es imprescriptible mientras dure de hecho el condominio ; pero habiendo éste cesado de hecho por atribuirse uno de los condóminos la propiedad esclusiva de la cosa, se prescribe por treinta años (argumento del art. 3460 y 4016—Aubry





y Rau, § 221, n° 5). En el primer caso, por lo mismo que se reconoce el condominio, no hay lugar á prescribir, puesto que para prescribir es necesario poseer á título de dueño. Esta condición se cumple solo en el segundo caso.

Si la cosa es indivisible tendrá derecho á pedir la venta de ella, (art. 1324, inc. 3); y si alguno de los comuneros es menor de edad podrá pedir la venta sin necesidad de probar conveniencia alguna (art. 439, Fallo del Dr. Garzon citado).

1° ¿Será una indivision forzosa el hecho de haber los comuneros concedido el usufructo á un tercero por un tiempo determinado? Es indudable que no, puesto que la nuda propiedad es independiente del derecho de usufructo.

Se encontrarían los comuneros en el mismo caso que si hubieren arrendado la cosa. Ese arrendamiento ó ese usufructo no impiden en nada que se haga la division entre los comuneros mientras no se afecte el derecho del arrendatario ó usufructuario. Es claro que no podrán hacer cesar el usufructo ó el arrendamiento consentidos por todos, pero la propiedad podrá quedar dividida entre ellos, siguiendo el arrendatario en posesion del todo de la cosa. (Véase nota del codificador al art. 3452.)

Así, podrian vender la cosa, repartirse de su dinero y seguir el comprador percibiendo el arrendamiento hasta completarse el tiempo por que fué contratado.

2° El caso de bienes adquiridos para una sociedad contratada por tiempo determinado es una indivision forzosa.

3° Si el derecho de uno de los condóminos es condicional, los otros podrán pedir la division de la cosa asegurando los derechos de su copropietario condicional (argumento del artículo 3458).

4° Los gastos de la division de la cosa tenida en condominio deben hacerse en proporcion al derecho de cada uno (Fallos del Dr. Beláustegui, citado, art. 2752).

**2693**—Los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida al derecho de pedir la division; pero les es permitido convenir en la suspension de la division por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas las veces que lo juzguen conveniente. (Concuerda con los arts. 2692—2694—2715—3452—3466.)

#### CONCORDANCIAS

(Zachariæ, § 279—Aulry y Rau, § 221, n° 5)—Cód. Frances, 815, 2° parte—Véase los autores citados en las concordancias del art. anterior—Laurent, tom.

10, n° 228 y sigtes.—Freytas, 4364 y 4365—Véase especialmente el comentario al art. 3452.

**No pueden renunciar de una manera indefinida:** Por manera que semejante convenio no será válido ni aun por los cinco años permitidos por la ley, pues que siendo esta una convencion absolutamente nula, las partes pueden hacer uso del derecho que les acuerda el art. 2692.

Una cosa es la convencion *ilimitada* de indivision y otra la convencion por mayor tiempo que el de cinco años. En el primer caso, dice Laurent, tom. 10, n° 240, hay una convencion absolutamente nula, que, por lo mismo de ser tal, debe quedar sin efecto alguno.

En el segundo, la intencion de las partes es que la indivision permanezca por un tiempo limitado, únicamente que este tiempo es mayor que el que acuerda la ley; en tal caso debe limitarse á lo marcado por ésta. Todos los autores están de acuerdo en esto (Laurent, tom. citado, n° 239—Marcadé, tom. 3, n° 278, etc.; etc). Nuestro Código nos da tambien ejemplo de esto; es decir, que la convencion por mayor tiempo que el convenido por la ley no es nulo, sino que se reduce á los términos legales. Véase art. 1505—Véase comentario al art. 3452 respecto al efecto que produce el convenio de indivision.

**Y de renovar este convenio cuantas veces lo juzguen conveniente:** Pero la renovacion no podrá hacerse sino despues de concluido el primer plazo, cuando el del nuevo debe principiar desde entónces.

Si se hace ántes de concluir el primer plazo, deberá contarse el del segundo desde la fecha del convenio.

“Si la convencion, dice Zachariæ, § citado por el codificador, nota 21, se hace ántes de espirar los cinco años, el nuevo plazo de cinco años correrá desde el día de la convencion, y no desde la espiracion de los cinco primeros años, para que en ningun caso las partes se encuentren ligadas por mas de cinco años.”

De este modo, si bien podrá resultar que las partes proroguen sin interrupcion la division por muchos años, sus herederos nunca se encontrarán ligados por convenios de sus causantes por mas de cinco años.

Se ha creído por alguno que en ningun caso la renovacion del







convenio de indivision podria hacerse ántes de espirar el primer plazo estipulado; que solo despues de concluido éste podrian las partes celebrar otro. Se da por razon el que, si en un primer contrato, por ejemplo, se ha convenido la comunidad por cinco años, y despues de transcurridos cuatro años se renueva el contrato por otros cinco, resultaria, aunque el segundo plazo se constase desde la fecha del contrato, que la indivisibilidad vendria á durar nueve años sin interrupcion.

Pero es necesario tener en cuenta que lo mismo sucederia aun cuando el contrato se renovase solo despues de concluir el primer plazo, y como tan en libertad se encuentran las partes ántes que despues del primer término para hacer la segunda estipulacion, ningun inconveniente se evita con semejante interpretacion. Todos los autores franceses están de acuerdo en que la próroga pueda hacerse, ántes de espirar el primer término, siempre que el segundo se cuente desde la fecha del contrato (Duranton, tom. 7, nº 87—Laurent, lugar citado—Marcadé, tom. 3, nº 278, etc., etc.); y como el art. 815 frances es igual en esta parte al nuestro, la opinion de estos autores es perfectamente aplicable al art. que estudiamos.

Téngase presente que el convenio de indivision no priva á los acreedores del derecho que les acuerda el artículo 2677. (Véase art. 3452.)

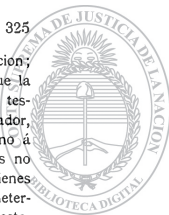
**2694**—Cuando la copropiedad en la cosa se hubiere constituido por donacion ó por testamento, el testador ó donante puede poner la condicion de que la cosa dada ó legada quede indivisa por el mismo espacio de tiempo. (Concuerda con los artículos 2675—2692—2693—Véase 3598.)

#### CONCORDANCIAS

Véase los concordantes del art. anterior. y Freytas, 4364, 2ª parte.

**De que la cosa dada ó legada :** Estas palabras vienen á determinar el verdadero alcance del artículo, y ponerlo en concordancia con el 3452.

Por este último se establece que los herederos pueden demandar la particion de la herencia no obstante cualquier disposicion del testador, lo que importa decir que el testador no podrá imponer á los herederos la obligacion de no dividir la sucesion hasta un tiempo determinado.



Estos dos artículos parecen á primera vista en contradiccion; pero es indudable que su inteligencia no puede ser otra que la siguiente: El que estudiamos se refiere á las disposiciones testamentarias ó donaciones de los bienes disponibles del testador, ó lo que es lo mismo, á las cosas legadas ó donadas, y no á los bienes dejados á los herederos forzosos; á estos últimos no podrá el testador imponerles la condicion de no dividir los bienes que les corresponda, durante un tiempo determinado ó indeterminado; pero si la sucesion es distribuida por el mismo testador, por no tener herederos forzosos, entre sus otros parientes ó tambien entre estraños, podrá disponer que la cosa *dada ó legada*, como dice el art., quede indivisa.

Debe tenerse presente que aquí no se trata de una condicion de no dividir la herencia, sino simplemente de tales ó cuales cosas de las dadas ó legadas; mientras que en el art. 3452 se habla de disposiciones imponiendo indivisibilidad de la sucesion. (Véase comentario á dicho artículo.)

Una prueba de que el artículo que estudiamos se refiere á los bienes dejados á los legatarios, herederos ó no legítimos, y no á la legitima de los herederos forzosos, es que Aubry y Rau, citados por el codificador en este art., dicen:

“Un testador ó donante puede tambien, en los límites de la *cuota disponible*, imponer á su disposicion, la condicion que la cosa *dada ó legada* quede indivisa durante el mismo espacio de tiempo” (5 años).

Como se ve, el artículo es copiado al pié de la letra de Aubry y Rau, suprimiendo la aclaracion mas importante que éstos traen.

El art. 3452, se distingue tambien del presente en que allí se habla de prohibicion, del testador *para dividir la herencia*, como se desprende de su testo espreso; y aunque así no fuese, siempre tendria distinta aplicacion al presente, por cuanto quedaria limitado á la legitima forzosa, sobre la cual no se puede imponer condicion ninguna (art. 3598). Véase su comentario.

**2695**—La division entre los copropietarios es solo declarativa y no traslativa de la propiedad, en el sentido de que cada condómino debe ser considerado como que hubiere sido desde el origen de la indivision, propietario esclusivo de lo que le hubiere correspondido en su lote, y como que nunca hubiese tenido ningun derecho de propiedad en lo que ha

tocado á los otros condóminos. (Concuerda con los arts. 2678—2683—2696—2697—3503.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, lugar citado—Duranton, tom. 7, n° 522—Marcadé, sobre el art. 883, n° 2—Zachariae, § 179, y nota 27)—Vazeille, sobre el art. 883, frances—Nuestro comentario al art. 3503.

**Es solo declarativa:** Es decir, que solo produce el efecto de determinar la parte material que le corresponde en la cosa tenida en comun.

**Desde el origen de la indivision, propietario esclusivo de lo que le hubiere correspondido:** Consecuencia de esto son los arts. 2678 y 2683. Por esos artículos se establece que las hipotecas, ó cualquier otro derecho constituido sobre los bienes poseídos en condominio quedará sin efecto si el inmueble comun viene á tocar á otro de los comuneros. Este no deberá respetar esa constitucion de derechos reales sobre dicho inmueble, desde que por el resultado de la particion se ve que el que los constituyó no tenía derecho para ello, puesto que al que le ha tocado el inmueble se le considera dueño desde el origen de la indivision.

Respecto á las demas cuestiones que pueden suscitarse sobre esas constituciones de derechos sobre el inmueble comun, el lector las encontrará resueltas en los arts. 3503 y siguientes y sus comentarios, pues que segun el art. 2698, todas las reglas relativas á los efectos que produce la division de las sucesiones son aplicables á la division de cosas particulares.

Por lo demás, creemos que el presente artículo no tiene objeto y que ha debido suprimirse por ser una repeticion del art. 3503. Desde que en el art. 2698 se dice que los efectos de la division de las cosas comunes son las mismas de la particion de la sucesion, y estando por el art. 3503 dicho lo que en el que concordamos, no tenía objeto aquí.

**2696**—El mismo efecto tendrá, cuando por licitacion, uno de los condóminos hubiere venido á ser propietario esclusivo de la cosa comun, ó cuando por cualquier acto á título oneroso hubiera cesado la indivision absoluta, pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros. (Concuerda con los arts. 2695 y sus concordantes—3123.)



## CONCORDANCIAS

(Las del art. anterior, y Zachariæ, § 279, nota 26)—Véase los comentarios del anterior—Nuestro comentario al 3123, y el de los citados en este comentario—Código Frances, art. 883—Marcadé, sobre el mismo—Laurent, tom. 10, núms. 893 y siguientes.

**El mismo efecto tendrá:** Es decir, quedará sin efecto la constitucion de derechos hecha por uno de los herederos en su parte indivisa.

**Cuando por licitacion, uno de los condóminos, etc., etc.:**

La razon es que la licitacion produce el mismo efecto que la particion y hace que al comunero que adquiere la cosa se le considere como propietario exclusivo de ella desde el origen de la comunidad (art. 2695), y como que el origen de su propiedad, ó mas bien, el derecho á ella, no le viene del comunero heredero, sino exclusiva é inmediatamente del difunto, como dice el art. 3503 (que es aplicable en razon del art. 2698), ó del primitivo dueño de la cosa tenida en comun.

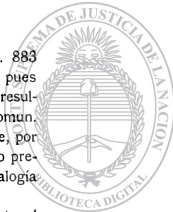
En tal caso, por lo mismo que se considera que el comunero que hipoteca su parte indivisa no ha tenido ningun derecho en la cosa, el que ántes habia constituido, queda sin efecto alguno con arreglo á lo dispuesto en el artículo anterior, y del 2678, 3123, 3503 y 3504 (Zachariæ, § 279, nota 24).

Desde que segun esos artículos, los derechos reales constituidos por uno de los copropietarios quedan subordinados al resultado de la licitacion, es claro que si por ella viene á quedar con el todo de la cosa otro de los copropietarios que no sea el que ha constituido el derecho, éste se estingue completamente (Chabot, sobre el artículo 833, n° 3—Marcadé, sobre el mismo artículo).

Todos los jurisconsultos están de acuerdo en considerar, en razon de una ficcion de la ley, que la licitacion hecha por uno de los herederos equivale á la particion, y produce, respecto á los derechos constituidos por uno de ellos, los efectos de la misma (Laurent, tom. 10, n° 419—Chabot, citado—Vazeille, sobre el art. 883). Para el caso de que la licitacion ha sido hecha por varios de los comuneros, véase fin de este comentario.

1° Se discute si la licitacion hecha por un tercero produce tambien el mismo efecto.





Cualquiera que sea la interpretacion á que se preste el art. 883 del Código Frances, el nuestro no puede dar lugar á duda, pues que habla espresamente de la licitacion que ha dado por resultado atribuir á uno de los comuneros el todo de la cosa comun. Siendo esta disposicion de derecho escepcional no se puede, por interpretacion y fundándose en analogía estenderla á casos no previstos espresamente; mas, nosotros creemos que ni por analogía se puede dar semejante interpretacion.

La licitacion de que habla nuestro Código es muy distinta al remate que se hace de la cosa. Hay licitacion en el sentido de nuestro artículo y del 3467, por ejemplo, cuando, tasada por peritos la cosa objeto del condominio uno de los herederos ó de los condóminos pide que se le adjudique el todo de la cosa ofreciendo pagar un valor mayor que el de la tasacion.

En este caso la licitacion es solo un medio de dividir la cosa y se considera que el heredero que la licita la recibe, no de sus coherederos, sino del difunto, ó del que se las transmitió á los condóminos.

Pero cuando la cosa se saca á remate y la obtiene un tercero, esto constituye una venta; el que obtiene la cosa la adquiere con todas las cargas con que uno, ó todos los comuneros la han gravado. Aquí no se puede decir que al que remató la cosa se le considera que ha sido dueño desde el origen de la indivision, puesto que su título viene, no del que constituyó el condominio, sino de los herederos (Laurent, citado).

Debe tenerse presente que no teniendo la licitacion el carácter de venta, sino de particion, los derechos ulteriores de las partes sobre pago de precio y demas, deberá regir por las disposiciones sobre la particion y no por las de la venta. Pero no serán nulas las cláusulas que las partes adopten para reglamentar estos efectos; así, no será nulo el convenio en que se estipule un pacto resolutorio, puesto que la ley no lo prohíbe. (Véase sobre esto, á Laurent, tom. 10, nº 421.)

**O cuando por cualquier acto ó título oneroso:** Si es gratuito no puede decirse que hay particion; ésta supone siempre, como dice Laurent, tom. 10, nº 416, que cada uno de los coparticipes recibe su parte; y deben recibirla en la misma cosa, á no ser que sea indivisible, en cuyo caso deben recibir su equivalente; si uno de los herederos no recibe nada, no habria particion,



ni cosa que á ella pueda asimilarse. La donacion conservará pues su carácter: es un acto traslativo de propiedad que deja subsistentes las cargas con que ha sido gravada la propiedad.

1º ¿Cuáles son esos otros actos que equivalen á la particion y á la licitacion? ¿Será la venta que uno de los comuneros hace á los otros? La venta no es una particion, ni puede producir sus efectos, á menos de que ésta se haga como único medio de dividir, y por todos los comuneros. Sobre todo, no es racional suponer que por el hecho de que el comunero que ha constituido un derecho real en la cosa venda á otro su parte, quede sin efecto el derecho constituido con autorizacion de la ley.

La ley, sin embargo, habla de cualquier acto á título oneroso; de aquí se toman algunos para decir que la venta hace desaparecer los derechos reales constituidos por algunos de los comuneros, lo cual es contra todo principio de derecho.

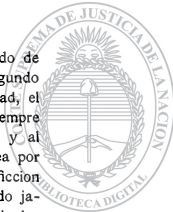
Para comprender el espíritu de nuestro artículo es necesario no tomar aisladas las palabras que estudiamos. Para que *el acto á título oneroso* produzca los efectos de la particion, es necesario que *haga cesar la indivision absoluta*, es decir, un acto que se ejecute como medio de efectuar la division y al cual concurren todos los herederos ó comuneros. (Véase comentario al art. 2697.)

La venta hecha á uno de los comuneros por otro de ellos no hace cesar la indivision absoluta, puesto que el que toma la parte del comunero vendedor, queda con derecho á exigir la de su causante.

Pero si en una particion á fin de obviar dificultades y facilitar la division, el perito adjudica á uno solo de los comuneros el inmueble, con cargo de pagar á los otros una cantidad determinada, en este caso, decimos, hay un acto á título oneroso que produce todos los efectos de la particion, puesto que, adjudicándose el inmueble á uno solo, desaparece la indivision en que éste estaba.

En esto están de acuerdo los jurisconsultos franceses; pero se discute largamente cuándo cesa la indivision absoluta, ó si aun cuando ésta no cese, el acto producirá los efectos de la venta.

Así, Marcadé, en el nº 416, tom. 3, dice: "Es un punto controvertido el saber si la ficcion creada por nuestro artículo existe, no solamente cuando el acto hace cesar la indivision absolutamente y para todos los copropietarios, sino tambien cuando,



no obstante el acto, la cosa continúa indivisa. Así, cuando de tres coherederos (ó comuneros), el primero cede, sea al segundo el todo ó sea al segundo y al tercero cada uno por mitad, el tercio que le corresponde en la cosa, este objeto quedará siempre indiviso, puesto que continuará perteneciendo al segundo y al tercero, sea por dos tercios al uno y por uno al tercero, sea por mitad á cada uno; es entónces que se pregunta si la ficción existirá, es decir, si el cedente será reputado no haber sido jamás propietario de la porcion cedida, y si, por consecuencia, las hipotecas adquiridas antes de la cesion sobre la porcion del inmueble cedido quedarán inmediatamente sin efecto como consentidas, *á non domino*."

Agrega en seguida que varias sentencias de las Cortes de Francia han juzgado la afirmativa; pero dando su propia opinion, dice: "Esta doctrina nos parece inexacta; y es precisamente el acto que, conciliando ménos los principios con el testo del artículo, conduce á una solucion contraria."

"Nuestra regla, en efecto, no siendo mas que una ficción, debe restringirse rigurosamente á los casos previstos, *factio ultra factum non operatur*."

Despues agrega: el caso previsto es el de un acto que, cualquiera que sea su clasificacion y su forma, tenga por resultado en su fondo hacer cesar la indivision de la cosa. Pero precisamente el acto de que se trata en la hipótesis puesta no está en este caso, pues que no obstante él la cosa permanece indivisa, y que la particion de esta cosa aun falta que hacerla. La ley habla claramente de actos que producen la particion y la division de las cosas comunes, de actos que hacen salir esas cosas del estado de comunidad". (Laurent, tom. 10, nº 426, combate esta doctrina.)

Chabot, tom. 2, p. 661—Vazeille, sobre el art. 838, frances, son de la misma opinion que Marcadé.

Por ser esta materia de una importancia práctica y por creerla ajustada al verdadero alcance de nuestro artículo, vamos á transcribir el resumen de las observaciones que hace Chabot en el lugar citado.

Dice así: "La verdadera dificultad en esta materia consiste en conocer entre los actos de toda especie que pueden celebrar los herederos (aplicable entre nosotros á los comuneros

tambien) cuáles son los que se pueden calificar de *particion*, y á los cuales desde luego debe atribuírseles los efectos que el art. 883 les da por una disposicion especial (*nuestros articulos 2695 y el que estudiamos equivalen al 883 frances*).

"La especie de contrato que parece sobre todo haber dado lugar á mas graves dificultades es la cesion de derechos sucesorios entre los coherederos (en derecho frances, no se habla especialmente del condominio como en el Código argentino, porque en aquél se comprenden en la reglamentacion de los derechos sucesorios). Ha sido menester numerosos monumentos de jurisprudencia para establecer una regla invariable. Parece haber sido reducida á este punto : que es necesario distinguir si el acto, cualquiera que él sea, pone fin definitivamente al estado de indivision entre todos los herederos, ó si deja subsistente esta indivision respecto á varios de ellos. En el primer caso, es reputado acto de *particion*, *declarativo* de propiedad ; en el segundo, no se puede ver sinò un acto ordinario, *traslativo* de propiedad."

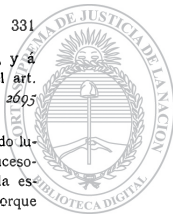
"Si existen varios herederos y uno solo cede sus derechos á otro, el cesionario se haria propietario de dos partes, y quedaria por ella en indivision con sus otros coherederos que no han tenido parte en este acto ; por consiguiente, no hay *particion*."

"Sucede exactamente lo mismo si uno de ellos ha cedido su parte á todos los herederos, si la indivision continúa respecto de los otros herederos."

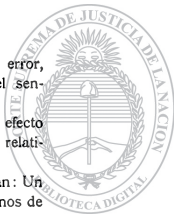
Lo que acabamos de transcribir es exactamente aplicable á nuestro artículo, y con doble razon que al Código Frances, pues que la redaccion del nuestro deja ménos lugar á dudas.

En efecto : cuando nuestro artículo dice : hubiera cesado la indivision absoluta, *pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros*," quiere significar que mientras el acto no tenga por resultado esto último, es decir, mientras la cosa permanezca en poder de varios comuneros, no desaparece la indivision absoluta.

La palabra *absoluta*, de que se vale el artículo, es lo que indudablemente ha dado lugar á que alguna vez se interprete en otro sentido del que le damos ; pero comparándola con el texto de donde ha sido tomada, se ve que equivale á *absoluta*-







mente, como está en Aubry y Rau, habiéndose, por un error, suprimido una palabra, por lo cual se hace poco claro el sentido.

Estos autores dicen: "todo acto á título oneroso cuyo efecto haya sido hacer cesar de una *manera absoluta*, es decir, relativamente á todos los comuneros".

Despues, en la nota 26, estos mismos juriconsultos agregan: Un acto que no hace cesar la indivision sino con respecto á algunos de los comunistas, dejándola subsistente respecto de los otros, no equivale á una particion.

En el mismo sentido habla Zachariæ, citado tambien por el codificador.

Por manera que la redaccion clara del artículo, sin separarse de su espíritu, sería la siguiente: "ó cuando por un acto á título oneroso hubiera cesado absolutamente la indivision, pasando la cosa al dominio de uno de los comuneros."

Dados estos antecedentes, nos parece completamente falsa la interpretacion dada por el doctor Segovia en la nota 49 al art. 2695 y en la 51 al que estudiamos, que se ve obligado á contrariarlas en la 50 al mismo artículo.

Así, en la nota 51, confirmando lo dicho en la nota 49, dice el doctor Segovia, "que la adquisicion hecha por dos ó mas condueños ó coherederos de las demas partes de sus coherederos ó condueños, es una particion perfecta, *aunque parcial*, que produce sus efectos retroactivos respecto á los enagenantes y sus causa-habientes."

Antes de esto, en la nota 50, refiriéndose á la palabra *absoluta* y apoyándose en Aubry y Rau, dice que esto quiere decir: *de una manera absoluta*; luego, pues, si el doctor Segovia cree, como nosotros, que el Código exige que la indivision cese *de una manera absoluta* para que la adquisicion produzca los efectos de una particion, y por consiguiente la desaparicion de los derechos reales constituidos por los cedentes, ¿cómo es que la *particion parcial*, que solo produce, por lo mismo de ser tal, la *cesacion parcial de la indivision*, puede producir los mismos efectos de una particion?

Desde que es necesario que el acto que haya de producir los efectos de una particion produzca el de hacer cesar la indivision *de una manera absoluta*, como el mismo autor lo reconoce, de



ninguna manera se puede atribuir el mismo resultado á la *division parcial*, que solo da por resultado la cesacion de la *indivision de una manera parcial*, es decir, relativamente á uno ó varios de los comuneros y no á todos.

De modo que para el doctor Segovia, y segun sus notas 50 y 51, aunque reconoce que nuestro artículo exige division total, ó lo que es lo mismo, que la indivision cese *de una manera absoluta*, la division que *no es total* y que por lo mismo no produce semejante efecto, debe tener la misma consecuencia. Esto no es lógico, y hasta contrario á lo dicho por él en la nota 49.

Parece que el doctor Segovia cree que en el único caso que no desaparece la indivision absolutamente es cuando la enagenacion se hace á uno solo de los comuneros, por cuanto los otros tendrian siempre que determinar la parte del cedente para dársela al cesionario.

No es este, como hemos visto ántes, el único caso excluido por el artículo que estudiamos.

Repetimos: para que la indivision cese de una manera absoluta como lo requiere la ley y para que el acto produzca el efecto de una particion, es indispensable que la cosa objeto del condominio pase á poder de uno solo de los comuneros, porque solo entónces dejará de haber necesidad de particion.

Esta es la opinion de todos los autores citados por el codificador y la única interpretacion que el testo espreso autoriza.

1º Respecto á la licitacion, es indispensable tambien por nuestras leyes que sea por uno solo de los comuneros, pues que la ley dice : "cuando *uno* de los comuneros hubiera venido á ser propietario *exclusivo* de la cosa comun".

Esta regla ha sido aplicada, según Chabot, por la Corte de Casacion; y es tambien su propia opinion. (Véase Rogron, comentario al art. 883 frances.)

2º Lo dicho no se opone á las medidas que puedan tomar los acreedores del comunero que hipotecó ó creó otros derechos reales sobre su porcion indivisa, respecto á los mismos actos ejecutados por éste en perjuicio ó en fraude de sus derechos, ya sea para prevenir el mal de la anulacion de sus derechos ó para no quedar burlados en caso de entregárseles á los comuneros deudores la parte de valor que les corresponde en la cosa.



(arts. 3351, 3489 y sus concordantes; arts. 1196, 2677.) Véase Rogron, principio al comentario citado.

**2697**—Las consecuencias de la retroactividad de la division serán las mismas que en este Código se determinan sobre la division de las sucesiones. (Concuerda con los arts. 1313—2678—2683—2695—3503—3504 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4371—Marcadé, sobre el art. 883, n° 414—Laurent, tom. 10, n° 402, 415 y sigtes.—Aubry y Rau, § 221, nota 27—Nuestro comentario al art. 3503—Zachariæ, § 197, nota 25.

#### **Las consecuencias de la retroactividad de la division :**

Téngase presente lo que heinos dicho en el comentario al art. anterior respecto á lo que se entiende por particion. La razon de someter á un mismo principio los efectos de la division del condominio que no tiene por origen una herencia, y las de la division de ésta, consiste en que en uno y otro caso la division no es traslativa, sino simplemente declarativa ( art. 2695 y 3503 ).

Cuando todos los comuneros venden la cosa á un tercero, si esta venta no es hecha como único medio de hacer la division no hay particion en el sentido de la ley, sino venta ; en consecuencia, la cosa pasa al tercer adquirente con el mismo gravámen, porque, como hemos dicho ántes, solo la particion hace desaparecer los gravámenes impuestos por uno de ellos.

Lo que en los concordantes citados se establece sobre garantía por eviccion de la cosa que á uno de los comuneros le ha tocado en lote es aplicable tambien segun este artículo á la division del condominio. Véase como complemento al estudio del presente título, nuestro comentario á los arts. 2503 y 2504.

**2698**—Las reglas relativas á la division de las sucesiones, á la manera de hacerla y á los efectos que produce, deben aplicarse á la division de cosas particulares. (Concuerda con los arts. 1313—1788—2152 y sigtes.—3462 y sigtes.—3472—3175—3928—3929.)

#### CONCORDANCIAS

Las citas del artículo anterior—Fallos del doctor Beláustegui, tom. 1, p. 12.

**A la division de la sucesion :** El derecho á pedir la di-

vision de la cosa comun se prescribe, como hemos dicho ántes, del mismo modo que se prescribe el derecho á pedir la division de la herencia por el artículo 3460 (Fallos del Dr. Beláustegui, citados).

**Debe aplicarse á las cosas particulares :** Méno en aquello que se oponga á las disposiciones especiales sobre la materia. (Véase comentario al 2696.)

## CAPITULO I

### De la administracion de la cosa comun

**2699**—Siendo imposible por la calidad de la cosa comun ó por la oposicion de alguno de los condóminos, el uso ó goce de la cosa comun ó la posesion comun, resolverán todos, si la cosa debe ser puesta en administracion, ó alquilada ó arrendada. (Concuerda con los arts. 1512—1613—2680—2682—2702—2703—3451.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4352—Laurent, tom. 10, n° 217—Pothier, "Del cuasi contrato de comunidad", núms. 92 y siguientes—Fallos de la C. de la C. de la República, tom. 5, p. 580.

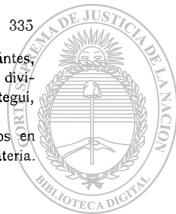
**Resolverán todos :** Por manera que la oposicion de uno bastará para que no se ejecute lo que los demas dispongan ; es una consecuencia de lo dispuesto en el art. 2680, última parte, y de lo dispuesto en el 2703.

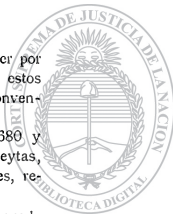
Pero esto solo tiene lugar cuando la indivision no es forzosa, y uno de los comuneros, haciendo uso del derecho que le acuerda el art. 2692, pide la division de ella.

Dar derecho á la mayoría para tomar otra medida, tal como arrendar la cosa, sería dejar sin efecto el art. 2692 citado que da derecho á cualquiera de los comuneros á pedir la partition.

Mas cuando la cosa está sometida á una indivision forzosa, ó si estándolo, ninguno de los comuneros pide su division, el art. 2700 acuerda el derecho de resolver la mayoría de los comuneros.

De otro modo no sería posible el condominio, pues si hubiera un comunero que ni pedia la division cuando la cosa era divisible, ni proponia medida alguna, los otros se encontrarian en





la imposibilidad de hacer nada y forzados á dejarla perder por capricho de uno de ellos; es por esto que la ley da en estos dos casos derecho á la mayoría á resolver lo que mas convenga hacer.

De la combinacion del artículo que estudiamos, del 2680 y del 2703, y de acuerdo con los artículos 4352 y 4353 de Freytas, que es de donde nuestro codificador tomó sus disposiciones, resulta lo siguiente:

1º Tratándose de una cosa divisible, ninguna medida se puede tomar sin el concurso de todos los condóminos; 2º en este caso la oposicion de uno basta para impedir cualquier media, pero entonces deberá necesariamente pedirse la division de la cosa; 3º Estando la cosa sometida á indivision forzosa, ó si siendo divisible no se pide su division, debe la mayoría resolver lo que convenga hacer, á cuya decision tienen que someterse los demas (art. 2700).

**2700**—No conviniendo alguno de los condóminos en cualquiera de estos expedientes, ni usando del derecho de pedir la division de la cosa, prevalecerá la decision de la mayoría, y en tal caso dispondrá el modo de administrarla, nombrará y quitará los administradores. (Concuerda con los arts. 2704—2705—2706—3451.)

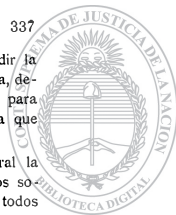
#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4353, última parte, 4351, inc. 1º—Nuestro comentario al art. anterior —Demolombe, tom. 15, nº 484.

**Ni usando del derecho de pedir la division:** Siempre que no se encuentre sometida á una indivision forzosa, se entiende (arts. 2710 y 2715).

**Dispondrá el modo de administrarla:** En tal caso la mayoría podrá arrendar la cosa por tiempo indeterminado; de este modo nunca habrá obstáculo para que los comuneros dicidentes puedan pedir la division en cualquier tiempo. No sería racional que por el hecho de no haber pedido la division el comunero que se opone al arrendamiento pudieran los otros obligarle á permanecer en la indivisibilidad por mas tiempo del que él quiera.

Cuando la cosa no está sometida á una indivision forzosa por alguna de las causas enumeradas en los arts. 2710 y 2715, y



ninguno de los condóminos hace uso del derecho de pedir la division, la ley acuerda un derecho escepcional á la mayoría, derecho que no puede ir mas allá de lo estrictamente necesario para proveer por el momento á la administracion de la cosa hasta que alguno pida la division.

Decimos derecho escepcional porque en principio general la mayoría de los condóminos no puede ejercer actos jurídicos sobre la cosa; estos actos deben ser con el consentimiento de todos los comuneros, y precisamente el arrendamiento es uno de los actos que especialmente prohíbe el Código. (Véase art. 1512 y sus concordantes.)

Teniendo todos los comuneros un mismo derecho, la mayoría no puede nunca obligar á la minoría, porque esto sería atacar el derecho de propiedad; la ley concede, sin embargo, este derecho en casos especialmente determinados, y solo al efecto de remediar una necesidad del momento.

Se comprende que la mayoría tome medidas administrativas sobre toda la cosa cuando un condómino no se pone de acuerdo para la administracion, ni propone ningun otro espediente, pero no se comprende que esta mayoría pueda obligar á uno de los comuneros á que respete un contrato mas allá del tiempo que quiso dejar de hacer uso del derecho de pedir la division, única causa de la autorizacion concedida por la ley á la mayoría; desapareciendo esa causa, deben desaparecer tambien sus efectos; el mandato conferido por la ley á la mayoría es únicamente para disponer de la cosa mientras el comunero disidente no pida su division. (Véase Laurent, tom. 10, 217.)

Hecha la division, el comunero que no consintió en el arrendamiento puede pedir la entrega de su parte sin necesidad de esperar la terminacion del contrato celebrado por la mayoría, quienes estarán obligados á respetar el arriendo de sus partes, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2683.

Respecto al administrador que se nombre, véase comentario al art. 2702.

**2701**—El condómino que ejerciera la administracion será reputado mandatario de los otros, aplicándosele las disposiciones sobre el mandato, y no las disposiciones sobre el socio administrador. (Concuerda con los arts. 1676—1904 y sigtes.—1945—2709.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4351, inc. 3—Laurent, tom. 10, n° 216.

**Que ejerciere la administracion** : Esto se entiende cuando es con poder de los otros ; cuando no ha recibido este poder será considerado como gestor de negocios (art. 2709).

**Será reputado mandatario de los otros** : Pero solo en aquellos actos que no obrase como condómino (art. 2676, 2679, etc., etc.).

Así, si vende ó hipoteca el todo de la cosa sin autorizacion de los otros, no se dirá que ha obrado como mandatario ni como gestor de negocio ; y aunque los otros quieran ratificar la venta, si éste no acepta contando que le tocará en lote dicha cosa ó que la puede licitar, los otros comuneros no podrán exigir el valor, ó compeler al comprador á recibirla si no quiere. Esa venta no puede tener otros efectos que los de que habla el artículo 2683.

**2702**—Determinándose el arrendamiento ó el alquiler de la cosa, debe ser preferido á persona estraña, el condómino que ofreciere el mismo alquiler ó la misma renta. (Concuerda con los artículos 2699—2707.)

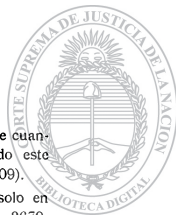
## CONCORDANCIAS

Freytas, 4355, inc. 2°.

**Debe ser preferido á persona estraña** : Lo mismo será respecto de la administracion. Así, cuando hay igualdad de votos para nombrar administrador entre un estraño y un condómino, será preferido el condómino ; pues que en igualdad de condiciones es mas probable que mejor administre una de las partes interesadas. Freytas, artículo 4354, inc. 2, es espreso al respecto.

Si ofrecieren el mismo precio, se estará á lo dispuesto en el art. 2706.

**2703**—Ninguna determinacion será válida, si no fuese tomada en reunion de todos los condóminos ó de sus legítimos representantes. (Véase los concordantes y comentario al art. 2699.)





## CONCORDANCIAS

Freytas, 4356, inc. 1—Véase las citas del art. 2699.

**2704**—La mayoría no será numérica sino en proporción de los valores de la parte de los condóminos en la cosa común, aunque corresponda á uno solo de ellos. (Véase 2705—3462.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4356, inc. 2—En contra, Demolombe, tem. 15, n° 650.

**2705**—La mayoría será absoluta, es decir, debe exceder el valor de la mitad de la cosa. No habiendo mayoría absoluta nada se hará. (Véase art. anterior y el 2706.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4356, incs. 3 y 4—Demolombe, tom. 15, núms. 484 y 485.

**Nada se hará**: Pero como es indispensable que los condóminos tomen alguna resolución cuando no piden la división, el Juez es quien deberá resolver el conflicto, (art. 2706), tomando en consideración las razones que cada comunero esponga en apoyo de sus pretensiones. (Véase art. 3451.)

**2706**—Habiendo empate y no prefiriendo los condóminos la decisión por la suerte ó por árbitro, decidirá el Juez sumariamente á solitud de cualquiera de ellos con audiencia de los otros. (Véase 3451.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4356, inc. 5 y 6.

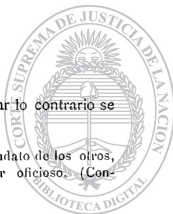
**2707**—Los frutos de la cosa común, no habiendo estipulación en contrario ó disposición de última voluntad, serán divididos por los condóminos, en proporción de los valores de sus partes. (Concuerda con los arts. 1778—1784—2084—2691—2708—3721.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4757, inc. 1°—Código de Chile, 2310—Véase art. siguiente.

**2708**—Habiendo duda sobre el valor de la parte de cada uno de los condóminos, se presume que son iguales. (Concuerda con los arts. 689, inc. 3—1264, última parte—2691—2707—3721.)





**Se presume que son iguales** : Para probar lo contrario se admitirá toda clase de pruebas.

**2709**—Cualquiera de los condóminos que sin mandato de los otros, administrase la cosa común, será juzgado como gestor oficioso. (Concuerda con los arts. 2288—2289—2686—2687.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4358—Demolombe, tom. 15, n° 485—Nuestro comentario al artículo 2686.

**Que sin mandato de los otros** : El art. 2701 se refiere al caso en que hay mandato.

En esta clase de gestion no se podrá aplicar en toda su extension el art. 2289, pues que si así fuere quedaria sin efecto el presente, porque el comunero que oficiosamente hace actos de gestion siempre lo hará tambien en beneficio propio desde que su derecho está comprendido en la cosa misma tenida en común. El art. 2686 que es una consecuencia del 2685, es un caso de gestion de negocios.

## CAPÍTULO II

### De la indivision forzosa

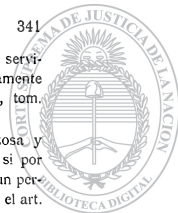
**2710**—Habrá indivision forzosa, cuando el condominio sea sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos ó mas heredades que pertenezcan á diversos propietarios, y ninguno de los condóminos podrá pedir la division. (Concuerda con los arts. 2674—2692—2713—2714—2716.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry, y Rau, § 221, ter. nota 1—Zachariæ, § 279, nota 22.

**Como accesorios indispensables al uso común** : Si no es indispensable no habrá indivision forzosa. Así, un patio que pertenece á dos ó mas propietarios no viene á constituir una indivision forzosa desde que no es indispensable el uso común del patio, cuando éste puede dividirse.

Es necesario que el derecho á usar en común la cosa sea á título de propietario y no á título de servidumbre (Laurent, tom. 7, n° 480, art. 2711).



Sobre la prueba de si una cosa es poseída á título de servidumbre ó de condominio, se estará á lo dispuesto espresamente en el lugar correspondiente. (Véase lo espuesto por Laurent, tom. citado, nº 481.)

Debe tenerse presente que no constituye indivision forzosa y perpetua una propiedad que no ofrezca cómoda division; si por el momento la indivision es exigida como medio de evitar un perjuicio se demorará ésta cuanto sea posible, como lo establece el art. 2715, última parte.

Es por eso que el Código habla del caso en que el condominio sea sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso *comun de dos ó mas heredades*.

La ley supone pues, dos propiedades exclusivas y una tercera afectada al uso comun é indispensable de las primeras.

De acuerdo con esto el artículo 2716 habla de las paredes medianeras como sometidas á una indivision forzosa.

Pero si una cosa no ofrece cómoda division, si bien las partes pueden somerterla á una indivision forzosa temporal (art. 2693), no puede invocarse la *necesidad* para tenerla perpetuamente indivisible, puesto que esa propiedad no está afectada como accesorio indispensable á otra propiedad. Pasado el tiempo convenido y permitido por la ley, el art. 2692 recobra su imperio; en tal caso, si la propiedad no es susceptible de division material en el sentido de su utilidad ó por los perjuicios que resultarían de esa division, está la licitacion ó la venta como medio de salir de la indivision. No sucede así con una pared medianera, por ejemplo, la cual es indispensable para el uso de las heredades contiguas. (Véase sobre todo esto á Laurent, nº 480 á 484.)

1º Sucede algunas veces que al dividirse una propiedad entre varios comuneros se deja una parte de ella para el uso comun de las distintas propiedades que se han formado por la division. Así, por ejemplo, si se divide un establecimiento de campo que posee un dique ó represa de donde se surte de agua á todo él, los comuneros pueden dejar en comun esos diques y esa agua que son indispensables á los nuevos establecimientos formados por la division del que ántes tenían en comun.

Pero esos mismos comuneros no podrian, por ejemplo, dejar á



perpetuidad en comun los edificios contenidos en el establecimiento, puesto que por una mera comodidad ó por evitar gastos se vendría á violar una ley de órden público, como es la del art. 2692. Si no era susceptible de division material, la licitacion seria el remedio de dividirla.

No sucede así con la propiedad de los ojos de agua y represas, que constituirian en el caso propuesto un elemento indispensable para el uso de las heredades.

Por manera que para que se realice el caso legislado por el artículo que estudiamos, es indispensable que hayan dos ó mas heredades de distintos dueños, y que la propiedad de otra cosa que está afectada al uso indispensable de las dos ó mas propiedades, sea propiedad comun de los dueños de las primeras.

**2711**—Los derechos que en tales casos corresponden á los condóminos, no son á título de servidumbre, sino á título de condominio. (Concuerda con los arts. 2675 y sigtes.—2970.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 221, ter. n° 1—Pardessus, *Servidumbres*, tom. 1, núms. 190 y sigtes.—Duranton, tom. 5, n° 149—Demolombe, tom. 11, núms. 444 y 445)—Laurént, tom. 7, n° 489.

**Sino á título de condominio** : De aquí se desprenden consecuencias importantes, como lo hacen notar Aubry y Rau, § citado, nota 4 y siguientes.

Entre ellas podemos notar con arreglo á nuestras leyes las siguientes: 1° que no se pierde por el no uso como se pierde la servidumbre (art. 3039); 2° que es susceptible de adquirirse por prescripción. (Véase nuestro comentario al art. 2692), y 3° puede dar lugar á acciones posesorias por la parte de cada comunero ejercida contra los otros (art. 2489).

Los derechos, pues, son mas estensos que respecto á la servidumbre, y se rigen con arreglo á lo dispuesto en los artículos del presente título. (Véase Demolombe, n° 446.)

**2712**—Cada uno de los condóminos puede usar de la totalidad de la cosa comun y de sus diversas partes como de una cosa propia, bajo la condicion de no hacerla servir á otros usos que aquellos á que está destinada, y de no embarazar el derecho igual de los condóminos. (Concuerda con los arts. 2676—2684—2730.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, §§ citados en las concordancias al artículo anterior—Demolombe, tom. 11, n° 445)—Las concordancias del artículo 2694, y lo dicho allí—Demolombe, tom. 12, n° 598—Laurent, tom. 7, núms. 491 y 492.

**Como de cosa propia:** El derecho de los copropietarios es absoluto y solo está limitado por el derecho de los otros, y como puede llegar el caso en que la cosa no pueda servir á unos y á otros, la ley da el derecho á remediar el mal pidiendo la division.

Para conciliar este artículo con el 2691 y fijar el alcance del último es necesario establecer una distincion entre el uso que uno de los condóminos hace de la cosa y los frutos que percibe de ella.

Así, por ejemplo, si se tiene una cosa en condominio y esta cosa se alquila y uno solo percibe la renta, el art. 2691 le obliga á devolver á los otros comuneros la parte que á ellos les corresponda en la proporcion establecida por el art. 2707. Pero si en vez de alquilarse la cosa uno de los comuneros la ocupa, aunque los otros no hagan uso del mismo derecho, no podrán cobrarle arrendamiento siempre que no se les haya estorbado ocuparla ellos tambien. Así lo ha fallado la Cámara de Apelacion de la Capital de la República (Fallos de dicha Cámara, tom. 3, p. 224).

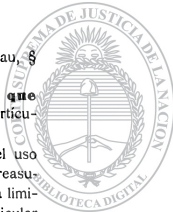
En el mismo sentido ha sido fallado por la Corte de Apelacion de la Capital de Buenos Aires (Fallos, tom. 1, p. 228).

En este último caso se trataba de un campo tenido en condominio en el cual uno solo de los condóminos había tenido hacienda y los otros no. La Corte dijo que no habiendo estorbado el que usaba que los otros hicieran tambien el mismo uso, no podian cobrar arrendamiento al primero por cuanto la ley le facultaba á usar de la totalidad de la cosa no impidiendo igual derecho los demas.

Se ve, pues, que el alcance del artículo 2691, debe limitarse por el presente.

Como consecuencia del artículo, resulta que cada propietario puede hacer todas las construcciones que quiera para su uso particular bajo la misma condicion de no estorbar á los otros un





derecho igual en otra parte de la cosa. (Véase Aubry y Rau, § citado, notas 10 y siguientes.)

**De no hacerla servir á otros usos que aquellos á que está destinada:** Este uso se determina con arreglo al artículo 2713.

Además de esa limitación y de la de no embarazar el uso á los otros condóminos, el artículo 2684, que debiera reasumirse en éste, como dijimos allí, tienen los copropietarios la limitación de no poder deteriorar la cosa en su provecho particular (art. 2730).

Esto no quiere decir que deba responder del deterioro que sufra la cosa por el uso hecho con arreglo á su destino, sino que al condómino le está prohibido deteriorar la cosa con el exclusivo objeto de sacar un provecho con ese deterioro. (Véase artículo 2730.)

Si lo hace responderá de los perjuicios, y deberá volver proporcionalmente lo que en razón del deterioro haya recibido (artículo 2691).

**2713.**—El destino de la cosa común se determina no habiendo convicción, por su naturaleza misma y por el uso al cual ha sido afectada. (Concuerda con los arts. 1503—1504—1554—2676—2684—2712.)

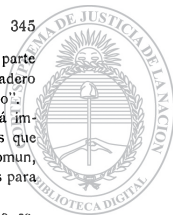
#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 221, ter. p. 413.

**Por la naturaleza misma:** Pero el uso siempre será limitado por las disposiciones contenidas en el título "De las restricciones límites del condominio", especialmente en lo que se refiere á luces y ventanas en las paredes medianeras.

**Y por el uso al cual ha sido afectada:** Así, por ejemplo, si han convenido tener un depósito de mercaderías para uso común, uno de los condóminos no podría convertir este depósito en caballeriza, ú otro uso incompatible con aquel á que lo destinaron.

Pero como el derecho que se concede para el uso de la cosa común no es á título de servidumbre, sino á título de propietario (art. 2711), debe tenerse cuidado dice Demolombe, lugar citado, de no llevar demasiado lejos la restricción. "Para cada uno de los propietarios de las diferentes heredades á cuyo ser-



vicio es afectada la cosa comun, el derecho á ésta hace parte de su propiedad particular ; hay, por consiguiente, un verdadero derecho de propiedad, únicamente que es comun é indiviso".

De aquí se sigue que ninguno de los copropietarios podrá impedir que cada propietario haga en su heredad los trabajos que crea convenientes para utilizar mejor la cosa tenida en comun, tales como abrir puertas, ventanas, dar desagüe á sus techos para el patio comun, etc., etc.

En fin, puede hacer todo lo que podria si fuera propietario esclusivo, únicamente con la condicion de no estorbar igual derecho á los otros, y la limitacion del art. 3714.

Los concordantes citados pueden consultarse sobre este punto.

**2714**—Los copropietarios de la cosa comun no pueden usar de ella sino para las necesidades de las heredades, en el interes de las cuales la cosa ha sido dejada indivisa. (Concuerdá con los arts. 2710—3094 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 221, ter. n° 1°—Demolombe, tom. 11, n° 444.)

**Los copropietarios :** Ó los arrendatarios, usufructuarios, etc. á quienes los copropietarios les hubieren arrendado ó dado en usufructo las propiedades á cuyas necesidades está afectada la cosa dejada en comun.

**No pueden usar de ella, etc., etc. :** " Por ejemplo, dice Demolombe, lugar citado, si en una particion se ha dejado indiviso un pozo para servir en comun á los comuneros, el uso debe ser restringido á los inmuebles que han sido el objeto de la particion, y no podrá aprovecharse para otros inmuebles que pertenezcan, *ex alia causa*, á los comuneros.

1° Como la comunidad forzosa de que habla el artículo que estudiamos se limita á las necesidades de las heredades para las cuales se ha dejado la cosa comun, parece natural que cuando se vea que esas necesidades pueden remediarse aun dividiendo la cosa comun, los comuneros pueden pedir su division.

" Nosotros creemos con Pardessus (tom. 1, n° 191), dice Demolombe, tom. 11, n° 444, citado por el codificador, que si un patio comun á varias heredades, es bastante espacioso para proporcionar á cada una de las heredades un patio separado sufi-



ciente para las necesidades de su uso, la particion del patio podrá demandarse por cada uno de los propietarios. Por lo ménos esta será una cuestion de apreciacion para el Juez."

**Para las necesidades de las heredades:** Esto prueba lo que dijimos al principio de este comentario, respecto al uso que pueden hacer de la cosa comun los arrendatarios, usufructuarios, etc., etc.

Desde que la cosa no se deja en comun para las necesidades personales de los copropietarios, sino para las de las heredades, es claro que el que usa de la heredad puede usar de sus accesorios (Demolombe, tom. 11, nº 444), pues que no es otra cosa lo dejado en comun respecto á las heredades (art. 2710).

**2715**—Habrà tambien division forzosa, cuando la ley prohibe la division de una cosa comun, ó cuando lo prohibiere una estipulacion válida y temporal de los condóminos, ó el acto de última voluntad tambien temporal que no esceda, en uno y en otro caso, el término de cinco años, ó cuando la division fuere nociva por cualquier motivo, en cuyo caso debe ser demorada cuanto sea necesario para que no haya perjuicio á los condóminos. (Concuerda con los arts. 2675—2692—2693—2694—2710—2716—3452—3453—3454.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4903—Zachariæ, § 279, notas 19 y siguientes—Ley 10, título 15, Part. 6°.

Con los concordantes citados, el presente nos parece sin objeto, pues en principio no es sino una repeticion de lo dispuesto en dicho artículos.

Así, para la indivision forzosa por mandato de la ley, está el art. 2716 y tambien el 2675; para la que nace de convencion ó de disposicion testamentaria están los arts. 2675, 2693 y 2694, y por último para el caso en que la division fuera perjudicial está el art. 3453.

**2716**—El condominio de las paredes, muros, fosos y cercos que sirvan de separacion entre dos heredades contiguas, es de indivision forzosa. (Concuerda con los arts. 2710—2715—2717 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 222, notas 2 y 3—Demolombe, allí citado.



## CAPITULO III

## Del condominio de los muros, cercos y fosos

**2717**—Un muro es medianero y comun de los vecinos de las heredades contiguas que lo han hecho construir á su costa en el límite separativo de las dos heredades. (Concuerda con los artículos 2675—2716.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, *Apéndice al Tratado de la Sociedad*, n° 199) —Aubry y Rau, § 222, n, 1—Zachariæ, § 322)—Laurent, tom. 7, n° 491.

**Un muro es medianero y comun :** Con solo decir que es medianero ya se dice que es comun, pues que el hecho de ser medianero da derecho á un uso comun (art. 2730 y argumento del 2735 y sus concordantes). De modo que la palabra *comun* ha podido suprimirse.

**A su costa y en el límite separativo :** Si falta alguna de estas dos condiciones el muro no será medianero, puesto que el que no ha contribuido á su construccion no puede hacer uso de él miéntras no pague la mitad de su valor; lo mismo será si no ha contribuido con la mitad del terreno en que esté asentado, ó si no lo ha pagado (art. 2375 y 2376).

El Dr. Segóvia, nota 88, contra el testo espreso, y contra la opinion de Pothier, Demolombe, etc., etc., dice que basta que un muro sea construido en terreno comun, para que sea medianero, y que no hay necesidad de que sea construido á costa de los propietarios colindantes, puesto que puede *llegar á ser medianero por sucesion, por adquisicion ó por prescripcion*.

Esto mismo está probando que ántes de hacerse esa adquisicion el muro no es medianero, y que solo es tal *despues* de la adquisicion; luego, es falso que un muro puede ser medianero sin que se haya hecho á costa de los colindantes.

Cuando nuestro artículo exige que se haya hecho construir á costa de los dos vecinos, no exige la materialidad de que cada uno haya pagado por separado los materiales al albañil y que ambos hayan contratado la construccion; lo que quiere decir es que el valor del muro haya sido pagado por los vecinos, y nada mas. Desde que se pagó es medianero si es hecho en terreno de





ambos, ó si no lo es, que el uno haya pagado su mitad al otro.

**2718**—Toda pared ó muro que sirve de separacion de dos edificios se presume medianero en toda su altura hasta el término del edificio ménos elevado. La parte que pasa la estremidad de esta última construccion, se reputa que pertenece esclusivamente al dueño del edificio mas alto, salvo la prueba en contrario, por instrumentos públicos, privados, ó por signos materiales que demuestren la medianería de toda la pared, ó de que aquélla no existe ni en la parte mas baja del edificio. (Concuerda con los arts. 2719 á 2721—2735—2743.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 11, n° 317—Marcadé, sobre el art. 653—Aubry y Rau, § 222, n° 1—Zachariæ, §22 y nota 4)—Freytas, 4384, 4387 y 4388—Fallos de la S. C. de la Provincia de Buenos Aires, tom. 2, p. 375—Id. de la Capital de la República, tom. 4, p. 301—Id. de la S. C. de la Nación, S. I., tom. 3, p. 90—Tom. 4, p. 456 y 485—Tom. 5, p. 251—Tom. 5, p. 442—Id. del doctor Garzon, de Córdoba, tom. 1, p. 65—Código de Chile, 853, 1° parte—Id. de California, 1101.

**Se presume medianero** : Salvo la prueba contraria del que alega ser de su exclusiva propiedad; esta prueba podrá hacerse por documento público, privado ó por signo, como lo dice la última parte de este artículo.

La prueba testimonial tambien podrá servir para contrariar la presuncion de la ley cuando esta prueba verse sobre hechos que den por resultado una prueba contraria. El artículo 2519 y la nota del codificador al mismo confirma lo que decimos.

Pero cuando un título establece positivamente la medianería, ó declara ser propietario exclusivo de uno de los colindantes y este título emana del otro colindante ó de sus causantes, no se admitirá prueba en contra (argumento del art. 2721, y Marcadé. citado por el codificador en dicho artículo como de acuerdo).

Lo mismo será si habiendo las dos heredades pertenecido á un solo dueño y al vender una de ellas no se declaró en la escritura de venta que la pared divisoria pertenecía á uno solo (Fallos de la S. C., S. I., tom. 3, p. 90).

**Se reputa que pertenecen esclusivamente al dueño del edificio mas alto** : Por consiguiente, el dueño del edificio mas bajo podrá adquirir la medianería con solo pagar la mitad de la pared en la parte que sobrepasa al edificio mas bajo puesto que la

parte baja y la del suelo en que está se supone que es de los dos, es decir, medianera.

**O por signos materiales:** Estos signos pueden demostrar lo uno ó lo otro, es decir, que existe ó que no existe medianería. La mayor parte de los Códigos enumeran cuáles son los signos que establecen la medianería y los que prueban en contra de ella.

Por nuestras leyes queda esto al criterio de los Jueces, quienes podrán apreciar según las circunstancias el valor probatorio que puedan tener los signos en que se apoyan las partes; estas son cuestiones de hecho.

Así, por ejemplo, si una pared que sostiene un edificio linda con un patio se supone que no es medianera, como hemos dicho ántes; pero, si en esa pared se conservan vestigios de que sobre la misma ha descansado otro edificio que ántes existía en ese patio, es claro que se presume que la pared es medianera, pues de otro modo no habría descansado allí el antiguo edificio.

Como complemento al estudio de este artículo, véase comentario á los arts. 2718 y 2720.

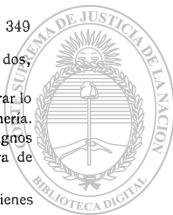
**2719**—La medianería de las paredes ó muros no se presume sino cuando dividen edificios, y no patios, jardines, quintas, etc., aunque éstos se encuentren cerrados por todos sus lados. (Concuerda con los arts. 2519—2718—2713.)

#### CONCORDANCIAS

(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° 308—Merlin, *Rep. verb.*, Mitogennoté, § 1, n° 3—Toullier, tom. 3, n° 187—Pardessus, tom. 1, n° 159)—Freytas, 436, 438—Laurent, tom. 7, núms. 525 y siguientes.

**Cuando dividen edificios y no patios, jardines, quintas, etc.:** Este artículo, dice el doctor Segovia, está en completa contradicción con el 2743, que declara ser medianero todo cerramiento que separa dos propiedades *rurales*.

El doctor Segovia no dice cuál de los dos artículos contradictorios es el que debe seguirse; únicamente les advierte á los Jueces y á los abogados que dichas disposiciones están en contra una de otra, sin duda para que los abogados tomen en la





defensa la que mas les convenga y los Jueces la que mejor les parezca.

Cuando por desgracia en un Código se encuentran disposiciones inconciliables, es deber del que, como el doctor Segovia, "interpreta el Código por el Código mismo", formar juicio y declarar la doctrina á que debe sujetarse, para evitar el caos que tendria que venir con semejantes disposiciones.

Pero estas contradicciones que con tanta frecuencia encuentra el doctor Segovia, felizmente no existen, pues las que aparentemente son contradictorias tienen su explicacion en otras disposiciones del mismo Código.

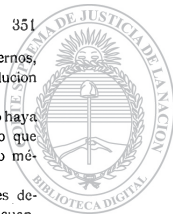
Una de éstas es la del artículo que estudiamos comparada con el 2743.

En efecto, segun el art. 2726, todo propietario tiene derecho á obligar á su vecino á que contribuya á la construccion de una pared divisoria para cerramiento y division de sus propiedades contiguas. Partiendo de esta base, el artículo 2743 supone que todo cerramiento de dos propiedades rurales es medianero, porque supone tambien, y esto es lo racional, que el vecino que construyó la pared habrá exigido al otro que contribuya á su construccion con arreglo al art. 2726, citado.

No es creible que haya querido hacer á su sola costa lo que puede hacer gastando solo la mitad.

Ahora bien, el artículo que estudiamos supone que la pared de un edificio linda, no con otro edificio, sino con un patio. Aquí es claro que la presuncion de la ley no es favorable á la medianería, pues que no es creible que el dueño del patio haya contribuido á edificar una pared á propósito para edificio, mucho mas cara que la de simple cerramiento cuando no tiene ninguno allí, sino un patio ó un jardin. Es por esto que el codificador en la nota á este mismo artículo dice: "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 las dimensiones señaladas en el art. 2726) de cerramiento, haya contribuido á construir una pared que desde su origen estaba *destinada á sostener un edificio*".

Todos los autores citados por el codificador, y que tratan la cuestion resuelta por nuestro artículo, hablan espresamente, como habla tambien el codificador, de edificios contiguos á patios ó jardines.



Esta misma cuestion ha pasado hasta los autores mas modernos, como Laurent, tom. 7, nº 526, que está en favor de la solucion dada por el codificador.

Lo probable, dice este autor, es que el dueño del patio no haya pagado la pared del edificio que linda con su patio, puesto que no la necesita, y mucho mas cuando con una pared mucho menos puede cumplir con la ley.

Es, pues, á este caso al que se refiere nuestro artículo; es decir, es medianero el muro cuando divide dos edificios y no cuando divide edificios de patios, jardines, etc., etc. Por consiguiente, no existe la contradiccion; legislan casos distintos. Véase el número siguiente de este comentario.

1º ¿Qué se supondrá cuando la pared divisoria divide dos patios ó dos jardines? Es indudable que deberá seguirse la regla general, es decir, que la pared es medianera, como en el caso de los arts. 2718 y 2743, pues en este caso hay la presuncion que se ha hecho á costas iguales desde que cualquiera que la haga tiene derecho á exigir al otro el reembolso de la mitad de su valor; esto lo da á entender tambien el codificador en la nota al artículo que estudiamos y es aceptado por todos los autores citados. Véase tambien Código Oriental, art. 560, 2ª parte—De California, que es de los mejores de América, art. 1102 á 1103, inc. 6.

Aubry y Rau, por ejemplo, de donde el codificador ha copiado la nota puesta á este artículo, distingue perfectamente los dos casos de que venimos hablando. Así, en el § 222 citado en el testo á la nota 7, dice: "todo muro que sirve de separacion entre patios y jardines, se presume medianero"; luego en el testo de las notas 9 y 10, dice que no es medianero el muro de edificio que limita con un patio, jardin, etc., lo cual confirma la interpretacion que hemos dado ántes al artículo que estudiamos, (Zachariæ, 239, nota 2—Laurent, citado, etc., etc.).

En favor de la tesis que sostenemos ahora, militan las mismas razones que hemos espuesto ántes en este comentario como fundamento del art. 2743, el cual tiene á mas como complemento el art. 2742.

Como en el caso presente, el cerramiento es forzoso (arts. 2716 y 2726) la ley supone que las partes han hecho lo que la ley les exige, construir paredes divisorias. Adviértase que el art 2726,



que guarda analogía con el 2742, habla espresamente de todo *propietario*.

Hay á mas una consideracion especial para suponer medianeras todas las paredes que limitan edificios, lo mismo que las que limitan patios entre sí. Si esta presuncion de la ley no existiera ¿á quién se atribuiria la propiedad de las paredes cuando ninguno de los dos prueba que les pertenecen? ¿Por qué se le atribuiria á uno con preferencia al otro? y sobre todo ¿en qué se fundaria esta preferencia si ninguno justificaba derecho? Sobre una pared que limita dos jardines, por ejemplo, ninguno de los dos colindantes podria alegar posesion siquiera, puesto que lo mismo podria alegar el otro, y entónces quedaban en igualdad de circunstancia; la pared siempre habria estado sirviendo á las dos heredades. Entónces, pues, á ninguno de los dos podria atribuírsele la propiedad esclusiva. Miéntras no se probase esta propiedad esclusiva con arreglo á la última parte del artículo, no habria razon alguna para preferir á un colindante con la propiedad esclusiva de la pared. No es lo mismo, por las consideraciones ántes espuestas, cuando la pared de un edificio limita con un patio; aquí lo racional es suponer que fué trabajada porque el que la necesitaba para su edificio, y que el dueño del patio no contribuyó á pagar su valor porque no tenía obligacion ni la necesitaba.

En la que divide los dos patios, por el contrario, los dos la necesitan igualmente y los dos tienen obligacion de hacerla; entónces la presuncion de que la pared es medianera se impone necesariamente.

Nunca ha podido ni debido creerse que nuestro Código ha querido referirse á este caso en el artículo que estudiamos al declarar que el muro de que habla no es medianero; esto seria darle una interpretacion contraria al testo y á la razon. Hay á mas el antecedente de que no existe Código ni autor alguno, que no sostenga la doctrina con arreglo á la cual interpretamos el artículo. Esta sola consideracion ha debido bastar al doctor Segovia para no declarar contradictorios los artículos citados.

2º Aquí puede presentarse el caso de que hemos hablado en el comentario al artículo 2717 al combatir las doctrinas del doctor Segovia sobre lo que se debe entender por *pared medianera*.



Supóngase que una pared divide dos patios, y que es medianera; despues uno de los propietarios voltea la pared, la hace mas gruesa y sostiene en ella un edificio; en este caso, aunque la pared del edificio descansa sobre el suelo de ambos colindantes, no se presume medianera segun el articulo que estudiamos, mientras que segun el doctor Segovia sería medianera aun por el solo hecho de estar en terreno comun. Esto, como se ve por el artículo que estudiamos, no es así sino como lo declara el 2717. (Véase su comentario.)

**2720**—Los instrumentos públicos ó privados que se invoquen para combatir la medianería, deben ser actos comunes á las dos partes ó á sus autores. (Concuerda con los arts. 2718—2719.)

#### CONCORDANCIAS

(Duranton, tom. 5, n° 306—Demolombe, tom. 11, núms. 334 y siguientes—Aubry y Rau, § 222, n° 1°—Freytas, 4387—Laurent, tom. 7, n° 533.)

**A las dos partes ó á sus autores:** Así, por ejemplo, si dos fincas colindantes pertenecen á un mismo dueño y las enagena despues separadamente, especificando en alguna de las escrituras que el muro divisorio pertenece esclusivamente á una de las propiedades, será éste un documento comun á las dos partes que hará prueba contra la medianería.

*Vice-versa:* cuando en el mismo caso no se hace tal especificacion, se supone que el muro es comunero, aun cuando resulte que uno de ellos tiene ménos terreno que el que le dan sus títulos, si la venta se ha hecho *ad corpus* (Fallos de la S. C., citados en el art. 2718).

Si, por el contrario, en el caso de haber pertenecido las dos propiedades á un solo dueño han sido vendidas por varas, á tanto la vara, ántes de estar separadas, y por los títulos de uno y otro se ve que la pared está edificada dentro de la estension dada por el título, es claro que el muro no será medianero.

Pero si uno de los títulos dice que el muro no es medianero, y este título no emana del propietario de la otra heredad ó de su causante, la declaracion de la escritura de nada servirá contra la presuncion de medianería.

Aunque se probase, por ejemplo, que segun la estension



dada por los títulos del que se dice dueño exclusivo del muro que éste quedaba dentro de esos límites, no sería esto bastante para justificar la propiedad exclusiva del muro: primero, porque bien puede ser que el autor del título haya dado mas de lo que tenía; segundo, que prescindiendo de la validez del título, el otro podía cuestionar que la medianería, como dice Demolombe, n° 334, citado por el codificador, ha podido ser adquirida con posterioridad por sus autores, y que esta presuncion está fortalecida por el hecho de estar sirviendo el muro á los dos edificios ó de no haber signo alguno que pruebe lo contrario, y tercero, porque al fin el título no emanaría de las dos partes ó de sus autores, sino de uno solo de ellos.

1° Probado por medio de los títulos ó en cualquier otra forma que el terreno en que está edificada la pared divisoria pertenece á uno solo de los colindantes, se presume que toda la pared le pertenece exclusivamente; esto se funda en el principio sentado en el artículo 2519, de que se suponen ser del dueño del suelo todas las construcciones hechas en él, si en la actualidad no hay ningún signo por el cual se vea que la pared ha servido de medianera, lo cual apreciará el Juez según las circunstancias (Demolombe, tom. 11, n° 334—Laurent, tom. 7, n° 531).

**2721**—En el conflicto de un título que establezca la medianería, y los signos de no haberla, el título es superior á los signos. (Concuerda con los arts. 2718—2720.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 651, n° 2—Demolombe, tom. 11, n° 343—Aubry y Rau, § 222, n° 1—Zachariæ, § 322, nota 4—En contra, Pardessus, tom. 1, núms. 161 y 163)—Laurent, tom. 7, n° 537.

**El título es superior á los signos** : Esto es así aun cuando los signos de no haber medianería sean posteriores á la fecha del documento en que se establece la medianería.

“ En este caso, dice Demolombe, citado, si no ha habido por parte del que invoca los signos, ni acto de propietario exclusivo, ni contradicción regular notificada al vecino que tiene el título, nos parece difícil admitir que este título haya perdido su fuerza probatoria; en primer lugar, nadie puede cambiar por sí mismo la causa y el principio de su posesion; en el caso propuesto, como hace notar Duranton, no habria hecho otra cosa, si él pudiese

crearse á sí mismo un nuevo título únicamente con los signos de no haber medianería, sin ejercer ningun acto de posesion esclusiva; en segundo lugar, estos signos no suministran sino presunciones ó congeturas que deben ceder á la prueba contraria resultante del título."

Respecto á la hipótesis contraria, es decir, cuando los signos y la situacion del muro establecen la presuncion de medianería y un documento establece lo contrario, ya el art. 2718 ha resuelto que la posesion cede á la prueba contraria.

**2722**—Los condóminos de un muro ó pared medianera, están obligados en la proporcion de sus derechos, á los gastos de reparacion ó reconstrucciones de la pared ó muro. (Concuerda con los arts. 2685—2723—2724—2726—2727—2728—2736—2752 )

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 655—Italiano, 548—Holandes, 683—Napolitano, 576—De Luisiana, 674—Pothier, *Société*, desde el n° 219)—Freytas, 4400—Goyena, 515—Marcadé, tom. 2, n° 605—Código de California, 1108 y 1109—De Chile, 858, 1ª parte—Fallos de la S. C., S. 1, tom. 4, p. 487.

#### **Están obligados en la proporcion de sus derechos :**

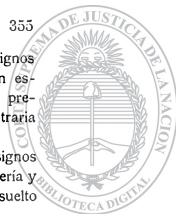
Así, cuando la pared contiene un edificio alto y otro bajo, como el dueño del bajo se supone medianero hasta la altura de su edificio, solo estará obligado á la reparacion de esa parte de pared. Sobre la proporcion en que se puede tener la medianería, véase art. 2736.

El principio de que los gastos deben pagarse proporcionalmente debe aplicarse, no solo cuando las reparaciones son necesarias de los dos lados, sino aun cuando lo sean de uno solo; el beneficio de la reparacion, por los perjuicios que evita, aprovecha uno y otro vecino aunque la reparacion se haga de un solo lado; siendo así, los gastos deben ser tambien iguales (Laurent, tom. 7, n° 542).

#### **Gastos de reparacion ó reconstruccion :**

Ménos cuando esas reparaciones se han hecho necesarias por culpa de uno de los vecinos; en tal caso solo el autor del daño debe costear la reparacion, en virtud del principio de que todo el que causa un daño á otro está en la obligacion de repararlo (art. 2691 y concordantes, Marcadé, nota 2 al art. 655 frances).

1º Tampoco está obligado el colindante á los gastos de re-







construccion cuando ésta sea exigida porque el otro colindante quiera cargar mayor peso que el que sostenga la pared (arts. 2733 y 2734).

2º Si uno solo de los medianeros ha hecho los gastos, puede pedir el reembolso con mas los intereses desde el dia de la mora (art. 2686).

3º Como la medianería se rige, en falta de una disposicion expresa, por las disposiciones del condominio (arts. 2711 combinado con el 2716), ninguno de los medianeros podrá voltear la pared medianera so pretexto de amenazar ruina, sin el consentimiento del otro, pues esto importaria una innovacion material, prohibida por el art. 2681.

Pero como puede haber tenido razon en la demolicion por estar verdaderamente en ruina ¿le será permitido probar por testigos que realmente lo estaba para exigir al otro la mitad del valor de la reconstruccion? Pensamos que no.

Desde que la ley le da derecho para obligar al vecino á la reconstruccion de la pared divisoria que la necesite, nada mas racional que advierta esto al otro dueño para que lo hagan de comun acuerdo; y si no quiere contribuir, le queda espedito el camino para hacer constar de una manera auténtica la necesidad de la reconstruccion, para de este modo poder cobrar despues la parte que al otro corresponda; si no lo ha hecho, suya será la culpa.

"La prueba testimonial, dice Laurent, tom. 7, nº 545, refiriéndose al caso que estudiamos, no es admisible sino cuando ha habido imposibilidad de procurar una prueba escrita. En el caso propuesto no solamente ha sido esto posible, sino que es un deber del vecino requerir el consentimiento del otro, y por consiguiente procurarse una escrita. Si así no se ha hecho, no hay razon para admitir la testimonial."

En consecuencia, la pared tendrá que rehacerse á costa del que la demolió sin consentimiento ó sin protesta escrita ó prueba sobre el estado de la pared, para justificar la razon de la demolicion.

**2723**—Cada uno de los condóminos de una pared puede libertarse de contribuir á los gastos de conservacion de la pared, renunciando á la medianería, con tal que la pared no haga parte de un edificio que le

pertenezca, ó que la reparacion ó reconstruccion no haya llegado á ser necesaria por un hecho suyo. (Concuerda con los arts. 2608—2685 y su comentario—2722—2724—2727—2736.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 656—Italiano, 549—Holandes, 683—Napolitano, 577—De Luisiana, 675—Toullier, tom. 3, n° 219—Duranton, tom. 5, n° 319—Marcadé, sobre los arts. 655 y 656)—Freytas, 4400—Goyena, 515—Código de California, 1110 y 1111—Id. de Chile, 858, 2ª parte.

**Renunciando á la medianería :** Es decir, á la pared y al terreno en que está construida, pues ambos forman la medianería, y la pared no puede separarse del suelo del cual aquélla es un accesorio (Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1495).

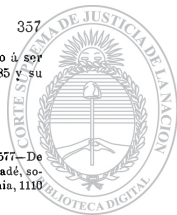
Una y otra cosa puede recuperaras despues (art. 2739).

**De un edificio que le pertenezca :** Podrá renunciar aun en este caso si destruye el edificio del cual la pared hace parte (Marcadé, n° 605, tom. 2). Pero entónces el Código de California (art. 1111, citado), ordena que pague todos los perjuicios que cause en la pared por la demolicion independientemente del abandono, el cual no lo libra de dicha obligacion (art. 1111, citado). Pensamos que el mismo principio regirá entre nosotros.

**No haya llegado á ser necesario por un hecho suyo :** En este caso, aun cuando renuncie á la medianería, estará obligado á pagar el daño, pues que la indemnizacion la debe, no por el carácter de medianero de que quiere renunciar, sino por la falta cometida contra la propiedad del otro. Véase comentario al art. 2685. Por las reparaciones que se hacen necesarias sin el hecho suyo estaba obliga to *propter rem*, mientras que las que provienen de su culpa está obligado *quasi ex delicto*; es por esto que la renuncia desobliga de la primera, mas no de la segunda.

1º ¿Qué sucederá si aquel en favor del cual se abandona la medianería la deja destruir?

El abandono de la medianería no es otra cosa que una renuncia condicional, espresa ó subentendida, por la cual uno de los medianeros cede sus derechos al otro con cargo de mantener la pared á su costa. De aquí deduce Baudry-Lacantinerie, siguiendo á todos los autores franceses, que si el que queda





dueño exclusivo de la pared no cumple con esta condicion, si la deja destruir, ó la destruye él mismo y no la reconstruye ó la hace mas angosta que ántes quedándose con el terreno desocupado, el que hace el abandono puede pedir que éste se deje sin efecto, y reclamar la mitad del suelo ó de los materiales; y si la ha destruido sin necesidad y no la hace reconstruir podrá obligarle á que el otro la haga á su costa (Marcadé, citado—Laurent, tom. 7, nº 550).

**2724**—La facultad de abandonar la medianería compete á cada uno de los vecinos, aun en los lugares donde el cerramiento es forzoso; y desde que el abandono se haga, tiene el efecto de conferir al otro la propiedad esclusiva de la pared ó muro. (Concuerda con los arts. 2685—2723—2727—2739.)

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 222, nº 2)—Baudry-Lacantinerie, tomo 1, núms. 1498 á 1501.

Este artículo viene á cortar las cuestiones suscitadas entre los jurisconsultos franceses sobre el artículo 663 de aquel Código.

**2725**—El que en los pueblos ó en sus arrabales edifica primero en un lugar aun no cerrado entre paredes, puede asentar la mitad de la pared que construya sobre el terreno del vecino, con tal que la pared sea de piedra ó de ladrillo hasta la altura de tres metros, y su espesor entero no exceda de diez y ocho pulgadas. (Concuerda con los arts. 2726—2727.)

#### CONCORDANCIAS

Código de Luisiana, 671—Véase lo dicho en el art. siguiente.

**2726**—Todo propietario de una heredad puede obligar á su vecino á la construccion y conservacion de paredes de tres metros de altura y diez y ocho pulgadas de espesor para cerramiento y division de sus heredades contiguas, que estén situadas en el recinto de un pueblo ó en los arrabales. (Concuerda con los arts. 1520—2685—2722—2725—2729—2752.)

#### CONCORDANCIAS

(Código Frances, 663—Marcadé, sobre dicho art.—Aubry y Rau, § 200—Zacharie, § 325)—Fallos de la S. C. de la Capital de Buenos Aires, tom. 3, p. 68—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms 1498 y 1499—Laurent, tom. 7, núms. 497 y siguientes.

**Puede obligar á su vecino á la construcción, etc., etc.:**

¿Es este un derecho concedido como una medida de orden público que, por lo mismo, las partes no pueden renunciar á perpetuidad?

Esta es una cuestion muy debatida en derecho frances. Aubry y Rau, por ejemplo, § 200, nota 5, dicen que no es de orden público, y que en consecuencia las partes pueden renunciar á la facultad que les acuerda el art. 633 frances, que equivale en su fondo al que estudiamos.

Veamos en primer lugar el fundamento principal de estos autores para ver si él es aplicable en nuestro derecho como han creído algunos, entre ellos el doctor Segovia, final de la nota 104.

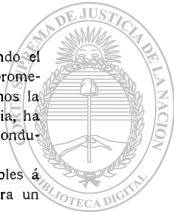
“ Si el art. 663, dicen Aubry y Rau, combatiendo á Demolombe, fuera de orden público, como lo enseña este último autor (Demolombe), no se comprendería que el Consejo de Estado haya reconocido formalmente á los vecinos la voluntad de dar al muro una altura inferior á la que fija este artículo.”

Entre nosotros, como lo demostramos en el comentario al art. 2737, las partes no tienen este derecho reconocido en Francia á los vecinos; de consiguiente, el argumento de Aubry y Rau no es aplicable al artículo que estudiamos. Pero, prescindiendo de esta consideracion, hay argumentos de mayor peso hechos por jurisprudencias notables que combaten la doctrina de Aubry y Rau, que nos hace poner del lado de los que piensan que es una medida de orden público, y que como tal no se puede renunciar.

Entre esto está Laurent, quien en el n° 498 del tom. 7, dice: “ Nos parece que la naturaleza misma de esta obligacion (la del 663 frances, que equivale al que estudiamos) prueba que ella es de orden público. Esta es una derogacion al derecho de propiedad, una restriccion al derecho facultativo de encerrarse. Esta restriccion no es impuesta en mira del interes privado; la ley no interviene en la reglamentacion de los intereses individuales, porque nadie los conoce mejor que los individuos mismos.”

Mas adelante el mismo autor, contestando á la observacion hecha por Aubry y Rau y los partidarios de su doctrina, acerca de que pudiéndose derogar el art. 663 sobre la altura, nada impide que se derogue tambien por las partes el cerramiento mismo, dice: “ Nosotros respondemos que hay aquí una gran diferencia; la altura precisa de un muro es una disposicion arbitraria, y no se





puede decir que el orden público sea comprometido cuando el muro tiene un centímetro menos, mientras que está comprometido cuando no hay cerramiento alguno. Nosotros explicamos la ley sin justificarla; una disposición absoluta, aunque arbitraria, ha sido preferible á la libertad de las convenciones, las cuales conducen igualmente á la arbitrariedad".

Estas consideraciones, en falta de otras, serían aplicables á nuestro derecho aun en el supuesto que el art. 2737 tubiera un significado mas ámplio que el que allí le damos.

De la misma opinion es Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1494, y Demolombe, tom. 11, n° 378. Este último dice: "De que los vecinos, mientras estén de acuerdo puedan no demandarse la ejecución del muro divisorio, no se sigue que las partes puedan obligarse, *in futurum*, á no hacer uso del derecho acordado por la ley".

El carácter y el objeto de la disposición que estudiamos la ponen indudablemente en la categoría de ley de orden público, y como tal el art. 21 prohíbe dejarla sin efecto.

1° Es entendido que la obligación impuesta por este artículo comprende tambien la de exigir se permita asentar la pared en medio de línea divisoria de las heredades, dando cada uno nueve pulgadas de terreno. Pero esto es solo cuando se va á cerrar por primera vez, y no cuando desde ántes habia ya una pared divisoria (argumento del art. 2725 y 2733, Demolombe, tom. 11, n° 385). En la capital de la República se sigue una práctica contraria; pero sin haber resolución judicial alguna al respecto

**De sus heredades contiguas** : Luego, si no lo son, si están separadas por una calle de salida comun á los dos propietarios (art. 2710), no habrá tal obligación. El artículo 663 frances ha sido interpretado en este mismo sentido (Laurent, tom. 7, número 500).

2° Este artículo viene á confirmar lo que dijimos en el comentario al 2719, respecto á las paredes que dividen patios ó jardines. Como en esos casos el cerramiento es forzoso, los propietarios han tenido perfecto derecho para pedir que la construcción de la pared divisoria se haga á gastos comunes; y desde que se encuentra una heredad cerrada en tales condiciones, es racional suponer que el que la construyó ha hecho uso de la facultad acordada por el artículo, y en consecuencia, la pared debe suponerse medianera mientras no se pruebe lo contrario.

**2727**—El vecino requerido para contribuir á la construccion de una pared divisoria, ó á su conservacion en el caso del artículo anterior, puede librarse de esa obligacion, cediendo la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse, y renunciando á la medianería. (Concuerda con los arts. 2685—2722 á 2726.)

## CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 653, n° 2—Toullier, tom. 3, n° 218—Aubry y Rau, § 200)—Véase las del art. 2723—Demolombe, tom. 11, n° 379.

**Cediendo la mitad del terreno sobre que la pared debe asentarse** : Debe entenderse que el terreno que el renunciante debe ceder es únicamente de nueve pulgadas, que es la mitad que le corresponde por el cerramiento forzoso segun el art. 2726, y no la mitad del espesor que el que construye la pared quiera darle. Si necesita mas, deberá tomarlo de su terreno, como se dispone en el caso del art. 2733.

El hacer paredes de diez y ocho pulgadas para cerramiento de las heredades es obligacion de los colindantes; mas allá de este espesor es voluntario, por consiguiente, el vecino renunciante no deberá contribuir sino con lo que la ley le obliga.

Por derecho frances, el punto legislado en el artículo que estudiamos es vivamente controvertido por los jurisconsultos á causa de no estar espresamente previsto el caso, pues el art. 656 de aquel Código solo pone el caso de conservacion y reconstruccion de un muro, que es el mismo legislado por nuestro artículo 2723, pero no el caso de un muro á construir, que es el que legisla el que estudiamos (Demolombe, tom. 11, número 379).

**Renunciando á la medianería**: Lo que no impide que despues la adquiera si le conviene (argumento del artículo 2739).

Las palabras que estudiamos dan el verdadero alcance al art. 2739 respecto á lo que tiene que pagar cuando en el caso propuesto quiere adquirir nuevamente la medianería; como no le queda ningun derecho á la pared aunque ceda el terreno, puesto que renuncia á la medianería, resulta que al adquirirla de nuevo debe pagar, no solo la mitad del valor de la pared, sino tambien la mitad del valor del suelo con arreglo á lo dispuesto en el artículo 2736. (Véase Demolombe, tom. 11, n° 357.)





La cesion de la medianería y de la mitad del terreno á edificar importa una verdadera venta; por consiguiente, el que la vuelve á adquirir debe pagar el valor de todo lo que compra.

**2728**—El que hubiere construido en un lugar donde el cerramiento es forzoso, en su terreno y á su costa, un muro ó pared de encerramiento, no puede reclamar de su vecino el reembolso de la mitad de su valor y del terreno en que se hubiere asentado, sino en el caso que el vecino quiera servirse de la pared divisoria. (Concuerda con los arts. 2725—2726—2727.)

#### CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 8, n° 198—Aubry y Rau, § 200)—Demolombe, tom. 11, núms. 358 y 368.

**Sino en caso de que el vecino quiera servirse de la pared divisoria:** ¿Deberá pagarse la mitad del valor de la pared, aunque la adquisicion se haga para demolerse, si el adquirente quiere hacer la nueva pared á su costa?

Pensamos que sí. La ley le da al propietario esclusivo de la pared el derecho de cobrar á su vecino cuando quiere adquirir la medianería, la mitad del valor del terreno y la mitad del valor de la pared. ¿Qué razon habria para modificar este derecho por el hecho de que el adquirente quiere voltear la pared porque tal como está no le sirve? La ley no tiene que ver el pensamiento que para lo futuro tiene el adquirente; le manda pagar el suelo y la pared ántes de ejecutar ningun acto en ella (Demolombe, tom. 11, n° 558).

Si esta pared no le sirve, podrá voltearla despues de haberla pagado; puede hacerla á su costa con arreglo á lo dispuesto en el art. 2733, pero siempre quedará medianera hasta la altura de la antigua pared (art. 2734).

Esos artículos demuestran tambien que el caso propuesto debe resolverse en el sentido indicado, especialmente el 2733, que deja á cargo solo del constructor todo trabajo que no sea de simple conservacion de la pared medianera.

Sobre todo, la ley manda que se pague el valor de la pared sin distincion de casos (art. 2736); la jurisprudencia tampoco debe hacerlo.

La resolucion del artículo que estudiamos es otro caso no pre-

visto por el Código Frances, y es motivo de discusion entre los jurisconsultos.

**2729**—Las paredes divisorias deben levantarse á la altura designada en cada municipalidad; si no hubiese designacion determinada, la altura será de tres metros. (Concuerda con los artículos 2725—2726.)

## CONCORDANCIAS

Las del art. 2726.

**2730**—La medianería da derecho á cada uno de los condóminos á servirse de la pared ó muro medianero para todos los usos á que ella está destinada segun su naturaleza, con tal que no causen deterioros en la pared, ó comprometan su solidez, y no se estorbe el ejercicio de iguales derechos para el vecino. (Concuerda con los arts. 2654—2676—2684—2712—2731.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 662—Italiano, 557—Marcadé sobre dicho artículo—Napolitano, art. 593—De Luisiana, 681—Toullier, tom. 3, n° 206—Pardessus, tom. 1, núms. 178 y 181)—Goyena, 520 y su comentario—Freytas, 4391—Laurent, tom. 7, n° 554—Fallos de la S. C., S. I, tom. 4, p. 495—Serie 2, tomo 4, p. 442.

**Con tal que no causen deterioro en la pared :** Si del uso que se quiere hacer resulta un peligro para la pared, regirá lo dispuesto en el art. 2733.

Las cuestiones que se suscitan sobre si el uso que se quiere hacer de la pared compromete ó no la solidez las resolverá el Juez, previo informe de peritos.

**Y no estorbe el ejercicio de igual derecho :** Véase artículo 2731 que trae un ejemplo de ésto y determina el derecho del medianero á quien se le estorba el ejercicio de su derecho de medianería.

**2731**—Cada uno de los condóminos puede arrimar toda clase de construcciones á la pared medianera, poner tirantes en todo su espesor, sin perjuicio del derecho que el otro vecino tiene de hacerlos retirar hasta la mitad de la pared en el caso que él tambien quiera poner en ella tirantes, ó hacer el caño de una chimenea : puede tambien cada uno de los condóminos abrir armarios ó nichos aun pasando el medio de la pared, con tal que no cause perjuicio al vecino ó á la pared. (Concuerda con los artículos 1133, inc. 3—2622—2623—2627—2676—2730—2737.)





## CONCORDANCIAS

(Véase Cód. Frances, art. 657—Italiano, 551—Napolitano, 578—De Luisiana, 676—L. 12, Dig., *Comuni divid.*—Demolombe, tom. 11, n° 411—Pothier, n° 207—Aubry y Rau, § 222, n° 3)—Freytas 4392—Código de Chile, 855 y 856—Id. de California, 1118—Laurent, tom. 7, núms. 552 y 553—Pothier, Sociedad, n° 207.

**Puede arrimar toda clase de construcciones á la pared medianera :** Esto solo es así en principio general, y sin perjuicio de hacer las distinciones, como dice Demolombe, lugar citado, de las construcciones sobre las que la ley especialmente ha previsto el medio de ejecutarlas, y las que no tienen una reglamentacion especial; ejemplos de la primera clase traen los artículos 2622 y 2623.

No hay pues que prescindir, por la facultad que en términos generales acuerda el presente artículo, de la reglamentacion especial á que cierto género de construcciones están sujetas, ya sea por la ley civil ó por los reglamentos municipales en los casos no previstos.

Tratándose de las primeras, habrá que observar esas leyes especiales, y tratándose de las segundas, todo se reduce á cuestiones de hecho para saber si la obra es perjudicial ó no al vecino en su derecho de tal. No siéndolo y no estando comprendidas en las que tienen la reglamentacion especial de que hablamos, cada condómino tiene absoluta libertad para hacer las construcciones que quiera sin necesidad de dar aviso previo al vecino (art. 2676).

**Poner tirantes en todo su espesor :** Su derecho no se limita, como se ve, á ocupar solo la mitad del muro con los tirantes; Pothier dice que esta facultad acordada por la legislacion francesa es de suma utilidad para uno y otro vecino, por la mayor seguridad del muro en caso de caladuras en la pared; y al disponerlo así espresamente nuestro Código ha querido evitar la cuestion de si el otro condómino tenía derecho para impedir esto cuando él no haya de asentar tirantes en la misma direccion.

Por manera que mientras el vecino no quiera edificar ó asentar sus tirantes frente á los del vecino no tendrá derecho para impedir que el otro tome toda la pared. (Véase sobre esto á Laurent, citado.)

**Quiera poner en ella tirantes :** En el mismo lugar ocu-



pado por los del vecino, se entiende, como lo acabamos de hacer notar. El Código Frances, 657, es espreso en esto.

**Con tal que no cause perjuicio al vecino ó á la pared :** Son cuestiones de hecho que es necesario dejar al criterio del Juez, quien resolverá en vista de los informes periciales (Demo-lombe, número 411, § 4).

**2732**—Cada uno de los condóminos puede alzar á su costa la pared medianera sin indemnizar al vecino por el mayor peso que cargue sobre ella. (Concuerda con los artículos 2626—2676—2718—2733—2734—2735.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 648—Napolitano, 579—Holandes, 635—De Luisiana, 677—Zacharie, § 322)—Goyena, 518—Aubry y Rau, § 222, notas 35 y sigtes.—Freytas, 4395—En contra, Código de Chile, 857, inc. 2—Id. de California, 1113.

**Por el mayor peso que cargue sobre ella :** Ni por los embarazos que el trabajo cause (art. 2733).

El derecho acordado por el presente artículo para alzar la pared, es bajo la condicion de que con ello no se comprometa la solidez (art. 2730), y en caso de ser así, tendrá que hacerla de nuevo á su costa ántes de cargar (art. 2733).

Debe tenerse presente que aun cuando el que alza la pared no está obligado á pagar por el mayor peso que carga en ella está obligado por los perjuicios materiales que pueda causarle la construccion, tales como roturas de techos, pinturas, etc., etc. (Véase lo dicho en el comentario al artículo 2733 y siguiente.)

**2733**—Cuando la pared medianera no pueda soportar la altura que se le quiere dar, el que quiera alzarla debe reconstruirla toda ella á su costa, y tomar de su terreno el c-cedente del espesor. El vecino no puede reclamar ninguna indemnizacion por los embarazos que le cause la ejecucion de los trabajos. (Concuerda con los arts. 1520—2626—2730—2732—2734—2735—3077.)

## CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 679—Italiano, 551—Napolitano, 680—Holandes, 585—De Luisiana, 678—Pothier, *Société*, n° 215—Zacharie, lugar citado)—Goyena, 518—Freytas, 4394—Código de Chile, 857—Id. de California, 1115—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1490—Laurent, tom. 7, n° 561—Fallos de la S. C., S. 1, tom. 5, p. 231—Marcadé, nota 3 al n° 605, tom. 2.



**Por los embarazos que le causa la ejecucion de la obra:**

Los artículos 2626, 2732 y el presente son el resumen de las teorías mas aventajadas y que han sido materia de discusion desde mucho tiempo atras entre los jurisconsultos.

Para mejor inteligencia de las teorías que á nuestro entender ha seguido el legislador argentino, diremos:

1º Que el vecino que voltea la pared divisoria para hacerla mas sólida y para que pueda resistir la mayor altura que se le quiera dar no está obligado á indemnizar al otro el perjuicio que le resulte por la privacion del goce del edificio que queda descubierto mientras se trabaja la pared (art. 2626—Laurent, tom. 3 nº 561).

2º Que esto es así aun en el caso de tener la casa arrendada y se vea obligado por la construccion á no cobrar arrendamiento á su locatario como lo ordena el art. 1520, pues que el medianero que voltea la pared para reconstruir no hace mas que hacer uso de un derecho *neminem lædit qui juri suo utitur*. (Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1490—Pothier, Sociedad, nº 515.)

Lo mismo será aun en el caso en que se vea por este hecho obligado á indemnizar al locatario. La razon de esto es, como dice Demolombe, tom. 11, nº 406, p. 464, que las relaciones de derecho entre el locador y el locatario no son las mismas que entre los copropietarios del muro medianero. Si el locador debe una indemnizacion al locatario, es porque aquél no cumple con la obligacion de hacerle gozar de la cosa durante el tiempo de la locacion; y desde que no le hace gozar, el locador es responsable hácia él; pero entre los vecinos copropietarios no existe obligacion alguna semejante.

Esto es perfectamente aplicable tambien á la cesacion del pago del arriendo, en el supuesto que no haya otra indemnizacion. (Véase Laurent, tom. 7, nº 562.)

3º Que tampoco deberá indemnizar el vecino que reconstruye, los gastos que el otro haga para desocupar las habitaciones que van á quedar descubiertas, y aunque tenga que mudarse no estará obligado á pagar los gastos de alquiler de otra casa, pues que todas estas incomodidades y gastos son indispensables como consecuencia necesaria del derecho que el otro tiene á reconstruir la pared divisoria (Fallo citado, de la S. C). Pero todos estos perjuicios deberá el que construye evitarlos en lo posible; ya sea volteando y reconstruyendo la pared por parte, ó toman-



do cualquier otra medida. El Juez, á peticion de parte, podrá obligar al vecino á que tome esas medidas que sean posibles y compatibles con las necesidades del ejercicio del derecho. La reconstruccion deberá hacerse sin demora alguna, so pena de indemnizacion por los perjuicios de la demora, pues no será justo que un vecino voltee la pared para reconstruirla cuando se le antoje. El Juez es quien debe conciliar estas cuestiones ordenando se tomen las medidas necesarias para evitar en lo posible los perjuicios á uno y otro (Demolombe, tom. 11, nº 406, p. 465, y Laurent, tom. 7, nº 562, aconsejan lo mismo).

4º Que deberá indemnizarse al propietario, con arreglo á los principios de derecho, todo perjuicio que pueda causarse y que no sean una consecuencia del derecho que le confiere la medianería, especialmente el artículo que estudiamos (art. 3077). Tal sería, por ejemplo, el desplome de los techos causados por la destruccion de la pared ú otros perjuicios de esta naturaleza que no son precisamente una consecuencia necesaria de la construccion, sino un descuido de los constructores ú otras faltas (Demolombe, tom. 11, nº 406).

5º Que la nueva pared debe hacerse completamente á costa del que la demolió, y que debe hacer á su costa los gastos necesarios para dejar la parte que da á su vecino en el mismo estado en que estaba ántes, ó indemnizar lo que tenga que gastar el vecino para dejarla en ese estado. En consecuencia, estará obligado á dejar la nueva pared pintada ó empapelada tal como estaba la antigua ó indemnizar el valor de esos revoques, pinturas y papeles que el propietario tenga que poner para dejar su casa como ántes estaba (Demolombe, tom. 11, nº 405, y demás autores citados). No sería justo obligar á uno de los propietarios que no necesitaba gastar en su pared, por el hecho de necesitar el otro hacerla de nuevo á que gaste en pinturas, revoques y papeles nuevos. Estos gastos entran como de reconstruccion; así lo entiende la mayoría de los jurisconsultos.

6º Que los gastos de que acabamos de hablar no debe soportarlos el que ha pedido la demolicion de la pared cuando ésta estaba en ruina y era necesario, aun cuando no se pensase cargar sobre ella, hacerla de nuevo, pues que en tal caso los dos están obligados á la construccion (art. 2722) aunque uno de ellos haya



de cargar sobre la misma pared (Fallo citado de la S. C., considerando *quinto*).

7º Que el que quiere destruir una pared por amenazar ruina, debe hacer constar esto ántes de demolerla para poder obligar á su vecino á la construcción; de lo contrario, se supondrá, salvo la prueba contraria, que la pared estaba en perfecto estado, y en consecuencia, los gastos serán solo de cuenta del que la ha volteado.

8º Que cada propietario puede oponerse á que el otro voltee la pared cuando alegándose que no es suficiente para resistir el peso que se quiera cargar en ella, se prueba lo contrario. En tal caso el Juez resolverá si la pared medianera *no puede, como dice el artículo que estudiamos, soportar la altura que se le quiere dar*, valiéndose para el efecto de peritos que informen sobre el particular. El artículo que estudiamos no deja al capricho de una de las partes voltear la pared y hacer sufrir á su vecino las incomodidades consiguientes; dice únicamente que podrá reconstruirla cuando *no pueda* soportar la altura que se le quiera dar; luego, si se prueba que *puede soportar* dicha altura, que nunca podrá ser mas que la permitida por los reglamentos municipales, no habrá derecho para reconstruirla (Demolombe, citado, p. 465).

9º Que el mayor grueso que le dé á la pared nuevamente construida debe asentarse sobre el terreno del constructor, (comentario al art. 2726, nº 1, y art. que estudiamos).

**2734**—En el caso del artículo anterior, el nuevo muro aunque construido por uno de los propietarios, es medianero hasta la altura del antiguo, y en todo su espesor, salvo el derecho del que ha puesto el escedente del terreno para volver á tomarlo, si la pared llegase á ser demolida. (Concuerda con los artículos 2626—2718—2732—2733—2735.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 650—Demolombe, tom. 11, nº 407—Aubry y Rau, § 222, nº 3—Pothier, números 200 y 203—Freytas, 4307—Código de California, 1116.

**Es medianero hasta la altura del antiguo**: De allí para arriba pertenece exclusivamente al que lo ha hecho construir; serán, por consiguiente, de su cuenta todos los gastos de conser-



vacación y deberá hacer los revoques del frente que da al vecino (Demolombe, citado).

Como consecuencia de las palabras que estudiamos, resulta que el comunero que no ha contribuido á la reconstrucción de la nueva y mas sólida pared medianera, puede servirse de ella hasta la altura que ántes tenía sin indemnización alguna, aun cuando la antigua no hubiese podido resistir el uso que ahora se hace de la nueva. Así, por ejemplo, si ántes era una pared que por su poca consistencia ó por la calidad de los materiales no era apropiada para apoyar en ella un edificio como en la nueva, el propietario no estará obligado á pagar indemnización por el mejoramiento de la pared. La ley dice que queda medianera en todo su espesor hasta la altura de la antigua pared; y como ya sabemos los derechos que da la medianería, es indudable la tesis que sostenemos, desde que las consecuencias del artículo que estudiamos no están modificadas espresamente. Demolombe propone esta misma cuestión que parece no estar resuelta por el Código Frances como lo está por el nuestro.

**Salvo el derecho para volver á tomarlo:** Méenos cuando, de conformidad con el art. 3735, el otro vecino ha adquirido la medianería.

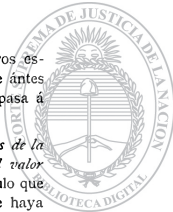
**2735**—El vecino que no ha contribuido á los gastos para aumentar la altura de la pared, puede siempre adquirir la medianería de la parte alzada, reembolsando la mitad de los gastos, y el valor de la mitad del terreno en el caso que hubiese aumentado su espesor. (Concuerda con los arts. 2734—2736.)

#### CONCORDANCIAS

(Código Frances, 660—Italiano, 555)—Freytas, 3497, 2ª parte—Código de California, 1117—Demolombe, tom. 11, núms. 375 y 376.

**Reembolsando la mitad de los gastos:** Es decir, la mitad del costo de la parte *alzada*, que es de la que adquiere al medianería, pues la otra mitad aunque haya sido reconstruida por uno solo queda siempre medianera, como lo declara el artículo anterior.

No hay entónces que hacer la diferencia que hace Demolombe, citado, respecto al caso en que la parte baja de la pared ha sido reconstruida. El artículo que estudiamos y el anterior no dejan



lugar á duda respecto á esto. En ningun caso los comuneros están obligados á pagar la pared reconstruida por otros y que ántes era medianera. Solo se deberá pagar la parte que sobrepasa á la antigua.

El presente artículo ordena pagar la mitad de los *gastos de la parte alzada*, y el 2736, solo habla de pagar la *mitad del valor* de la pared. ¿Quiere esto decir que en el caso del artículo que estudiamos el adquirente debe pagar la mitad de lo que haya costado la pared sin tener en cuenta su menor valor al tiempo de hacerse la adquisicion, y en el caso del art. 2736 tan solo el valor que tenga la pared al tiempo de la adquisicion sin tomar en cuenta lo que haya costado?

No nos parece justo semejante distincion ; pero á fuer de fieles intérpretes y en la imposibilidad de interpretar estos artículos como son interpretados el 660 y 661 frances por Demolombe, creemos que ellos sancionan dicha distincion. Reembolsar la mitad de los *gastos de la pared alzada*, no puede significar otra cosa que pagar lo que esa parte ha costado, aunque valga ménos ; y pagar la *mitad de su valor* significa necesariamente pagar lo que al tiempo de la adquisicion represente y no lo que se ha gastado.

Decimos que nuestros artículos no pueden recibir la interpretacion dada por Demolombe á los del Código Frances, que consiste en hacer pagar al adquirente la mitad del costo de demolicion y de reconstruccion del muro que desde ántes era medianero, porque, como hemos dicho ántes en este comentario, el reconstructor en ningun caso puede exigir valor por lo que, segun el artículo anterior, queda siempre de propiedad de ambos vecinos, y el que estudiamos habla espresamente de pagar *solo* la parte *alzada*.

**2736**—Todo propietario cuya finca linda inmediatamente con una pared ó muro no medianero, tiene la facultad de adquirir la medianería en toda la estension de la pared, ó solo en la parte que alcance á tener la finca de su propiedad hasta la altura de las paredes divisorias, reembolsando la mitad del valor de la pared, como esté reconstruida, ó de la porcion de que adquiera medianería, como tambien la mitad del valor del suelo sobre que se ha asentado; pero no podrá limitar la adquisicion á solo una porcion del espesor de la pared. Si solo quisiera adquirir la porcion de la altura que deben tener las paredes di-

visorias, está obligado á pagar el valor de la pared desde sus cimientos. (Concuerda con los arts. 2656—2728—2735—2739.—2740—3741.)

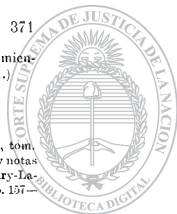
## CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre el art. 661—Demolombe, tom. 11, n° 363—Pardessus, tom. 1, n° 156—Pothier, n° 251—Duranton, tom. 5, n° 327—Zachariae, § 322, y notas 19 y siguientes)—Freitas, 4376 y 4377—Código de California, 1112—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, núms. 1482 á 1486—Fallos del Dr. Basualdo, tom. 1, p. 157—Id. de la S. C. de la Capital, tom. 5, p. 37.

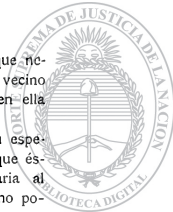
**Linda inmediatamente con una pared ó muro no medianero**: Por consiguiente, si la pared ó muro no medianero no está en el límite de las dos heredades, sino separado de la propiedad vecina por un espacio de terreno, no habrá de recho á exigir la venta del derecho de medianería. Esta es doctrina corriente entre todos los jurisconsultos. En el caso propuesto el propietario tendrá derecho á exigir á su vecino que contribuya á la pared de cerramiento de que habla el art. 2726.

**O solo en la parte que alcanza á tener la finca de su propiedad**: Estas palabras combinadas con las anteriores, que dan por resultado poner al propietario que quiera adquirir la medianería en la disyuntiva de adquirir todo el largo de la pared si es ménos que el largo de su propiedad, ó solo el largo de esta última si el de aquélla es menor, dan á entender que no se puede adquirir menor parte que el largo de una ó de otra heredad segun el caso. Así, por ejemplo, un propietario que limita en veinte metros con una pared no divisoria no puede adquirir solo diez metros; tiene necesariamente que adquirir la medianería en los veinte metros. Nuestro artículo no puede interpretarse como los jurisconsultos interpretan el 661 frances, pues que aquel Código faculta adquirir parcialmente la medianería de una pared sin hacer distincion entre el alto y el bajo, lo que faculta á decir que se puede adquirir parcialmente respecto al largo ó respecto al alto (Zachariae, § citado, notas 21 y 22).

**Hasta la altura de las paredes divisorias**: Se refiere á la altura de tres metros de que habla el artículo 2726 y sus concordantes. Parece indudable, por las palabras copiadas, que la medianería puede adquirirse parcialmente respecto á su altura, pero no á su largo, como hemos dicho ántes. Pero el minimum de la altura en la adquisicion parcial será de tres metros. De allí para







arriba creemos que el propietario puede adquirir la altura que necesite. Así, si la pared no divisoria tiene ocho metros, el vecino que solo necesita cinco para el edificio que quiere apoyar en ella podrá solo adquirir esos cinco metros.

**Como esté construida:** Es decir, por el valor de su espesor y por el de la clase de los materiales empleados, aunque éstos ó la clase de construcción empleada, no sea necesaria al vecino para el uso que él quiere hacer de la pared. Así, no podrá alegar que la clase de materiales empleados son demasiado caros para lo que él necesita, y que en consecuencia solo está obligado á pagar el valor de los que él habría empleado, ó que la pared no le servía para la construcción que quería hacer, por lo cual tiene que voltearla, alegando esta circunstancia para no pagarla, limitándose á prometer construir otra nueva y mejor que la actual. Siempre tendría que pagarla aunque fuera para voltearla después.

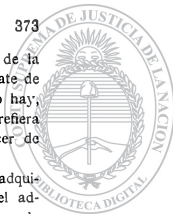
El vecino no puede disponer de la pared sin ántes haber pagado su valor; este principio general que rige para toda propiedad no puede ser modificado por la circunstancia de que la pared cuya medianería adquiere el vecino va á tener que ser volteada inmediatamente. Es por esta razón que nuestro artículo ordena pagar el precio *tal como la pared esté construida*, sin tener en cuenta que tal como está le sea ó no útil al adquirente.

Debemos hacer una salvedad que nos parece estar fundada en justicia; y es que el adquirente no está obligado á pagar las pinturas y ornatos extraordinarios que la pared tenga del lado de su vecino.

No sería justo hacerle pagar lujos que de ninguna manera va él á aprovechar. Pagará pues el valor de la pared por su valor ordinario, prescindiendo de las pinturas de mérito artístico que no va á tocar.

Pero esto es así, cuando no haya de voltear la pared; en el caso contrario, deberá pagar aun estos gastos extraordinarios, pues que va á privar de ellos á su dueño. (Véase comentario al art. 2733, nº 5.)

Mas si la pared se voltea no porque el vecino quiera hacerla apropiada al uso que desea darle, sino porque amenaza ruina, no deberá pagar esas pinturas, y registrá lo dicho en el comentario al artículo 2733, nº 6.



**Desde sus cimientos :** En todos los casos el valor de la pared debe pagarse desde sus cimientos, á ménos que se trate de un muro levantado sobre otro que ya era medianero. No hay, pues, razon para que esta última parte del artículo se refiera especialmente al caso de que la adquisicion se quiera hacer de solo la altura que deban tener las paredes divisorias.

1º Cuando el muro ó pared cuya medianería se quiere adquirir es la continuacion de la pared de un sótano ¿estará el adquirente obligado á pagar además de los cimientos el valor de la pared del sótano? Pensamos con Demolombe, lugar citado, que no, pues que la pared del sótano no se puede decir que en este caso sea una parte integrante del muro divisorio. El adquirente solo está obligado á pagar la parte que sale á la superficie del suelo en la altura que hemos indicado y los cimientos de esa pared, pero no la pared del sótano cuando no va á hacer uso de él. Si despues. quiere hacer sótanos tambien limitados por la pared del antiguo, será recien llegado el caso de pagar la mitad del valor de la pared.

2º La facultad acordada por este artículo y la disposicion del 2734, son escepciones al 2617.

Como complemento á lo dicho en este comentario, véase la reglamentacion de Freytas, art. 4377.

**2737**—El uno de los vecinos no puede hacer innovaciones en la pared medianera que impidan al otro un derecho igual y reciproco. No puede disminuir la altura ni el espesor de la pared, ni hacer abertura alguna sin consentimiento del otro vecino. (Concuerda con los arts. 2654—2656—2712—2726—2730—2731.)

#### CONCORDANCIAS

Código Frances, 675—Las de los arts. 2730 y 2731—Fallos de la S. C. de la C. de la República, tom. 2, p. 378.

La primera parte de este artículo es inútil por estar ya sancionado el mismo principio en los concordantes citados.

**No puede disminuir la altura de la pared :** Cuando la pared es solo separativa, la altura mínima de tres metros ordenada por el artículo 2726 es de orden público, y por esto no se puede disminuir ; si es de mayor altura, uno de los vecinos no puede disminuir su altura porque esto sería atacar el derecho de propiedad del otro haciendo desaparecer parte de la cosa comun.



**Ni hacer abertura alguna:** También está dispuesto en los concordantes citados.

**2738**—La disposición del artículo anterior no es aplicable á las paredes que hagan frente á las plazas, calles ó caminos públicos, respecto de los cuales se observarán los reglamentos particulares que los sean relativos.

#### CONCORDANCIAS

Véase las del art. 2658.

**Se observarán los reglamentos particulares:** Es decir, que la altura y espesor de las paredes, balcones, etc., etc., debe sujetarse á los reglamentos municipales. Creemos que este artículo es sin objeto, pues que los casos que preve son siempre regidos por el derecho administrativo. Sin necesidad de su existencia el derecho de las municipalidades sería el mismo. (Véase artículos 2340 y 2341.)

**2739**—El que hubiere hecho el abandono de la medianería por librarse de contribuir á las reparaciones ó reconstrucciones de una pared, tiene siempre el derecho de adquirir la medianería de ella en los términos espuestos. (Concuérda con los arts. 2723—2724—2735—2736—2740—2741.)

#### CONCORDANCIAS

(Toullier, tom. 3, n° 221—Demolombe, tom. 11, n° 357—Duranton, tom. 5, n° 322—Aubry, y Rau, § 222, n° 4)—Comentario á los arts. 2727 y 2736—Aubry y Rau, nota 59, § citado—Zachariæ, § 239, nota 19.

**En los términos espuestos:** Es decir, pagando la mitad de su valor; como queda dicho en los artículos y comentarios citados. (Véase esos comentarios.)

El derecho de adquirir la medianería es imprescriptible, como hemos visto ántes, lo cual se sostiene por todos los autores y Códigos (Duranton, tom. 11, n° 371—Freytas, 377, inc. 3, etc., etc.)

**2740**—La adquisición de la medianería tiene el efecto de poner á los vecinos en un pié de perfecta igualdad, y da al que la adquiere la facultad de pedir la supresion de obras, aberturas ó luces establecidas en la pared medianera que fueren incompatibles con los derechos que confiere la medianería. (Concuérda con los arts. 2617—2656—2730 y sus concordantes—2737—2739.)

## CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 11, núms. 309 á 372—Pardessus, tom. 1, n° 172—Aubry y Rau, § 222, n° 4—Duranton, tom. 5, n° 325—En contra, Toullier, tom. 3, n° 527)—Freytas, 4396.

**En perfecta igualdad:** Es decir, como si la pared hubiera sido construida á gastos iguales y en terreno de ambos.

El traspaso de la medianería, dice Demolombe, no es un acto voluntario del dueño de la pared, es motivado por un interes público y privado á la vez, por lo cual los derechos de la medianería hace que se adquieran sin ninguna limitacion, y tal como si nunca hubiera tenido el antiguo dueño derecho esclusivo en la pared divisoria.

**Pedir la supresion de las obras:** Estas palabras dan á entender que esta supresion debe hacerse á costa del que la ejecuta, es decir, del vendedor de la medianería. Demolombe, opina que deben ser pagadas por mitad cuando han sido conocidas del adquirente, y cuando no, las pagará el enajenante.

La adquisicion de la medianería, pone á las partes, como dice el artículo en perfecto estado de igualdad; el adquirente es dueño desde que paga su precio; por consiguiente, tiene derecho á pedir la supresion de los trabajos incompatibles con la medianería; pidiendo la demolicion no hace mas que usar de la facultad acordada á todo condómino.

**2711**—El vecino que ha adquirido la medianería no puede prevalerse de los derechos que ella confiere, para embarazar las servidumbres con que su heredad se encuentra gravada. (Concuerda con los arts. 2656—2740—3037 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 222, nota 49.

**Para embarazar la servidumbre con que su heredad se encuentra gravada:** Supóngase, por ejemplo, que el dueño de la heredad divisoria tiene una servidumbre de paso por el fundo cuyo dueño adquiere la medianería. En este caso, el artículo dispone que el adquirente de la medianería no podría cerrar la puerta existente en la pared divisoria y que servía de salida por su propiedad á la del vecino. Sin esta disposicion, el vecino adquirente





de la medianería podría creerse con derecho á cerrar esa puerta, valiéndose de lo dispuesto en el artículo 2740. El adquirente, decimos, no podría cerrar la puerta por cuanto con esto estorbaría el ejercicio de la servidumbre de paso con que se encuentra gravada su propiedad.

**2712**—En las campañas los cerramientos medianeros deben hacerse á comunidad de gastos, si las dos heredades se encerrarán. Cuando una de las heredades está sin cerco alguno, el dueño de ella no está obligado á contribuir para las paredes, fosos ó cercos divisorios. (Concuerda con los arts. 2727—2734.)

#### CONCORDANCIAS

(Código de Luisiana, 689)—Código de California, 1013, inc. 7.

**No está obligado á contribuir :** Pero si después cerca el resto de su campo y queda cerrado con el antiguo cerco, tendrá que pagar la mitad de su valor.

En este caso no puede, como en el del artículo 2727, abandonar la medianería para librarse de pagar la mitad del cerco, pues no es lo mismo las paredes que limitan propiedades urbanas á los cercos de alambre, por ejemplo, que no ocupan espacio ninguno y que nada perdería cada propietario con abandonar la medianería desde que un cerco no sirve para otra cosa que para cerrar dos propiedades y no para cargar como en las paredes. De donde resultaría que uno que abandonase la medianería no haría mas que librarse de pagar y aprovechar el cerco en lo único que puede ser útil, que es el cerrar las propiedades.

Por manera que tratándose de cercos, siempre que las dos propiedades queden cerradas por efectos de los mismos, los propietarios están obligados á pagar proporcionalmente su valor y contribuir á su sostenimiento, sin que ninguno pueda abandonar la medianería.

**2713**—Todo cerramiento que separa dos propiedades rurales se presume medianero, á no ser que uno de los terrenos no estuviese cercado, ó hubiese prueba en contrario. (Concuerda con los artículos 2718—2719.)

#### CONCORDANCIAS

(Código de Luisiana, art. 641)—Código de California, 1013, inc. 7—Código Oriental, 572—Frances, 653 y 670—Marcadé, sobre dichos artículos—Código de Chile. 853. 2.ª parte.



**No estuviere cerrado :** Esta presunción es una consecuencia de lo dispuesto en el artículo anterior, que solo obliga á los colindantes á cercar á gastos iguales cuando las dos propiedades queden cerradas, y no cuando queda solo una de ellas. Si se encuentra que las dos están cerradas, se supone que las partes han hecho uso del derecho que les acuerda dicho artículo, y si una de ellas no lo está es de suponer que no haya contribuido á pagar lo que no está obligado; en tal caso se supone ser el cerco de propiedad de la heredad que quedó cerrada.

Si ninguna de las dos resulta cerrada, se comprenderá, por las mismas consideraciones, que pertenece al que lo hizo y que el otro no le ha pagado aun la mitad de su valor, salvo la prueba contraria.

**2711**—Lo dispuesto en los artículos anteriores sobre paredes ó muros medianeros, en cuanto á los derechos y obligaciones de los condóminos entre sí, tiene lugar en lo que fuere aplicable respecto de zanjas ó cercos, ó de otras separaciones de los terrenos en las mismas circunstancias. (Concuerda con los arts. 2730 y sus concordantes —2742—2743.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4402 —Véase comentario al art. 2742.

Los cercos, zanjas, etc., etc. : deben ser conservados á gastos iguales, lo mismo que las paredes.

**2715**—Los árboles existentes en cercos ó zanjas medianeras, se presume que son también medianeros, y cada uno de los condóminos podrá exigir que sean arrancados si le causaren perjuicios. Y si cayesen por algún accidente no podrán ser replantados sin consentimiento del otro vecino. Lo mismo se observará respecto de los árboles comunes por estar su tronco en el extremo de dos terrenos de diversos dueños. (Concuerda con los arts. 1133, inc. 2—2519—2628—2629—2719.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 43, Tit. 28, Part. 3ª—Código Frances, 673—Holandes, 710—Napolitano, 594)—Código de Chile, 859—Id. Oriental, 573—Goyena, 528—Véase lo dicho en el comentario al art. 2629.



## CAPITULO IV

### Del condominio por confusion de límites

**2716**—El que poseyere terrenos cuyos límites estuvieren confundidos con los de un terreno colindante, repútase condómino con el poseedor de ese terreno, y tiene derecho para pedir que los límites confusos se investiguen y se demarquén. (Concuerda con los artículos 2675—2692.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 10, Tit. 15, Part. 6.—Marcadé, sobre el artículo 616 frances—Zachariæ, § 320—Curasson, *Tratado de las acciones posesorias*—Maynz, § 363)—Freytas, 4404—Fallos de la S. C., Serie 2, tom. 16, págs. 228 y 229—Tom. 19, p. 214—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 226—Tom. 3, p. 351.

**Cuyos límites estuvieren confundidos con los de otro terreno** : La accion de deslinde supone dos propiedades cuyos límites están marcados en los respectivos títulos, pero que se han llegado á confundir por la falta de mojones ó de límites naturales, y tiene por objeto que el perito nombrado con arreglo al art. 2754 verifique y haga visibles en el terreno, lo que está marcado en los títulos.

Es por esto que el artículo que estudiamos da derecho para pedir que los *límites confusos* se *investiguen* y demarquén.

De aquí nace la principal diferencia entre la accion de reivindicacion, que solo se da cuando los límites no estuvieren confundidos, ó cuando esos límites fueren cuestionados entre los colindantes (art. 2747), y los *terrenos* se hallaren ya demarcados como dice el codificador en la nota al artículo que estudiamos, y la accion de deslinde que es solo preparatoria de la de reivindicacion. (Fallos del Dr. Garzon, tom. 1, p. 199.)

La misma diferencia existe tambien respecto á la accion *communí dividundo* que se da para cuando se quiere hacer cesar el condominio de una cosa poseída en comun entre varios, cuya division material nunca se ha hecho, pues la accion tiene precisamente por objeto, no el fijar los límites confusos, sino dividir materialmente la cosa y ponerle límites á cada nueva propiedad que resulte.

Teniendo por objeto la accion de deslinde el que se verifiquen ó aclaren los límites confundidos, y siendo ésta meramente declarativa y no atributiva, resulta que la accion de reivindicacion



puede y aun debe entablarse despues de la accion de deslinde, puesto que esa accion reivindicatoria tendrá precisamente que fundarse en la posesion, por parte del demandado, de terrenos fuera de los límites marcados á su heredad y dentro de los marcados á la heredad del demandante, lo cual no puede saberse hasta haber investigado y demarcado los límites confundidos como resultado de la accion de deslinde. (Véase Marcadé, citado.)

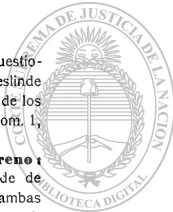
La Suprema Corte de la Nacion ha establecido que, teniendo por objeto el juicio de deslinde que los límites confusos se investiguen y demarquen, *no puede entablarse* la accion reivindicatoria ántes que se resuelva el juicio de límites (Fallos, tom. 4, Serie 2, p. 315).

En el 5º considerando del Fallo de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 226, se dice tambien á este respecto: "Que la accion de deslinde no es una accion reivindicatoria, sino simplemente *preparatoria de ésta*, pues que es evidente que no puede reivindicarse una cosa indeterminada".

El Miembro de la Suprema Corte, doctor Pizarro, fundando su voto en disidencia en el Fallo del tomo 16 de dicha Corte, p. 232, decía: " que siendo la accion de deslinde meramente *declarativa* y no *atributiva* de la propiedad, no hace *cosa juzgada* para la reivindicacion de la demasía de terreno que uno de los colindantes tiene dentro de sus linderos, y ménos para la demasía de su posesion actual con relacion á la situacion anterior de los mojones reconocidos; en cuyo caso la accion, como lo espresa el artículo 2747 tiene por objeto la restitution de terreno y no aquella demarcacion, separacion, determinacion ó individualizacion de los predios confinantes, á que responde la accion de deslinde.

Podemos decir entónces: 1º Que la accion de deslinde tiene por objeto aclarar límites que estaban marcados de antemano y que dividian dos propiedades, pero que con el tiempo se habian perdido en el terreno. 2º Que si ántes no se ha hecho una division material de las dos propiedades, la accion que corresponde es la de division de condominio y no la de deslinde, pues que entónces no habrán *dos* propiedades con límites confundidos, sino una sola propiedad comun. 3º Que la accion de reivindicacion debe siempre juzgarse despues de la accion de deslinde, á ménos que se trate de la accion de reivindicacion concedida á los co-





muneros, ó en el caso del artículo 2747 cuando hay límites cuestionados; (Véase su comentario.) y 4º Que la accion de deslinde procede, aunque las dos propiedades estén cercadas, por uno de los colindantes, (Curasson, nº 1, tom. 3, Fallos del Dr. Garzon, tom. 1, p. 203).

**Repútase condómino con el poseedor de ese terreno**

Pero este condominio es solo al efecto de pedir el deslinde de ellos, y de ninguna manera para establecer la propiedad en ambas ó en todas las heredades colindantes; esto, á mas de ser evidentemente obvio, está dicho por el mismo codificador en la nota al artículo que estudiamos, opinando que la accion de deslinde tiende *solo* á arreglar los límites de dos fundos que *no son comunes* (Fallos de Córdoba, citados).

Resulta de aquí, que no haciéndose comun las dos heredades por la confusion de límites, ninguno de los colindantes puede ejercer actos de propietario mas allá de la zona dentro de la cual están los límites confundidos.

1º La accion de deslinde no es propiamente una demanda, sino, como dice la Corte, un acto que interesa á los colindantes precisamente para evitar pleitos.

Es por esto que el mismo codificador considera que las partes son á la vez demandante y demandado y que cada uno debe probar su derecho (nota á este artículo); y que la demarcacion debe hacerse á gastos proporcionales (art. 2752).

Fundándose en esto mismo es que la Corte Suprema, en el fallo del tom. 19, Serie 2, 244, ha declarado que los Tribunales Federales son incompetentes para conocer en una accion de deslinde, "porque por ella no se promueve un juicio, sino que se trata de poner en claro los límites de una propiedad con intervencion de peritos y previa citacion de linderos y que si alguno de éstos protesta la operacion *recien entónces* hay diferencia entre partes y ha llegado el momento de determinar el Juez que ha de conocer en ella".

2º La accion de deslinde es imprescriptible; pero esto no impide que uno de los colindantes pueda prescribir lo que ha poseído durante treinta años mas allá de los límites marcados en sus títulos. (Véase artículos 2751 y 4022 y sus comentarios—Laurent, tom. 7, nº 429—Aubry y Rau, § 199, nota 18 y Demolombe, tom. 11, nº 241.) La razon de esta imprescriptibi-



lidad, está en que, como dice Demolombe, la accion de deslinde es un atributo de la propiedad y no puede extinguirse sin extinguirse aquélla. Esto sucede aun suponiendo prescripta la zona dentro de la cual se encontraba el límite, pues en este caso, si la accion era ineficaz para recuperar esa parte prescripta, no lo es para el efecto de separar el límite del resto de la propiedad con esa parte perdida.

**2717**—Cuando los límites de los terrenos estén cuestionados ó cuando hubiesen quedado sin mojones por haber sido éstos destruidos, la accion competente á los colindantes es la accion de reivindicacion para que á uno de los poseedores se le restituya el terreno en cuya posesion estuviese el otro. (Concuerda con los artículos 2753 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4410 y 4411—Laurent, tom. 7, n° 433—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 16, p. 228—Id. de los Tribunales de Córdoba, tom. 2, p. 224.

#### **Cuando los límites de los terrenos estén cuestionados :**

Límites *cuestionados* es muy distinto á límites *confundidos*, en el sentido que el legislador toma estas palabras en el art. 2746 y en el presente.

Cuando nuestro artículo habla de límites *cuestionados* que dan derecho á una accion de reivindicacion, da á entender que cada propietario cree que su terreno tiene tal ó cual límite; el demandante, por ejemplo, cree que el límite de su heredad es hasta tal punto y que su vecino le ha tomado parte de su campo comprendido en ese límite. Esto se deduce del significado mismo de la accion de reivindicacion, que no es otra cosa que el ejercicio del derecho de propiedad sobre una cosa determinada; si esa cosa no es determinada la accion de reivindicacion no puede tener lugar. El demandante debe determinar de una manera cierta la cosa que va á reivindicar, pues que de otro modo no podria exigir ni se le podria mandar entregar lo que demanda (Laurent, tom. 7, n° 433). Como el demandante tiene que determinar en la demanda desde y hasta donde va el terreno tomado por su vecino cuya entrega solicita, es claro que tendrá que dar los límites ciertos.

Luego, pues, las palabras *límites cuestionados*, no significan aquí que el caso en que no se sabe cuales son, puesto que si el de-



mandante los ignora, no puede determinar lo que demanda; en tal caso le correspondería la acción de deslinde.

Podemos decir entonces que la acción concedida por el artículo que estudiamos es para el caso en que, habiendo límites ciertos, una de las partes no creyéndolos tal ó por cualquier otra causa, ha avanzado hácia el vecino pasando esos límites; y la de deslinde, cuando sabiéndose que el límite está en una zona determinada, no se conoce su verdadera posición. (Véase comentario al artículo 2755, donde complementamos el estudio del presente artículo.

**2718**—La acción de deslinde tiene por antecedente indispensable la contigüidad y confusión de dos predios rústicos. Ella no se da para dividir los predios urbanos. (Véase arts. 2746—2749.)

#### CONCORDANCIAS

(Maynz, § 360—LL. 3, 4, 5 y 6, tit. 1, Lib. 10, Did.)—Freytas, 4406, inc. — Laurent, tom. 7, núms. 418 y 425—Fallos del doctor Beláustegui, tom. 1. p. 301—Ley 10, tit. 15, Part. 6ª.

**La contigüidad:** Por consiguiente, si están separados por un terreno perteneciente á un tercero, por un camino público ó rio, navegable ó no, la acción de deslinde no tiene lugar, puesto que ese camino ó ese rio servirán de deslinde de las dos propiedades. Como los rios y los caminos públicos son propiedad del Estado (art. 2340, incs. 3 y 4) la ley de antemano ha fijado los límites de las propiedades confinantes con los caminos ó rios.

**No se da para dividir predios urbanos:** En los predios urbanos hay siempre un signo material de división, una pared por lo general, un cerco, no sucede así en los urbanos;—y como la acción de deslinde *solo* tiene lugar cuando los límites están *confundidos*, no puede tener lugar la acción de deslinde cuando esos límites exactos ó no están marcados por una pared. (Véase sin embargo, el caso puesto en la p. 380 de este tomo, que se refiere á predios rurales, y cuando hay un cerco pero sin intención de servir de límite.)

Si una de las partes cree que esa pared no está en el límite verdadero, no se puede decir que el límite es confundido, sino que se dice que es *cuestionado*; de consiguiente, la acción que



corresponde segun el artículo 2747 es la de reivindicacion. Límites confundidos quiere decir que ninguno de los colindantes sabe cuáles son los de sus respectivas heredades; y límites cuestionados, que una de las partes cree ó supone que el límite es el indicado por la pared ó por el signo.

Tal es la razon del artículo, y que nos puede servir para resolver otra cuestion de bastante importancia práctica, y es la siguiente: ¿Las palabras que estudiamos importan prohibir que se entable accion de deslinde de terrenos que están situados dentro del radio de una ciudad y que no tienen ni han tenido pared ó cerco?

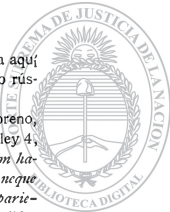
Algunos han sostenido la afirmativa, fundándose en que predio urbano es todo lo que está dentro del radio de un pueblo. en contraposicion á los predios rústicos que son los que están en la campaña.

Por manera que la facultad de entablar la accion no depende del estado en que están las propiedades respecto á sus límites, sino del lugar en que se encuentran.

Todo el mundo sabe que las capitales de las Provincias argentinas, incluso Buenos Aires, Capital de la República, están rodeadas de campos mas ó ménos incultos y sin division alguna, y las que han sido divididas, no se han marcado con precision las líneas separativas ó están éstas confundidas, por lo cual los dueños no saben con precision dónde está la verdadera línea separativa; ¿y cómo conocerla? Desde luego, la solucion mas fácil parece la de entablar la accion de deslinde; pero los interesados se encontrarían que por el hecho de estar dentro del distrito de ciudad no se puede entablar tal accion, interpretando el artículo en el sentido indicado.

¿Qué accion se entablaría entónces? La reivindicatoria no es posible, 1º porque uno de los interesados no podría saber si el otro le había tomado ó no parte de su terreno, pues que no conocía su verdadero límite, y 2º porque no podría, por la misma razon, determinar lo que quiere reivindicar; y como la determinacion de lo uno y de lo otro es indispensable (artículo 2758), resultaría que no tendría medio de averiguar el límite de su propiedad.

Esto, y la razon misma que hemos dado como fundamento de la disposicion que estudiamos, nos llevan á interpretarla res-



strictivamente, diciendo que la palabra predio *urbano* es tomada aquí por el codificador en el sentido de predio edificado, y predio *rústico*, en el sentido de predio sin edificar.

Esta misma interpretacion ha sido dada por el doctor Moreno, (tom. 1, p. 317, de sus Obras Jurídicas) fundándose en la ley 4, § 10, título 1, Lib. 10, Dig., que dice: "*Ideo iudicium locum habet in confinio pædiorum rusticorum: urbanorum, displicuit: neque enim confines hi, sed magis vicini dicuntur, et ea communibus parietibus plerumque disterminantur. Et ideo et si in agris ædificata sint, lous hæc actioni non erit: et in urbe hortorum latitudo contingere potes, et etiam finium regundorum agi possit*".

Se apoya tambien en la Ley 2, tit. 31, Part. 3ª, en la cual se dice que la servidumbre urbana, significa en latin la que ha un edificio en otro y la ley 3 siguiente declara que servidumbre rústica es la que tiene un heredamiento en otro, así carrera ó via.

De la misma opinion es Maynz, § 360, citado; Walter, Derecho Romano, § 271—Demolombe, tom. 11, n° 264.

Entre los autores modernos están tambien en apoyo de nuestra doctrina, Laurent, tom. 7, n° 418—Aubry y Rau, § 199, nota 6.

La resolucion contraria sería completamente opuesta al espíritu del artículo que estudiamos; los fundamentos mismos de la disposicion no admiten otra interpretacion que la que hemos dado. De no ser así, se dejaría, como hemos visto ántes, sin una accion á los que en la ciudad tienen los límites de sus heredades confundidos, desde que no es posible entablar la accion de reivindicacion cuando se está en tales condiciones.

**2749**—Esta accion compete únicamente á los que tengan derechos reales sobre el terreno, contra el propietario del fundo contiguo. (Véase arts. 2503 y 2748.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 4, Tit. 1, Lib. 10, Dig.—Demolombe, tom. 11, núms. 259 y siguientes—Duranton, tom. 5, núms. 253 y siguientes—Merlin, *Rep. Verb. Bornage*, n° 3)—Goyena, 510—Laurent, tom. 7, n° 424—Aubry y Rau, § 199, nota 11,

**A los que tengan derechos reales sobre la cosa:** Por consiguiente, puede ser entablada por el usufructuario, el acreedor anticresista, hipotecario, etc, etc. (art. 2503, Fallos del Dr. Garzon tom. 1, p. 223).



Bajo este punto de vista consideramos violatorio del artículo que estudiamos el 610 del Código de Procedimientos de la Capital de la República, como los de otras leyes provinciales, que exigen al que se presenta entablando la acción de deslinde títulos auténticos que acrediten su dominio. Según ese artículo el que no tiene títulos, el que ha adquirido por prescripción está privado de esta acción. (Véase arts. 2362, 2363 y 4016.) Sobre todo, la disposición que estudiamos faculta á entablar esta acción á todo el que tenga derecho real en su nombre propio, y éste bien puede no ser el dueño.

Creemos con Demolombe, citado por el codificador en este artículo; Aubry y Rau, citado; Pothier, Sociedad, n° 232, etc., etc.; Segovia, nota 137, al fin, que al que entabla la acción de deslinde le basta probar su posesión para que sea oído; si no lo hace él mismo será perjudicado si no puede justificar contra las pretensiones de su vecino el verdadero límite de su heredad.

El deslinde hecho á pedido de una de estas personas, usufructuario, acreedor, etc., etc.: sin que intervenga el propietario no puede serle obligatorio, por lo cual el demandado tendrá derecho á pedir que se le dé intervención á éste para evitar dificultades ulteriores.

Esta acción puede entablarla también el marido por su mujer, el tutor, el curador de una herencia, el condómino, etc., etc.: pues son, en cierto modo, medidas conservatorias. (Véase Aubry y Rau, § 199, nota 15.)

**Contra el propietario del fundo contiguo:** Si no se sabe quien es, se puede entablar contra el simple tenedor; pero en tónces deberá éste declarar el nombre de la persona por quien posee so pena de pagar daños y perjuicios (art. 2464).

**2750**—Puede dirigirse contra el Estado respecto de los terrenos dependientes del dominio privado. El deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde á la jurisdicción administrativa. (Véase arts. 2339—2749.)

#### CONCORDANCIAS

(Demolombe, tom. 11, núms. 260 y 263—Pardessus, tom. 1, n° 118—Véase Foucart, *Droit administr.*, tom. 2, n° 794)—Aubry y Rau, § 199, notas 16 y siguientes.

**Del dominio privado:** Son los de que habla el artículo 2342.

**2751**—La posesion de buena fe de mayor parte de terrenos que la que espresan los títulos, no aprovecha al que la ha tenido. (Concuerda con los arts. 2357—2411—4011—4022 )

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4414 y 4417—Laurent, tom. 7, n° 429—Aubry y Rau, § 199, notas 19 y 20—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 16, p. 227.

**No aprovecha al que la ha tenido**: Es decir, no le aprovecha para prescribir por diez ó veinte años, pero puede prescribir por la posesion de treinta años á título de dueño.

Si reconoce el condominio establecido en la zona donde se supone que existe el límite separativo, no hay prescripcion (arts. 2692, sus concordantes y comentario. Véase artículo 2746) puesto que no se posee á título de dueño cuando se reconoce en otro un derecho igual. (Véase autores citados.)

**2752**—Las gastos en mejoras de la linea separativa son comunes á los colindantes; pero cuando la demarcacion fuese precedida por investigacion de límites, los gastos del deslinde se repartirán proporcionalmente entre ellos, segun la estension del terreno de cada uno. (Concuerda con los arts. 2722—2726—2896.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4420—Código Frances, 646, 2ª parte—Laurent, tom, 7, n° 435—Código de Procedimientos de la Capital, art. 612.

**Los gastos en mejoras de las líneas**: ¿Á qué mejoras se refieren estas palabras? Ante todo, para comprender mejor el sentido de la disposicion es necesario tener en cuenta que las palabras: "son comunes á los colindantes", que sirven de complemento á las que estudiamos, significan *gastos iguales*. Esto lo prueba la segunda parte del artículo que principia con la preposicion adversativa, *pero*, y en la que se hace cargar con los gastos proporcionalmente á la estension del terreno de cada uno.

Siendo así, las mejoras á que se refiere el artículo no pueden ser otras sino á aquellas que aprovechan igualmente á uno y á otro, cualquiera que sea la estension del terreno que se tenga. Tal sería, por ejemplo, como dice Demolombe, tom. 11, n° 276, la operacion material de la plantacion de mojones, el precio de éstos, la apertura de las calles que sirvan de separacion, ú otras





así. La razón es que estos gastos aprovechan igualmente á unos y otros aunque se tenga mayor estension de terreno, con tal que el frente sea igual; pero no cuando el frente es desigual, pues entónces contribuirá el vecino ó colindante que sigue.

Así, por ejemplo, un vecino tiene una legua de frente por dos de fondo, y el otro tiene una legua tambien de frente y solo una de fondo. Aquí es claro que si la línea que origina los gastos es la de los frentes, es decir, de una legua, esa línea aprovecha tanto al que solo tiene una legua cuadrada como al que tiene dos, por lo cual los gastos deben ser iguales.

**Por investigacion de límites :** La proporcion en los gastos que se establece en este caso está fundada en que al mensurar los terrenos para investigar los límites, el de mayor estension tiene necesariamente que haber causado mayores gastos, y esos mayores gastos es justo que los soporte solo el que los ha ocasionado. Sucede lo contrario del caso legislado en la primera hipótesis. Allí los gastos no los ocasiona la mayor ó menor estension de los campos, sino el largo de la línea separativa; y teniendo las dos propiedades el mismo frente, nada importa que una tenga mas fondo que la otra desde que esto no aumentará el gasto de la conservacion y mejora de la línea separativa. En el que estudiamos, por el contrario, el gasto de medicion de cada heredad está en razón directa con su estension. (Véase Demolombe, citado.)

Los gastos aquí no son ya en relacion á la estension en que son colindantes las dos heredades, como son en el primer caso, sino en razón de la estension de toda la heredad hácia todos rumbos.

Cuando se han nombrado dos peritos por no haberse las partes puesto de acuerdo en uno, el pago lo hará cada parte á su perito; art. 612 del Código citado.

**2753—**El deslinde de los terrenos puede hacerse entre los colindantes por acuerdo entre ellos que conste de escritura pública. Bajo otra forma será de ningun valor. El acuerdo, la mensura y todos los antecedentes que hubiesen concurrido á formarlo deben presentarse al Juez para su aprobacion; y si fuese aprobado, la escritura otorgada por personas capaces, y la mensura practicada, servirán en adelante como título de propiedad, siempre que no se causare perjuicio á tercero. En lo sucesivo, el acto puede únicamente ser atacado por las causas que per-



miten volver sobre una convencion. (Concuerda con los arts. 1157—1184, incs. 1º, 8 y 10—1199—2695.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 199, notas 2ª y 27)—Freytas, 4405 y 4422—Laurent, tom. 7, n° 437—Fallos del doctor Beláustegui, tom. 1, considerando 2, p. 301—Código de Procedimientos de la Capital de la República, 620—Demolombe, tom. 11, núms. 270 y 278 á 281.

**Que conste en escritura pública:** La escritura pública es para que produzca efecto entre las partes contratantes respecto á sus reclamaciones ulteriores; pero el convenio privado, puede servir de fundamento para una demanda por obligacion de hacer para el efecto de exigir que sea reducida á escritura pública (art. 1185 y sus concordantes).

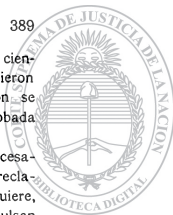
**Será de ningún valor:** Son las mismas palabras de que se valen los artículos 1183 y 1184, pero cuyo alcance queda explicado por el 1185 citado, aplicable por la misma razon al caso presente, como acabamos de ver.

**Servirán en adelante de título de propiedad:** Debe tenerse presente que la operacion de deslinde solo es *declarativa* y *no traslativa*, como toda division de condominio (artículo 2695, y comentario al artículo 2746) ó como toda transaccion (artículo 836).

De aquí se sigue que ninguno de los colindantes responde ó garante lo que por el deslinde le haya tocado á cada uno.

Aunque el juicio de deslinde y el de mensura son distintos entre sí, como lo establece Esteves Sagui (Obras jurídicas del doctor Moreno, tom. 1, p. 330) en los resultados respecto á la situacion en que quedan las partes no tienen diferencia. Estos resultados los expresa el doctor Moreno, tom. 1º de sus Obras, p. 332, diciendo: “Si al verificarse la operacion no se formula protesta alguna, y se haya científicamente ejecutada, la aprobacion judicial procede de derecho; y *queda establecido para en adelante*, el precedente legal del reconocimiento de los límites, que dan forma gráfica al título del terreno mensurado, *respecto de todos los propietarios colindantes*, que citados, presenciaron la operacion de mensura y aprobaron el establecimiento de los límites que el perito ejecutó; sin que tengan derecho á desconocerlos ó





contrariarlos sino en los casos de error de cálculo ó de error científico en la operacion del área ó de los ángulos que debieron dar una direccion determinada á las líneas, por cuya razon se dice que, en principio y por regla general, una mensura aprobada no pasa en autoridad de cosa juzgada”.

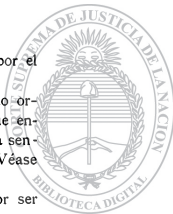
“Por el contrario, cuando la mensura se protestó es necesario deslindar el conflicto de derecho; es preciso que el reclamante venga á hacer saber sus pretensiones en juicio; se requiere, en fin, que esponga ante el magistrado los motivos que le impulsan para rechazar la operacion practicada y para afirmar que son heridos y conculcados sus derechos.”

Mas adelante, en la misma Obra citada, p. 337, el conuez doctor Villegas, determinando los efectos de la aprobacion ó desaprobacion de la mensura, cuya opinion fué adoptada por la Cámara de Apelacion, decia: “El auto que aprueba ó desaprueba una mensura no es una resolucion que importe propiedad; es simplemente una declaracion de que, sobre los títulos ó linderos dados, la operacion científica de demarcacion es exacta”.

“El auto que aprueba ó desaprueba la operacion, no bonifica ni daña la calidad intrínseca de los títulos ni perjudica á derechos que por contrato ó prescripcion se hubiesen adquirido por terceros, dentro del área que el título señala.”

“Es, por consiguiente, un juicio, con ó sin protesta, esencialmente diverso á los de reivindicacion y deslinde. La reivindicacion es la atraccion de lo propio, indebidamente tenido por el otro. El deslinde, es el restablecimiento de las señales divisorias colocadas por órden de la autoridad ó el consentimiento, ó tambien por primera fijacion, en cuyo caso se haria necesaria la operacion de mensura y su discusion sobre el mérito científico de ella.

De lo espuesto, resulta que la operacion de deslinde, si bien sirve de antecedente para determinar los derechos de cada colindante, ó como dice el artículo que estudiamos, de título de propiedad, no por esto priva á los colindantes el derecho á reclamar por medio de una accion de reivindicacion la parte de terreno que por el deslinde haya quedado como de propiedad del otro colindante, siempre que descubra un error de cálculo que no se hubiera notado al aprobar el deslinde ó que resulte que aun cuando el límite dado por los títulos es el mismo que se ha marcado, uno de ellos haya adquirido por la prescripcion trinitaria



una parte de esa propiedad mas allá de la línea trasada por el agrimensor en virtud de los títulos.

Pero hace cosa juzgada el juicio de deslinde que ha sido ordinario, diremos así, por la protesta de la mensura; porque entonces se siguen todos los trámites del juicio ordinario y la sentencia viene á ser sobre la propiedad de la parte disputada. (Véase Laurent, tom. 7. n° 436.)

Desde que se hace cuestionable la línea divisoria, que por ser ántes dudosa dió lugar á la accion de deslinde (art. 2746), cuya línea determinó el perito en virtud de dicho juicio de deslinde, lo que sigue es ya una accion de reivindicacion que entra en los términos del art. 2747, que declara tener lugar cuando los límites son *cuestionados*.

En este sentido viene á ser la accion de deslinde preparatoria de la de reivindicacion. Supóngase, por ejemplo, que la division separatoria de dos heredades está confundida; para aclararla una de las partes, fundándose en el artículo 2746, entabla la accion de deslinde. El perito que en tales casos se nombra trasa la línea, y de la operacion se da vista á las partes; una de ellas observa la operacion protestando no ser esa la línea divisoria. En este caso, decimos, los límites ya no son *confundidos* como ántes; aquí los límites son ya *cuestionados*, como dice el art. 2747, y entonces viene el juicio ordinario que se convierte en una verdadera accion de reivindicacion en sus resultados. (Véase comentario al art. 2747.

**Que permiten volver sobre una convencion:** Tales como la fuerza, dolo, etc., etc. (Véase art. 1199, y sus concordantes —Aubry y Rau, citado, nota 26.)

**2754**—El deslindejudicial se hará por agrimensor, y la tramitacion del juicio, será la que prescriban las leyes de procedimiento. (Concuerda con el art. 3468.)

#### CONCORDANCIAS

(Véase L. 2, tit. 4, Lib. 3, Fuero Real—L. 10, tit. 15, Part. 6°)—Demolombe, tom. 11, n° 272—Código de Procedimientos de la Capital, artículos 609 y siguientes.

**2755**—No siendo posible designar los límites de los terrenos, ni por los vestigios antiguos ni por la posesion, la parte dudosa de los terrenos

será dividida entre los colindantes, según el Juez lo considere conveniente. (Concuerda con el art. 2708.)

## CONCORDANCIAS

(L. 10, tit. 15, Part. 6\*)--Freytas, 4418 -Demolombe, tom. 11, n° 273—Laurent, tom. 7, núms. 432 y siguientes.

**Ni por los vestigios antiguos :** Cuando se encuentran vestigios antiguos de mojones ó linderos, debe presumirse, salvo prueba contraria, que éstos han sido puestos de comun acuerdo por ambos colindantes. Pero esta presuncion, por lo mismo de ser tal, está sujeta á ser desvanecida por una prueba testimonial ó en cualquier otra forma estableciendo que esos mojones ó esos signos solo han sido puestos por uno de los colindantes, sin el conocimiento ni consentimiento del otro. Estos signos, cercos, por ejemplo, podrán servir en otros casos, si no como linderos ó mojones, por lo ménos para probar posesion, de parte de uno de los colindantes, y esa posesion tendrá la influencia que mas adelante le damos en este comentario.

**Ni por la posesion :** En caso de duda respecto á los títulos, el que tiene la posesion deberá ser preferido al otro (art. 2791 y sus concordantes). Si uno presenta títulos posteriores á la posesion del otro, la posesion prevalecerá al título (art. 2789).

Si los dos presentan un título comun ó coinciden los títulos de ambos sobre una línea divisoria, ésta será la que debe designarse por tal, prescindiendo de la posesion; el que ha poseído de mas estará obligado á la restitucion, sin poder alegar la prescripcion ordinaria (art. 2751).

Si uno tiene título y el otro no, y ninguno puede alegar posesion, las pretensiones del que tiene títulos prevalecerán respecto á la del otro que no puede alegar posesion ni título.

Si uno presenta título y el otro una posesion posterior al título, prevalecerán las pretensiones del que presenta el título (artículo 2790).

Las aplicaciones que acabamos de hacer para la accion de deslinde de lo que se dispone sobre la reivindicacion, tienen su razon de ser en que esa primera accion participa del carácter de la de reivindicacion (Demolombe, tom. 11, n° 272, *bis*—Fallos de la S. C., S. 2, tom. 16, p. 228).



## TÍTULO IX

### De las acciones reales

**2756**—Acciones reales son los medios de hacer declarar en juicio la existencia, plenitud y libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando hubiera lugar, de indemnización del daño causado. (Concuerda con los arts. 1253—2503—2757 y sus concordantes—2787—2795—2800—2876—2950—3227.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3850 y 3861—Aubry y Rau, § 219, nota 1.

**De los derechos reales** : Todo derecho real se reclama por medio de una acción real. Véase sobre las importancias de las acciones reales, á Maynz, § 550. Todos los derechos reales de que habla el art. 2503 pueden dar lugar á acciones reales; pero en el presente título solo se trata de las acciones reales que nacen del derecho de propiedad ó del dominio, que es lo mismo (art. 2757). Véase la definición de este derecho en el art. 2506).

**2757**—Las acciones reales que nacen del derecho de propiedad, son: la acción de reivindicación, la acción confesoria, y la acción negatoria. (Concuerda con los arts. 2758—2795—2800.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3858—Las del artículo anterior y su comentario.

**Del derecho de propiedad** : Debíó decir *que nacen del dominio*, porque aun cuando el lenguaje de nuestro Código *dominio* y *derecho de propiedad* son sinónimos, como puede verse por el párrafo penúltimo de la nota del codificador al artículo 2508, la palabra





oficial, diremos así, le llama solamente dominio, como puede verse en el artículo 2506 al definir el derecho de propiedad.

Prueba de lo que decimos acerca de uno y otro nombre es que en el artículo 2508 dice: *El dominio es exclusivo*, y después en la nota al mismo artículo agrega: *Decimos que el derecho de propiedad es exclusivo*, etc., etc. (Véase art. 2758.)

En teoría, el presente artículo puede traer algunas dificultades, no así en la práctica, por lo cual no nos ocupamos de estudiar los puntos en que lo ataca el doctor Segovia en su nota 4.

## CAPITULO I

### De la reivindicacion

**2756**—La accion de reivindicacion es una accion que nace del dominio que cada uno tiene de cosas particulares, por la cual el propietario que ha perdido la posesion, la reclama y la reivindica, contra aquel que se encuentra en posesion de ella. (Concuerda con los arts. 551—552—563—594—597—599—1051—1065—1371—1388—1487—1488—1847—1855—1866—2503—2510—2513—2603—2679—2747—2756 á 2764—2772—2774—2782—2785—2787—2796—2876—2950—3227—3121—3775—3923.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, Propiedad, n.º 281—Molitor, *Reivindicacion*, núms. 1 y 5—Inst, tit. 6, Lib. 4, §§ 1 y 2)—Maynz, § 117—Código de Chile, 889—Laurent, tom. 6, n.º 157—Notas del codificador á los arts. 495, 557, 1065 y 1145—Nuestro comentario á los arts. 1726 y 2747—Fallos del doctor Basualdo, tom. 1, p. 90—Id. de la S. C., Serie 1, tom. 4, p. 372—Serie 2, tom. 9, p. 394—Tom. 12, p. 550—Tom. 13, p. 19—Id. del doctor Molina Arrotea, tom. 4, ps. 80 y 172—Id. del doctor Beláustegui, tom. 1, ps. 233 y 235.)

La ley acuerda á todo propietario dos medios de recuperar la posesion de la cosa de que ha sido privado por un tercero. Estos medios son: las acciones *posesorias*, de que ya nos hemos ocupado en otro lugar, y la accion *reivindicatoria* de que trata el presente título.

Para el que ha perdido la posesion de una cosa, las acciones posesorias son el medio mas fácil de recuperarla, no solo porque el procedimiento es mucho mas corto, sino porque la prueba que está obligado á producir para obtener buen resultado en su gestion,



es mucho mas fácil que la que tiene que producir en el juicio petitorio.

Pero como puede no quererlo hacer, ó no poderlo, la ley le acuerda uno y otro espedientes. Veremos bajo qué condiciones y en qué casos tiene lugar la accion de reivindicacion.

**Que nace del dominio:** Luego, el que nunca ha tenido el dominio de la cosa, ó el que lo ha traspasado á otro, no tiene derecho para entablar la accion de reivindicacion. Así, aquel á quien se le ha trasmitido por contrato una cosa si no se le ha hecho tradicion de ella, si no ha tomado la posesion, ningun derecho real ha podido adquirir en la cosa (artículo 557 y sus concordantes—Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 1, p. 47); y no habiendo adquirido ese derecho real tampoco puede, en general, entablar una accion real como es la reivindicatoria (Maynz, § 118, notas 16 á 18) cuyo ejercicio está subordinado á la adquisicion del derecho (art. 2772, última parte).

Por lo mismo que la accion nace del dominio de la cosa, el demandante está en la obligacion de probar que es propietario de lo que quiere reivindicar, y que lo era tambien aquel de quien hubo su derecho, y así sucesivamente hasta llegar á presentar un título anterior á la posesion del demandado (artículo 2790).

Inútil sería, dice Laurent, tom. 6, n° 159, que el demandante invocase un título de propiedad, de cualquier naturaleza que éste sea, si al mismo tiempo no prueba que el que le trasmitió el derecho era tambien propietario, lo cual se presume en el caso del art. 2790, citado.

**Que ha perdido la posesion:** Estas palabras confirman el principio sentado anteriormente, de que para entablar la accion de reivindicacion es necesario haber adquirido la posesion de ella, salvo los casos en que el adquirente obra como representante del enajenante, como lo veremos mas adelante. Desde que la accion tiene por objeto *reclamar la posesion perdida*, es claro que para perderla es necesario haberla tenido ántes (Fallos de la S. C. de la C., tom. 3, p. 380 Com.)

De acuerdo con estos principios, la Suprema Corte de la Nacion, en el fallo citado del tomo 12, ha llegado á las siguientes conclusiones: 1° Que la accion de reivindicacion solo puede dirigirse contra el actual poseedor; 2° Que quien no ha adquirido el



dominio de una cosa no puede entablar accion de reivindicacion contra terceros á quienes el mismo vendedor hubiere hecho tradicion de la cosa; 3º Que aun suponiendo la existencia de una escritura de venta, si se ve que no obstante el contrato el vendedor no ha hecho tradicion de la cosa, el comprador no puede entablar la accion reivindicatoria aunque exhiba el contrato de compra-venta (Fallo del tom. 21, p. 99); 4º Que el que pretende reivindicar debe indispensablemente probar la identidad de lo que reclama con lo que espresa su título (Fallo del tom. 2, p. 356).

Por manera que para que el propietario pueda entablar la accion real de reivindicacion en su carácter de tal es necesario que haya adquirido la cosa por medio de un título ó por prescripcion y que dicha adquisicion sea de conformidad con las leyes coetáneas á la época de la formacion del contrato.

Cuando se dice que debe probar su título y su posesion se entiende que esta prueba debe servir para apreciar al mismo tiempo la calidad del título y posesion invocada por el poseedor ó demandado (Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 4, p. 314), pues á éste le basta probar su posesion para que se le presuma dueño (art. 2789), sin necesidad de justificar la bondad del título en virtud del cual posee. Es precisamente á desvirtuar esa presuncion de propiedad que nace de la posesion á lo que el demandado debe especialmente concretar su prueba (art. 2790—Fallos de la S. C. de la Capital, tom. 3, p. 68—Tom. 4, p. 292). De lo contrario, deberá necesariamente sucumbir en la demanda.

Debe, á mas, justificar que ha sido despojado de su propiedad por el demandado (Fallos de la Cámara de la Capital, tom. 2, p. 129), pues no basta para entablar la accion de reivindicacion una simple turbacion momentánea que no tenga por objeto apoderarse á título de dueño de la cosa. En tal caso, el propietario solo tiene una accion personal por los daños y perjuicios causados por la perturbacion (art. 2497). Esto es aplicable no solo respecto á la accion de reivindicacion sino tambien á la accion negatoria con la cual guarda mucha analogia (art. 2806).

Respecto á la obligacion, por parte del demandante, de probar la propiedad de la cosa que quiere reivindicar, es necesario tener presente que con solo presentar prueba de propiedad anterior á la posesion del demandado justifica este extremo legal de la





demanda (art. 2790). Cuando decimos que el título del demandante debe ser anterior á la posesion del demandado, no es decir que el título anterior debe ser la escritura de adquisicion del primero ; basta que lo sea el título de alguno de los antecesores ó vendedores anteriores. Por manera, que si su adquisicion es posterior á la posesion del demandado producirá efecto sí, correlacionando su título con los de los anteriores dueños de la cosa materia de la accion, puede llegar hasta la adquisicion que se remonte á una época anterior á la posesion, pues que siendo el que presenta el último título sucesor de los anteriores vendedores, su derecho se remonta hasta el origen mas remoto.

Justificando esto, no necesita, como dice Maynz, § 118, que justifique tambien que al momento de la demanda es aun propietario de lo que quiere reivindicar ; la prueba de que ha dejado de ser propietario corresponderia al que alegase tal circunstancia. Es un principio aceptado por todos los jurisconsultos el de que, probado el origen de la adquisicion de un derecho, se presume su existencia mientras el demandado no pruebe lo contrario, puesto que el dominio es perpetuo (art. 2510).

**De cosas particulares :** Estas pueden ser muebles ó inmuebles, fungibles ó no fungibles, siempre que se pueda constatar su identidad (arts. 2759 á 2764).

**Que ha perdido la posesion :** Esta condicion, como dice el codificador en la nota al artículo que estudiamos, no es indispensable, pues que el mismo propietario á quien no se le entrega la cosa puede reivindicarla no obstante no ser considerado por la ley como verdadero poseedor de ella.

Lo mismo sucede respecto al depositario que se niega á entregar la cosa depositada ; el depositante puede en este caso, ó entablar la accion que nace del depósito ó entablar la accion reivindicatoria, segun le sea mas fácil probar el depósito ó la propiedad de la cosa.

En este sentido, Molitor, dice : “ Ulpiano, despues de criticar á Pegatus, que parece querer someter á la reivindicacion unicamente al que posee *ad interdicta*, establece la regla de que todos aquellos que detienen la cosa y que están obligados á restituirla están sometidos á la accion, *puto autem ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse*. En consecuencia, no solamente el poseedor puede ser perseguido por la accion rei-

vindicatoria, sino tambien el detentador, quien está sometido á la accion intentada, no solo cuando es propietario aquel por quien detienen, sino cuando este propietario es un tercero. Si el propietario que intenta la accion es aquel á cuyo nombre se posee, es evidente que la accion reivindicatoria es intentada aquí por el propietario que posee contra el detentador que tiene á su nombre."

Véase, no obstante, lo dicho en nuestro comentario al artículo 2458.

Mas adelante, en el mismo n° 5, Molitor continúa diciendo: " Cuando se compara la Ley 6, § 1, Dig., XLIII, 17, con la Ley 12, § 1, Dig. XLI, 2, se ve que si en regla general aquel que pose la cosa no puede intentar la reivindicacion, puede, sin embargo, cuando su posesion es contestada. Pues, como el propietario tiene el derecho de poseer, resulta que el que contesta la posesion contesta la propiedad, y tal es el motivo que el propietario en casos semejantes tiene dos acciones, la accion reivindicatoria y el *interdictum uti possidetis*."

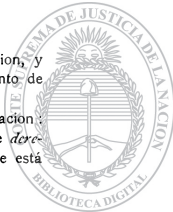
2º En algunos casos poco importa que la pérdida de la posesion haya sido voluntaria, para entablar la accion. Así, por ejemplo, el vendedor que ha hecho tradicion de un inmueble al comprador que ha prometido pagar al contado la cosa comprada, puede reivindicarla cuando no se le ha pagado. En este caso, puede reivindicarla segun el art. 3923, no solo de su comprador, sino de terceros adquirentes de buena fe.

**Contra el que se encuentra en posesion de ella :** Véase sobre esto, los arts. 2779, 2782 á 2785.

3º Aunque saliéndonos de los límites que nos hemos trasado para el comentario de cada artículo, vamos á transcribir aquí la reglamentacion detallada que el importante proyecto de Código Civil para el Brasil, del doctor Freytas, uno de los mas notables Códigos modernos, trae sobre la accion reivindicatoria. Los principios establecidos en dicho Código están de acuerdo con los aceptados por el nuestro, del cual ha sido copiado el presente titulo haciendo supresiones que es importante tenerlos á la vista para mejor inteligencia de la materia.

El método adoptado por Freytas, y lo detallado de la reglamentacion sobre un punto tan importante como este, lo pone á la cabeza de todos los Códigos actuales; es una especie de





resúmen de lo mas adelantado en materia de reivindicacion, y es por esto que lo traducimos del portugues como conjunto de doctrina adoptable entre nosotros.

1º Personas que pueden entablar la accion de reivindicacion :

Artículo 3867—Compete la reivindicacion á quien tuviere *derecho de poseer* alguna cosa que está en *posesion* de otro que está obligado á restituirla.

Artículo 3868—Se comprenden en el artículo anterior :

1º El dueño de la cosa, perfecto ó imperfecto.

2º El condómino, pero solo por la parte que le corresponde en la cosa ;

3º El enfitéuta ;

4º El usufructuario ;

5º El usuario, ó el titular de un derecho real de habitacion ;

6º El acreedor anticresista ;

7º El acreedor pignoraticio ;

8º El heredero, legatario, ó cesionario por la reivindicacion que á esos títulos correspondia.

Artículo 3870—No compete la reivindicacion :

1º Á quien no tuviere derecho de poseer la cosa demandada ;

2º Á quien estuviera en *posesion* de la cosa demandada.

Art. 3871—Júzgase que no tiene derecho de poseer la cosa demandada :

1º Quien al principio no tiene derecho de poseerla, aunque lo tenga al tiempo de la sentencia (art. 2774 argentino) ;

2º Quien no tuviera derecho de poseer al tiempo de la sentencia, aunque tuviera al tiempo de la demanda (artículo 2774, argentino) ;

3º Quien solo tuviera derecho á la *posesion de ella* (1).

4º Quien trasmitió la cosa por acto anulable, mientras tal acto no sea anulado (nuestro comentario al art. 2774).

Artículo 3872—Están en el caso del inciso primero de este artículo el mandante ó cualquier representado respecto de los bienes adquiridos por sus representantes en su nombre propio y por su cuenta, aunque éstos los adquieran con dinero que les fué confiado para tal fin.

(1) Se refiere aqui Freytas al caso en que á un adquirento no se le hubiere hecho tradicion de la cosa, lo cual confirma la doctrina que hemos sostenido al principio de este comentario.



En el caso legislado aquí por Freytas, nuestro Código permite al mandante exigir una subrogacion judicial en los derechos y acciones de mandatario, y solo despues de esta subrogacion podrá entablar la accion reivindicatoria que competia á su mandatario.

Las disposiciones que siguen al artículo 3872 que acabamos de trasmitir hasta el 3915 están comprendidas en nuestro Código en los artículos que siguen al que estudiamos.

Respecto al modo y medios de alegar y probar la accion, Freytas trae las siguientes disposiciones:

Art. 3916—El actor debe probar:

1º Su derecho á poseer la cosa que quiere reivindicar.

2º Que la cosa que demanda está en poder del demandado.

Art. 3917—Si su derecho á poseer fuere verdadero, debe probar el modo y título por qué lo adquirió; y si lo adquirió derivadamente, deberá tambien probar el modo y título de sus antecesores hasta legitimar la prescripcion ó hasta el origen.

Art. 3918—Si su derecho á poseer fuere putativo, debe probar solamente que adquirió con justo título la posesion de la cosa reivindicada, ó que así la adquirió su antecesor ó el primero de sus antecesores.

Art. 3919—Siendo mueble la cosa reivindicada, debe el actor designarla por los signos que la distinguen de sus semejantes de la misma especie y calidad. Siendo inmueble debe designarla por su situacion y por sus límites.

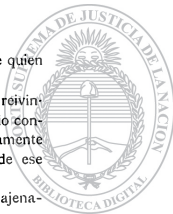
Art. 3922—Al actor le basta probar la adquisicion del derecho real que reivindica, pero no le incumbe probar su conservacion. Adquirido el derecho, su continuacion se presume miéntras no se pruebe lo contrario.

Art. 3923—Tambien le basta al actor haber adquirido la posesion de la cosa reivindicada con *justo título*, como se exige para la prescripcion; pero no le incumbe probar la *bucna fe* de su posesion respecto al derecho de quien se la trasmitió.

Art. 3924—Al actor no le basta probar que el demandado no tiene derecho á poseer.

Art. 3925—No incumbe al actor probar incidentalmente la causa de la obligacion por qué el demandado está obligado á devolverle la cosa que reivindica, salvo:

1º Si cumulativamente lo demandase por la accion personal de esa obligacion;



2º Si conjuntamente lo demandase con el enajenante de quien hubo la cosa reivindicada.

Art. 3928—Si el demandado tiene la posesion de la cosa reivindicada por un título nulo, anulado ó anulable y con este título contestase la reivindicacion y el autor demandase cumulativamente por accion de nulidad, incumbe á éste probar la nulidad de ese título á ménos que fuese *manifiesto*.

Están en este caso el marido que reivindica los bienes enajenados por la mujer ó la mujer que reivindica inmuebles de ella enajenados por el marido sin el consentimiento de ella.

Art. 3429—Si estuviese resuelto el derecho resoluble ó fiduciario que el demandado tenía en la cosa objeto de la reivindicacion y que con tal derecho contestase á la demanda, al demandar el autor cumulativamente por la accion personal le corresponde probar el cumplimiento de la cláusula ó condicion resolutoria ó el vencimiento del plazo resolutorio.

Se encuentran en este caso los vendedores con pacto de retroventa ó con pacto de mejor comprador que reivindicaren los bienes vendidos, ó los donantes bajo condicion resolutoria que reivindicaran los bienes donados.

Art. 3930—Si el demandado tuviese la posesion de la cosa demandada de un enajenante obligado á restituirla y el demandado alegase ese título para contestar la reivindicacion, el demandante debe probar:

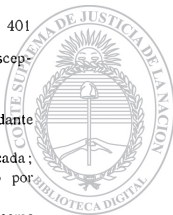
1º La obligacion de restituirla la cosa demandada y que estaba enajenada al demandado, si tal obligacion no hubiese sido juzgada ya por accion entablada contra ese enajenante.

2º Que el reo hubo la posesion de la cosa demandada por *título gratuito*, ó que lo hubo de *mala fe*, aunque por *título oneroso*, ó que hubo el inmueble aunque de *buna fe* de un enajenante de *mala fe*.

Art. 3931—Incumbe al actor alegar inicialmente y probar los mismos hechos del artículo anterior cuando demandara al actual poseedor de la cosa reivindicada conjuntamente con el enajenante de quien éste hubo la posesion.

Respecto á los medios que el demandado tiene para repeler la accion del demandante, el mismo Código brasileiro trae las disposiciones siguientes, que son aplicables á nuestro derecho:

Art. 3934— Á la reivindicacion fundada en derecho de poseer



*verdadero*, el demandado puede oponer las siguientes excepciones:

- 1º Que el título del actor es nulo, anulable ó anulado;
- 2º Que el derecho á poseer la cosa por parte del demandante está estinguido;
- 3º Que el demandado es condómino en la cosa reivindicada;
- 4º Que tiene derecho á poseer como poseedor imperfecto por título emanado del demandante;

5º Que tiene derecho á estar en posesion de la cosa como simple tenedor, por título emanado del mismo demandante;

6º Que tiene derecho á retener la cosa por espensas ó gastos á cuyo pago está obligado el demandante;

Art. 3935—Á la demanda fundada en el derecho de poseedor *putativo*, el demandado puede oponer las siguientes excepciones:

- 1º Las mismas del artículo anterior;
- 2º Que es legítimo poseedor de la cosa reivindicada;
- 3º Que su título es mejor ó tan bueno como el del demandante;

4º Que el autor ha adquirido de mala fe la posesion de la cosa demandada.

El demandado puede alegar tambien:

- 1º La prescripcion;
- 2º Que el demandante se la enajenó al reo ó á un tercero;
- 3º Que el demandante es responsable por la eviccion de ella.

Art. 3940—No aprovecha al reo la escepcion de pertenecer á otro la cosa reivindicada si la recibió del propio actor para poseerla á su nombre como simple tenedor ó como poseedor imperfecto. (Véase art. 2215 del Código Argentino.)

Art. 3942—Procede la aceptacion de responsabilidad por la eviccion de la cosa demandada cuando el demandado probase lo siguiente:

1º Que el demandante es el mismo de quien el demandado hubo por título oneroso la cosa reivindicada, ó que representa como heredero al enajenante de quien la hubo por título oneroso, ó que representa á ese enajenante como sucesor en el derecho de reivindicar.

Art. 3944—No es aplicable la disposicion del art. 3942:



1º Cuando el actor heredero del enajenante ó del fiador de la evicción aceptasen la herencia con beneficio de inventario;

2º Cuando no fuese heredero único del enajenante ó del fiador de evicción, á no ser en la parte proporcional que le correspondiera en la sucesión.

Todas estas disposiciones son, como hemos dicho ántes, aplicables por nuestro derecho, é importa mucho tenerlas presente siempre que se trate del juicio reivindicatorio.

**2759**—Las cosas particulares de que se tiene dominio, sean muebles ó raíces pueden ser objeto de la acción de reivindicación; y lo mismo las cosas que por su carácter representativo se consideran como muebles ó inmuebles. (Concuerda con los arts. 2311—2313—2347—2758—2764—3450.)

#### CONCORDANCIAS

(L. 1, Dig., de *Reivind.*)—Freytas, 3904—Maynz, § 118, letra a—Código de Chile, 890.

**Que se tiene el dominio:** Esto es lo que debe probar, como hemos dicho en el comentario al artículo anterior, el demandante; y esta prueba debe hacerse, so pena de sucumbir en la demanda, en una forma ó por un título suficiente para adquirir el dominio (Molitor, Reivindicación, nº 4), tanto respecto de su forma, como respecto á la capacidad de las personas que han intervenido en el acto. El demandado puede oponer á la acción del demandante, la nulidad ó falsedad del título, ó la insuficiencia si es posterior á su posesión (art. 2789 y su comentario).

Sobre las cosas que no pueden reivindicarse, véase los artículos siguientes y sus comentarios.

**2760**—Son reivindicables los títulos de créditos que no fuesen al portador, aunque se tenga cedidos ó endosados si fuesen sin transferencia de dominio, mientras existan en poder del poseedor imperfecto ó simple detentador. (Concuerda con los arts. 1815—2762.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3913.—Nota del codificador al art. 731—Las concordancias del artículo anterior.

**Que no fuesen al portador:** Los que fuesen al portador



no pueden reivindicarse porque no puede justificarse su identidad, que es una de las cosas, como hemos dicho ántes, que el reivindicante debe probar. Pero si de algun modo se puede salvar este inconveniente, es, decir, si el demandante puede probar que el título que reclama es, el que tiene el demandado, es indudable que podrá reivindicarlo (argumento del art. 2762, nota del codificador al art. 731—Maynz, § 118, nota 3—Freytas, art. 3905, inc. 7, y 3910, inc. 3).

**Sin transferencia de dominio:** Es decir, que se ha dado par ser colocado ó depositado; en todo caso, cuando el título está endosado incumbirá al demandante probar que el endoso fué sin transferencia de dominio, ó lo que es lo mismo, que el demandado era un simple tenedor.

Podrá tambien probar que el endoso ha sido hecho por fuerza ó por error, y en tal caso, probando la nulidad del tras-paso, la obligacion por parte del demandado de entregarlo bien como consecuencia ineludible.

**Mientras exista en poder del poseedor:** Si ha pasado ya á poder de tercero habrá que distinguir entre el adquirente de mala fe y el de buena fe y aplicarle los artículos 2765 y siguientes, segun el caso. (Véase los comentarios que allí hacemos sobre la reivindicacion de las cosas muebles, y á Freytas, 3913 y sus referencias.)

**2761**—Son tambien reivindicables las partes ideales de los muebles ó inmuebles, por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores. (Concuérda con los arts 2489—2676—2679—3450.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 8, *De reivindic.*—Maynz, 204, n° 1—Molitor, n° 3)—Freytas, 3914—Código de Chile, 892.

**Por cada uno de los condóminos contra cada uno de los coposeedores:** El condómino que se ve escluido de su parte en la cosa, es decir, que se ve impedido por los otros comuneros á ejercer los derechos que la ley le acuerda, porque éstos se atribuyan la propiedad esclusiva de la cosa, tiene, ó la accion posesoria que le acuerda el artículo 2469, ó la accion de division que le acuerda el artículo 2692, ó en entablar directamente la reivindicatoria que le acuerda el que estudiamos. En





el segundo caso, como los otros comuneros le negarian el derecho á pedir la division, es decir, le negarian su carácter de comunero, la resolucíon que recaiga viene á producir los mismos efectos que la accíon de reivindicacíon, pues que en uno y otro caso la cuestíon versará sobre si el demandante tiene ó no una parte indivisa, que es lo que en ambos casos le corresponde probar. (Véase Maynz, § 118, notas 7 y 8.)

**2762**—No son reivindicables los bienes que no sean cosas, ni las cosas futuras, ni las cosas accesorias aunque lleguen á separarse de las principales, á no ser éstas reivindicadas, ni las cosas muebles cuya identidad no puede ser reconocida, como el dinero, títulos al portador, ó cosas fungibles. (Concuerda con los arts. 549 1055—1915—2311—2312—2324—2328—2400—2403—2415—2572—2583—2585—2587, última parte—2591—2763—2764.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 6. De reivindicacíon)—Freytas, 3905 y 3910—Maynz, § 118, notas 1 á 4—Molitor, Reivindicacíon, n° 13.

**Los bienes que no son cosas:** Porque no son susceptibles de posesíon (art. 2400), elemento indispensable para entablar la accíon de reivindicacíon que supone la pérdida de la posesíon por una parte y la adquisicíon por otra.

**Ni las cosas accesorias:** Á ménos de haber perdido la principal (artículo 2763; véase también artículo 2587, última parte).

Las palabras que estudiamos solo tienen aplicacíon cuando el demandado posee la cosa principal, pero de ninguna manera cuando estando el demandante en posesíon de lo principal reivindica lo accesorio.

Reivindicada la cosa principal tiene que mandarse entregar junto con ella sus accesorios; y cuando así no se haga, el demandante no tendrá mas que probar que lo que reclama es accesorio de lo que se le ha mandado entregar, sin necesidad de nuevo juicio, pues que el poseedor no puede ya invocar la presuncíon de propiedad (art. 2415, al fin).

**Cuya identidad no puede ser reconocida:** Salvo cuando puede serlo, por estar, por ejemplo, en saco ó caja cerrado. (Véase art. 1915.)

**2763**—Si la cosa ha perecido en parte, ó si solo quedan accesorios de ella, se puede reivindicar la parte que subsista ó los accesorios; de-

terminando de un modo cierto lo que se quiere reivindicar. (Concuerda con los arts. 2403—2415—2759—2762.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 49, Dig.—De reivindic.—Pothier, de reivindicacion, n° 13)—Molitor, Reivindicacion, n° 13.

**O los accesorios** : Como en el caso del artículo 2587; véase su comentario.

**2761**—Una universalidad de bienes, tales como una sucesion cuestionada, no puede ser objeto de la accion de reivindicacion; pero puede serlo una universalidad de cosas. (Concuerda con los arts. 2312—2404—2406—2759—2762—3307—3421 á 3423.)

## CONCORDANCIAS

(Ley 1, § 3, Dig.—De reivindicacion—Pothier, de la propiedad, n° 283)—Código de Chile, 891—Freytas, 3906—Maynz, § 118, notas 4 y 5—Molitor, Reivindicacion, n° 13—Vistas Fiscales del doctor Cortés, tom. 1, ps. 346 y siguientes.

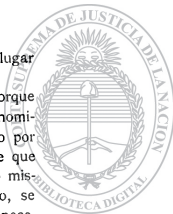
**No puede ser objeto de una reivindicacion** : El heredero puede reclamar su título de heredero por medio de una accion de petition de herencia, y despues de ser reconocido como tal entablar accion de reivindicacion de los objetos particulares de que se compone dicha herencia y que sean poseidos por terceros ó por herederos indignos (art. 3307).

Cuando los bienes son poseidos por los coherederos que no desconocen al demandante el título á la herencia, pero que pretenden ser únicos dueños de objetos determinados que pertenecen á la sucesion, podrá entablar contra ellos una accion de reivindicacion invocando el demandante su calidad de condómino (artículo 2761).

**Pero puede serlo una universalidad de cosas** : Tales, por ejemplo, como una biblioteca, un rebaño, etc., etc., que son siempre reivindicables (Molitor, n° 13). Á esto se llama universalidad de hecho, y á la herencia, universalidad de derecho (nota del codificador al art. 2312).

Es necesario no confundir la universalidad de cosas de que habla el artículo 3404, y de que habla el que estudiamos, con la masa de bienes de que habla el artículo 3406. Sobre esto,





véase nuestro comentario al artículo 2404, y á Molitor, lugar citado.

En el primer caso, la reivindicacion puede tener lugar porque esa universalidad de cosas comprendidas bajo una misma denominacion, forma una sola, como el ejemplo del rebaño puesto por Molitor y el codificador; son cosas de una misma especie que forman parte integrante, diremos así, de ese todo; y por lo mismo, el que prueba su derecho á él, al rebaño, por ejemplo, se supone dueño de todos los animales que lo componen, sin necesidad de probar especial y separadamente la propiedad de cada uno de ellos, pues se supone, porque así es racional, que todos los animales que aparecen entran en esa denominacion.

En el segundo caso, por el contrario, hay cosas de distintas especies y bienes que no son cosas (arts. 2312 y 2762) que pueden ó no pertenecer á la universalidad de bienes que como heredero reclama; tiene entónces el demandante que justificar la propiedad respecto á cada una de las cosas que reclama, pues que esas cosas no tienen un signo ó señal determinado que desde luego las haga parecer como parte de lo que se reclama; no hay motivo alguno para suponer que esas distintas cosas que se dice pertenecen á la herencia lo sean tal, como sucede en el primer caso.

**2765**—El que ha perdido, ó á quien se ha robado una cosa mueble, puede reivindicarla, aunque se halle en un tercer poseedor de buena fe. (Véase arts. 597—1019—1091—1093—2412—2537—2768—2775 y nota del codificador al art. 738—3890.)

#### CONCORDANCIAS

(Código Frances, 2279—Italiano, 2146—Aubry y Rau, § 183, n° 1)—Laurent, tom. 32, núms. 552 y 594.

**Aunque se halle en un tercer poseedor** : Aunque se halle *en poder*, debe decir :

La buena fe del adquirente de una cosa robada, solo puede servirle para recuperar el precio pagado cuando lo ha adquirido en las circunstancias del art. 2768.

**2766**—La calidad de cosa robada solo es aplicable á la sustraccion fraudulenta de la cosa ajena, y no á un abuso de confianza, violacion de un depósito, ni á ningun acto de engaño ó estafa que hubiese he-

cho salir la cosa del poder del propietario. (Concuerda con los arts. 597—1091.)

## CONCORDANCIAS

(Troplong, *Prescript.*, tom. 2, n° 1070—Merlin, *Repet. verb. Reivindic.*, § 1, n° 6—Duranton, tom. 15, n° 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)—Aubry y Rau, § 183, notas 8 y 9 y las citas de éste—Baudry-Lacantinerie, tom. 3, sobre el art. 2280—Laurent, tom. 32, n° 594.

**A la sustraccion fraudulenta** : Es decir, á la sustraccion clandestina de la cosa.

En los casos de engaño, estafa, etc., etc., no es, por supuesto, reivindicable la cosa del poder del poseedor de buena fe; y si cuando el poseedor es de mala fe.

**2767**—La accion de reivindicacion no es admisible contra el poseedor de buena fe de una cosa mueble, que hubiere pagado el valor á la persona á la cual el demandante la habia confiado para servirse de ella, para guardarla ó para cualquier otro objeto. (Concuerda con los arts. 592—597—1018—2212—2412—2510—2778—2780—3213.)

## CONCORDANCIAS

(Código de Austria, 367)—Nuestro comentario al art. 2412—Freytas, 3877, inc. 3, y 3880—Lehr, Derecho Germánico, n° 83.

**Contra el poseedor de buena fe** : Se supone que es de buena fe mientras no se pruebe lo contrario (art. 2362). Tratándose de cosas que tienen una señal determinada y un modo especial de transmitirse, se supone que hay mala fe cuando el adquirente no ha llenado esos requisitos. Así, el que compra hacienda sin que el vendedor le presente los certificados de marcas y demas requisitos necesarios para probar que son suyos, ó sin contramarca, será considerado como poseedor de mala fe.

**Que hubiere pagado el valor** : Si el traspaso ha sido gratuito, habrá lugar á la accion de reivindicacion (art. 2778).

**2768**—La persona que reivindica una cosa mueble robada ó perdida, de un tercer poseedor de buena fe, no está obligado á reembolsarle el precio que por ella hubiese pagado, con escepcion del caso en que la cosa se hubiese vendido con otras iguales, en una venta pública ó





en caso de venta de objetos semejantes. (Concuerda con los arts. 597—1091—2272—2412—2422—2533—2537—3214.)

#### CONCORDANCIAS

(Código Frances, 2280—Aubry y Rau, § 183, n° 2)—Freytas, 3881 y 3885—Laurent, tom. 32, núms. 588, 589 y 591.

El presente artículo habría sido mejor colocado en el lugar que ocupa el 3767.

**No está obligado á reembolsarle el precio :** Pero el adquirente tendrá derecho á indemnizacion contra el enajenante. (Véase los concordantes citados.)

**Con escepcion, etc., etc. :** El reivindicante que ha reembolsado el precio pagado por el comprador tiene á su vez accion contra el enajenante que robó ó que halló la cosa. La razon es que estando el ladron ó el hallador obligado á la restitution, debe, en defecto de restitution, pagar los perjuicios (Laurent, tom. 32, n° 589).

1° ¿Estará el propietario reivindicante obligado á la restitution cuando el adquirente ha sido de mala fe? Indudablemente que no, pues es un principio de derecho que el que por su propia falta sufre un perjuicio no puede demandar su reparacion (Laurent, tom. 32, n° 592). Nuestro artículo solo habla de reembolsar al *poseedor de buena fe*. (Véase sus concordantes.)

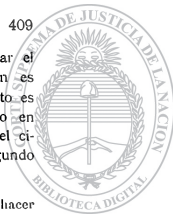
**2769**—El que hubiese adquirido una cosa robada ó perdida, fuera del caso de escepcion del artículo anterior, no puede, por vender la cosa en una venta pública, ó en casas donde se venden cosas semejantes, mejorar su posesion, ni empeorar la del propietario autorizado á reivindicarla. (Concuerda con los arts. 597—1091—2354—2412—2431—2785.)

#### CONCORDANCIAS

(Marcadé, sobre los arts. 2279 y 2280—Troplong, Prescripcion, tom. 2, n° 1072)—Laurent, tom. 32, n° 585.

**Mejorar su posesion :** Si de mala fe la vendió para dificultar la reivindicacion responderá de su valor cuando no se pueda ir contra el adquirente (art. 2785). Véase nota del codificador á dicho artículo. Si es de buena fe, responderia por el valor que hubiese recibido por la cosa.

Pero cuando la cosa ha sido comprada de buena fe en las con-



diciones del art. 2678, al reivindicarla tendrá que reembolsar el precio al que se encuentra en posesion de ella. La razon es que teniendo el primer adquirente, que en el caso propuesto es segundo vendedor, derecho á que se le reembolse el precio en caso de haberse comprado la cosa en las condiciones del citado art. 2768, él ha trasmitido el mismo derecho al segundo adquirente.

**2770**--Los anuncios de hurtos ó de pérdidas, no bastan para hacer presumir de mala fe al poseedor de cosas hurtadas ó perdidas que las adquirió despues de tales anuncios, si no se probase que tenia de ello conocimiento cuando adquirió las cosas. (Concuerda con los arts. 2362—2539—2771—4008.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3884.

**Si no probase** : Le serán admitidos todos los medios de prueba tendentes á probar lo hecho, incluso la presuncion.

**2771**—Será considerado poseedor de mala fe el que compró la cosa hurtada ó perdida á persona sospechosa que no acostumbraba vender cosas semejantes, ó que no tenia capacidad ó medios para adquirirla. (Véase 2770 y sus concordantes.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3886.

**Será considerado como poseedor de mala fe** : No solo para el efecto de reivindicar de él la cosa sin reembolso alguno, sino respecto al deterioro de ella.

Por lo demas, su posesion de mala fe perjudica no solo en el caso de cosas perdidas ó robadas sino aun respecto á las que no lo son.

**2772**—La accion de reivindicacion puede ser ejercida, contra el poseedor de la cosa, por todos los que tengan sobre ésta un derecho real perfecto ó imperfecto. (Véase 2756 á 2758.)

## CONCORDANCIAS

(Maynz, § 205)— Véase las concordancias y comentarios de los articulos 2756 y 2768.



**Por todos los que tengan sobre ésta un derecho real:** En los concordantes del art. 2758 hemos procurado poner la mayor parte de los casos en que puede tener lugar la acción de reivindicación. (Véase comentario á dicho artículo.)

**2773**—La acción de reivindicación no se da contra el heredero del poseedor, sino cuando el heredero es poseedor él mismo de la cosa sobre que versa la acción, y no está obligado por la parte de que sea heredero del difunto poseedor, sino en cuanto á la parte que tenga en la posesión. (Concuerda con los arts. 2758—2787—3416.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, n° 302—Véase Molitor, núms. 7, 8 y 21)—Código de Chile, 899.

**Sino en cuanto á la parte que tenga en la posesión:** Por manera que los herederos tienen que intentar tantas acciones cuantos sean los herederos que separadamente tengan la posesión de la cosa objeto de la acción (Molitor, n° 7). Respecto á la indemnización por daños y perjuicios demandada por una acción accesoría, deberá dirigirse contra el heredero en proporción á su parte hereditaria (art. 2787 y nota del codificador al mismo).

El heredero vencido en la propiedad de la cosa por la acción reivindicatoria tendrá á su vez acción contra sus coherederos en razón de la parte que ha perdido por la reivindicación (arts. 2140 y siguientes).

Cuando la acción se entabla contra la sucesión ántes de dividirse los herederos, el demandante no tiene necesidad de dividir su acción.

**2771**—La acción no compete al que no tenga el derecho de poseer la cosa al tiempo de la demanda, aunque viniese á tenerlo al tiempo de la sentencia, ni al que no tenga al tiempo de la sentencia derecho de poseer, aunque lo hubiese tenido al comenzar la acción. (Concuerda con los arts. 2758—2789 á 2791.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3870 y 3871—Molitor, n° 4—Maynz, § 118, letra b.

**Al que no tenga el derecho de poseer:** Sea que este derecho se base en el dominio de la cosa ó en un derecho real (arts. 2756 y 2758; véase los concordantes de este último).

Freytas, en su artículo 3871, dice que se juzga que no tienen



derecho á poseer para el efecto de entablar la accion de reivindicacion, á mas de los dos casos enumerados en el artículo que estudiamos, en los siguientes: 1º Quien solo tenía un título á la posesion, pero que aun no se le hubiera hecho tradicion de la cosa; y 2º Quien transmitió la cosa ó el derecho de poseerla, por acto anulable, mientras que tal acto no se hubiese anulado.

Estos dos casos deben aplicarse tambien entre nosotros. El primero, es decir, cuando solo tiene un título que da derecho á la posesion (art. 2468), por lo mismo que no se ha hecho la tradicion no se ha adquirido el *derecho de posesion*, que solo se adquiere mediante la tradicion (arts. 577, sus concordantes, y art. 2379). Es sabido que para entablar la accion de reivindicacion es necesario tener un derecho real sobre la cosa que se reivindica (arts. 2756, 2758 y su comentario); y como ántes de la tradicion no se crea ningun derecho real (art. 577. Véase 2791 y 2792), tenemos que el que solo tiene un título que le da derecho á pedir la posesion á su enajenante, no puede entablar accion de reivindicacion. Es por esto que el artículo 2789 dice que cuando el título que presenta el reivindicante es posterior á la posesion del demandado no es suficiente para fundar la demanda, porque se supone que estando el demandado en posesion de la cosa á tiempo de la adquisicion del título del demandado, el enajenante no ha podido hacer tradicion en razon de esa posesion del demandado. Y no ha podido en razon de que el artículo 2383 exige para la validez de la tradicion, creadora de derechos reales, que la cosa esté libre de otra posesion y sin contradictor.

Esto no impide que, presentando el demandante títulos de sus enajenantes, que se remonten á una época anterior á la de la posesion del demandado, pueda reivindicar (art. 2790); en tal caso, él representa á sus cedentes y obra como representante de sus derechos. Tal es como se ha entendido siempre este caso; y es como lo explica el codificador en el párrafo final de la nota al art. 1445.

Los artículos 2789 á 2792 son el natural complemento del presente, y debe siempre tenérseles en cuenta al aplicar el que estudiamos. (Véase comentario á los arts. 2789 y 2790.)

Respecto al segundo punto, es un principio de derecho admitido por nuestras leyes que los actos anulables se consideran vá-





lidos mientras su nulidad no haya sido declarada (art. 1048).

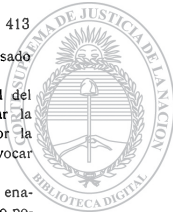
De aquí se sigue que el que ha transmitido una cosa por un acto anulable deja de ser propietario de ella, queda sin ningún derecho real, y solo la volverá a adquirir cuando se pronuncie la sentencia de nulidad (art. 2778 y su comentario); de consiguiente, hasta entonces no puede entablar acción de reivindicación, pues que por el momento no tiene derecho a poseer la cosa, ó por lo menos, es legalmente considerado como tercero extraño y sin ningún derecho en ella para que pueda en su virtud reclamarla; ese derecho está en el adquirente que obrara, como hemos dicho, contra el poseedor como representante de los derechos del enajenante. Tampoco pueden tenerlo ambos, puesto que dos personas no pueden tener un derecho igual de dominio sobre la misma cosa (art. 2508 y sus concordantes).

Antes de entablar la acción de reivindicación, tendrá, pues, el enajenante que hacer anular el título por que transmitió lo que quiere reivindicar. Un ejemplo de esto es el artículo 787. (Véase la nota del codificador á dicho artículo.)

1º En el caso propuesto, el adquirente cuyo título es anulable tiene la acción de reivindicación por la misma razón que su enajenante no la tiene. Mientras su título no sea anulado se supone válido; de consiguiente, puede entablar la acción de reivindicación, sin que el demandado pueda alegar la nulidad del título que solo puede ser alegado por aquellos á quienes la ley les da este derecho (art. 1048, y Molitor, Reivindicación, nº 5) á menos que por un motivo especial tenga este derecho.

2º Otra cosa será si la adquisición ha sido hecha por un acto *nulo absolutamente*, pues que el que es tal no produce efecto alguno aunque su nulidad no haya sido declarada (artículo 1038). El enajenante y el adquirente se encuentran en este caso en la misma posición que antes de la enajenación; el enajenante no ha dejado de ser dueño, ni el adquirente se ha hecho dueño; el derecho de poseer subsiste en el uno porque no ha pasado al otro.

Así, el demandado podrá oponer al reivindicante que ha adquirido la cosa en virtud de ese título nulo, la excepción de nulidad de ese título como medio de rechazar su acción. La razón es que la acción de nulidad puede alegarse por todos los que



tengan interes en hacerlo (art. 1047), y ninguno mas interesado que el demandado que necesita evitar la reivindicacion.

El enajenante, por lo mismo que á causa de la nulidad del titulo, no ha perdido su derecho en la cosa puede entablar la accion de reivindicacion, siempre que no se encuentre, por la causa indicada en el articulo 1047 citado, impedido de invocar la nulidad. (Véase comentario al art. 2778).

Debe tenerse presente que en los casos en que el mismo enajenante no pueda invocar la nulidad, el demandado tampoco podrá invocarla contra el adquirente, pues que si así no fuera, vendria el enajenante por un medio indirecto á hacer producir en su favor la nulidad de la enajenacion, desde que anulado el titulo, si el demandado no tiene derecho á poseer, la cosa tendria que volver á su antiguo dueño. Lo dicho en este comentario es en el supuesto de que los títulos con que reivindica sean anteriores á la posesion del demandado (art. 2789).

**2775**—La reivindicacion de cosas muebles compete contra el actual poseedor que la hubo por delito contra el reivindicante. (Concuerda con los arts. 1091—2414—2488—2765—2785.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3876—Nota del codificador al art. 2758.

**Que la hubo por delito contra el reivindicante :** El que tiene una posesion cuyo origen es un delito contra el dueño de ella, no puede invocar la presuncion de propiedad establecida en favor del poseedor de cosas inmuebles (art. 2414 y su comentario); tal es la razon del artículo que estudiamos; respecto al derecho que pueda tener el dueño de la cosa contra los terceros adquirentes de buena fe regirá lo establecido en el artículo 2767.

**2776**—Si la cosa fuere inmueble compete la accion contra el actual poseedor que la hubo por despojo contra el reivindicante. (Concuerda con los arts. 2364—2365—2382—2422—2510—Véase arts. 2777.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3877—Véase comentario á los dos artículos siguientes.

Como el principio contenido en este artículo está comprendido



en el 2758, parece que la mente del codificador como la de Freytas, de donde ha sido tomado, es únicamente complementar lo dispuesto en el art. 2493, significando la clase de accion que el despojado debe entablar contra el despojante cuando ha perdido, por el trascurso del tiempo indicado en dicho artículo, la accion de despojo acordada por el art. 2492.

**2777**—Compete tambien contra el actual poseedor de buena fe que por titulo oneroso la hubiere obtenido de un enajenante de mala fe, ó de un sucesor obligado á restituirla al reivindicante, como el comodatario. (Concuerda con los arts. 599—788—2130—2212—2272—2355—2412—2449—2491—2510—2603—2760—2767—2769—2778—3430—3923.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3877—Nota del codificador al art. 787—Laurent, tom. 32, n° 544, p. 561—Pothier, Posesion, núms. 61 y 62—Leligois, ps. 146 y siguientes—Molitor, Posesion, n° 103—Bourcart, p. 221—Lehr, Derecho Germánico, n° 83—Nuestro comentario á los arts. 2353, 2448, 2449, 2491 y 2778.

**Por título oneroso :** El mismo resultado da cuando la adquisicion es á título gratuito. (Véase art. siguiente.)

**La hubiere obtenido de un enajenante de mala fe :** Si ha sido adquirida de buena fe y de un enajenante de buena fe tambien ¿habrá lugar á la reivindicacion ?

El artículo siguiente resuelve la hipótesis en que el enajenante y adquirente son de buena fe, diciendo que habrá reivindicacion si la trasmision ha sido por título gratuito.

Esta proposicion del artículo 2778, y las palabras que estudiamos parecen autorizar un argumento *á contrario*, para sostener que en principio general no hay lugar á la reivindicacion cuando el enajenante y el adquirente son de buena fe y la cosa se ha trasmitido por título oneroso.

Esto dió márgen tambien para que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Capital de la República, designase como tema para una disertacion á los que quisieran optar el título de profesor de la Facultad en materia civil, la proposicion siguiente : “Si tratándose de fincas procede la accion reivindicatoria contra el actual poseedor que hubo la cosa por título oneroso y de buena fe, de quien á su vez la poseía tambien de buena fe”.

Formulada la proposicion de esa manera y como para servir la resolucion de principio general, es indudable que la accion



procede. La confirmacion de esto está en el artículo 2510, del cual son aplicacion los artículos 599, 787, nota del codificador al mismo, 2603 y otros casos que pueden verse en los concordantes citados.

Todo el que adquiere un inmueble que no es propio del que lo enajena está sujeto á la accion de reivindicacion. Este es el alcance de ese principio general, y en su aplicacion no hay que hacer distincion entre la buena ó mala fe de una ó de ambas partes.

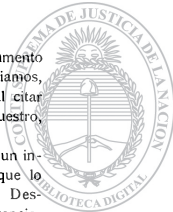
Pero hay otros casos en que una persona es verdaderamente dueña de la cosa que enajena, pero que por una circunstancia dada resulta que su título viene á quedar sin efecto; en tal caso el que se la transmitió puede recuperarla; pero si ya ha salido de su poder, hay que entrar á averiguar si ese segundo adquirente es de buena ó de mala fe. Es aquí donde creemos que está la verdadera aplicacion del artículo que estudiamos combinado con el 2778.

En estos casos la proposicion de la Facultad tiene una solucion contraria á cuando se trata de aplicarla al primer principio, es decir, á cuando el tradente, sea este segundo ó tercero, no es dueño de la cosa.

Por manera que el principio formulado por un argumento *á contrario* de las disposiciones que venimos estudiando, tiene completa aplicacion á nuestro segundo principio.

Así, por ejemplo: Pedro transmite á Diego un inmueble que no es del primero; Diego, adquirente de buena fe, lo vende á Juan, que lo compra tambien de buena fe. Se presenta el verdadero dueño á reivindicar el inmueble de poder de Juan. En este caso, que entra en el primer principio formulado por nosotros, Juan no puede impedir la reivindicacion fundándose en que adquirió de buena fe y por título oneroso y de un enajenante de buena fe tambien.

Vienen ahora los casos de la segunda proposicion. Primer ejemplo: Dos individuos adquieren en permuta dos inmuebles, uno de ellos es vencido por una accion de reivindicacion, en la propiedad recibida en cambio de la suya. Se dirige contra su copermutante para recuperar su cosa, y resulta que éste la ha enajenado ya por título oneroso á un tercero de buena fe. En este caso la accion de reivindicacion no tiene lugar porque el



adquirente es de buena fe, y es el caso de aplicar el argumento sacado de la comparacion de los dos artículos que estudiamos, lo cual está confirmado por el art. 2130 y por Freytas al citar en el inciso 3 de su art. 3878, de donde fué tomado el nuestro, el art. 3550.

Segundo ejemplo: El poseedor de una herencia enajena un inmueble de la sucesion creyéndose heredero, á un tercero que lo compra de buena fe creyendo que el poseedor es heredero. Despues vienen los herederos verdaderos y le quitan la herencia. En este caso, esos herederos no pueden reivindicar del adquirente de buena fe el inmueble de la sucesion, en vista de estos artículos y del 3430.

Tercer ejemplo: Un donatario enajena la cosa donada. La donacion se anula por no haberse cumplido las cargas impuestas por el donante. Si esas cargas no estaban espresadas en las escrituras de donacion ó el adquirente no las conocia, el donatario no podrá ir contra el adquirente de buena fe por la devolucion de la cosa (art. 1855).

Se le supone de buena fe cuando las cargas no estaban espresadas en la escritura de donacion, único titulo que el adquirente ha debido revisar para ver si el que le trasmitia tenía ó no derecho.

Podria tener aplicacion tambien la hipótesis prevista por los artículos citados, cuando el heredero ha vendido bienes de la sucesion, y hace anular despues la aceptacion de la herencia por haber sido esa aceptacion el resultado del dolo (art. 3336) de la violencia (art. 3337), ó de la ignorancia de un testamento que gravase en mas de la mitad la herencia aceptada (art. 3338). Aunque en esos casos la nulidad de la aceptacion deja las cosas como si la herencia no hubiese sido aceptada, como decimos en el comentario al art. 3339, no creemos que si el heredero ha enajenado algun inmueble de la sucesion, los acreedores ó legatarios puedan reivindicarlas de terceros adquirentes por titulo oneroso y de buena fe. Sería este otro caso en que podrian aplicarse los artículos que estudiamos.

Muchos otros ejemplos de esta naturaleza podriamos citar para corroborar la interpretacion que damos á la cuestion propuesta; pero no lo hacemos por creerlo inútil, mucho mas cuando Freytas en los artículos 3877 y 3878, que es de donde han sido

copiados los dos artículos que estudiamos, hace mención á sus artículos 3550 y 3556 y éstos se refieren especialmente al co-permutante, al donante, etc., etc.

Vamos á transmitir esos artículos de Freytas, para comparar uno y otro testo y ver si éstos corroboran lo que decimos.

El art. 3877, dice: Compete la accion de reivindicacion, cuando la cosa demandada fuera inmueble:

1º Contra el actual poseedor que la hubo por despojo, violencia ó abuso de confianza (*por esbulho*, dice el testo brasileiro) contra el reivindicante.

2º Contra el actual poseedor, aunque de buena fe la hubiese obtenido por título oneroso, siempre que la hubiese de un enajenante de mala fe, obligado á restituirla al reivindicante, ó de un sucesor de ese enajenante

Art. 3778—Compete la accion de reivindicacion, sea la cosa demandada mueble ó inmueble:

1º Contra el actual poseedor aunque de buena fe, que por acto *nulo ó anulado* hubo la cosa del reivindicante;

2º Contra el actual poseedor que de *mala fe* hubo la cosa del enajenante de mala fe obligado á restituirla al reivindicante (arts. 3671, nº 1) (1).

3º Contra el actual poseedor, *aunque de buena fe* la hubiese de un enajenante de *buena fe*, si la hubo por *título gratuito*, y ese enajenante estaba obligado á restituirla al reivindicante (arts. 3450—3488, nº 3—3499—3586) (2).

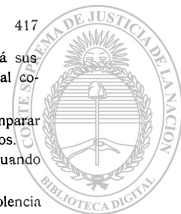
Despues, como complemento á estas disposiciones, que es de donde han sido tomados los artículos que estudiamos, viene el art. 3882 del mismo Freytas, que resuelve la hipótesis puesta como tema por la Facultad de Derecho, y dice:

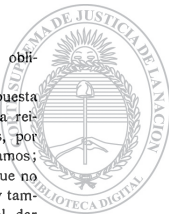
*Tampoco compete* la accion de reivindicacion, dice, aunque la cosa demandada sea mueble ó inmueble:

1º Contra el poseedor de *buena fe que hubo la cosa por título*

(1) Este artículo citado por Freytas como ejemplo del caso legislado en el inciso transcrito se refiere á la cosa obtenida, por el enajenante por despojo contra el dueño.

(2) Estos artículos citados por Freytas, hablan respectivamente del pago hecho por error, de las cosas obtenidas por violencia, de la evicción entre co-permutantes y de la reversion de las donaciones.





*oneroso*, del enajenante *de buena fe*, aunque éste tuviese la obligación de restituirla al reivindicante (art. 3488, nº 2) (1).

Esto prueba de una manera evidente que la cuestión propuesta por la Facultad de Derecho debe resolverse en contra de la reivindicación en los casos citados por nosotros y por Freytas, por ser á éstos á los que se refieren los artículos que estudiamos; y en favor de la reivindicación en todos los otros casos que no sean iguales á éstos, es decir, cuando se vende lo ajeno, y también en aquellos espresamente exceptuados por la ley al dar efecto contra terceros adquirentes de buena fe á la reivindicación del dominio, tales como el legislado en el art. 787.

En dicho art. 787 se da derecho á reivindicar lo dado en pago por un error, contra toda clase de poseedor. De consiguiente, la solución dada á la cuestión propuesta no es aplicable en dicho caso.

1º Se dirá tal vez que los artículos que estudiamos no pueden referirse á los casos propuestos como ejemplo, tales como el de la donación, el de la permuta, etc., etc., por estar ya en los arts. citados (1855, 3213, 3430, etc., etc.) legislados, y que el codificador no ha tenido necesidad de repetirlos aquí. Esta consideración queda sin valor si se tiene en cuenta que los artículos que estudiamos están en el título especial de la "Reivindicación", y no es extraño que se legislen casos ya comprendidos en otra parte, pues esos artículos del título que estudiamos son una consecuencia de disposiciones dadas en las distintas partes del Código. Este sistema seguido por el codificador se ve con frecuencia. Un ejemplo de ello es el artículo 2781 que permite rechazar la acción de reivindicación dirigida contra el acreedor prendario de buena fe, hasta ser pagado de su crédito, no obstante que ya en los artículos 592 y 597, especialmente en este último y también en el 3213, se ha resuelto de un modo espreso que el dueño de la cosa no tiene acción contra el que de buena fe ha recibido en prenda la cosa que el deudor estaba

(1) Este artículo 3488 citado como ejemplo del caso legislado habla del en que se ha recibido en pago por un error una cosa y la enajena de buena fe. En tal caso ordena el inciso del artículo 3487 que el enajenante pague el precio de lo recibido; y aunque en este punto se ha separado el doctor Velez de Freytas, como se ve por el art. 787, es aplicable á los casos con que guarda analogía, como en los anteriores.

obligado á devolver á su dueño. Esto prueba, decimos, que no tiene nada de particular que los artículos que estudiamos se refirieran á hipótesis ya comprendidas en otros títulos del Código. Como éste hay muchos otros ejemplos. (Véase 2765 y sus concordantes.)

**O de un sucesor obligado á restituirla al enajenante:**

Aunque ese sucesor sea de buena fe siempre habrá lugar á la accion de reivindicacion, en razon de lo dispuesto en el art. 2265, que solo desaparece cuando la cosa enajenada es mueble (artículo 2272).

**2778**—Sea la cosa mueble ó inmueble, la reivindicacion compete contra el actual poseedor, aunque fuere de buena fe que la hubiese tenido del reivindicante, por un acto nulo ó anulado; y contra el actual poseedor, aunque de buena fe, que la hubiese de un enajenante de buena fe, si la hubo por título gratuito y el enajenante estaba obligado á restituirla al reivindicante, como el sucesor del comodatario que hubiese creído que la cosa era propia de su autor. (Concuerda con el art. 2777 y sus concordantes.)

CONCORDANCIAS

Véase las del artículo anterior.—Véase art. 1051 y su comentario.

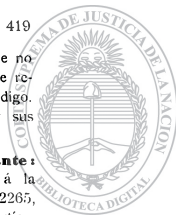
**Por un acto nulo ó anulado:** Véase artículo 1051. Pero antes de entablar la accion de reivindicacion tendrá que hacer declarar la nulidad (comentario al art. 2774).

**Si la hubo por título gratuito:** Véase comentario al art. 2777, donde está explicado el alcance de todo este artículo.

**2779**—En los casos en que segun los artículos anteriores, corresponde la accion de reivindicacion contra el nuevo poseedor, queda al arbitrio del reivindicante intentarla directamente, ó intentar una accion subsidiaria contra el enajenante ó sus herederos, por indemnizacion del daño causado por la enajenacion; y si obtiene de éstos completa indemnizacion del daño, cesa el derecho de reivindicar la cosa. (Concuerda con los arts. 1051--1098--1109--2212--2272--2273--2276--2437--2780--2784--2785.)

CONCORDANCIAS

Freytas. 3882 y 3883.—Nota del codificador á los arts. 2784 y 2785.







**Contra el enajenante y sus herederos :** Salvo los casos en que esta obligacion no pasa á los herederos (art. 1098).

**Por indemnizacion :** Esta indemnizacion consistirá en el precio de la cosa al tiempo de la reivindicacion y los daños y perjuicios que haya experimentado como consecuencia inmediata y necesaria de la enajenacion.

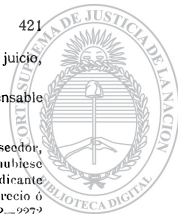
Pero si el enajenante era poseedor de buena fe, como en el caso del artículo 2212, ú otro así, solo estará obligado á pagar el precio recibido, aunque no sea posible la reivindicacion y aunque este precio sea ménos que lo que la cosa vale. (Véase dicho artículo y demas concordantes.)

Si en lugar de dinero ha recibido otra cosa, podrá pedir su entrega. (Véase artículo siguiente.)

**Completa indemnizacion :** Si ésta no le ha sido satisfecha ó se le ha satisfecho de un modo incompleto, Freytas dice que en primer caso, aunque haya optado por la indemnizacion, puede entablar la reivindicacion, y en el segundo puede exigir del adquirente la parte de indemnizacion que le falte, ó entablar la accion reivindicatoria si no le paga (Freytas, artículo 3894, 2ª parte).

Esto mismo debe aplicarse por nuestro derecho, puesto que, segun el artículo que estudiamos, cuando el dueño de la cosa ha demandado la indemnizacion, cesa el derecho de reivindicacion, á condicion de que haya obtenido *completa indemnizacion*; luego, si no la ha obtenido ó ésta es incompleta, es claro que su primera determinacion no puede perjudicarle. Podrá en tal caso desistir de la accion de indemnizacion y entablar la reivindicatoria. Pero esto es solo para el caso en que el adquirente no quiera pagar el complemento de la indemnizacion; si se ofrece á pagarla, cuando el reivindicante ha optado por el pago de la cosa ó ha recibido ya algo, no puede pedir la entrega devolviendo lo recibido, pues, como dice el art. 898 del Código de Chile, el que recibe algo del enajenador confirma la enajenacion. Sobre lo que debe entenderse por indemnizacion, véase la última parte de la nota del codificador á los arts. 2784 y 2785.

Quando se vea claramente que el enajenante no va á poder satisfacer plenamente el daño, podrá tambien desistir de la de-



manda. Si esto se ve recién después de concluido el juicio, podrá entablar el otro nuevo.

1º La obligación de pagar la indemnización, no es compensable (art. 824).

**2780**—Sea ó no posible la reivindicación contra el nuevo poseedor, si éste hubo la cosa del enajenante responsable de ella, y no hubiese aun pagado el precio, ó lo hubiese solo pagado en parte, el reivindicante tendrá acción contra el nuevo poseedor para que le pague el precio ó lo que quede á deber. (Concuerda con los arts. 1196—2152—2212—2272—2437—2767—3897.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 3897 y 3898—Freytas, 903.

#### **Para que le pague el precio ó lo que le quede á deber:**

Si la cosa ha sido dada en permuta, podrá exigir que el adquirente le entregue la cosa debida. Si ya la ha entregado, podrá exigirla del permutante que entregó la cosa objeto de la reclamación.

Lo que el adquirente reste á deber es deuda privilegiada, y este privilegio puede hacerlo valer el reivindicante, (arts. 3897, 3924 y sus concordantes. Véase comentario al art. 2781).

2º Cuando la deuda ha sido compensada, se considerará que ha sido pagada. En consecuencia, el reivindicante no tendrá derecho para hacer revivir las obligaciones al efecto de hacer pagar al adquirente el valor de la cosa y que vuelva á ser deudor del tratante. Freytas, 3897, inc. 2, así lo resuelve.

La razón es que por la compensación, las deudas han quedado completamente extinguidas, y solo puede revivir el crédito del adquirente cuando sufre la acción de reivindicación.

3º Respecto á la confusión, se estará á lo dispuesto en el artículo 867.

4º Si el crédito del enajenante contra el adquirente ha sido cedido por el primero á un cesionario de buena fe, pensamos con Freytas, artículo 3898, 2ª parte, que el reivindicante no tendrá derecho á pedir su embargo para que se le entregue á él y no al cesionario de buena fe. Regirá, por consiguiente, en todas sus partes, lo dispuesto por nuestro Código en los artículos 1459 y siguientes.

5º Como la acción de reivindicación debe entablar-se separa-



damente contra cada uno de los poseedores de partes de la cosa que se quiere reivindicar (art. 2773 y su comentario); en el caso del artículo que estudiamos sucederá lo mismo respecto á los dueños del precio de la cosa objeto de la acción.

Así, si el primer poseedor ha vendido separadamente partes de la cosa á distintos compradores, podrá ejercer los derechos acordados en el artículo que estudiamos con la misma separación.

**2781**—El acreedor que de buena fe ha recibido en prenda una cosa mueble puede repulsar, hasta el pago de su crédito, la reivindicación dirigida contra él por el propietario. (Concuerda con los arts. 592—597—2356 y sigte.—2412—3213—3214—3894.

#### CONCORDANCIAS

f (Aubry y Rau, § 183, n° 6)—Leguizamón y Machado, Institutas, n° 837.

**La reivindicación dirigida contra él**: Pero esto no tiene lugar cuando la cosa ha sido perdida ó robada, á ménos que haya sido comprada en remate público ó en casas de ventas de objetos semejantes (arts. 2765, 3413 y 3414). En este último caso podrá reivindicarla si paga el valor de la deuda porque la cosa fué dada en prenda.

**2782**—La reivindicación puede dirigirse contra el que posea á nombre de otro. Éste no está obligado á responder á la acción, si declara el nombre y la residencia de la persona á cuyo nombre la tiene. Desde que así lo haga, la acción debe dirigirse contra el verdadero poseedor de la cosa. (Concuerda con los arts. 1527—1530—2352—2464—2758—2783—2781.

#### CONCORDANCIAS

(L. 9, tit. 1, Lib. 6, Dig.—Pothier, Propiedad, n° 298)—Freytas, 3889, inc. 3, y 3903—Código de Chile, 896—Laurent, tom. 6, n° 157—Nota del codificador á los arts. 2784 y 2795.

**Si declara el nombre y la residencia de la persona, etc., etc.**: El simple tenedor está obligado á declarar que posee á nombre de otro so pena de pagar daños y perjuicios (artículo 2784).

**2783**—El demandado que niega ser el poseedor de la cosa debe ser condenado á transferirla al demandante, desde que éste probare

que se halla en poder de aquél. (Concuerda con los arts. 2782 y sus concordantes—2794.)

## CONCORDANCIAS

(Maynz, § 204, n° 3—4ª edicion, § 118, nota 29—Ley 80, tit. 1, Lib. 6, Dig.—Freytas, 3916, inc. 2—Laurent, tom. 6, n° 157.

**A transferirla al demandante :** En tal caso, dice Maynz, el reivindicante no tendrá que continuar la accion ni probar su propiedad.

Pero esto no impedirá que un poseedor que no era conocido reclame su derecho por medio de una accion posesoria. Entónces recien vendrá el juicio sobre propiedad de la cosa. Lo mismo será respecto al mismo demandado si despues de haber dicho que no es poseedor quiere probar su derecho á poseer.

**2781**—El que de mala fe se da por poseedor sin serlo, será condenado á la indemnizacion de cualquier perjuicio que de este engaño haya resultado al reivindicante. (Concuerda con los arts. 1072—1074—1077—2464—2782—2783.)

## CONCORDANCIAS

(Pothier, núms. 301 y 306)—Freytas, 3903—Las citas de los artículos anteriores—Código de Chile, 897—Maynz, § 118, nota 23.

**A la indemnizacion de cualquier perjuicio :** Tales como los gastos del juicio ú otros de esta naturaleza.

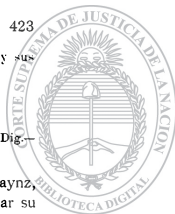
Debe tenerse presente que el fallo condenatorio contra el que se dice poseedor sin serlo no hace cosa juzgada contra el verdadero dueño de la cosa, Freytas es espreso tambien en esto (art. 3903, última parte).

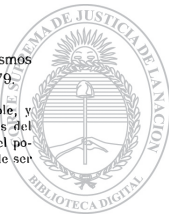
**2785**—La reivindicacion podrá intentarse contra el que por dolo ó hecho suyo ha dejado de poseer, para dificultar ó imposibilitar la reivindicacion. (Concuerda con los arts. 2273—2464—2779—2782.)

## CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior—Maynz, § 118, notas 24 á 28—Código de Chile, 898 y 900—Freytas, 3900—Véase nota del codificador á este artículo.

**Podrá intentarse :** El objeto de la accion en tal caso es para que el *fictus possessor* le pague el valor de la cosa si no prefiere





denunciar el verdadero poseedor. Tiene en este caso los mismos derechos que se le acuerdan al reivindicante por el art. 2779.

**2786**—Si la cosa sobre que versa la reivindicacion fuere mueble, y hubiese motivos para temer que se pierda ó se deteriore en manos del poseedor, el reivindicante puede pedir el secuestro de ella, ó que el poseedor le dé suficiente seguridad de restituir la cosa en caso de ser condenado. (Concuerda con los arts. 2483—2788.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 16 y sigtes., tit. 2, Part. 3°)—Código de Chile, 901.

**Puede pedir el secuestro de ella:** Si fuere inmueble podrá impedir que el poseedor la deteriore.

**2787**—Las acciones accesorias á la reivindicacion contra el poseedor de mala fe, sobre la restitution de los frutos, daños ó intereses por los deterioros que hubiese hecho en la cosa, pueden dirigirse contra los herederos por la parte que cada uno tenga en la herencia. (Concuerda con los arts. 1094—1095—1098—2756—2773—2779.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, núms. 304 y 305)—Código de Chile, 909.

**Por la parte que cada uno tenga en la herencia:** En tal caso la accion no es ya con arreglo á la parte de la cosa que tenga en posesion el heredero como en el caso de artículo 3773, sino en proporcion á la parte alicuota que le corresponde en la herencia. Nota del codificador á este artículo.

No es ya su calidad de poseedor de la cosa la que le hace responsable como en el citado artículo, sino su calidad de heredero. Por consiguiente, esta accion no pasa contra los terceros adquirentes que no han tenido parte en el deterioro, ni son responsables de los frutos consumidos de buena fe.

Siendo de mala fe esos terceros adquirentes, el reivindicante tiene contra ellos una accion separada por la indemnizacion de daños y devolucion de frutos percibidos durante su posesion de mala fe.

Téngase presente que la mala fe en la posesion del antecesor no daña al sucesor de buena fe respecto á los frutos que perciba (art. 2361 y nota del codificador al mismo).

**2788**--El que ejerce la accion de reivindicacion puede, durante el juicio, impedir que el poseedor haga deterioros en la cosa que se reivindica. (Concuenda con los arts. 2483—2786— Véase art. 2485.)

## CONCORDANCIAS

Pothier, n° 321—Código de Chile, 902—Legnizamon y Machado, nota 385.

**Impedir que el poseedor haga deterioros**: Pensamos que el reivindicante tiene respecto á esto los mismos derechos determinados en el art. 3157 y en la nota del codificador al mismo, y que se conceden al acreedor hipotecario, en todo lo que sea compatible con la posicion jurídica de ambos.

Por lo demas, el reivindicante no podrá pedir la remocion de la administracion de la cosa durante el juicio. Respecto á las cosas muebles el poder del reivindicante es mas amplio (artículo 2786).

**2789**--Si el titulo del reivindicante que probase su derecho á poseer la cosa fuese posterior á la posesion que tiene el demandado, aunque éste no presente titulo alguno, no es suficiente para fundar la demanda. (Concuenda con los arts. 577—594—2363 y su comentario—2774—2790 á 2792.)

## CONCORDANCIAS

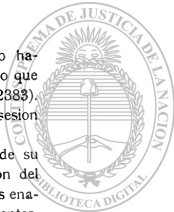
Pothier, 324--Nota del codificador al titulo de la Hipoteca, párrafo último—Laurent, tom. 6, n° 170—Aubry y Rau, § 219, testo y nota 7—Nuestro "Estudio sobre el Código Civil Argentino", p. 303—Fallos de la C. de la Capital, tom. 2, P. 449.

**No es suficiente para fundar la demanda**: Es un principio aceptado en nuestro derecho que el que posee no está obligado á producir su titulo de propiedad sino cuando debe exhibirlo como obligacion inherente á la posesion. El posee porque posee (art. 2767—Laurent, tom. 6, n° 160).

Es tambien un principio de derecho que nadie puede adquirir el derecho real de propiedad sin que se le haya hecho tradicion de la cosa (art. 577).

De aquí se sigue que un titulo no es suficiente para entablar con éxito una demanda de reivindicacion, pues siendo esta una accion real y naciendo del dominio, el que no ha adquirido ese dominio no tiene en qué fundar su demanda. (Véase, sin embargo, lo dicho en el comentario al art. 2790.) Al que presenta un





título posterior á la posesion del demandado, no ha podido hacerse tradicion de la cosa objeto de la reivindicacion, puesto que hay un contradictor que está en posesion de ella (art. 2383). Es por esto que el artículo dice que el título posterior á la posesion no es suficiente para fundar la demanda.

Pero cuando el demandante presenta con sus títulos los de su enajenante ó los de los enajenantes anteriores á la posesion del demandado, puede entónces obrar en representacion de esos enajenantes y se aplica lo dispuesto en los arts. 2790 y siguientes. (Véase comentario al art. 2774.)

1º Respecto al título que el reivindicante está obligado á producir, debe ser de naturaleza capaz de producir la trasmision de derechos reales sobre una cosa (Pothier, nº 323), con arreglo á las disposiciones especiales para la trasmision de la propiedad (art. 2355).

Cuando se dice que el reivindicante debe tener un título, quiere decir que debe haber adquirido la propiedad en virtud de uno de los actos jurídicos que transmiten la propiedad, sucesion, donacion, testamento ó contrato. No basta que alegue uno de estos títulos, es necesario tambien que pruebe su existencia, y esta prueba no puede hacerse sino de conformidad con lo dispuesto respecto á los contratos y su forma (Laurent, tom. 6, nº 161. Véase comentario al artículo siguiente).

**2790**—Si presentare títulos de propiedad anteriores á la posesion y el demandado no presentase título alguno, se presume que el autor del título era el poseedor y propietario de la heredad que se reivindica. (Concuerda con el art. 2789 y sus concordantes.)

#### CONCORDANCIAS

Véase las del artículo anterior y su comentario—Fallos del doctor Garzon, de Córdoba, tom 1, p. 93.

**Anterior á la posesion:** Véase comentario al art. 2758 y el del 2789.

**No presenta título alguno:** Hemos dicho en el comentario al artículo 2758, que la prescripcion es un medio de adquirir la propiedad aun cuando no se tenga título alguno, lo cual está confirmado por el artículo 4016, que dice: "Al que ha poseído durante treinta años, sin interrupcion alguna, no puede oponér-

sele *ni la falta*, ni la nulidad del título, ni la mala fe en la posesion."

De consiguiente, contra esa posesion de treinta años por parte del demandado, de nada absolutamente puede servir la antigüedad del título que presenta el reivindicante aun en el supuesto que se constate que es anterior á la posesion del demandado.

El demandado no tendrá en tal caso mas que probar su posesion de treinta años sin interrupcion para que sea mantenido en ella.

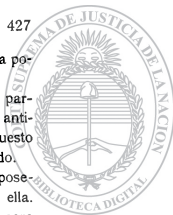
1º Un título nulo ó emanado de quien no tenía derecho para transmitir la cosa objeto de la reivindicacion equivale á la falta de título, para el objeto indicado en el artículo que estudiamos.

¿Á quién incumbe en este caso probar que el título que presenta el demandado no es verdadero? Es indudable que al demandante, pues el título acompañado de la posesion establece una presuncion en favor del que los invoca, que solo puede destruirse por una prueba contraria producida por el que pretende destruir esta presuncion.

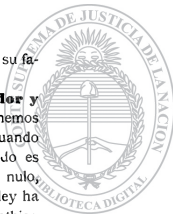
Suponiendo que se pruebe la eficacia del título ¿se atribuirá por esto solo la propiedad de la cosa al demandante? Es necesario distinguir el caso en que el reivindicante presente un título verdadero y el en que no presenta ninguno ó solo presenta uno que es argüido de falso ó nulo.

El hecho solo de que el demandante pruebe que el demandado no es propietario de la cosa que quiere reivindicarse, no puede jamás probar, como dice Laurent, que aquél sea el verdadero propietario. Bien puede el demandado no ser dueño de la cosa, pero tampoco serlo el demandante. En tal caso, éste tiene dos principios en su contra: primero que para reivindicar es necesario probar la propiedad de lo que se quiere reivindicar, y segundo que, en igualdad de circunstancias respecto á los títulos porque se posee, el que tiene la posesion es preferido. Esto, sin contar que la posesion en general nada tiene de comun con el derecho de poseer (art. 2472).

Pero supóngase que el título del demandante es un título verdadero en el sentido de que es dado por el legítimo dueño, lo cual se supone si el demandado no presenta ninguno, ó no prueba lo contrario, ó que aquél constate la ineficacia del título presentado por este; en tal caso, el demandante habria probado los dos extremos legales de su demanda, la validez de sus títulos y la nulidad







del de su contrario, y no habria sino que fallar el juicio á su favor. (Véase las palabras que siguen.)

**Se presume que el autor del título era el poseedor y propietario:** Estas palabras vienen á confirmar lo que hemos dicho en la hipótesis anterior. La posicion del demandante cuando el demandado no presenta título alguno ó cuando el presentado es anulado, y aquél presenta uno que no es argüido de falso ó nulo, es mas ventajosa que la del mismo poseedor, ventaja que la ley ha venido á crear únicamente fundada en una *presuncion* (Pothier, núms. 324 y 325), presuncion que la mayoría de los Códigos incluso el Frances no la han establecido, dejando un vacío dentro del cual discuten estensamente los juriscultos (Laurent, tomo 6, número 170).

Por lo mismo de ser una presuncion, ella puede ser destruida, como hemos dicho ántes, por una prueba contraria producida por el demandado.

Si éste prueba que el título es nulo, ó que el que lo ha otorgado no es el propietario de la cosa, su situacion cambia; y aunque no justifique su posesion ó no pruebe que el que le trasmitió la cosa era el verdadero propietario, el demandante tendrá que sucumbir en la demanda, pues que justificada la ineficacia del título del reivindicante, el poseedor queda como si no hubiese presentado título alguno al demandante.

De manera que la presuncion de propiedad, en el caso de las palabras que estudiamos, es solo para cuando el demandado no destruye la presuncion de la ley probando que el título anterior á su posesion que se le opone no es un título verdadero y capaz de transmitir la propiedad.

1º ¿Quién debe probar la fecha en que se empezó á poseer? ó lo que es lo mismo ¿el demandante está obligado á probar que su título es anterior á la posesion, y se supone que no lo es si no se prueba? ¿es el demandado quien debe probar que su posesion es anterior al título?

Es un principio de derecho aceptado por nuestra legislacion que el que posee no está obligado á producir su título á la posesion; posee porque posee. De aquí se sigue que nadie puede turbarle en su propiedad fundándose solo en que no tiene título á esa posesion. Pero esta presuncion de propiedad solo existe á condicion de que otro no presente un título verdadero; entónces

la presuncion de la ley cede á la realidad. De manera que producido por el demandante un título, el demandado tendrá que defender su posesion, atacando el título como nulo ó insuficiente para transmitir ó restablecer la presuncion probando que su posesion es anterior al título del reivindicante.

Desde que el demandado se escepciona con la antigüedad de su posesion, es natural que él sea quien pruebe esa antigüedad. (Véase comentario al art. 2363.)

**2791**—Cuando el reivindicante y el poseedor contra quien se da la accion, presentaren cada uno títulos de propiedad, dados por la misma persona, el primero que ha sido puesto en posesion de la heredad que se reivindica, se reputa ser el propietario. (Concuerda con los arts. 577—593—594—2774—2789—2790—3269—4003.)

#### CONCORDANCIAS

Pothier, n° 326—Las concordancias de los arts. 593, 594 y 3269—Laurent, tom. 6, n° 171.

**El primero que ha sido puesto en posesion** : Si ninguno de los dos ha entrado en posesion, tiene derecho á exigir la entrega el que tiene un título mas antiguo; pero no tendrá la accion reivindicatoria contra el mismo dueño, por que el adquirente sin tradicion no puede tener derecho real.

Quando uno de los dos ha sido puesto en posesion, aunque éste sea el que tiene el título ménos antiguo le corresponderá la propiedad (art. 3269).

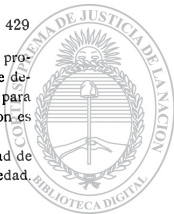
Debe tenerse presente que la tradicion hecha á uno de los que tienen título, quando el del otro es mas antiguo no le sirve de nada si ha tomado posesion de mala fe, conociendo la obligacion precedente del tradente (arts. 594 y 3269).

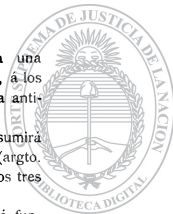
La prueba de la mala fe corresponde naturalmente al adquirente que la alega.

**2792**—Quando el demandado y el demandante presenten cada uno títulos de adquisicion que ellos hubiesen hecho de diferentes personas, sin que se pueda establecer cuál de ellos era el verdadero propietario, se presume serlo el que tiene la posesion. (Concuerda con los arts. 2363—2412—2471.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, 327)—Laurent, tom. 6, n° 171—Fallos de la S. C., Serie, 2, tom. 7, p. 347—Tom. 13, p. 54—Nuestro comentario al art. 2342, inc. 1—Aubry y Rau, 219, notas 9 y 10.





**Cual de ellos era el verdadero propietario:** Cada una de las partes podrá presentar los títulos de sus antecesores, á los cuales se aplicarán los tres artículos anteriores respecto á la antigüedad de los títulos.

**El que tiene la posesion:** Siendo esto dudoso, se presumirá ser propietario el que presentare una posesion mas antigua (argto. del art. 2471), debiendo tenerse en cuenta lo dispuesto en los tres artículos anteriores.

El principio sentado en las palabras que estudiamos está fundado en el adagio de que, *in pari causa melior est conditio possidenti*. (Véase Aubry y Rau, § 219, nota 9.)

**2793**—Cuan lo la cosa reivindicada está en manos del demandado contra quien la sentencia se hubiese pronunciado, debe éste volverla en el lugar en que ella se encuentre; pero si despues de la demanda la hubiese trasportado á otro lugar mas lejano, debe ponerla en el lugar en que estaba. (Concuerta con los arts. 764—965.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, n° 329—LL. 10 y 12, Dig., *De reivindic.*)—Maynz, § 119, nota 14—Leguizamon y Machado, Institutas, nota 336.

**Despues de la demanda:** Es decir, despues que se le ha notificado la demanda.

El reivindicante puede pedir , con arreglo al artículo 2786, que sea sacada del lugar en que está, fundándose en que por su trasporte á otra parte puede ser mas difícil la restitucion; pero el demandado tiene á su vez el derecho de llevarla siempre que garanta su entrega en la forma allí indicada.

**Debe ponerla en el lugar en que estaba:** Esto no impide que el reivindicante exiga la entrega en el lugar en que se encuentra al tiempo de la entrega, y no en el que estaba ántes, si así le conviene.

**2794**—Cuando es un inmueble el objeto de la reivindicacion, el demandado condenado á restituirlo, satisface la sentencia, dejándolo desocupado y en estado que el reivindicante pueda entrar en su posesion. (Concuerta con los arts. 2383—2783.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, 330)—Maynz, § 119.

## CAPITULO II

## De la accion confesoria

**2795**—La accion confesoria es la derivada de actos que de cualquier modo impidan la plenitud de los derechos reales ó las servidumbres activas, con el fin de que los derechos y las servidumbres se restablezcan. (Concuerda con las arts. 2421 — 2495 — 2757—2796 —2800.)

## CONCORDANCIAS

(LL. 2 y 10, tit. 5, Lib. 8, Dig.—Mackeldey, § 307—En el tit. 31, Part. 3ª, se trata de los casos y modos de estas acciones—Véase la L. 21, tit. 22, Part. 3ª)

--Nota del codificador al artículo 1445—Freytas, 3992—Aubry y Rau, § 219, nota 1ª.

**Se restablezcan:** Ó que se deje al poseedor la libertad de hacer uso de la servidumbre de que se le quiere privar. El objeto principal de la accion confesoria, dice Molitor, nº 135, es hacer desaparecer todo obstáculo al ejercicio de una servidumbre, y hacer abonar los daños y perjuicios ocasionados por el impedimento que se ha puesto á su ejercicio.

Pothier, define la accion confesoria diciendo que es una accion *real* (nuestro art. 2757, dice tambien lo mismo) por la cual aquel á quien pertenece un derecho de servidumbre sobre un inmueble reclama contra el que le turba en el ejercicio de esa servidumbre á fin de que la heredad sea declarada sujeta á ese derecho de servidumbre. Es tambien la definicion aceptada por Laurent, tomo 8, nº 285, para el derecho frances, que no ha reglamentado esta accion, como no ha reglamentado la de reivindicacion en general.

Cuando la accion confesoria tiene por objeto restablecer el uso de aquellos derechos de servidumbre que no son creados por la ley como inherente al derecho de propiedad, es indispensable que el demandante pruebe la existencia del derecho que reclama (artículo 2794), como dice Molitor, sin que baste probar tan solo la propiedad ó posesion del fundo dominante, como sucede con los derechos inseparables del derecho de propiedad. Esto está confirmado con los arts. 2507—2525 —2798—2805—3011—Nota del Código al 2805—Maynz, § 136—Laurent, tom. 8, nº 288—Freytas, 3994.





**2796**—Compete la accion confesoria á los poseedores de inmuebles con derecho de poseer, cuando fuesen impedidos de ejercer los derechos inherentes á la posesion, que se de enuncian en este Código; á los titulares verdaderos ó putativos de servidumbres personales activas, cuando fuesen impedidos de ejercerlas; á los acreedores hipotecarios de inmuebles dominantes cuyos poseedores fuesen impedidos de ejercer derechos inherentes á su posesion. (Concuerda con los arts. 1726—3421—2801—2970—2971—2972.)

#### CONCORDANCIAS

(Molitor, Servidumbre, n° 184)—Maynz, § 136—Freytas. 3093—Laurent, tom. 8, n° 287.

**Cuando fuesen impedidos de ejercerlos:** De cualquier modo que cause entorpecimiento al ejercicio de la servidumbre, el que goza de ella tiene derecho á reclamar por medio de la accion confesoria para que se declare la plenitud de su derecho. Así, si el dueño del fundo sirviente establece otra servidumbre en favor de otro fundo, y esta servidumbre perjudica á la antigua, es decir, impide su ejercicio pleno, el dueño del fundo dominante puede entablar la accion de que nos ocupa para impedir el perjuicio (art. 2991).

**Cuyos poseedores fuesen impedidos, etc., etc.:** Como los acreedores hipotecarios tienen derecho para vigilar é intervenir en la conservacion de los derechos de servidumbre establecidos en favor del fundo que sirve de garantía á sus créditos (arts 3157 y 3158), si el deudor ó poseedor del fundo dominante ne entabla los reclamos necesarios para conservar la servidumbre, ó si las renuncia, aquellos pueden hacer uso de la accion confesoria para impedir esas desmembraciones, aun contra la voluntad de su deudor.

La accion confesoria lleva como objeto accesorio la reparacion del daño causado, y puede pedirse ese pago por los mismos que pueden entablarla, véase art. 1095.

**2797**—La accion confesoria se da contra cualquiera que impida los derechos inherentes á la posesion de otro ó sus servidumbres activas. (Concuerda con los arts. 2795—2805—2993.)

#### CONCORDANCIAS

(LL. 4 y 10, tít. 5, Lib. 8, Dig.—Molitor, citado)—Freytas. 3093, inc. 4.

**2796**—Le basta al actor probar su derecho de poseer el inmueble dominante, cuando el derecho impedido no fuese servidumbre; y su derecho de poseer el inmueble dominante y su servidumbre activa ó su derecho de hipoteca, cuando fuese tal el derecho impedido. (Concuerda con los arts. 2523—2805—3011.)

## CONCORDANCIAS

(Molitor, lugar citado)—Nuestro comentario á los artículos 2523 y 2795—  
Nota del codificador al art. 2805—Maynz, § 136, notas, 4 á 6—Freytas, 3094.

**Su derecho de poseer el inmueble dominante:** La buena ó mala fe del que tiene el derecho á poseer no puede ser alegada por el demandado, ni ménos la nulidad del título que invoca como poseedor.

**Cuando el derecho impedido no fuese servidumbre:** Es decir, cuando el derecho impedido es una restriccion legal impuesta al predio que la sufre, como son las impuestas en el título "*De las restricciones y límites del dominio.*"

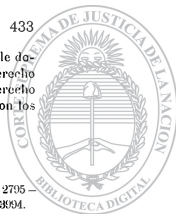
Siendo esas restricciones (que algunos llaman servidumbres legales) establecidas por la ley en consideracion á la situacion de los bienes, son inherentes al derecho de propiedad y creados en favor de todo poseedor; esto hace que no haya necesidad de probar su existencia, sino únicamente el derecho de poseer y demostrar que es el caso de aplicar la restriccion legal de que el poseedor del fundo en favor del cual es creado se ve privado de ella.

**Y su servidumbre activa:** Es decir, debe probar que hay una servidumbre en su favor, pues si no prueba esto, se considera que no hay tal servidumbre. (Véase concordantes citados.)

Esta prueba deberá establecerse con arreglo á lo dispuesto en el art. 2993 y sus concordantes.

Debe el demandante, como lo establece Freytas, Maynz, etc., etc., citados, probar tambien el hecho de la turbacion.

**2799**—Cuando el inmueble dominante ó sirviente perteneciere á poseedores con derecho de poseer, la accion confesoria compete á cada uno de ellos y contra cada uno de ellos, en los casos designados en los artículos anteriores; y las sentencias que se pronuncien, perjudicarán ó aprovecharán á todos respecto á su efecto principal, pero no respecto al efecto accesorio de la indemnizacion del año. (Concuerda con los arts. 683—687—688—2489—3007.)



## CONCORDANCIAS

Freytas, 4003—Maynz, § 136, nota 10—Nota del codificador á los arts. 688 y 907.

**Respecto al efecto principal :** De manera que aun cuando la accion confesoria haya sido entablada por uno de los comuneros y contra uno de los condóminos del predio sirviente, la sentencia favorable á la existencia de la servidumbre aprovecha á todos los condóminos con el demandante y perjudica á todos los condóminos con el demandado.

Lo mismo será cuando la sentencia es favorable al demandado ; hace cosa juzgada en contra de todos los primeros y en favor de todos los segundos.

**Pero no respecto al efecto accesorio :** La condenacion que se haga por la turbacion solo es exigible del que opuso obstáculo al ejercicio de la servidumbre, del que salió en su defensa, si es condómino, y de todos los que consintieron en ello.

Lo mismo será respecto á las costas del juicio cuando hay condenacion ; solo se hace efectiva entre las partes que se han presentado al juicio ó los que han consentido de otro modo.

Esto, sin perjuicio de que la responsabilidad sea solidaria entre todos los que han tenido parte en el hecho que ha causado el daño.

La indemnizacion, como hemos dicho en el comentario al artículo 2796, puede demandarse por los mismos que pueden entablar la accion confesoria (arts 1095, 1110, etc., etc.).

## CAPITULO III

## De la accion negatoria

**2500**—La accion negatoria es la que compete á los poseedores de inmuebles contra los que les impidiesen la libertad del ejercicio de los derechos reales, á fin de que esa libertad sea establecida. (Concuerda con los arts. 2496—2756—2757—2795.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 219, n° 2—Maynz, § 207, nota 4, § 137, de la 4ª edicion)—Le-guizamón y Machado, Institutas, nota 339.





**Contra los que impidiesen la libertad del ejercicio de los derechos reales:** Esto es lo que caracteriza y distingue la accion negatoria de la accion reivindicatoria y de la confesoria.

La primera tiene por objeto hacer declarar que la propiedad del demandante está libre de la carga que se le quiere imponer, ó que el propietario no tiene mas limitacion á su propiedad que las que la ley le ha impuesto espresamente. Como la propiedad se considera libre mientras no se pruebe lo contrario, el que pretende tener una servidumbre ú otro derecho real sobre la cosa del demandante es quien debe probar su existencia (art. 2805 y su comentario—Aubry y Rau, § 219, nota 43). Para que tenga lugar la accion negatoria es necesario que únicamente haya un ataque á esa libertad y exclusivismo en el uso de la cosa, y no una desmembracion, ó una desposesion de parte ó del todo de la cosa, porque entónces corresponderá la accion reivindicatoria y no la posesoria. La accion negatoria se ejercita cuando un tercero cree tener en nuestra propiedad un derecho cualquiera que no sea el de propiedad de la cosa, sino el de gozar en cualquier forma de ella.

La segunda, como hemos visto, tiene lugar cuando el demandante ha perdido la posesion de la cosa, y no queriendo ó no pudiendo hacer uso de las acciones posesorias, reclama su entrega.

Es necesario, pues, que haya una desposesion para que tenga lugar la reivindicacion (art. 2758).

La tercera, es precisamente todo lo contrario de la primera; tiene por objeto hacer que se declare que un fundo es sirviente de otro, ó que el derecho del demandado está limitado por el del demandante. Aquí la prueba corresponde al demandante por la misma razon que en la negatoria corresponde al demandado.

Véase nota del codificador al artículo que estudiamos.

**2801**—La accion negatoria corresponde á los poseedores de inmuebles y á los acreedores hipotecarios impedidos de ejercer libremente sus derechos. (Concuerda con el art. 2976.)

#### CONCORDANCIAS

(Pothier, n° 136)—Freytas, 4005—Aubry y Rau, citado en el artículo anterior.





**A los poseedores :** Entran, por consiguiente, en estos los condóminos, quienes pueden ejercer la accion con el mismo efecto que en la confesoria atribuye al resultado de la demanda el artículo 2799.

**2802**—Se da contra cualquiera que impida el derecho de poseer de otro, aunque sea el dueño del inmueble, arrojándose sobre él alguna servidumbre indebida. (Concuerda con el art. 2991.)

#### CONCORDANCIAS

(Molitor, Servidumbre, n° 136)—Freytas, 4005, inc. 3—Aubry y Rau § 219 y nota.

**Aunque sea el dueño del inmueble :** Á mas del ejemplo puesto por el codificador en la nota á este artículo, puede presentarse otro en que la accion negatoria se dirige contra el mismo dueño del inmueble; tal es el caso del art. 2991.

**2803**—La accion debe tener por objeto accesorio privar al demandado de todo ulterior ejercicio de un derecho real, y la reparacion de los perjuicios que su ejercicio anterior hubiese causado, y aun obligar al demandado á asegurar su abstencion por una fianza. (Concuerda con el art. 2939.)

#### CONCORDANCIAS

(Maynz, lugar citado)—Freytas, 4007—Aubry y Rau, § 219, n° 2.

**De todo ulterior ejercicio :** Como el objeto principal de la accion es que se declare la libertad del inmueble del demandante, ja resolucion que recaiga declarando así y mandando cesar el ejercicio actual del derecho real, tiene efecto para lo sucesivo sin necesidad de que en la demanda se pida esto.

**Y la reparacion de los perjuicios :** El demandado debe dejar la cosa en su primitivo estado, y á mas pagar los daños causados por el uso del derecho real.

**2804**—Puede tambien tener por objeto reducir á sus limites verdaderos el ejercicio de su derecho real.

#### CONCORDANCIAS

Aubry y Rau, § 219.

**2805**—Al demandante le basta probar su derecho de poseer ó su derecho de hipoteca, sin necesidad de probar que el inmueble no está sujeto á la servidumbre que se le quiere imponer. (Concuerda con los arts. 2523—2798 y su comentario.)

## CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 219, n° 2—Maynz, § 207, n° 2)—Freytas, 4008 y 4010—Laurent, tom. 8, n° 288.

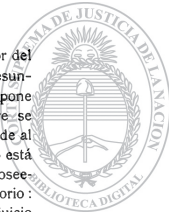
**Le basta probar su derecho de poseer ó su derecho de hipoteca**: Esta prueba es indispensable para establecer la personería del demandante que se presenta en juicio demandando un derecho propio.

Cualquier derecho real, aunque no sea precisamente el de hipoteca, que dé derecho á entablar la accion negatoria debe ser probado al entablar la demanda.

**Sin necesidad de probar, etc., etc.**: Con esta disposicion nuestro Código ha cortado la cuestion que se agita entre los jurisconsultos franceses, sobre á quien corresponde la prueba de la existencia de la servidumbre. Para que se conozca el estado de la cuestion vamos á transcribir lo que al respecto espone Laurent, lugar citado.

“La prueba, dice, hace nacer una cuestion sobre la cual hay una vivísima controversia. Es un principio elemental que la prueba incumbe al demandante. ¿Es esto decir que el que sostiene que su fundo es libre debe probar que su vecino no tiene el derecho de servidumbre que ejerce? Decimos, ejerce, porque para que tenga lugar la cuestion es necesario suponer que el vecino está en posesion de la servidumbre. Pongámonos en la hipótesis mas favorable al poseedor; que haya obtenido en juicio posesorio una sentencia que le permite mantenerse en la posesion. El propietario que pretende que su fundo está libre debe iniciar para recuperar la libertad de su fundo un juicio peticionario ¿debe en este caso probar esto? La jurisprudencia es casi unánime en favor del propietario; no tiene nada que probar, se dice, porque tiene en su favor la presuncion de la ley de que la propiedad es exclusiva y libre (*art. 2523 del Código argentino*); obligarle á probar la libertad de su fundo sería obligarle á producir una prueba negativa, puesto que debe probar que su vecino no tiene servidumbre sobre su heredad; de consiguiente, la prueba de este hecho negativo es imposible.”





“Los autores están divididos; algunos toman parte en favor del poseedor y oponen á la presuncion del propietario otra presuncion que le destruye. El poseedor, dicen los primeros, se supone propietario; luego, el que está en posesion de servidumbre se supone tener derecho á ella, de donde resulta que corresponde al propietario destruir esta presuncion probando que su fundo no está sujeto á servidumbre. Con doble razon es así cuando el poseedor ha obtenido una sentencia favorable en el juicio posesorio: en este caso, es de derecho comun que el que sucumbe en el juicio posesorio tiene en el petitorio la carga de probar el derecho que alega, es decir, en el caso propuesto, la libertad de su fundo” (Duranton, tom. 5, nº 641).

“Nosotros no trepidamos en aceptar la opinion consagrada por la jurisprudencia. Pero no aceptamos las presunciones que se invocan por una y otra parte; ninguna de las dos está escrita en la ley ¿puede haber presuncion legal sin ley? . . .

“Nos parece, continúa el mismo autor, que los principios generales bastan para hacer pesar la prueba al que pretende tener derecho a una servidumbre, aun cuando esté en posesion de ella. Es en este sentido que Pothier dice: En una y otra accion, es decir, en la confesoria y en la negatoria, es el que pretende un derecho de servidumbre á quien corresponde justificarlo segun la máxima *Incumbit onus probandici quidicit.*”

Entre nosotros, aparte de los principios generales que rigen en materia de prueba, están los artículos citados que confirman el principio sentado en el que estudiamos. (Véase comentario al art. 2800.)

**2806**—Probándose que el acto del demandado no importa el ejercicio de un derecho real, aunque el poseedor fuese accidentalmente impedido en la libre disposicion de su derecho, la accion, si hubo daño causado, será juzgada como meramente personal. (Concuerda con el art. 2497.)

#### CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 2800—Freytas, 4009, § 3—Molitor, 186, § 2—Las citas del art. 2497—Maynz, § 121, nota 6.

**Será juzgada como meramente personal**: “Los hechos, dice Maynz, § 121, texto anterior á la nota 4, que solo tienen por resultado impedir de un modo accidental la libre disposicion

de nuestra cosa pueden dar lugar á una accion personal contra el culpable de la turbacion, pero esto solo no es bastante para hacer nacer la accion negatoria."

Esto no quiere decir, segun el mismo Maynz, nota 4, que la gravedad de la lesion al derecho de propiedad sea lo que determine el derecho de reparar el daño por una accion personal ó por la accion real negatoria. Basta que el demandado pretenda un derecho real en la cosa del demandante para que se considere fundada la accion. Es por esto que el artículo dice que probándose que el acto del demandado no importa el ejercicio de un derecho real, no tendrá lugar la accion negatoria, sino la de indemnizacion de daños.

---



## TÍTULO X

### Del usufructo



**2807**—El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece á otro, con tal que no se altere su sustancia. (Concuerda con los arts. 2503, inc. 2—2522—2808.)

#### CONCORDANCIAS

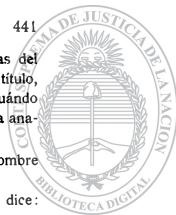
(Código de Luisiana, 525—Frances, 578—Nápoles, 508—Holanda, 803—Ley 1, tit. 1, Lib. 7, Dig.—Demolombe, tom. 10, núms. 228 y siguientes—Proudhon, Usufructo, Cap. 3)—Laurent, tom. 6, n° 323—Código de California, 963—Código de Chile, 764—Goyena, 435—Nota del codificador al art. 2255 (1).

El alcance de la definicion dada por este artículo está limitado por el 2808.

(1) Transcribimos á continuacion la nota del codificador al artículo que estudiamos, porque ella complementa una parte muy principal de la definicion dada en el artículo.

Para los jurisconsultos, dice Demolombe, la sustancia es el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos, de esas cualidades que hacen que las cosas tengan una cierta forma y un cierto nombre: que adquieran bajo esa forma y bajo ese nombre una especie de personificacion: que pertenezcan bajo ese nombre y bajo esa forma, á un género determinado que se designa por un sustantivo característico, como una casa, un reloj; y que sean, en fin, bajo esa forma y bajo ese nombre, especialmente propias á llenar tal ó cual destino, á hacer tal ó cual servicio en el órden de las necesidades del hombre.

El *salva rerum substantia* de la ley romana espresa que el goce y uso de la cosa no debe traer el consumo inmediato de ella. Conservar la sustancia de la cosa es una consecuencia necesaria del principio que separa el derecho de gozar, del derecho de disponer; y tambien espresa que la duracion del usufructo está subordinado á la duracion de lo que llamamos sustancia de la cosa. Así, á diferencia de la propiedad, el usufructo estinguido con la destruccion de la cosa, no se conserva sobre sus restos. Pero debemos decir que la obliga-



De estas dos disposiciones y de las peculiaridades propias del usufructo, que se encuentran determinadas en el presente título, se puede con facilidad decidir cuándo hay usufructo, y cuándo otra clase de contratos con los cuales éste guarda mucha analogía.

Á esas peculiaridades hay que atenerse mas que al nombre dado por las partes, para determinar su existencia.

Es por esto que Demolombe, tom. 10, nº 228 citado, dice: "El usufructo no está sujeto á las formas sacramentales; se puede crear un verdadero derecho de usufructo sin pronunciarse esta palabra en el contrato, cuando en él se encuentran reunidos todos los caracteres del usufructo; pero es indispensable que esos caracteres "se encuentren determinados en el derecho creado". (Véase lo que decimos en el comentario al art. 2808.)

"Aunque las partes hayan impropriamente dado el nombre de

cion de no alterar la sustancia de la cosa sujeta al usufructo, solo tiene lugar en el usufructo perfecto.

La definicion del artículo determina la naturaleza del derecho de usufructo. Decimos que es un derecho real, porque el usufructo importa la enajenacion de parte de la cosa, pues que es una desmembracion de la propiedad; y aunque no sea una parte material del fundo, es, sin embargo, una porcion del dominio, desde que el dominio cesa de ser pleno en el propietario, cuando la propiedad está separada del usufructo.

El dominio del fundo sometido al usufructo, pertenece bajo diversas relaciones tanto al usufructuario como al propietario. El usufructuario nada tiene en la propiedad; y por su parte el propietario nada tiene en el goce actual de ella, y no hay por lo tanto, una comunion en lo material de la cosa, *nulla enim communio est.*, L. 6, Tit. 9, Lib. 27, Dig.

El usufructo es por su naturaleza una propiedad temporaria, porque si fuera perpétua, el derecho de propiedad no existiría. L. 3, Tit. 1, Lib. 7, Dig. Es tambien por su naturaleza una propiedad puramente personal, incommunicable, que no se puede ceder, é intrasmisible por herencia, pues la facultad de usar y gozar de una cosa es esencialmente correlativa á la persona, facultad que se acaba con la persona, así es como en adelante se verá que el usufructo limitado á un tiempo, por ejemplo, de diez años, no se estiende hasta ese tiempo si el usufructuario muere ántes. La cesion que el usufructuario puede hacer á favor de un tercero sin el consentimiento del propietario, no importa sino el ejercicio del derecho, y no el derecho mismo inherente á su individualidad. El cedente será siempre el usufructuario titular, sometido á las mismas obligaciones que pesaban sobre él ántes de la cesion.

El usufructo es un derecho real porque pone á la persona en la relacion directa ó inmediata con la cosa, sin el intermedio de un deudor, y debe considerarse como un inmueble particular, civilmente separado de la propiedad. Es propietario de su derecho de usufructo en la cosa, y tiene la posicion material y civil de ese derecho; sin embargo, es un tenedor precario de la cosa.



usufructo al derecho creado, no será tal si no reúne todos los caracteres indispensables.”

Á medida que estudiamos los derechos con los cuales tiene analogía el derecho de usufructo haremos notar las diferencias entre unos y otros. (Véase muy especialmente el comentario al art. 2815.

**Con tal que no altere su sustancia :** Esto solo es así, según lo declara el artículo 2808, respecto al usufructo perfecto, pero no respecto al cuasi-usufructo. ¿Cuál ha sido el pensamiento del legislador al imponer al usufructuario la obligación de no alterar la *sustancia* de la cosa?

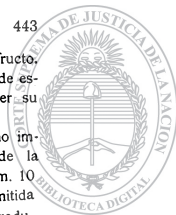
El texto de la Instituta de Justiniano, de donde tiene origen esta obligación que ha pasado á todos los Códigos modernos, en las palabras . . . *salva rerum substantia* ha sido interpretado de tres maneras distintas. Para unos estas palabras se refieren á la duración del usufructo, y las traducen como indicando que el usufructo no debe durar sino mientras dura la cosa en sustancia ;

En esto no hay contradicción alguna. Es preciso ver dos cosas muy distintas en un fundo gravado con el usufructo: el usufructo que pertenece al usufructuario, el cual para él llena todas las funciones de un inmueble particular civilmente separado y distinto del fundo: y la nuda propiedad que queda en mano del propietario. Por medio de esta distinción se llega á conciliar fácilmente innumerables textos del Derecho Romano, que parecen declarar los unos que el usufructuario es un verdadero poseedor, y los otros que no es sino un simple tenedor del fundo. El usufructuario tiene sin duda la posesión corporal y de hecho de la cosa. Ejerce por sí actos de uso y goce, en tanto que este goce se aplica á su propio derecho: no es un tenedor precario; su posesión al contrario, que la tiene por sí y por derecho propio, tiene el carácter de una verdadera posesión civil.

Mas cuando se mira ese goce como aplicado de hecho á la propiedad, que queda en manos del propietario, cuando se le considera en relación al fundo para determinar sus efectos respecto al derecho de propiedad, su posesión no tiene los caracteres de una verdadera posesión civil, no posee *animo domini*, sabe y reconoce que la cosa es ajena. El usufructuario, pues, bajo este punto de vista, lejos de ser un poseedor propiamente dicho, no es mas que un tenedor precario que goza de la cosa por el propietario de ella.

Hemos querido decir algo sobre la naturaleza del usufructo que sirva á la resolución de un gran número de cuestiones que serán resueltas en este Título.

En el tomo primero de la gran obra de Proudhon, sobre el usufructo, el capítulo 3 titulado del *usufructo comparado*, contiene el estudio mas importante de las diferencias del usufructo con otros actos jurídicos, con que muchas veces se le equivoca. Sobre lo mismo, Demolombe, tom. 10, desde el n° 228.



que desapareciendo la forma sustancial desaparece el usufructo.

Para otros significan únicamente que el usufructo no puede establecerse sino sobre cosas que el uso no hace desaparecer su sustancia.

Por último, otros piensan que *salva rerum substantia* solo importa una obligación impuesta al usufructuario de gozar de la cosa sin hacer cambiar su forma sustancial (Demolombe, tom. 10 n° 226). Esta es la interpretación que ha prevalecido, y admitida por el legislador francés, nuestro Código la ha adoptado traduciendo las palabras: *a la charge d'en conserver la substance*, de que se vale el artículo 578 francés, por las que estudiamos, que dejan menos lugar á duda acerca del sentido en que ha sido adoptado el texto romano citado por el codificador. Es decir, pues, que en la frase que estudiamos, nuestro artículo impone al usufructuario el deber de conservar la cosa en sustancia, lo cual está confirmado por lo dispuesto en el art. 2892.

2° Aclarado esto, falta saber qué es lo que se entiende por *sustancia* de la cosa. Como se ve por la nota del codificador, copiada del n° 224 de Demolombe, se entiende por tal el conjunto de las cualidades esencialmente constitutivas de los cuerpos. Por manera que *sustancia* de la cosa, en el sentido jurídico, no son los cuerpos que componen una cosa, sino el conjunto de esos cuerpos que vienen á formar un todo perdiendo su nombre propio para tomar el especial con que se denomina á ese conjunto.

Ese conjunto es el que el usufructuario está obligado á conservar en una forma que siempre mantenga el mismo nombre propio que tenía al tiempo de entregársela en usufructo. Así es que conservar la *sustancia*, en el lenguaje jurídico equivale á decir: conserva la forma (Laurent, tom. 6, n° 328).

Por ejemplo, el conjunto de ladrillos, cal, maderas, etc., etc., de que se compone una casa no son la *sustancia* de que habla la ley, sino la *cosa* misma; no la conservaría en sustancia si la destruyese aunque conservase todos los materiales de que se componía, pues ese hacinamiento de cuerpos ya no es lo que ántes se llamaba casa, por mas que todos estén allí. Consecuencia de esto, es el artículo 2892, que prohíbe al usufructuario destruir las construcciones que hayan en el inmueble que usufructúa, porque esto no sería conservar la sustancia de la cosa. El artículo ci-





tado prohíbe la destrucción aunque sea para sustituirla por otra mejor con los mismos materiales sacados de la destruida. Esto prueba que el usufructuario tiene que conservar la cosa no solo en sustancia, es decir, en su forma primitiva, sino la misma cosa; salvo por supuesto los deterioros consiguientes al uso á que está destinada.

**2808**—Hay dos especies de usufructo: usufructo perfecto, y usufructo imperfecto ó cuasi usufructo. El usufructo perfecto es el de las cosas que el usufructuario puede gozar sin cambiar la sustancia de ellas, aunque puedan deteriorarse por el tiempo ó por el uso que se haga. El cuasi usufructo es el de las cosas que serían inútiles al usufructuario si no las consumiese, ó cambiase su sustancia, como los granos, el dinero, etc. (Concuerda con los arts. 2325—2807.)

#### CONCORDANCIAS

Código de Luisiana, 526—Zachariæ, § 306—Proudhon, núms. 121 y 1010—Demante, n° 426, § 4—Instituta, § 2. *De usufruct*—Ley 15, § 14, Dig. id.—Molitor, Servidumbres personales, n° 72—Código de Chile, 764—Nota del codificador al art. 2241.

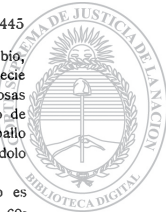
**Como los granos, el dinero, etc.:** Las cosas son fungibles ó no fungibles, y consumibles por el primer uso ó no consumibles. En regla general, la naturaleza de las cosas es la que les da el carácter de consumibles ó no; mientras que el ser fungibles ó no, depende de la voluntad de las partes (nota del codificador al art. 2241).

Hay, sin embargo, cosas que no obstante ser consumibles pueden ser objeto del usufructo verdadero, y cosas que no obstante no ser consumibles pueden ser objeto de un cuasi usufructo; todo depende de las partes.

Por manera que el carácter de consumible ó no de una cosa, no siempre servirá para decidir si hay usufructo ó cuasi usufructo.

Mas bien se puede definir el cuasi usufructo como lo hace Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1340, diciendo, que el cuasi usufructo es aquel que tiene por objeto cosas *fungibles*.

“En efecto, agrega el autor citado, se concibe que en rigor las cosas consumibles puedan ser objeto de un *verdadero usufructo*, de un usufructo propiamente dicho: por ejemplo, si un testador lega á un cambista el usufructo de piezas de moneda de cierto



tipo especial, para ponerlas de muestra en su casa de cambio, *adpompam et ostentationem*, con cargo de restituirlas en especie despues del usufructo. En sentido inverso, se concibe que cosas que no se consumen por el primer uso puedan ser objeto de un *cuasi usufructo*; como si yo legase el usufructo de un caballo autorizando al usufructuario para disponer de él, y obligándolo á devolverme al fin del usufructo otro caballo semejante.”

De modo que la cuestion de saber si lo que se ha creado es usufructo ó cuasi usufructo, y especialmente tratándose de cosas muebles, no depende de la naturaleza de la cosa, sino como dicen Proudhon y Baudry-Lacantinerie, de la voluntad de las partes, quienes pueden hacer fungible lo que por su naturaleza no lo es, y vice-versa, quitarle á una cosa la naturaleza de fungible para hacerla no fungible.

Cuando las partes han manifestado su voluntad, debiendo sujetarse á ésta como á la ley misma, la naturaleza de lo dado en usufructo no influye en nada para determinar las relaciones de derecho creado por el acto entre el dueño y el usufructuario, es decir, para decidir si este último está obligado á conservar la cosa ó si puede consumirla.

Solo en falta de la manifestacion de las partes será la naturaleza de las cosas objeto del contrato lo que decida si hay usufructo ó cuasi usufructo. (Véase nuestro comentario al artículo 2871.)

Respecto á la diferencia entre el mútuo y el cuasi usufructo, puede verse nota 7 del doctor Segovia, y nota del codificador al art. 2871.

**2809**—El usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo, y el usufructuario puede enajenarlas. Los derechos respectivos se fijarán por el valor que se les hubiere dado, ó por el inventario que determine su calidad y cantidad. (Véase arts. 2810—2811—2846 y siguientes—2871.)

#### CONCORDANCIAS

Demolombe, tom. 10, núms. 287 y 288—Freytas, 4654—Nota del codificador al art. 2871 y nuestro comentario al mismo.

**El usufructo de mercaderías es un puro y simple usufructo** : Es decir, usufructo perfecto. ¿Qué significa este usufructo



perfecto que da al usufructuario los mismos derechos que en el cuasi usufructo?

Sabemos que en el usufructo perfecto el usufructuario debe conservar la cosa en *sustancia* (art. 2807), para devolverla al nudo propietario una vez que termine el usufructo (arts. 2872 y sus concordantes). La razón de esto es porque el usufructo no es sino una desmembración del derecho de propiedad por solo un tiempo determinado (nota del codificador al artículo 2807). La propiedad dada en usufructo queda siempre del nudo propietario; y en consecuencia, el usufructuario no puede disponer de ella.

Todo lo contrario sucede en el cuasi usufructo; el usufructuario adquiere la propiedad de la cosa y puede disponer de ella libremente (art. 2811).

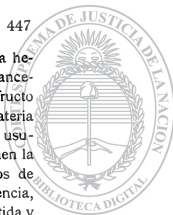
Siendo así ¿cómo es que el codificador dice que el usufructo de mercaderías es usufructo perfecto, y sin embargo, produce, según la última parte del artículo, todos los efectos del cuasi usufructo y ninguno de los del usufructo perfecto?

El doctor Segovia (nota 10) hace notar esto, que al parecer es una inconsecuencia, pero no le da solución alguna.

¿Hay realmente inconsecuencia? Es indudable que no, y que, por el contrario, legisla un caso de frecuente aplicación práctica, perfectamente característico.

De donde viene esta aparente contradicción es de la traducción que se ha hecho de las palabras *fonds de commerce*, de que se valen los franceses para significar los que nosotros llamamos establecimiento de comercio, tienda ó almacén. Una cosa es la casa de comercio y otra las mercaderías que esa misma casa contiene. Una casa de comercio, *fonds de commerce*, es una especie de universalidad, *nomen juris sicut hereditas*, se compone de mercaderías destinadas á ser vendidas y reemplazadas por otras, que tiene su clientela propia y que se le conoce ya con una denominación especial, como si dijéramos la tienda del "Progreso", "*Le bou Marche*", etc., etc. En este sentido la casa de comercio no es fungible, pues que tiene su clientela y su crédito propio.

Es en el que debe entenderse las palabras *usufructo de mercaderías* de que habla el codificador. Prueba de ello es el hecho solo de declarar en el mismo artículo que esto es un usufructo perfecto.



La falta de una disposicion semejante en derecho frances ha hecho suscitar una viva controversia entre los juriscultos franceses, sobre si el caso legislado por nuestro articulo es un usufructo ó un cuasi-usufructo. Aunque entre nosotros no puede ser materia de cuestion desde que está decidido espresamente que es un usufructo perfecto, vamos á transmitir la opinion de los que sostienen la doctrina del artículo, con lo cual se corrobora lo que decimos de que no hay en la disposicion que estudiamos una inconsecuencia, sino la adopcion de una doctrina que por algunos es combatida y sostenida por otros.

Laurent, tom. 6, núm. 417, dice: "La opinion de que el usufructo de un establecimiento comercial es un cuasi usufructo no ha prevalecido; los de ésa opinion confunden las mercaderías con el establecimiento comercial. Una casa de comercio es un establecimiento compuesto de dos cosas, las mercaderías y la clientela. Si un establecimiento semejante se grava con usufructo, el usufructuario tiene el derecho y á mas el deber de continuar la explotacion; tiene el derecho porque es una explotacion sobre la que recae el usufructo; tiene el deber porque debe conservar en sustancia la cosa, y esta sustancia no es otra cosa que el establecimiento con su clientela; el usufructuario debe conservar esa clientela y vorverla al propietario á la terminacion del usufructo. No puede cesar en el comercio, pues esto sería destruir la sustancia de la cosa; él no se hace propietario sino de las mercaderías ó de una suma de dinero; él debe volver algo más que esto, debe volver un establecimiento comercial".

Aubry y Rau, § 236, núm. 2, se espresan en el mismo sentido que Laurent y demas autores citados.

La solucion dada por el codificador está esplicada por Baudry-Lacantinerie, tom. 1, nº 1343, quien despues de estudiar lo que se entiende por usufructo de una casa de comercio, y haciendo notar que el legislador no ha previsto el caso, como lo ha hecho el nuestro, dice:

"En el silencio de la ley debe adoptarse la resolucion siguiente:

"El usufructuario tiene derecho de explotar la casa de comercio y *por consiguiente, vender las mercaderías de que se compone, bajo la condicion de reemplazarlas por otras* (es lo que dispone la última parte del articulo argentino, que estudiamos), pues es la sola manera de usar de una casa de comercio. El venderá las merca-



derías, no como propietario, *pues no lo es, no habiendo aquí cuasi usufructo*, sino como administrador. El usufructuario no solamente puede explotar la casa de comercio, sino que debe hacerlo; pues está obligado á conservar la *sustancia* de la cosa, y la alteraría si dejara perder la clientela por falta de explotación. Al fin del usufructo, el usufructuario deberá restituir la casa de comercio en el estado en que la ha tomado. Estará obligado á una indemnización cuando, por falta de una explotación inteligente, no ha sabido conservar la clientela, ó si no deja una cantidad de mercaderías igual á las que recibió".

Por la redacción del artículo que estudiamos, se ve que estas han sido las ideas del legislador, es decir, resolver la hipótesis en que se da en usufructo un establecimiento comercial para que el usufructuario la siga explotando bajo la base del crédito y buen nombre que tenía para devolverla después de concluido el contrato con igual cantidad de mercaderías, ó pagando el valor de las que faltan. Debiendo devolverse la misma casa planteada en la forma en que está, el usufructo es, como dice muy bien el artículo, un usufructo puro y simple (Proudhon, *Usufructo*, tom. 2, nº 517).

1º Una cuestión grave se suscita sobre si nuestro Código ha adoptado el principio de Baudry-Lacantinerie, de que si las mercaderías de que se compone la casa de comercio, constituyen un cuasi usufructo ó no, es decir, si al mismo tiempo que la casa constituye un usufructo perfecto, las mercaderías bajo el punto de vista de la pérdida de ellas, no constituyen un cuasi usufructo, viniendo á ser el usufructo de mercaderías un contrato misto.

Proudhon, *Usufructo*, nº 1020, dice que respecto á las mercaderías el acto constituye una verdadera venta, y que por lo mismo, la pérdida de ellas, aun de aquellas que no son fungibles por su naturaleza, pesa sobre el usufructuario que se ha hecho propietario de ellas.

Baudry-Lacantinerie, atacando estas doctrinas de Proudhon, dice: "que si las partes se han explicado sobre este punto, esa será la ley. Pero en el caso contrario, es difícil considerar la estimación como entrañando venta á favor del usufructuario; esto tendría por consecuencia establecer un cuasi usufructo. Parece que la estimación no debe tener otro efecto que el de fijar el valor de las mercaderías compradas en la casa de comercio y de-

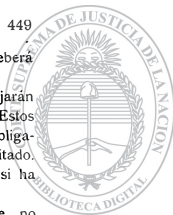
terminar, por consiguiente, la estension de la restitution que deberá hacer el usufructuario."

Nuestro artículo dice que los derechos de las partes se fijarán por el valor que se les hubiere dado ó por el inventario. Estos derechos de que habla, es claro que no son otros que la obligacion á que se refiere Baudry Lacantinerie en el párrafo citado. El usufructuario volverá mercaderías de la misma especie si ha hecho inventario, ó el valor si se ha hecho estimacion.

Esa segunda parte del artículo que estudiamos, como se ve, no quiere decir que la estimacion ó el inventario constituya un cuasi usufructo; únicamente determina la obligacion del usufructuario respecto á la devolucion que debe hacer. Por lo mismo que en la primera parte se le autoriza á disponer de las mercaderías, el usufructuario adquiere la propiedad desde que dispone de ellas; pero respecto á las que no ha enajenado, rige la primera parte del artículo, es decir, constituyen un *puro y simple* usufructo, como dice el testo.

Es por esto que Laurent, tom. 6, nº 422, refiriéndose á lo mismo, dice: "Como las mercaderías son destinadas á ser vendidas, el usufructuario está autorizado á venderlas. ¿Es esto decir que se hace propietario á título de cuasi usufructuario? Es necesario desechar toda idea de cuasi usufructo. El usufructuario solo se hace dueño de las mercaderías en cierto sentido, en el de que tiene derecho á venderlas. Pero no adquiere en realidad la propiedad de ellas. En efecto, el establecimiento comercial comprendiendo en él las mercaderías queda de propiedad del nudo propietario; tan es así que á la estincion del usufructo el propietario recobra las mercaderías como si jamás hubiese dejado de ser propietario".

Para que haya cuasi usufructo, es necesario, segun el artículo 2811, que se trasfiera la propiedad al usufructuario, y esto no lo dice el artículo que estudiamos; por el contrario, dice que solo hay puro y simple usufructo; luego la autorizacion que se le da al usufructuario para vender las mercaderías de que se compone la casa de comercio, no importa trasferirle la propiedad de ellas, puesto que segun el art. 2810, el usufructo no da al usufructuario la propiedad de la cosa; solo se hace propietario del producto una vez que hace uso de la facultad que le acuerda la ley. Mientras no disponga, esas mercaderías forman parte del establecimiento comercial; son hasta entónces las cosas sobre que versa el usufructo.





Así, aunque se hayan estimado, si al tiempo de concluir el usufructo no se han vendido, el usufructuario tendrá derecho á devolverlas en el estado en que se encuentren.

No pudiendo pues, darle á este contrato sino el nombre que le da la ley, el de usufructo perfecto, no podemos asignarle las consecuencias del cuasi usufructo, sino las del usufructo puro y simple. En consecuencia, la solucion que por nuestro derecho tiene la cuestion propuesta, es que la cosa se pierde y se deteriora para el nudo propietario y no para el usufructuario, salvo, naturalmente la responsabilidad de éste cuando la pérdida ó el deterioro proviene de una falta que le sea imputable (Laurent, citado).

De lo espuesto podemos deducir que el usufructo de mercaderías tiene las consecuencias siguientes: 1º Que la estimacion é inventario que se haga de las mercaderías solo produce el efecto de determinar los derechos y obligaciones de las partes á la terminacion del usufructo. 2º Que no constituyendo esta estimacion una enajenacion, sino la facultad de enajenarlas, mientras no disponga de ellas, los riesgos son de cuenta del que constituyó el usufructo, es decir, del nudo propietario. 3º Que el usufructuario está obligado á conservar en lo posible el crédito y clientela de la casa para devolverla lo mismo que la recibió (Proudhon, nº 1021). 4º Que respecto á las mercaderías de que no ha dispuesto tiene derecho á entregarlas como usufructuario de usufructo perfecto (2810) y 5º Respecto á las que ha vendido, deberá volver el valor de estimacion ú otras de la misma especie y calidad, segun se haya convenido; en falta de convencion, teniendo obligacion de conservar la cosa, debe reemplazar las que ha vendido si el propietario así lo exige; en todo caso, salvo convenio, el usufructuario puede volver iguales mercaderías á las que ha recibido.

1º Estos principios son tambien aplicables á las casas de diversion, á los hoteles ú otros Establecimientos semejantes (Proudhon, tom. 1, nº 375).

Mas si son únicamente mercaderías las que se dan en usufructo y no las llaves, como generalmente se dice, ó el nombre de la casa, es claro que solo habrá un cuasi usufructo, regido por el artículo 2811.

**Por el valor que se les hubiese dado ó por el inven-**



**tario:** El título constitutivo del usufructo dirá si el usufructuario deberá volver otras mercaderías de la misma especie, ó si deberá pagar su valor; esto no hará convertir el usufructo en cuasi usufructo, pues que es mas bien el crédito de la casa lo que se explota, y este es el motivo determinante del contrato mas que las mercaderías que encierra. (Véase art. 2871 y su comentario).

**2810**—El usufructo perfecto no da al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas á este usufructo, y debe conservarlas para devolverlas al propietario acabado el usufructo. (Concuerda con los arts. 1881 y sigtes.—2807—2809—2945—2946.)

## CONCORDANCIAS

Código de Chile. 764—Código Oriental, 456—Demolombe. tom. 10. n° 218 y 219.

**Debe conservarlas para volverlas al propietario :** Los gastos de conservacion serán de cuenta del usufructuario (art. 2881); pero el usufructuario no es responsable por aquellos deterioros consiguientes al uso ó al tiempo de la duracion del usufructo (art. 2872 y nota del codificador al mismo).

La entrega deberá hacerse con todos los accesorios (artículo 2946).

**2811**—El cuasi usufructo trasfiere al usufructuario la propiedad de las cosas sujetas á este usufructo, y puede consumirlas, venderlas, ó disponer de ellas como mejor le parezca. (Concuerda con los arts. 2240—2808—2832—2871.)

## CONCORDANCIAS

Código de Luisiana, 528—Demolombe. tom. 10, n° 231.

**O disponer de ella como mejor le parezca :** En esto se diferencia al cuasi usufructo del usufructo perfecto, en el cual tiene el usufructuario la obligacion de conservar la cosa en *sustancia*.

El derecho de disponer de ella es bajo la obligacion impuesta por el artículo 2871, de volver otro tanto de la misma especie y calidad, ó su equivalente en caso de que no se pueda lo primero.





Por lo demas, el presente artículo es completamente inútil con la existencia de la última parte del 2808 y 2871.

**2812**—El usufructo se constituye :

- 1º Por contrato oneroso ó gratuito ; (Concuerta con los arts. 1139—2661—2813—2814.)
- 2º Por actos de última voluntad ; (Concuerta con los arts. 2815—3632.)
- 3º En los casos que la ley designa ; (Concuerta con los arts. 287—2816.)
- 4º Por prescripcion ; (Concuerta con los arts. 2812—2942.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 20, tit. 31, Part. 3º—Ley 3, tit. 1, Lib. 7, Dig.)—Goyena, 496—Código de Chile, 766—Id. de California, 964—Freytas, 4531—Código Frances, 579—Nota del codificador al artículo 2942—Demolombe, tomo 10, números 238 y siguientes.

**Por prescripcion** : Se aplica á esta clase de prescripcion las mismas reglas que para prescribir los inmuebles (art. 3817). Se necesitarán diez años entre presentes y veinte entre ausentes cuando hay buena fe y justo título, y treinta años si falta la buena fe y el justo título.

**2813**—Es establecido por contrato oneroso, cuando es el objeto directo de una venta, de un cambio, de una particion, de una transaccion, etc., etc., ó cuando el vendedor enajena solamente la nuda propiedad de un fundo, reservándolo e su goce. (Concuerta con los arts. 1139—2661—2812, inc. 1—2819—2820.)

#### CONCORDANCIAS

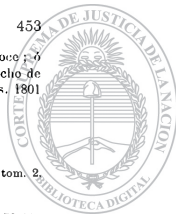
Demolombe tom. 10. núms. 238 y 239—Laurent. 6. n° 334—Freytas, 4531, inc. 1.

**Cuando es el objeto directo de una venta** : Como cuando enajena el uso, por el tiempo permitido por la ley, reservándose la nuda propiedad.

En el comentario al art. 2815, se fijan reglas aplicables al presente artículo.

Los principios generales que rigen sobre la enajenacion de la propiedad son aplicables, como lo veremos mas adelante, á la constitucion del usufructo (art. 2830).

**2811**—Es establecido por contrato gratuito, cuando el donante no



enajena sino la nuda propiedad de la cosa, reservándose su goce; ó cuando no da mas que el usufructo, ó cuando cede á uno el derecho de propiedad y á otro el de goce de la cosa. (Concuerda con los arts. 1801—2661—2812, inc. 1—2819.)

## CONCORDANCIAS

Demolombe, tom. 10, núms. 238 á 240—Freytas, 4532—Proudhon, tom. 2, núms. 515 y 516—Véase comentario á los arts. 2815 siguientes y al 2824.

**2815**—Es establecido por testamento, cuando el testador lega solamente el goce de la cosa, reservando la nuda propiedad á su heredero, ó cuando lega á alguno la nuda propiedad y á otro el goce de la cosa, ó cuando no da espresamente al legatario sino la nuda propiedad. (Concuerda con los arts. 2814 y sus concordantes—2820—3818—3819.)

## CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior—Proudhon, tom. 2, núms. 515 y 516.

Son de mucha importancia las reglas de interpretacion que hace Proudhon, *Tratado del usufructo*, tom. 2, nº 495, y siguientes, acerca de las dos formas de legados de que hablan los dos artículos precedentes, y al modo de interpretar la voluntad del donante ó testador, reglas que tambien pueden aplicarse al usufructo establecido por contrato.

Estas son las siguientes :

Regla 1ª—"La disposicion que no se refiere directamente sino á los frutos de un fundo, ó sobre el derecho de percibirlos, no es un legado de propiedad: es únicamente un legado de fruto, ó un legado de rentas, ó un legado de usufructo, segun la manera en que esté concebido."

La razon de esta primera regla de interpretacion sentada por Proudhon, está en que, no refiriéndose el testador ó donante mas que á los productos del suelo, los principios generales enseñan que á las liberalidades no debe dárseles mas estension que la que el disponente ha tenido la mente de darles.

Así, por ejemplo, si el testador ha legado los frutos de tal ó cual año, ó de un número de años determinados, es claro que no se puede estender el usufructo mas allá de ese tiempo.

1º Regla 2ª—"Para que una disposicion no se aplique sino á los frutos, es indispensable que se anuncie de una manera inequí-



voca la separacion del derecho de usufructo del de la propiedad."

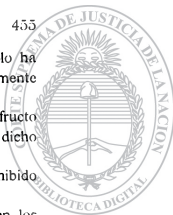
Esta regla sirve de complemento á nuestro artículo 2818, en el cual se declara que el usufructo no puede ser separado de la propiedad, sino por disposicion de la ley ó por voluntad del propietario. Esa disposicion de la ley y esa voluntad del propietario deben ser, como dice Proudhon, manifestadas de una manera espresa é inequívoca, porque siendo contrario al órden natural de las cosas que el propietario no tenga el derecho de gozar de lo que le pertenece, es necesario que una derogacion de este órden resulte de una disposicion espresa é indudable de la ley ó del propietario.

2º Con frecuencia algunos toman las palabras *derecho de posesion*, en el sentido del derecho al goce de la cosa y en contraposicion al *derecho de propiedad*. Esto, que nosotros hemos combatido en el comentario al artículo 2352, tratándose de la *posesion* propiamente dicha, tiene cierta aplicacion cuando se habla de acciones posesorias y de acciones petitorias, aplicacion que es necesario desecharla tratándose de la constitucion de un usufructo.

Proudhon, teniendo en cuenta el significado en que pueden algunos tomar la palabra *posesion*, prevé el caso en que un testador emplease esta palabra sola, legando, por ejemplo, *sus posesiones* situadas en tal lugar. En este caso, dice, debe considerarse la disposicion como un legado de plena propiedad y no como de simple usufructo, pues la palabra *posesion* debe tomarse como que significa el pleno dominio de la cosa. *Itturdum proprietatem verbum possessionis significat: sicut in eo qui possessiones suas legasset responsum est.*

3º Lo mismo será, segun el autor, nº 501, cuando se lega una casa *para habitar*; un fundo para que se *disfrute de él*; ó una propiedad para que el legatario *tenga de qué vivir*. En estos casos el legado no es únicamente de usufructo, sino que se entiende legada la propiedad, la casa ó el fundo en propiedad plena, porque aqui las palabras: *para habitar*, para que se *disfrute*, para que *tenga de qué vivir*, solo esplican la causa ó el motivo de la disposicion testamentaria, pero no que el legado deba limitarse á solo el usufructo.

4º Otra cosa será si el testador ó donante dijese que lega tal cosa para que el legatario *disfrute de ella durante su vida*, pues



estas palabras restrictivas demostrarían que el disponente solo ha querido acordar un derecho temporario, un derecho puramente personal de usufructo.

5º Respecto al caso en que se legue á una persona el usufructo de una cosa y á otro la nuda propiedad de la misma, véase lo dicho en el comentario al art. 3818.

6º Respecto al legado con sustitucion fideicomisoria, prohibido por nuestro artículo 3724, véase comentario al art. 2824.

7º Regla 3ª—"Aunque una disposicion sea concebida en los términos de un legado de usufructo, debe considerarse como legada la propiedad de la cosa, si el testador ha impuesto legalmente al legatario una carga que supone necesariamente hacerlo propietario de lo dado en usufructo" (Proudhon, nº 515).

8º Regla 4ª—"Si el testador lega el usufructo de un fundo, y acuerda al mismo tiempo el derecho de vender dicho fundo, esta sola circunstancia no basta para hacer degenerar la disposicion en un legado de propiedad."

"Algunos autores, dice Proudhon, Usufructo, nº 516, piensan que esta facultad hace degenerar la disposicion de legado de usufructo en legado de propiedad."

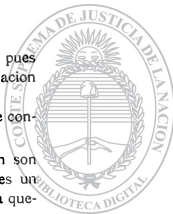
La simple facultad de vender no es de ninguna manera incompatible con el derecho de usufructo, puesto que esa facultad no supone que el usufructuario no esté obligado á la restitution, únicamente modifica la regla general, en el sentido de que en vez de estar el usufructuario obligado á conservar la cosa en sustancia, como lo ordena nuestro artículo 2807, para devolverla en natura, estará obligado á devolver el precio de ella si llega á venderla.

Mal podria eximirse de la devolucion de este precio cuando el testador solo ha legado espresamente el usufructo de la cosa ó de su precio y no la cosa misma.

9º Sentando que en el caso propuesto el usufructuario está obligado á devolver el precio, nos falta resolver la cuestion de cuándo debe hacerse esta devolucion.

Por nuestro artículo 2822 está limitada la duracion del usufructo á la vida del usufructuario, si no se ha fijado un término.

Como la facultad de que se trata solo modifica la obligacion del usufructuario de volver la misma cosa que recibe, no habria razon alguna para que, sin una declaracion espresa al respecto,



se cambiara también el tiempo de la duración del usufructo, pues que esto es completamente independiente de cualquier modificación que las partes hubieran hecho al principio general.

Así, pensamos que el usufructo duraría el tiempo legalmente convenido ó la vida del usufructuario.

10ª Regla 5ª.—“Cuando los términos de una disposición son tales que, tomándolas aisladamente, haya duda sobre si es un legado de propiedad ó un legado de usufructo lo que se ha querido hacer; y si esas disposiciones se refieren á otras que les preceden y que son mas claramente explicadas, se debe entender en el mismo sentido que las precedentes.”

Este principio lo ilustra Proudhon, con el ejemplo siguiente: “Suponiendo que en la primera cláusula de un testamento el testador haya dicho que lega á Pablo el usufructo de su prado ó de su viña, y agregue en otra cláusula que lega *igualmente* ó del *mismo modo*, su casa á Pedro para gozarla; esta segunda condición deberá ser considerada como que solo hace un usufructo, puesto que haciendo referencia á la precedente, se ve, por la manera como el testador se espresa, que la una y la otra deben ser de la misma naturaleza.

11ª—Regla 6ª.—Otra regla traída por Proudhon, es la de que, siendo dudoso si la disposición del testador importa legado de usufructo ó legado de propiedad, se entiende lo primero cuando el testador ha dispensado al usufructuario de hacer inventario.

Por nuestro derecho, cuando el testador ha hecho espresamente un legado de usufructo, si el testador ha dispensado al usufructuario de hacer inventario, tal cláusula se tendrá como no escrita (art. 2850).

Pero en caso de duda sobre si la intención del testador ha sido hacer un legado de usufructo ó un legado de propiedad, es indudable que la cláusula en que se dispensa hacer inventario, significa claramente que la intención del testador es hacer un legado de usufructo y no de propiedad, puesto que para lo segundo no necesita hacer inventario. (Véase art. 2850.)

**2816**—El usufructo legal es establecido por la ley en los bienes de los hijos menores á favor de sus padres, en los términos dispuestos en el título *De la patria potestad*; y también en los bienes sujetos á reserva par el cónyuge viudo, según los términos dispuestos en el título *Del*

*matrimonio.* (Concuerda con los arts. 290—2812, inc. 3—2830, última parte —2858—2862.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4531—Goyena, 436—Código de Chile, 766, inc. 1—Demolombe, tom. 10, núms. 234 y siguientes.

Para esta clase de usufructo rigen las mismas reglas que para el constituido por contrato ó por testamento, salvo las modificaciones espresas de la ley (art. 2862).

**2817**—El usufructo se adquiere por prescripcion del goce de la cosa, segun se dispone en el Libro IV, para adquirir la propiedad de los bienes. (Concuerda con los arts. 2812, inc. 4—3999—4015.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 3531, inc. 5—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1310.

**Por prescripcion :** Supóngase que una persona da en usufructo á otro un inmueble que no le pertenece. El usufructuario entra de buena fe en el goce de su derecho; despues de haber poseído diez años, estando el verdadero dueño presente, ó veinte estando ausente, se presenta el propietario reivindicando su inmueble, y lo reivindica realmente porque el que poseía como nudo propietario no tenía título para prescribir; en este caso, decimos, el usufructuario podrá, con arreglo al presente artículo y al inciso 4 del 2812, impedir que la reivindicacion tenga efecto contra él, oponiéndole la prescripcion de su derecho de usufructuario. Él no ha podido prescribir la propiedad de la cosa usufrutuada, porque atribuyéndose solo al título de usufructuario, su posesion es precaria, y es sabido que el poseedor precario no puede prescribir.

Lo mismo será respecto á una posesion de treinta años, con la diferencia de que poseyendo á nombre del que se dice nudo propietario sin serlo, éste (el nudo propietario) habria adquirido por prescripcion la propiedad de la cosa usufrutuada, con arreglo al art. 4015.

Esa posesion de treinta años, á título de usufructuario, aunque no tenga buena fe, le hace prescribir el derecho real de usufructo de que ha estado en posesion, pero no la propiedad de la cosa; desde que él posee por el que se dice propietario, *alli non sibi*, no puede





invocar contra el mismo la prescripción de la nuda propiedad, por mas tiempo que haya poseído, *etiam per mille annos* (Baudry-Lacantinerie, citado).

1º Suponiendo adquirido por prescripción el derecho de usufructo, ¿qué tiempo deberá durar? ¿Será permanente como todos los derechos que se adquieren por prescripción?

Es indudable que no. La duración del usufructo, por motivos de orden público (nota del codificador al art. 2835), está limitada á la vida del usufructuario ó de veinte años cuando se trata de una persona jurídica (arts. 2825, 2828 y 2921). Ahora bien, ¿qué motivo habria para derogar estas disposiciones de orden público en el caso de adquirir el usufructo por prescripción? Ninguna, absolutamente; y desde que la ley en principio general dice que nunca la duración del usufructo puede ir mas allá de la vida del primitivo usufructuario (art. 2921), no habria por qué exceptuar de esos principios generales el caso que estudiamos. Se dirá que el usufructuario que ha adquirido su derecho por prescripción tiene la facultad de transmitir su derecho á sus herederos, y que lo contrario seria violar el derecho de propiedad. Contra esto está el principio consagrado por el artículo 5, de que ninguna persona puede tener derechos irrevocablemente adquiridos contra una ley de orden público.

El artículo 2921, al limitar á la vida del usufructuario el derecho de usufructo aunque se hubiese contraído por un término mas largo, da un ejemplo de la aplicación de este principio; y si fuera cierto que limitando el usufructo adquirido por prescripción al término de la vida del usufructuario se va contra un derecho que debe ser irrevocable, el mismo reproche tendria el art. 2921 citado, que limita á un término lo que se ha adquirido por mayor. Si así fuera, el legislador no habria adoptado el temperamento del artículo citado.

2º Si el usufructuario que aun no ha alcanzado á prescribir muere ¿sus herederos pueden aprovecharse del tiempo de la posesión de su antecesor para percibir?

Pensamos que no; la naturaleza especial del usufructo hace que concluya con la vida del usufructuario; lo contrario sería admitir la transmisión por sucesión del derecho de usufructo (nota del codificador al art. 2825).

El usufructo es un derecho inherente á la persona, y como tal no puede transmitirse por sucesión. Si el usufructuario no puede



trasmitir por contrato el usufructo que tiene, por mas tiempo que el de su vida, con mayor razon no puede transmitir á sus herederos lo que ni por contrato puede hacer para despues de su muerte.

3º Por derecho frances no está legislado el caso de adquisicion por prescripcion; pero la jurisprudencia lo ha sancionado en el sentido de nuestro artículo (Dalloz, *prescripcion*, núms. 93 y 94).

**2818**—El usufructo no puede ser separado de la propiedad sino por una disposicion de la ley, ó por la voluntad del propietario. Los Jueces, so pena de nulidad, no pueden constituir usufructo por ningun motivo en division y particion de bienes. (Concuerda con el artículo 2812.)

#### CONCORDANCIAS

(Cód. Frances, art. 579—*Demante, Cours analytique*, n° 418, *bis*—*Toullier*, tom. 3, n° 361—*Duranton*, tom. 4, n° 489—*Marcadé*, sobre el art. 579, n° 2—*Demolombe*, tom. 10, n° 232)—Nuestro comentario al art. 2815—*Freytas*, 4535—*Laurént*, tom. 6, n° 337.

**Por una disposicion de la ley**: Solo cuando hay una disposicion *expresa* de la ley habrá usufructo legal.

**Los Jueces, so pena de nulidad, no pueden constituir usufructo**: Este punto no está decidido por derecho frances, y algunos jurisconsultos, como *Zachariæ*, siguiendo el del derecho romano, creen que por derecho frances puede crearse el usufructo por los Jueces como medio de cortar dificultades en una division. Pero la opinion contraria, es decir, la regla de nuestro artículo es la que ha prevalecido (Dalloz, palabra *Usufructo*, n° 75.)

**2819**—En caso de duda se presume oneroso el usufructo constituido por contrato; y gratuito el que fuese constituido por disposicion de última voluntad. (Concuerda con los arts. 2813—2814—2922.)

#### CONCORDANCIAS

*Freytas*, 3609, última parte.

El usufructuario á título gratuito tiene siempre algunas cargas, como puede verse por los arts. 2898 y sus concordantes.

**2820**—El usufructo que se establece por contrato, solo se adquiere como el dominio de las cosas por la tradicion de ellas; y el establecido por testamento, por la muerte del testador. (Concuerda con los arts. 577 y sus concordantes—2799—2813—2815—2821—2830—3771—3773—3779.)



## CONCORDANCIAS

(L. 84, Tit. 9, Part. 6.—Proudhon, tom. 1, núms. 333 y 394).—Freytas, 4537 á 4539.  
—Nota del codificador al art. 3766—Laurent, tom. 6, n° 346.

Los concordantes citados complementan el alcance de este artículo.

El usufructo establecido por la ley se adquiere desde el momento que tiene lugar el hecho que crea. Freytas, es espreso al respecto en su art. 4541.

**Por la tradicion de ellos:** Esto es en consecuencia del principio consagrado por nuestro Código de que ningun derecho real puede ser adquirido sin tradicion. Mientras el constituyente del usufructo, ó el Juez en su defecto, no pongan al usufructuario en posesion de la cosa objeto del usufructo, ningun derecho habrá adquirido respecto de terceros. (Véase comentario al 3413.)

Así, si el propietario de la cosa dada en usufructo la enajena á un tercero y le hace tradicion de ella ántes de haber hecho tradicion del usufructo, el usufructuario solo tendrá accion contra el enajenante, pero no contra el tercero adquirente de buena fe (art. 594). Sobre la falta de tradicion en las distintas hipótesis, véase los arts. 592, á 596.

Por lo que hace á la forma en que debe constituirse el usufructo, véase lo dicho en el comentario al art. 2830.

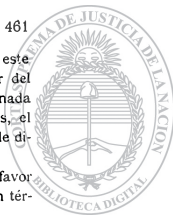
**2821**—El usufructo puede ser establecido conjunta y simultáneamente á favor de muchas personas, por partes separadas ó indivisas, pura y simplemente, ó bajo condiciones, con cargos ó sin ellos, á partir de un cierto día, ó hasta una cierta época, y en fin con todas las modalidades á que el propietario de la cosa juzgue conveniente someterlo. (Concuerda con los arts. 2820—2824—2829.)

## CONCORDANCIAS

(L. 20, Tit. 31, Part. 3.—L. 5, Tit. 1, Lib. 7, Dig.—Proudhon, tom. 1, desde el n° 403 hasta el 425—Demolombe, tom. 10, núms. 250 y sigtes.)—Goyena, 437—Freytas, 4552—Código Frances, 580.

**Conjunta y simultáneamente á favor de muchas personas:** Pero no podrá establecerse á favor de varias personas para gorzar los unos despues de los otros (art. 2824), porque esto sería, como dice la nota del codificador á dicho artículo, prolongar demasiado su duracion.





Las palabras *conjunta y simultáneamente* de que se vale este artículo, significan que las personas deben entrar á gozar del usufructo al mismo tiempo, sea en una porcion determinada de renta ó sin determinacion de partes. Por derecho frances, el punto decidido en las palabras que estudiamos es materia de division (Demolombe, tom. 10, núms. 246 y 247).

1º ¿Qué tiempo debe durar el usufructo establecido en favor de varias personas conjuntamente, cuando no se ha fijado un término?

Lo mas racional parece ser que el usufructo dure hasta la muerte del último de los usufructuarios, con arreglo á lo dispuesto en el art. 2822.

Establecido conjuntamente el usufructo y sin término fijo, no habria razon para quebrar la regla del art. 2822 en perjuicio de los sobrevivientes.

Una prueba de que el usufructo solo se estingue con la muerte del último usufructuario es el art. 2823; en dicho artículo se establece que siendo dos ó mas los usufructuarios solo habrá derecho de acrecer cuando así se ha dispuesto en el instrumento constitutivo del usufructo; en el 3818 se dispone tambien lo mismo. Esto prueba, decimos, que el usufructo continúa despues de la muerte de alguno de los usufructuarios, pues si terminase con el que primero que muriese no habria ni para qué hablar del derecho de acrecer.

**Por partes separadas ó indivisas:** En uno y otro caso no hay derecho de acrecer, á ménos que en el título constitutivo del usufructo se haya establecido lo contrario en cualquiera de los dos casos (arts. 2823, 3818 y notas del codificador á los mismos).

**Pura y simplemente:** Es decir, cuando la constitucion del usufructo no tiene ni término *ex die, ni in diem*, y que en consecuencia, se adquiere desde las épocas designadas en el artículo 2820, y dura hasta la muerte del usufructuario (Demolombe, tom. 10, nº 251) y sin ninguna otra modalidad.

**O bajo condicion:** Que puede ser suspensiva, solo en ciertos casos, ó resolutoria. (Véase art. 2820 y su comentario.)

**2822**—Cuando no se ha fijado término para la duracion del usufructo, se entiende que es por la vida del usufructuario. (Concuerda con los arts. 2825—2920—2921—2929—2972—3004.)

## CONCORDANCIAS

Código Frances, 617, 1ª parte—Freytas, 4531, 1ª parte—Código de Chile, 770.

El presente artículo nos parece inútil existiendo los concordantes citados. Cuando mas ha podido formar un inciso de cualquiera de ellos. (Véase lo dicho en el art. 2825.)

2823—Siendo dos ó mas los usufructuarios, no habrá entre ellos derecho de acrecer, á ménos que en el instrumento constitutivo del usufructo se estipulare ó dispusiere espresamente lo contrario. (Concuerda con los arts. 2084—2824—2825—3818.)

## CONCORDANCIAS

(*Nec enim fas est, dice la ley romana, tristis casus expectature*, L. 34, § 2. Tit. 1. Lib. 18, Dig.—Sobre el derecho de acrecer en el usufructo. véase Proudhon. tom. 2, todo el capítulo 13)—Freytas, 4676—Nuestro comentario al artículo 2821.

El artículo 3818, refiriéndose al usufructo constituido por testamento, está mejor explicado que el presente; y siendo los principios allí sentados aplicables tambien al que se constituye por contrato, ha podido adoptarse la redaccion de aquél, cambiando solo las primeras palabras que se refieren al legado, y suprimirse el 3818 citado.

**No habrá entre ellos derecho de acrecer:** El usufructo establecido á favor de varias personas, puede serlo por partes separadas ó indivisas (art. 2821), es decir, conjuntamente. Si se dice, por ejemplo, que se establece á favor de Juan y de Pedro, por mitad á cada uno, ó una tercera parte á uno y las dos terceras partes al otro, el usufructo será establecido, como dice el artículo 2821 citado, por partes separadas; pero si se dice simplemente que se establece á favor de Juan y de Pedro, sin designacion de partes será establecido conjuntamente.

¿Se refieren á estos dos casos las palabras que estudiamos?

¿En ninguno de los dos habrá derecho de acrecer?

Segun los principios generales, el derecho de acrecer solo tiene lugar en las disposiciones testamentarias (art. 3810 y nota del codificador al mismo) pero no en los contratos. Entónces, el derecho de acrecer, á que el artículo que estudiamos se refiere, es únicamente al establecido por testamento; siendo así, el art. 3818 establece terminantemente que no hay derecho de acrecer aunque





el legado de usufructo sea establecido *conjuntamente*; de aquí resulta que el artículo es aplicable á una y otra de las hipótesis indicadas.

**Se estipulare ó dispusiere expresamente lo contrario:**

Tratándose de usufructo establecido por testamento, el artículo 3818 admite la manifestacion implícita del testador en que indique el derecho de acrecer entre los legatarios.

Tratándose de usufructo establecido por contrato ó por donacion, la manifestacion de que por la muerte ó no aceptacion de uno de los usufructuarios el que acepte ó el sobrevivientea proveche del todo del usufructo, no es por el derecho de acrecer, sino porque esa manifestacion espresa del donante ó de las partes contratantes importa establecer el *jus non decedendi* (Proudhon, citado, n° 564, nota del codificador al art. 3810).

Cuando no se ha creado el *jus non decedendi*, ó cuando no se ha establecido el derecho de acrecer, la parte que tenía el que ha muerto, ó el que ha dejado de ser usufructuario, se consolida con la nuda propiedad, como sucede en el caso del art. 2084.

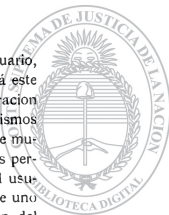
Para determinar la parte que se consolida con la nuda propiedad habrá que estar á los términos de la constitucion del usufructo; si ha sido por partes separada esa misma division será la que se observe; si es conjuntamente, se estará á los principios generales que dicen corresponder á todos por partes iguales y en este concepto se hará la division. (Véase art. 2084 y nota del codificador al mismo.)

**2821**—El propietario no podrá constituir el usufructo á favor de muchas personas llamadas á gozarlo sucesivamente las una despues de las otras, aunque estas personas existan al tiempo de la constitucion del usufructo. (Concuerda con los arts. 1842—2823—2824—3725—3730 á 3732.)

CONCORDANCIAS

(En contra, Duranton, tom. 4, n° 491—Demolombe, tom. 10, núms. 247 y siguientes—Aubry y Rau, § 228—Goyena, 437)—En favor, Freytas, 4555, incisos 1 y 2—Código de Chile, 769—Notas del codificador á los artículos 1842, 2724 y 3732.

**Aunque estas personas existan al tiempo de la constitucion del usufructo :** Que no se admita el usufructo en el caso del art. 2825, ó cuando se constituye á favor de una per-



sona y de otras que puedan existir á la muerte del usufructuario, se aplica por las razones de órden social espuestas en la nota á este artículo, pues sería, como dice, prolongar demasiado la separación de la propiedad de la del usufructo en perjuicio de los mismos interesados; pero cuando el usufructo se establece á favor de muchas personas que deben gozarlo sucesivamente cuando estas personas existen, no vemos estos inconvenientes, puesto que el usufructo no vendría en este caso á durar mas allá de la vida de uno de los usufructuarios existentes al tiempo de la constitucion del derecho.

Desde que por el art. 2823 se permite establecer el usufructo á favor de varias personas con derecho de acrecer, el resultado práctico en este caso vendría á ser el mismo que se prohíbe por el artículo que estudiamos. Decimos el mismo resultado, porque el usufructo en uno y otro caso vendría á durar el tiempo que viviese el de mas larga vida de los usufructuarios; y como el fundamento del artículo, segun la nota del colificador, es la demasiada duracion del usufructo, tenemos que en el caso del artículo 2823 la duracion es la misma. De aquí resulta que, ó ha debido suprimirse las palabras que estudiamos ó suprimirse el 2823.

Supóngase, por ejemplo, que con arreglo al art. 2823, se constituye un usufructo á favor de Pedro, Diego y Juan, con derecho de acrecer; en este caso el usufructo será hasta que muera el de mas larga vida. Se establece el usufructo á favor de las mismas personas, para que lo gocen sucesivamente, trasmitiéndose del primero al siguiente por la muerte del que lo gozaba; en este caso tambien el usufructo durará hasta la muerte del que tenga mas larga vida. Se ve, pues, que en ambos casos el resultado es el mismo; por esto creemos que el legislador habria hecho mejor en suprimir las palabras que estudiamos.

1º ¿Qué efecto producirá el usufructo constituido en la forma prohibida en el artículo que estudiamos? Es indudable que solo producirá efecto respecto al que primero es llamado á gozar de él y durará hasta su muerte; pero si el primero no lo acepta, valdrá respecto al segundo ó el tercero, segun el que lo acepte (argto. á los arts. 1039, 3724 y 3730).

La mente del constituyente vendrá así á cumplirse en la parte que la ley permite (Freytas, art. 4536 y el Código de Chile, 769, son espresos al respecto).



Por manera que los usufructuarios posteriores solo se considerarán como sustitutos en caso de faltar los anteriores ántes de deferirse el usufructo, ó de no aceptarlo; pero teniendo efecto respecto de uno, el derecho de los otros caduca.

Concluido ese primer usufructo, la propiedad plena de la cosa pasará al constituyente ó á sus herederos (art. 2929).

2º ¿Importará una sustitucion prohibida el hecho de legar á una persona el usufructo durante su vida con cargo de pasar la propiedad despues de su muerte á un tercero?

"Se debe ver en semejante disposicion, dice Proudhon, Usufructo, tom. 2, nº 513, un legado directo de la nuda propiedad hecha al uno, y solamente un legado de usufructo hecho al otro, ántes que suponer un fideicomiso que sería nulo por el todo; que si el testador ha encargado al legatario del usufructo entregar la cosa al legatario de la propiedad, esto solo debe entenderse respecto al hecho de la posesion en la cual el uno debe entrar inmediatamente despues del otro."

Esto está espresamente permitido por nuestras leyes en el art. 2815, que permite legar el usufructo reservando la propiedad á sus herederos ó á un tercero.

El legislador teniendo en cuenta que esta clase de legados podia confundirse con las sustituciones fideicomisorias prohibidas por nuestras leyes (artículo 3724 y nota del codificador al mismo), ha previsto espresamente el caso permitiendo hacer esta sustitucion.

**2825**—El usufructo no puede ser constituido para durar despues de la vida del usufructuario, ni á favor de una persona y sus herederos. (Concuerda con los arts. 498—612—2822—2823—2824—2920—2921—2929.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas. 4555, incs. 5 y 6—Las del art. 2822—Código Frances, 617, 1ª parte.

El presente artículo es completamente inútil con los concordantes citados, en los cuales está comprendido el caso aqui legislado.

**2826**—El usufructo puede ser alternativamente legado, colocando el derecho del usufructo mismo en alternativa con otra cosa de la propiedad del testador. (Concuerda con los arts. 635—637—3756—3757—3758.)

## CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 1, n° 455)—Laurent, tom. 6, n° 361.

**El usufructo puede ser alternativo:** El legado alternativo es considerado, dice Laurent, lugar citado, en principio general un legado puro y simple. Sin embargo, en cierto modo debe considerarse á plazo, pues que no siendo sino sobre una de las cosas comprendidas en la alternativa, éste no existe sino despues que el usufructuario haya hecho la eleccion.

Entre nosotros la adquisicion depende de la tradicion cuando se establece por contrato, y de la muerte del testador cuando lo es por testamento; y como nunca puede tener lugar la tradicion sin haberse hecho la eleccion, el hecho de ser alternativo no influye respecto á su eficacia.

Los principios que rigen sobre las obligaciones alternativas les serán aplicables (art. 3758). Así, el usufructuario tendrá el derecho de elegir entre las cosas comprendidas en la alternativa si el testador le ha dejado espresamente la eleccion; si no se la ha dejado, corresponderá ésta á sus herederos como deudores de la obligacion (art. 637—Nota del codificador al que estudiamos, y artículo 3756 y nota del codificador al mismo).

1° ¿Qué sucederá si el legado consiste en la alternativa de la propiedad de una cosa ó del usufructo de otra si despues de la muerte del testador, muere el usufructuario sin haber hecho la eleccion?

¿Podrán los herederos hacer uso de la facultad de elegir? Es indudable que ellos no podrán reclamar el usufructo puesto que necesariamente se ha extinguido con la muerte del usufructuario. Pero no habiendo el legatario hecho la eleccion, es claro que existe el legado de la propiedad, y éste es trasmisible á los herederos (art. 3766). No pudiendo cumplirse con una de las cosas comprendidas en la alternativa debe cumplirse con la otra.

**2827** —El usufructo es universal, cuando comprende una universalidad de bienes, ó una parte alienota de la universalidad. Es particular cuando comprende uno ó muchos objetos ciertos y determinados. (Concuerda con los arts. 2869—2898—2925—2940.)



## CONCORDANCIAS

Nota del codificador al art. 2312—Nuestro comentario y nota del codificador al art. 2764—Laurent, tom. 6, n° 357—Vazeille, tom. 3, p. 3, n° 3—Código Frances, art. 1003—Demolombe, tom. 10 n° 258, *bis*—Proudhon, núms. 529, 636 y 1829.

**Una universalidad de bienes:** Cuando se dice, por ejemplo: *Legó á Pedro el usufructo de todos mis bienes*, y también cuando se dice: *legó á Pedro el usufructo de la mitad, del tercio, del quinto de mis bienes*, habrá usufructo universal.

Pero no será universal en el sentido de este artículo, y para el efecto de las obligaciones y derecho del usufructuario, cuando el legado no es constituido en esta forma, aunque en realidad comprenda todos los bienes del testador.

“Un legado, dice Proudhon, tom. 4, n° 1830, puede ser universal en el hecho y ser particular en el derecho.”

Así, si un testador lega el usufructo de tales ó cuales bienes designados espresamente, esto no constituye un legado universal aunque los bienes designados sean todos los que el testador posee.

Importa distinguir esto para determinar las obligaciones y derechos del legatario respecto á los herederos y acreedores de la sucesión. (Véase arts. 2869, 2899 á 2901.)

1° El usufructo universal hecho por testamento, no es un legado universal; el legatario no será entónces sino un legatario á título particular. El legado universal comprende la *universum ius defuncti*; esto no puede decirse del usufructuario universal, que solo tiene derecho á los frutos y no á la propiedad ni demás derechos inherentes á ella; no es llamado, como dice Hureaux, tom. 5, n° 151, *au tout in toto et totum in quâlibet partes*, sino sobre ciertos derechos.

“No hay otros legatarios universales, ó á título universal, dice Marcadé, citado por el codificador en los arts. 2898 y 2899, que aquellos á quienes el testador ha *dado en propiedad* (véase los concordantes de nuestros arts. 2899 y 2900, argentinos) la totalidad ó una parte de su patrimonio; de aquí se sigue que el legatario de usufructo no es sino un legatario particular.”

Una cosa es ser usufructuario universal y otra legatario universal (Demolombe, tom. 10, n° 258).







Sobre los derechos del usufructuario universal, véase nuestro comentario al art. 2869.

**2928** El usufructo no puede ser establecido á favor de personas jurídicas por mas de veinte años. Conterla con los arts. 2083—2614—2920—2929—3004.

#### CONCORDANCIAS

(Aubry y Rau, § 228, nota 4—Demolombe, tom. 10, n° 244—Marcadé, sobre el art. 617, n° 1—En contra, Proudhon, n° 331—Duranton, tom. 4, n° 663)—Nota del codificador á los arts. 2503 y 2505—Laurent, tom. 6, n° 352—Freytas, 4355, inc. 7—Código Frances, 619

**No puede ser establecido :** “Es un punto muy controvertido, dice Marcadé, lugar citado por el codificador, el de saber si por una convencion formal, las partes podrán estender á mas de treinta años el usufructo concedido á una persona moral, Proudhon (tom. 1, n° 331) y Duranton (tom. 4, n° 633) están por la afirmativa. Zachariæ (tom. 2, p. 33) está por la negativa y nosotros adoptamos esta última opinion.”

Por nuestro derecho, esto no puede ser motivo de cuestion dados los términos del artículo que estudiamos y de la última parte del art. 3004.

1° Pero supóngase que las partes han estipulado un usufructo por mas de veinte años, ¿será nula la constitucion del usufructo, ó solo deberá reducirse al término de 20 años?

Parece indudable que entre nosotros la constitucion del usufructo á favor de una persona jurídica por mas tiempo que el legal no será nula, sino que deberá reducirse á veinte años. Cuando se trata de usufructo establecido á favor una persona y de sus herederos, el acto no es nulo, sino que se reduce á la vida del usufructuario. De la misma naturaleza es la prohibicion de crear usufructo por mas de veinte años; decimos de la misma naturaleza, porque ambas prohibiciones tienen un mismo objeto, no prolongar demasiado el tiempo de la duracion del usufructo.

Esto que es aplicable á las personas de existencia visible no habria razon para no aplicarla á las jurídicas. Los concordantes citados apoyan tambien esta interpretacion.

Sobre todo, no habria ningun perjuicio en reducir el usufructo al tiempo legal, como lo haria en sancionar por interpretacion una nulidad.

~~2829~~—El usufructo no puede ser constituido bajo una condicion suspensiva ó á plazo suspensivo, á ménos que, siendo hecho por disposicion de última voluntad, la condicion se cumpla ó el plazo se venza despues del fallecimiento del testador. (Concuerda con los arts. 2820 --2821—2988.)

## CONCORDANCIAS

Freytas, 4537--Código de Chile, 768—(Proudhon n° 406).

El artículo 768 del Código de Chile está mejor redactado que el nuestro; y como á éste debe dársele el mismo alcance que á aquél en lo que respecta á la primera parte, lo trascribimos para que se comprenda mejor el del que concordamos. Adviértase que el párrafo último difiere del nuestro en que el uno dice *antes* y el otro *despues*.

“Se prohíbe, dice, constituir usufructo alguno bajo una condicion ó á un plazo cualquiera que suspenda su ejecucion. Si de hecho se constituye, no tendrá valor alguno. Con todo, si el usufructo se constituye por testamento, y la condicion se hubiere cumplido ó el plazo hubiere espirado *antes* del fallecimiento del testador, valdrá el usufructo.”

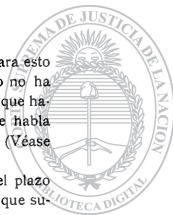
Despues, el jurisconsulto Bello, al dar la razon de esta disposicion, dice: “Constituido un usufructo bajo una condicion suspensiva que tardare 30 ó 40 años, el propietario gravado tendrá que conservar esta propiedad sin alterar su forma durante ese espacio de tiempo, y por supuesto no la mejoraria para que se aprovechase de las mejoras el usufructuario futuro; es decir, que tendria las obligaciones y responsabilidades del usufructuario en su misma propiedad. Habria virtualmente dos usufructos sucesivos.”

“Por otra parte, la restriccion que impone este artículo al derecho de propiedad es de poca monta, porque en la práctica es rarísimo que se constituyan usufructos á condicion ó á plazo suspensivo.”

Si el usufructo se pudiera constituir bajo plazo suspensivo, vendria á dejarse sin efecto alguno el artículo 2824, pues que bien podria ponerse como plazo suspensivo la muerte del primer usufructuario, ó un plazo calculado para la época en que esto podia tener lugar.

En el artículo que estudiamos se ha separado nuestro Código del Frances y demas que le han seguido.





**Despues del fallecimiento del testador :** Pero para esto es necesario que exista el usufructuario porque su derecho no ha podido transmitirse á sus herederos (art. 3799). Creemos que habria sido mejor adoptar por completo el artículo de Chile que habla del plazo cumplido *antes* del fallecimiento del testador. (Véase el nº 3 de este comentario.)

1º ¿Desde cuándo se adquiere el usufructo cuando el plazo puesto vence despues de la muerte del testador? ¿Desde que sucede la muerte ó desde que se cumple el plazo?

Pensamos que el usufructo quedaria adquirido, con arreglo al art. 2820, desde la muerte del testador. Lo contrario, seria chocar con el fundamento mismo del artículo puesto por Bello, que es no obligar á los terceros á conservar una cosa que despues de cierto tiempo va á pasar en usufructo á otro. En esta situacion estarian los herederos del testador, pues que serian obligados á conservar la cosa para pasársela al usufructuario una vez que se concluyera el plazo suspensivo.

2º Lo mismo seria si el testador dijera: *Lego el usufructo de tal cosa á Pedro para que principie a disfrutar un año despues de mi fallecimiento.* Aquí habria tambien un plazo suspensivo prohibido por el artículo que estudiamos.

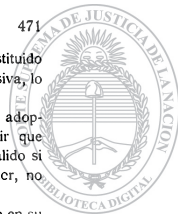
El principio es que la adquisicion del legado únicamente depende de la muerte del testador.

3º ¿Será válido el usufructo constituido en testamento bajo condicion suspensiva cuyo plazo se cumpliera antes de la muerte del testador?

Es indudable que no. Lo contrario seria derogar el principio general del artículo que estudiamos, que declara nulo el legado de usufructo dejado bajo condicion ó plazo suspensivo fuera del caso espresamente esceptuado.

Si agregásemos esta otra escepcion se destruiria la regla, porque no quedaria á qué otro caso aplicarla tratándose de usufructo constituido por testamento.

Decimos que no quedaria otro caso en que pudiera aplicarse la regla general porque la condicion, ó se cumple antes ó se cumple despues del fallecimiento del testador, y si se dijera que era válida la constitucion del usufructo, sea que la condicion se cumpla antes ó despues de la muerte del testador, las palabras: *á menos que*, etc., etc., puestas en el artículo, no tendrán sentido.



Esto sería admitir lisa y llanamente que el usufructo constituido por testamento puede estar sometido á una condicion suspensiva, lo cual evidentemente no es permitido.

4º Pensamos, sí, que el legislador habria hecho mejor en adoptar por completo la disposicion del Código Chileno, y decir que el usufructo constituido bajo condicion suspensiva sería válido si el plazo hubiere espirado *antes* del fallecimiento del testador, no *después*, como dice nuestro artículo.

Téngase presente lo dispuesto en el art. 3799, y lo dicho en su comentario, lo cual es aplicable al usufructo.

**2830**—Las condiciones requeridas para la validez de los títulos destinados á trasferir la propiedad, son igualmente necesarias para la validez de aquellos que tengan por objeto la constitucion del usufructo. Esceptuase el usufructo constituido por la ley, el cual no tiene dependencia de ningun acto de adquisicion. (Concuerda con los arts. 1184, inc. 1 y concordantes—2812—2820—2823—2992.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4541—Laurent, tom. 6, núms. 839 y siguientes.

**Son igualmente necesarios para la validez:** En todo contrato entran como elementos indispensables para la validez del acto: 1º la capacidad de los contratantes, 2º derecho á disponer de lo que se trasmite, 3º formas del instrumento en que se hace la convencion, 4º objeto del acto.

La primera, segunda y cuarta de estas condiciones, cuando se trata de constituir usufructo, está reglamentada por los arts. 2831 á 2845, y por los principios generales que les sirven de complemento á esos artículos y que se encuentran en el Tit. "*De los contratos en general*"; la tercera, está determinada en principio general por los artículos 1184, inc. 1, y sus concordantes y por el art. 2992.

Aunque este artículo nos parece inútil por estar ya en los artículos citados legislado el modo, la forma y demas requisitos necesarios para la trasmision de derechos reales en general, en los cuales entra el usufructo; y porque sin necesidad de ella la jurisprudencia habria necesariamente adoptado el principio aquí consignado, por ser un principio general contenido en distintas partes del Código, vamos á exponer aquí algunas consideraciones sobre la eficacia del título por que se constituye el usufructo y sus efectos entre las partes y con respecto á terceros.



1º Como se sabe, el usufructo puede constituirse por contrato, oneroso ó gratuito, por testamento, por la ley y por prescripción (art. 2812).

Establecido por contrato, es necesario distinguir el caso de ser gratuito del de ser oneroso.

La donacion, como es sabido, es un acto solemne que necesita cierta forma especial y sacramental sin la cual el acto es completamente inexistente. La aceptacion y la escritura son formas indispensables, y su falta tiene las consecuencias determinadas en el título "*De las donaciones*".

De los actos á título oneroso está la transaccion, que tiene tambien una forma especial, que si no se llena no produce efecto alguno ni como obligacion de hacer.

La venta, el cambio, la particion, si bien son contratos que tienen una forma determinada, sin la cual no producen efecto respecto de terceros, el solo consentimiento de las partes produce cierta obligacion de hacer que da derecho á exigir que se llenen los requisitos legales.

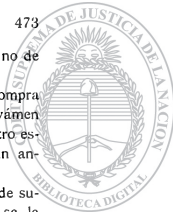
De suerte que aunque el contrato de usufructo es un contrato real que no se perfecciona sino por la tradicion de la cosa dada en usufructo (art. 2820), el convenio de las partes produce efecto respecto de ellos, como obligacion de hacer, como la produce toda obligacion de constituir derechos reales sobre una cosa.

Llenada la forma establecida por la ley, produce efecto respecto de terceros aunque ignoren el gravámen.

2º Nos parece que el legislador habria hecho bien en crear un registro especial para el usufructo, semejante al de hipoteca, sin cuyo requisito no produjera efecto respecto de terceros, Freytas establece este registro especial, y lo establece tambien el derecho Frances. Tambien lo establecen algunas de las leyes de Procedimientos de la República, como la de la Capital y otras.

De este modo se habria dado mas seguridad contra la mala fe á los adquirentes evitando que se expongan á comprar inmuebles gravados con usufructo que tienen que soportar cuando ni siquiera han tenido los medios de averiguarlo, pues no es fácil buscar en los protocolos para cerciorarse si lo que se compra tiene ó no tal gravámen; esto se facilitaria con un registro especial como el de la hipoteca.

Lo que decimos del usufructo es reclamado para todas las constituciones de derechos reales ó que importen una desmembracion del derecho absoluto y exclusivo de propiedad. De este modo



sería fácil al adquirente saber si lo que adquiere está libre ó no de gravámenes que puedan perjudicarle.

¿Acaso un comprador solo se perjudica cuando lo que compra está gravado con una hipoteca para que solo de este gravamen se haya cuidado el legislador de hacerlo anotar en un registro especial? ¿No gravan lo mismo al adquirente un usufructo, un anticresis, un arrendamiento, etc., etc.?

Pues si por ignorar estos gravámenes el adquirente puede sufrir perjuicios, facilítese los medios de conocerlos, como se le facilita el medio de conocer si un fundo está hipotecado ó no.

Esto, ni dificultaría las transmisiones y evitaría el abuso que en la práctica se nota donde las leyes orgánicas no han establecido el registro.

La ley ha debido crear esos registros especiales, como se han creado en Francia, Bélgica, etc., etc. El interes de los terceros en conocer los derechos inmobiliarios que son desmembrados de la propiedad, dicen Laurent, tom. 6, n° 347 y Molitor, *Transcription*, tom. 1, n° 20, refiriéndose á esas leyes, es evidente, y es el interes de esos terceros lo que en esas leyes se ha propuesto el legislador poner en salvo.

4° Por lo que hace al usufructo constituido por testamento, ya sabemos que tiene una forma especial, sin la cual es nula en todas sus partes; todos los derechos constituidos en un testamento nulo quedan como no constituidos.

## CAPITULO I

De la capacidad para establecer el usufructo y de las cosas sobre que puede establecerse

**2831**—No siendo fungible la cosa fructuaria, no tiene capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso, quien no la tenga para vender; ó por gratuito, quien no la tenga para donar. (Concuerda con los arts. 1302—1357 y sigtes.—1804 y sigtes—2836.)

### CONCORDANCIAS

Freytas, 4538, inc. 1—Proudhon, tomo 1, núms 301 y siguientes—Laurent, tom. 6, n° 335—Demolombe, tom. 10, n° 249.

**Quien no la tenga para vender:** ¿Quiere esto decir que siendo fungible la cosa fructuaria, cualquiera puede constituir usufructo?



Es indudable que no. La constitucion del usufructo es una enajenacion, y es claro que, sea la cosa fungible ó no, es necesario tener capacidad para enajenar. El art. 2831 que sirve de complemento al presente, debió formar parte de éste, y así se comprenderia á primera vista su alcance. (Véase comentario al art. 2836.)

Debe tenerse presente que cuando la ley habia aquí de capacidad para vender, se refiere á los que tienen capacidad para vender la misma cosa dada en usufructo, y no á la capacidad para vender los frutos que la cosa produzca.

Un administrador, dice Proudhon, puede tener capacidad para enajenar los frutos que produce la cosa que administra, pero nunca esta facultad implica poder dar la cosa en usufructo. (Véase art. 2840.)

Véase comentario al artículo siguiente.

**2832**—Siendo fungible la cosa fructuaria, no tienen capacidad para constituir usufructo por contrato oneroso ó gratuito los que no la tienen para prestar por mutuo. (Concuerda con los artículos 1807—2811—2831.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4533, inc. 1—Laurent, citado en el 2831.

**Los que no la tienen para prestar por mutuo:** Tales como los menores emancipados, cuando el valor de lo dado pasa de la cantidad porque pueden contraer empréstitos; y en general todos aquellos á quienes les es prohibido de un modo espreso disponer de las cosas muebles propias ó de sus representados.

Aparte de la capacidad personal del que quiere constituir usufructo y que se exige por este artículo, por el anterior y por el posterior, es necesario que el que lo constituya sea propietario de la cosa que se da en usufructo; que esa cosa pueda ser dada en usufructo (arts. 2838 y siguientes), y por último, que con la enajenacion no se cause perjuicio á terceros. Así, un propietario no podrá constituir usufructo sobre su propio fundo en fraude de los intereses de sus acreedores (Proudhon, n° 302). Importando la constitucion del usufructo una desmembracion del derecho de propiedad, una enajenacion, es claro que los acreedores pueden reclamar del usufructo constituido en fraude de sus intereses, en los



mismos casos en que pueden reclamar de una enajenación ó de un pago, etc., etc.

**2833**—No tienen capacidad para constituir usufructo, para después de sus días, los que no la tengan para hacer testamento. (Concuerda con los arts. 3606—3613—3917.)

#### CONCORDANCIAS

(Proudhon, desde el n° 901)—Freytas, 4533, inc. 3.—Comentario al artículo anterior.

**2834**—El objeto del usufructo puede ser de las mismas especies de que pueden ser los legados, excepto únicamente los que en este título se prohiben. (Concuerda con los arts. 2815—2835—2839 á 2842—3751 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4552—Proudhon, tom. 1, núms. 333 y sigtes.—Laurent, tom. 6, núms. 329 á 331.

#### **De las mismas especies de que pueden ser los gastos :**

Es decir, toda especie de bienes, muebles ó inmuebles (arts. 2838 y 3751. Véase también arts. 2843 á 2845).

1º Partiendo del principio admitido por todos de que el usufructo importa enajenación de una parte de la cosa, en razón de ser una desmembración de ella, el usufructo constituido por testamento está sujeto á disminución como están todas las disposiciones del testador que mengüen la legítima de los herederos forzosos. (Véase artículo 3603.)

¿Cómo se determinará en este caso si el testador ha pasado la porción disponible?

¿Cómo se determinará el valor del usufructo si el usufructuario sostiene que el legado no ha disminuido la legítima? ¿Se determinará por peritos? Para nosotros es indudable que no. En primer lugar, el valor del usufructo es indeterminable por cuanto es un derecho aleatorio por esencia, pues que depende de la vida del usufructuario, y por lo mismo es imposible fijarle un valor.

En segundo lugar, porque la ley le ha dado al heredero (art. 3603), el derecho de elección entre el pago del usufructo ó la cantidad disponible del testador, salvando de este modo las dificultades que en la práctica pueden presentarse.





"Pero, si por una parte, dice Proudhon, *Usufructo*, tom. 1, n° 339, el heredero es dueño de retener su legítima toda entera y abandonar el resto de la herencia al legatario, por estar ligado á él á causa del legado de usufructo, el legatario á su vez no puede ser forzado á recibir lo que el heredero le entrega sin tener la seguridad de que aquello que se le da comprende realmente toda la parte disponible del testador; esto debe demostrarlo el heredero."

El medio de probar esto será el inventario, como está determinado en el Lib. IV del Código.

Respecto á los demás casos que pueden presentarse sobre la clase de usufructo de que venimos hablando, vease comentario al art. 3603.

**2835**—Las disposiciones del Libro IV de este Código sobre lo que se comprende en cada una de las especies legadas, son en todo extensivas á cada una de las especies análogas de usufructo, no habiendo en este título disposiciones especiales en contrario. (Concuerda con los arts. 2834—3762 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

Freytas, 4553.

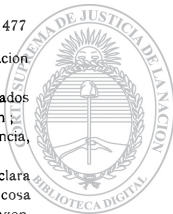
Este artículo ha debido figurar en el Capítulo III de este Título, que es donde se determina la estension de los derechos del usufructuario, y no en el presente.

1º Vamos, sin embargo, á detenernos en este artículo para determinar los casos que deben ser comprendidos en el usufructo, resumiendo así todas las disposiciones contenidas en el Código y que tienen relacion con lo dispuesto en el presente artículo. Como en el título "*De los legados*" á que se refiere no hay una reglamentacion completa sobre la materia, poca luz podemos sacar de aquel título para resolver las distintas cuestiones que pueden presentarse.

2º Proudhon, en su grande obra sobre el usufructo trae cuatro divisiones sobre las cosas que deben considerarse comprendidas en el legado de usufructo, division que es aplicable á cualquier clase de usufructo, legal, convencional, por testamento, etc.

"Los objetos dice, en el tom. 2, n° 522, que forman accesoriamamente parte del legado pueden reducirse á cuatro clases :

"1º Á los acrecentamientos que tienen por causa el aluvion ;



"2º Á los acrecentamientos que tiene por causa la destinacion del padre de familia ;

"3º Á los derechos incorporales que deben ser considerados como haciendo civilmente parte del fundo ó de la disposicion ;

"4º Á los derechos que son debidos, como una consecuencia, en razon de la ejecucion de la disposicion."

3º Respecto á la primera categoría, nuestro art. 2867, declara pertenecer al usufructuario no solo los aumentos de la cosa por aluvion, sino tambien los por accesion. Por la misma razon, debe considerarse al usufructuario con derecho para seguir disfrutando de los aumentos que la cosa haya tenido por avulsion.

Proudhon, nº 527, no está de acuerdo en dar al usufructuario el derecho de usufructuar las agregaciones que recibe el fundo que usufructúa y que vengan por avulsion. Cree que el usufructuario podrá únicamente aprovechar de los aumentos por aluvion, pero no de los por avulsion.

Para nosotros la avulsion cuando es por superposicion, la tierra traida viene á formar un todo con el predio á que se adhiere, y sería imposible establecer separacion entre esta tierra y el suelo á que se ha adherido para dar al nudo propietario los productos de esa cosa, sin que se disminuyan los derechos del usufructuario. Cuando es por adjuncion, ya hemos dicho en el comentario al art. 2585, pertenecen al dueño del lecho del rio.

El derecho de reivindicacion que se da por el artículo 2583, puede ejercerlo el usufructuario, con arreglo al art. 2876.

5º Las islas que se formen en el lecho del rio, por mas próximas que estén en fundo usufructuado no pertenecen en goce al usufructuario, pues que segun el artículo 2340, inc. 6, pertenece al Estado.

6º Por estension del art. 2867, debe considerarse que el usufructuario puede aprovecharse de los aumentos, por edificacion y plantacion, pues esto se comprende en la accesion.

7º Respecto á la segunda categoría, Proudhon, nº 531, dice: "Cuando el usufructo se establece sobre inmuebles, el usufructuario, sea á título gratuito ú oneroso, tiene derecho á gozar tambien de las cosas que, aunque muebles por su naturaleza, son puestas al servicio del fundo: pues, como en los legados, las donaciones ó las ventas, la propiedad donada, legada ó vendida debe ser entregada con todos sus accesorios al donatario, legatario ó comprador;



así también, en el caso de concesión de un usufructo los accesorios deben ser entregados al usufructuario."

Por nuestras leyes, el art. 2910 impone al nudo propietario la obligación de entregar al usufructuario la cosa gravada con el usufructo con todos *sus accesorios*. El art. 3761, que debe aplicarse al usufructo según lo establecido en el artículo que estudiamos, dan también al heredero el derecho de exigir la cosa con todos los útiles necesarios para su uso, que existan en ella. (Véase también art. 3766 y su nota.)

Como consecuencia de lo dispuesto en el art. 2910 y también de lo dispuesto en el 3763, en el usufructo de un fundo de labranza se comprenden los animales del servicio, las herramientas y demás útiles de labor (Proudhon, núms. 533 á 537).

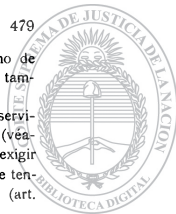
Esto es así no solo por lo establecido en los dos artículos citados, sino también con arreglo á lo dispuesto en los arts. 2316, 2320 á 2323, debiendo hacerse respecto al usufructo la misma distinción que se hace allí para distinguir lo accesorio de lo principal.

8º Cuando se da en usufructo una casa amueblada, no se deben considerar comprendidos en los muebles sino los que forman el ajuar de ella (art. 3763).

9º Para no alargar demasiado la enumeración de las distintas cosas que deben considerarse comprendidas en la cosa dada en usufructo, diremos que toda cuestión al respecto debe decidirse con arreglo á los principios generales que sirven para determinar las cosas accesorias de otra; que el usufructuario tiene derecho á gozar de todas las cosas que se encuentran en la cosa dada en usufructo como accesorios de ella; que en caso de duda no habrá más que decidir si aquello sobre que se pretende tener usufructo forma parte integrante del inmueble, como las máquinas de agricultura en un fundo de labranza, las piedras y demás enseres en un molino, son ó no accesorios; decidido esto, la aplicación no ofrece dificultad.

En la duda de si las cosas sobre que el usufructuario pretende tener derecho cuando se trate de un legado de usufructo ó de un legado á título gratuito, debe considerarse que el legado ó la donación no comprende aquellas cosas. Esto es una aplicación de lo dispuesto en el art. 3765.

En las demás cosas se estará á lo dispuesto en el tít. 1º del Lib. 3º; tendrá en ese caso aplicación lo que dice el codificador



en la la nota al art. 2316, al fin, que da al Juez el derecho de apreciar segun las circunstancias especiales; lo cual aconseja tambien Proudhon, n° 540.

10 Entre los derechos de la tercera categoría, entran las servidumbres establecidas en favor del predio dado en usufructo (véase art. 2893) y demas ventajas que el propietario podia exigir para su fundo. Puede á mas ejercer todas las acciones que tengan por resultado la realizacion de esos mismos derechos (art. 2876, Proudhon, n° 550).

11 Respecto á la cuarta categoría, Proudhon, n° 551, sienta el principio de que al que se le concede un derecho, se le considera con la facultad de valerse de los medios necesarios para su ejercicio.

Así, cuando se ha concedido el usufructo de una propiedad que está cerrada por otra propiedad del nudo propietario, aunque en la constitucion del usufructo no se diga nada, el usufructuario tiene derecho á pasar por los otros inmuebles del nudo propietario que no están comprendidos en el usufructo para llegar al que usufructúa.

Lo mismo será si el fundo por que debe pasarse está dado en usufructo á un tercero por el mismo propietario.

12 ¿Quién deberá pagar cuando sea necesario establecer una servidumbre de paso?

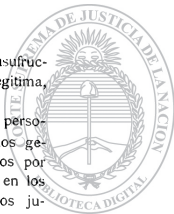
Parece que este gasto debe considerarse comprendido en los de que habla la última parte del art. 2896, y pagarse, en consecuencia, por el nudo propietario y por el usufructuario.

**2836**—No tienen capacidad para adquirir el usufructo de cosas muebles ó inmuebles por contrato oneroso, ó por disposicion onerosa de última voluntad, los que no la tengan para comprar bienes de la misma especie. (Concuerda con los arts. 1357 á 1362—1807—1808—2831—2832—2837—3733 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 1, n° 305)—Freytas, 4543—Demolombe, tom. 10, n° 243.

**Los que no tengan para comprar bienes raíces de la misma especie:** Así como el padre no puede vender bienes á sus hijos (art. 3604), tampoco puede constituir usufructo á su favor.



Como en este caso no podría conocerse el valor del usufructo para imputárselo al heredero como un adelanto á su legítima, sería necesario anularlo.

1º El efecto de la constitucion del usufructo á favor de personas incapaces será determinado con arreglo á los principios generales sobre la nulidad de los actos jurídicos ejecutados por personas incapaces. Solo podrá demandarse su nulidad en los casos y por las formas en que es permitido anular los actos jurídicos. Solo podrá demandarse su nulidad por las personas allí designadas.

Los concordantes citados enumeran la mayor parte de las personas que no pueden adquirir usufructos.

**2837**—No puede transmitir el usufructo por contrato oneroso ó gratuito, quien no pudiere constituirlo por ca-la uno de esos títulos. (Concuerda con los arts. 1160 y siguientes—2836 y sus concordantes—2870.)

#### CONCORDANCIAS

Proudhon, tom. 1, núms. 301 y siguientes 894—Freytas, 4545—Demolombe, tom. 10, nº 961.

**No puede transmitir el usufructo**: Se refiere al ejercicio del derecho de usufructo, que es del que habla tambien el art. 2870.

**Quien no pudiera constituirlo**: Siendo el usufructo una segregacion de la propiedad, es claro que para enajenarlo necesita tener las mismas cualidades que para constituirlo, que son las para enajenar la cosa sobre que se constituye (arts. 2831 y 2832).

El que cede el usufructo, no solamente debe tener la misma capacidad que se requiere para enajenar la cosa sobre que está constituido, sino que á mas la cesion no debe ser en perjuicio de los acreedores del usufructuario que tienen derecho á pedir el embargo del usufructo (art. 2908) y á impedir la enajenacion (art. 2933).

1º Respecto á las personas que pueden adquirir el usufructo del usufructuario mismo, se estará á lo dispuesto en el art. 2836.

Adviértase que el mismo que constituyó el usufructo puede adquirirlo; para esto el usufructuario no tendrá mas que renunciar al usufructo. (Véase sobre esto á Proudhon, nº 893).



2º El cesionario adquirente del usufructo puede transmitirlo á sus herederos; la razon es que siendo por tiempo indeterminado durará hasta la muerte del usufructuario primitivo (arts. 2822, 2921, etc., etc.) y por tiempo determinado hasta la espiracion de ese término (art. 2921), sin que la muerte del cesionario influya para nada en la terminacion del usufructo. Siendo así, los herederos de este tienen derecho á gozar del usufructo por todo el tiempo que tenía derecho á gozarlo su causante (art. 2870, última parte—Proudhon, 895 y 899).

Por manera que la venta que hace el usufructuario de su derecho es una venta simplemente aleatoria aun cuando en esa segunda venta se haya puesto un plazo para terminar el usufructo, puesto que si el primitivo usufructuario muere antes de vencer dicho plazo el usufructo cesa; en consecuencia, el nudo propietario no está obligado á respetar el término por que ha sido cedido por el usufructuario el usufructo constituido por él.

3º Por lo que hace á las consecuencias de la enagenacion, están determinadas el art. 2870 y su comentario.

**2838**—El usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes, muebles ó inmuebles, corporales ó incorporeales, que pueden ser vendidos ó donados, y todos los que pueden ser dejados por disposiciones de última voluntad. Los bienes que no son cosas solo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos.

Cuando no estuvieren representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito ó en el derecho, que viniesen á poder del usufructuario, serán su objeto futuro. (Concuerdan con los arts. 1327—1799—2313 á 2319—2834—2839 á 2845—2904—3751 y siguientes.)

#### CONCORDANCIAS

(Código Frances, 581—De Luisiana, 533—Demolombe, tom. 10, n° 262)—Baudry-Lacantinerie, tom. 1, n° 1316—Freytas, 4546 á 4548.

**Sobre toda especie de bienes:** Que estén en el comercio, se entiende.

**Muebles:** Como el que se establece sobre los muebles de una casa, de animales de cria, etc., etc.

**Corporales ó incorporeales:** El doctor Segovia, criticando estas palabras, dice: "Adviértase que son las cosas y no los bienes las que se dividen en corporales ó incorporeales; y ade-



mas, esta division está justamente repudiada por el doctor Velez al fin del art. 2313 (2311 de la edicion oficial). Nosotros decimos que segun las doctrinas de nuestro Código, *son los bienes y no las cosas las que se dividen en corporales é incorporeales*, y que la doctrina contraria está justamente repudiada por el codificador en la nota al art. 2311.

El art. 2311 dice que *cosas* son los objetos *corporales*; y que los objetos *inmateriales* susceptibles de valor y las *cosas* son *bienes*. Luego, son los bienes los que pueden ser *materiales é inmateriales*, y no *las cosas*, que siempre son materiales.

Precisamente la division que acepta el doctor Segovia es la que el codificador critica de acuerdo con Freytas, y esto lo asegura tambien el doctor Segovia.

Lo que demuestra Freytas en su nota copiada por el doctor Velez, es que *solo deben entenderse por cosas los objetos corporales* (son las palabras textuales de dicha nota al art. 2311).

Luego, pues, nuestro articulo está perfectamente cuando dice que los *bienes corporales ó incorporeales* pueden ser objeto del usufructo. Habria hecho muy mal de hablar de cosas que no son corporales, como habla el doctor Segovia, cuando por nuestro derecho no existen.

1º Respecto á los *bienes incorporeales* susceptibles de darse en usufructo, tenemos un ejemplo en los créditos; sus efectos están reglamentados por los arts. 2905 á 2907 y otros.

**Cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos:** Si en este caso el documento representa un crédito con intereses, el derecho del usufructuario será de percibir esos intereses, conservando el crédito como obligado á la conservacion de la sustancia de la cosa (Laurent, tom. 6, nº 413); es por esto la prohibicion del art. 3905 (véase su comentario).

Para que el usufructuario pueda hacer uso de su derecho, es indispensable que esos títulos le sean entregados á fin de que pueda hacer conocer sus derechos á los deudores y exigir su pago (Demolombe, tom. 10, nº 319).

**Serán su objeto futuro:** En el caso de este último párrafo no hay objeto actual sino únicamente futuro, porque no hay cosa sobre que se ejerza el usufructo. Antes de que haya cosa



objeto del usufructo, el usufructuario, dice Freytag, solo tiene un derecho personal de que se reputará cesionario.

Cuando el objeto del usufructo es futuro, las cosas que vienen á poder del usufructuario en virtud de su título de tal, serán únicamente destinadas á producir los frutos á que tiene derecho el usufructuario, pero no vienen á poder de éste como propietario, porque entónces el usufructo se convertiría en cuasi usufructo.

El título constitutivo del usufructo será suficiente para dar personería al usufructuario para exigir de terceros poseedores las cosas que por el mismo título eran destinadas al objeto futuro del usufructo.

**2839**—El usufructo no puede establecerse sobre bienes del Estado ó de los Estados, ó de las Municipalidades sin una ley especial que lo autorice. (Concuerda con los arts. 2340—2342—2344 á 2346.)

#### CONCORDANCIAS

Las de los concordantes citados.

**Sin una ley especial:** Como todas esas cosas están regidas por el derecho administrativo respecto á su enajenacion, siendo la constitucion del usufructo una enajenacion tambien, era lógico someterla á la forma en que debe enajenarse la plena propiedad.

El mismo principio debe aplicarse á los bienes que pertenecen á parroquias ó iglesias católicas ó disidentes. El usufructo de los bienes de las primeras solo podrá constituirse con arreglo á las leyes de la Iglesia Católica, y de las segundas con arreglo á sus respectivos estatutos (arts. 2345 y 2346).

Una razon de analogia con la categoria en que, por los concordantes citados, están puestos los bienes del Estado y los bienes de la iglesia da á entender claramente, aparte de otras razones, que así debe ser.

**2840**—No puede tampoco establecerse sobre bienes dotales de la mujer, ni aun con asentimiento del marido y mujer. (Véase arts. 1253 3243—Nota al 2979.)

#### CONCORDANCIAS

Proudhon, n° 965—Nota del codificador al art. 2979—Comentario al art. 2842.





Parece que esta disposicion está fundada en la prohibicion de constituir usufructo sobre el propio usufructo. Siendo el marido usufructuario de los bienes de la mujer, el usufructo constituido por él, aunque fuera con el consentimiento del nudo propietario, que es la mujer, siempre vendria á ser la constitucion de un usufructo sobre otro usufructo, desde que era el marido que es el usufructuario, y no la mujer, la que recibiria el precio del usufructo.

**2841**—El propietario fiduciario no puede establecer usufructo, sobre los bienes gravados de sustitucion. (Véase arts. 2662—3724—2730—2732.)

#### CONCORDANCIAS

Proudhon, n° 366—Freytas, 4550, inc. 2—Véase concordantes del art. 2662 y lo dicho allí.

**No puede establecer usufructo :** Pensamos que este artículo no importa decir que sería nulo respecto al usufructuario, el usufructo establecido por el que tiene el dominio fiduciario sino únicamente respecto á la persona á quien haya de pasar la propiedad de la cosa una vez cumplida la condicion resolutoria. Solo respecto á ésta sería nulo, y no respecto á los contratantes.

Desde que el propietario fiduciario, por mas que su dominio sea imperfecto, respecto al uso y goce es y debe ser perfecto, no vemos qué inconveniente puede traer esto siempre que el tiempo del usufructo se subordine al tiempo de la duracion de la propiedad fiduciaria si éste concluye ántes de la muerte del usufructuario. Aun cuando esto sería un contrato completamente aleatorio, siempre el usufructo lo es. Es cierto que en el usufructo se fija un plazo ó se entiende que es durante la vida del usufructuario, por lo cual deja un tanto de ser aleatorio, puesto que el que lo adquiere tiene por lo ménos la seguridad de gozar de él durante toda su vida; pero lo aleatorio del usufructo que en el caso del artículo se estableceria, vendria á subsanarse con que el pago se hiciera en proporcion á su duracion. No podria decirse que la propiedad sufriria con un usufructuario que está espuesto á perder su derecho cualquier dia y que por lo mismo no la haria adelantar, puesto que lo propio sucede



teniéndola el propietario fiduciario, que por la misma razon no la adelanta. Por esto mismo están prohibidas las sustituciones fideicomisarias, y solo se permite el dominio disoluble bajo ciertas condiciones que siempre dejan por poco tiempo la incertidumbre en la propiedad. Proudhon y Freytas aceptan el usufructo que para este artículo aceptamos nosotros; el primero aun lo acepta en la misma forma respecto á los bienes de la mujer, por el tiempo que dure el matrimonio. De todos modos, por nuestro derecho (art. 2870) como por derecho frances, el usufructuario puede vender y ceder el usufructo. Aquí podria dársele el efecto de una enajenacion al usufructo del propietario fiduciario. (Véase art. 2842 y comentario al 2870.)

**Gravados de sustitucion:** Como segun el art. 3724 no hay otra sustitucion testamentaria que la allí permitida, y nuestro artículo careceria de objeto si se refiriese á esa sustitucion, debe entenderse que las palabras que estudiamos se refieren, no á los bienes gravados de sustitucion por el testador, sino en general á los bienes que el propietario fiduciario está obligado á restituir; podia mas bien decir, *gravados de restitucion* ó *sujetos á restitucion*.

"Dominio fiduciario, dice el art. 2662, es el que se adquiere en un fideicomiso singular, subordinado á durar solamente hasta el cumplimiento de una condicion resolutive, ó hasta el vencimiento de un plazo resolutive, para el efecto de restituir la cosa á un tercero." Por la definicion de este artículo, por el último párr. de la nota del codificador al art. 2724, en que declara quedar abolida toda sustitucion fideicomisaria y por el art. 3730 que considera como no escrita la sustitucion fideicomisaria, considerando como válida la institucion del llamado ántes, se ve claramente que el presente artículo no puede hablar de una sustitucion fideicomisaria que está completamente prohibida, sino del que tiene el dominio fiduciario definido por el artículo citado. (Véase sus concordantes.)

Considerado así este artículo, por no tener otro alcance, es injusta la critica que de él hace el doctor Segovia al suponer que legisla un caso que nunca puede llegar. Siempre tendrá aplicación esa prohibicion, ya sea que no se interprete con la restriccion que lo hemos hecho en la primera parte de este comentario, haciéndolo referir á las relaciones del



usufructuario respecto al que debe sustituir en la propiedad al que ántes tenía el dominio fiduciario, ó sea que se considere para todos los casos en que se prohíbe la constitucion del usufructo y que no se le da efecto alguno respecto al constituyente y al usufructuario.

Puede que no sea, decimos, esa la inteligencia del artículo; pero que él no tenga objeto porque no llegará el caso de aplicarlo de cualquiera de los dos modos, es indudablemente un error. Decir que el artículo no tiene valor práctico alguno, como dice el doctor Segovia, es negar que por nuestro derecho exista el dominio fiduciario definido por el art. 2662, lo cual no está distante de hacer el doctor Segovia en la nota 3 á dicho artículo. Para probar esto basta tener presente que dominio fiduciario no es solo el que queda abolido por el art. 2724; allí se prohíbe la sustitucion fideicomisaria que importa establecer un orden de sucesion especial, que siempre es un obstáculo al desenvolvimiento de la riqueza por impedir la trasmision de las propiedades á quien á uno le parezca. El propietario fiduciario de que habla el artículo que estudiamos no puede ser un heredero sustituto de otro para recibir el legado del nombrado ántes, ú otro semejante, por la sencilla razon de que en nuestro derecho no existen estas sustituciones; del que habla es de un propietario cuyo dominio solo es temporario porque está subordinado á durar solamente hasta el cumplimiento de una condicion. Tal sería, por ejemplo, un donatario cuando el donante se ha reservado el derecho de reversion (véase arts. 2803 y 2847, y nota del codificador á este último), al cual Freytas lo considera espresamente como propietario fiduciario en los arts. 2131, 2146, 4550, inc. 2, etc., etc., de su proyecto de Código.

Nadie negará que los donatarios en las condiciones de los arts. 2803 y 2847 citados tienen un dominio fiduciario, y como pueden quedar dar en usufructo la cosa que han recibido, el artículo que estudiamos les marca una restriccion al respecto.

Para mayor claridad, nuestro artículo habria podido redactarse cambiando las últimas palabras, "gravados de sustitucion", por "sujetos á restitution".

**2812**—No pueden ser objeto de usufructo, el propio usufructo, los derechos reales de uso y habitacion, las servidumbres reales activas, separadas de los inmuebles á que fueren inherentes, la hipoteca, la anticre-

sis, la prenda separada de los créditos garantizados con ella, y los créditos que fuesen intrasmisibles. (Concuerda con los arts. 2838—2870—2959 y sus concordantes—2963 á 2965—3006—3120—3242.)

## CONCORDANCIAS

(Proudhon, tom. 1, núms. 370 y siguientes—(tambien 336, 341 y 346 y siguientes)—Demolombe, tom. 10, n° 261 y siguientes—Marcadé, sobre el art. 581. n° 3—Ley 12, tit. 31, Part. 3ª)—Laurent, tom. 6, n° 329—Freytas, 4549.

**El propio usufructo:** De aquí se sigue que el padre no puede constituir usufructo sobre los bienes de los hijos que están bajo su patria potestad, pues que siendo usufructuario de esos bienes no podría constituir usufructo sobre su propio usufructo. (Véase comentario al art. 2840.)

Sobre la propiedad misma no podría constituir un nuevo y distinto usufructo, desde que no es propietario de ella, ni la ley lo faculta para gravarla con derechos reales (art. 297).

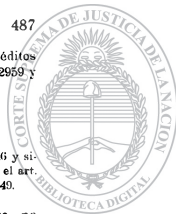
Para que un derecho pueda ser gravado con usufructo es indispensable que tenga una existencia distinta é independiente; siendo este un derecho real no se concibe si no sobre una cosa existente salvo lo dispuesto en el art. 2838. (Laurent, tom. 6, n° 329).

Por la misma razon tampoco puede constituir usufructo el viudo ó viuda que contraen segundo matrimonio sobre los bienes que está obligado á reservar á los hijos del primer matrimonio (art. 237, véase Proudhon, tom. 1, núms. 336, 346 y siguientes).

**Los derechos reales de uso y habitacion:** Esta prohibicion, que tiene el mismo fundamento que la anterior, no impide que el usuario y el usufructuario puedan ceder sus derechos en las cosas que no les está espresamente prohibido (arts. 2870, 2959, 2963 á 2965).

1º El usufructuario puede dar en anticresis su derecho de usufructo (art. 3242).

**Separados de los inmuebles á que fueron inherentes:** “La servidumbre real, dice Laurent, tom. 6, n° 329, separada de la propiedad no puede ser grabada con usufructo porque esa servidumbre no es mas que una cualidad de la heredad que la soporta, separada de ella deja de existir; pero el fundo comprendiendo en él la servidumbre puede ser objeto del usufructo.”





Nuestro art. 3006 declara espresamente que las servidumbres reales consideradas activa y pasivamente son inherentes al fundo dominante y al fundo sirviente, y como tal no pueden ser separados. Este es un principio universalmente aceptado. (Proudhon, tom. 1, n° 371.)

Admitir el usufructo sobre una servidumbre separada del inmueble de que es inherente sería violar este principio.

Advertiremos que el mismo principio rige aunque se trate de servidumbres susceptibles de producir una renta. Sea que una carga semejante se considere como servidumbre ó como derecho de uso, caería siempre bajo la misma prohibicion.

En ninguno de los dos casos el dueño del fundo dominante pedría constituir usufructo sobre la servidumbre ó el uso sin dar en usufructo el propio fundo. (Proudhon, citado, n° 371.)

**La prenda separada de los créditos garantidos con ella:** Es lo mismo que tratándose de la servidumbre; el derecho de prenda y de anticresis no representan nada separados de la propiedad afectada á esos derechos. Si el anticresista no puede dar en usufructo la cosa que tiene en anticresis, no puede constituir usufructo sobre su derecho á percibir los frutos, tampoco el deudor puede dar en usufructo su propia cosa desde que los frutos los percibe el acreedor en virtud del anticresis á ménos que el usufructuario consienta en pagar la deuda. Freytas trae espresos estos casos, 4550, incs. 7 á 10, que son una consecuencia del 4549, igual al que estudiamos.

**2813**—El usufructo puede establecerse por el condómino de un fundo poseído en comun con otros, de su parte indivisa. (Concuerda con los arts. 2677—2678—2680—2682—2683.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 5, Tit. 1. Lib. 7. Dig.)—Proudhon, tom. 1, n° 835—Fin del comentario al 9417.

**De su parte indivisa:** Si es por el todo, la constitucion será nula en virtud de lo dispuesto de los concordantes citados.

El usufructo constituido por uno de los condóminos, sea por tiempo determinado ó indeterminado, queda siempre sujeto al resultado de la division. Si por ella no le toca nada al condómino por que uno de ellos la licite, ó porque siendo el con-



dominio sobre varios inmuebles, no toque en lote al que constituyó el usufructo el mismo sobre el cual había creado el derecho, el usufructo quedará sin efecto, pero sin responsabilidad para el constituyente.

La constitución del usufructo por uno de los condóminos no obsta, por otra parte, para que los demás pidan la división en cualquier tiempo (art. 2692) á ménos de que se hubiera convenido en la suspensión de la división por el tiempo permitido por la ley (art. 2693).

1º Así como cada uno de los condóminos puede establecer usufructo sobre su parte indivisa, también el propietario del todo puede establecer usufructo sobre una parte de la cosa ó en favor de varios (argumento de los arts. 2823 y 2824). “La división de la propiedad, dice Proudhon, nº 335, no es un obstáculo á la constitución del usufructo sobre aquello que nos pertenece. “Se puede establecer en favor de uno ó de varios, sobre una parte, ó sobre el todo el fundo que nos pertenece”.

**2814**—El usufructo puede constituirse sobre cosas de mero placer, como un lugar destinado á un paseo, estátua ó cuadros, aunque no produzcan ninguna utilidad. (Concuerdan con los arts. 2845—3000.)

#### CONCORDANCIAS

(Ley 13, § 4, Lib. 7, Dig.—Proudhon, tom. 1, núms. 375 y siguientes) —Freytas, 4546, última parte del párrafo primero.

**Aunque no produzca utilidad:** Sea que no la produzca por el momento y que se espere que producirá despues, como el ejemplo puesto por Proudhon de un animal que por su edad no puede producir hasta despues de algunos años, ó que sea improductivo en absoluto porque nunca llegará á producir (art. 2845), la constitución del usufructo siempre sería válida.

**2815**—El usufructo puede constituirse sobre un fundo absolutamente improductivo. (Concuerda con el art. 2844.)

#### CONCORDANCIAS

Las del artículo anterior.

**Absolutamente improductivo:** Aunque lo dado en usufructo no produzca actualmente ninguna utilidad, ó que sea ab-

solutamente improductible por su naturaleza, el usufructuario estará siempre obligado á proveer á los gastos de conservacion.

Se objetará tal vez, dice Proudhon, que no sacando el usufructuario ningun provecho parece injusto ocasionarle gastos; pero esto desaparece si se tiene en cuenta que el usufructuario puede renunciar al usufructo si le conviene; y desde que no lo hace es porque con algo compensa los gastos, aun cuando sea una satisfaccion moral. Si está en su poder por algo es, y es en razon de ese algo que debe pagar el minimum del gasto que está obligado á pagar el usufructuario de una cosa productiva de frutos. Desde el momento que contrata el usufructo debe tomar en consideracion si lo que va á gastar es compensado con solo poseer la cosa improductiva.



# ÍNDICE DEL TOMO CUARTO

## LIBRO TERCERO DEL CÓDIGO

### *Derechos reales*



#### TÍTULO I

De las cosas consideradas en sí mismas y en relacion á los derechos. . .

#### CAPÍTULO ÚNICO

De las cosas consideradas en relacion á las personas. . . 19

#### TÍTULO II

De la posesion y de la tradicion para adquirirla . . . . .	30
Capitulo I De la adquisicion de la posesion . . . . .	50
Capitulo II Efectos de la posesion de cosas muebles. . . . .	89
Capitulo III De las obligaciones y derechos inherentes á la posesion. . . . .	92
Capitulo IV De las obligaciones y derecho del poseedor de buena ó mala fe. . . . .	93
Capitulo V De la conservacion y pérdida de la posesion. . . . .	118
Capitulo VI De la simple tenencia de la cosa . . . . .	126

#### TÍTULO III

De las acciones posesorias. . . . . 132

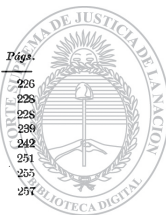
#### TÍTULO IV

De los derechos reales . . . . . 176

#### TÍTULO V

Del dominio de las cosas y de los modos de adquirirlo . . . . .	180
Capitulo I De la apropiacion . . . . .	188





	Págs.
Capítulo II De la especificacion ó trasformacion. . . . .	226
Capítulo III De la accesion . . . . .	228
" " Aluvion . . . . .	228
" " De la avulsion . . . . .	239
" " Edificacion y plantacion. . . . .	242
" " Adjuncion . . . . .	251
Capítulo IV De la tradicion traslativa de dominio. . . . .	255
Capítulo V Extincion del dominio. . . . .	257
TITULO VI	
De las restricciones y limites del dominio . . . . .	264
TITULO VII	
Del dominio imperfecto, . . . . .	286
TITULO VIII	
Del condominio . . . . .	306
Capítulo I De la administracion de la cosa comun . . . . .	335
Capítulo II De la indivision forzosa . . . . .	340
Capítulo III Del condominio de los muros, cercos y fosos . . . . .	347
Capítulo IV Del condominio por confusion de limites . . . . .	378
TITULO IX	
De las acciones reales . . . . .	382
Capítulo I De la reivindicacion . . . . .	389
Capítulo II De la accion confesoria . . . . .	431
Capítulo III De la accion negatoria . . . . .	434
TITULO X	
Del usufructo . . . . .	449
Capítulo I De la capacidad para establecer el usufructo y de las cosas sobre que puede establecerse . . . . .	473

FIN DEL ÍNDICE DEL TOMO CUARTO

152

